

bare, non jus, quod certum est & notum, sed factum ipsum, puta turpem quaestum, infamiam, &c. adversarii. Omnes possunt mutuum accipere, qui jure non prohibentur. Prohibetur autem filiosum. Senatusconsulto Macedoniano. Itaque si quis à creditore conveniis dicat se non potuisse mutuum accipere propter Senatusconsultum Macedonarium, is non debet probare Senatusconsulto cautum esse, ne cui, qui filiosum mutuum pecuniam desic, actio petitiōe detur, sed se esse filiosum. Ipse autem Judex statuet, quid juris et tanquam filiosum ex Senatusconsulto competat. In summa cum de jure partis controversia est, in quaestionem facti res incidit. Facemur equidem jus aliquando inter Advocatos esse controversum, dum ille hoc, alter istud aut esse juris certi: sed quod sic certi & explorati juris, Judex non ex probatione Advocatorum, sed ex tabulis publicis & corpore juris dicere debet, *pr. Inst. de offic. jud. l. un. C. ut qua def. adv. part. in quam rem & Aristoteles l. Rhet. 1. §. ἀνακριν, inquit, ἡ ἀδίκησις, ἀπὸ τοῦ δήμου διακρίνει διακρίσειν. καὶ οὐ μὴν ἰσχυρὰ πολεῖ τὰς ἀδικήσεις.* Quod si quaeratur de communi DD. opinione, quam plerumque Judices in judicando sequuntur, hic etiam facti quaestionis speciem res induit, haud secus quam consuetudo facti esse dicitur, & probanda est, ubi de ea dubitatur. Rhetores etiam in statu judiciali probatione utuntur: sed palam est eos verbo probationis intelligere omnem allegationem, qua utimur ad confirmandum id, quod dicitur, sive id in jure consistat, sive in facto. At nos probationem accipimus, quasi ad factum conjecturalem duntaxat pertineat, cum quaeritur de facto, non de jure. Et hoc dicitur, cum quaeritur, quid probari debeat, an omnia id, de quo disputatur, sive facti sit quaestio, sive juris, is cui incumbit probatio, Judici probare censeatur, & nisi probet, sententia contra eum sit forenda, facti tantum probationem ei incumbere, non etiam juris: probatoque facto ipsum Judicem depicere debere, ne aliter iudicet, quam legibus aut moribus proditum est, *pr. Inst. de offic. jud. Quod si probationem accipiamus, ut Rhetores faciunt, pro quavis confirmatione ejus quod dicitur, etiam ubi de jure disputatur, probatione utimur, id est, allegatione juris. Quis enim ignorat etiam in statu judiciali multa afferri solere, ut probetur aliquid jure factum esse, aut fecus? Ceterum ad victoriam rause id necessarium non est, cum ipse Judex ubi de facto constat, etiam non admonitus de jure dispicere debeat, ut jam aliquoties dictum est. Enim verò hæc ita obtinent & vera*

sunt, cum de jure scriptio quaeritur. Aliud autem dicendum est, cum agitur de jure non scripto sive consuetudine. Nam quicquid iudicis allegat, eam probare solet, aut rebus iudicatis contentum *l. cum de consuetudine 34. ff. de legib. aut per turbam sive testes conglobatos, ut hodie fit in Curia de quo polchre Ant. Faber, Cod. suo forensi de testib. desin. 3. & 14. Nempe cum consuetudo sensum tacito utentium contenta introducatur, necesse est consentus in ea factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc respectu consuetudo est, probari quoque debet. Plane si contra sit consuetudo & notoria, juxta eam iudicandum est, quamvis ne allegetur quidem, Gall. 2. obs. 31. Myning. 6. obs. 41. & seq. Diod. Tulden. in C. qua sit long. consuet. Welenb. par. ff. de probat. n. 7.*

## CAPUT XII.

An factum negantis, quatenus negat, ulla sit per rerum naturam probatio?

Quod passim legimus actorem, quod intendit, probare oportere, eo non probante, reum, est nihil ipse præstet, absoluti *l. quatenus 18. l. verius 21. l. ante omnia, ff. de probat. l. 3. l. actor. 23. C. eod. l. 4. C. de eod. l. 9. C. de oblig. & act. id quidem verum est, quando reus id, quod actor asseverat, simpliciter inficiatur, & ita capiendi sunt illi textus. Ceterum cum reus ad defensionem suam depulsionem aut exceptionem utitur, ejus quod dicit, probatio ipsi reo incumbit, actor contrarii probatione non oneratur: veluti si reus dicat se solvissse, sibi accepto latum esse, delo malo se inductum, quantum esse ne actor peteret, &c. *l. 1. C. de probat. l. quatenus 18. §. 1. & l. seq. pr. ff. eod. l. 1. ff. de excep. l. 1. §. 1. & l. seq. pr. ff. eod. l. 1. ff. de probat. Erratio est, quia factum negantis quatenus negat, per rerum naturam nulla est probatio, *l. actor. 23. C. eod. tit. l. asseveratio. 10. C. de non num. pecun. Non igitur ordo iudiciorum hoc efficit, ut probari negatio facti nequeat, ut quidam male putant; sed quominus probari possit obstar rerum natura, id est, vis ac potestas rebus à natura auctore, id est, à Deo indita, quæ est immutabilis. Finge viginti vel centum testes dicere se non vidisse mihi numerari pecuniam; non tamen hoc probatum est: potest enim nihilominus verum esse me pecuniam so-***

cepisse. Hinc vulgò Doctores aiunt, plaris esse unum testem asserentem, quàm viginti negantes. Atque idem dicendum est de instrumentis, quæ nihil exhibent nisi puram negationem super eo negotio, de quo lis est. Ceterum hæc ita se habent in mera & simplici facti non limitati negatione. Quod si factum, quod negatur, sit loco & tempore circumscriptum, aliud est, & talis negatio probari poterit: veluti si negam Lugduni mihi numeratum esse Calendis Januarii, hæc negatio certo tempore & loco circumscripta est: & impletio ejus probatio, si probem me eo die Lutetia fuisse, *l. optimam 14. C. de contr. & committ. stipulat. §. item verborum 11. Inst. de inat. stipul. & utroque Gloss. & DD. nec dissimilis est species, *l. 2. C. de err. adv. nec negatio restricta est ad certam scripturam, unde error libellionis probari potest. Et tamen ne hic quidem, si rem bene expendamus, negationem probat, quatenus nego, sed quia prius aliquid pono & assero, ex quo id, quod nego, per consequentiam necessarium efficitur. Itaque illud adhuc manet, & perpetuo verum est factum negantis; quatenus solum negat, naturali ratione nullam esse probationem. Quod si prius aliquid asserat & probet, undè id quod negat, per consequentiam rectè colligatur, jam non probat, quatenus negat, sed quatenus asserat. Atque hoc non tantum uno illo & altero, quem diximus, casu contingit, sed & pluribus aliis. Finge heredem negare, quod legatarius asserat, bona defuncti fuisse ad legata integra salva Falcidia exolvenda, in hac quaestione disertè respondent est hæredi probationem incumbere, *l. sum de lege 17. de probat. At quomodo hæres hic probat, quod negat? Non potest dividere, sed potest per consequentiam, ostensa prius quantitate legatarum & patrimonii defuncti. Potest autem hæres ex libris rationum facile docere, quantum defunctus in bonis habuit. Similiter, si negem aliquem heredem aut dominum esse, poterò id probare, sed ita demum, si ostendam hereditatem aut rem ad me pertinere. Denique quotiescumque negotiationis dari potest concludens ratio, tunc ea implicite, ut loquuntur, continet asseritionem, ac implet, ut planis loquar, vi & effectu asseritionis quædam est, non pura & pura facti negatio. Ur ecce, si filius neget se in potestate patris esse, vi ipse asserat, se esse sui juris, & hoc probare potest, nempe si doceat se à proavo, aut avo paterno esse emancipatum, quæ probatio propterea etiam à filio exigitur, *l. si filius §. ff. de probat. Huc item referenda negatio quam Interpretes appellant negativam juris & qualitatis; exempli gratia, si negem Titium testamen-****

tum facere potuisse, quam negativam juris vocant, id probare debeat, & possim, si ostendam esse filiosum. Si negem posse esse procuratorem, id probabo, si militem esse ostendo. Si negem testatorem mentis competentem fuisse, quæ Doctoribus qualitas negatio est, mihi negatio hæc probanda, & impletur intentio, si doceam furiosum fuisse, *l. 5. C. de Codicill. Item si negem emancipationem ritè factam esse, id probare debeat, *l. 5. §. 2. ff. de probationibus. Si simpliciter negarem factam esse, nulla mihi imponeretur probatio, ac ne posset quidem imponi, quia facti indefinitus negatio probari nequit: Sed cum nego emancipationem ritè factam esse, hæc est negativa qualitatis, eamque probare possim & debeat, quia pro actu legitimo & coram magistratu celebrato præsumptio est, omnia debito modo peracta esse, *arg. l. 4. C. de jur. & sibi. l. 2. C. §. ff. adv. rem jud. Huc etiam pertinet species, *l. non nudi 14. C. de probat. nam qui negat Titium esse filium suum, id probare potest ostendendo esse alienum. Hæ autem negationis non sunt negotiationes juris constituti, quod probatione non indigere superiore quaestione ostendimus; sed negotiationes ejus juris, aut qualitatis, quod vel quam pars adversa sibi competere asserit: ac prout negationes facti. Nam qui negat alicui aliquid jure licere, idèd hoc non licere dicit, quia jure prohibeatur, *l. 5. pr. ff. de probat. quod est facti, & qui id negat, factum negat, & res in quaestione facti incidit, ut superiore quoque capite demonstratum est. Deinde nec re ipsa sunt negationes, sed asseritiones. Qui negat emancipationem ritè factam esse, vi ipsa aut emancipationem esse virtuosam & jure prohibitam. Qui negat se idoneum esse Procuratorem, asserat se jure prohiberi Procuratorem esse. Qui negat testatorem sanæ mentis fuisse, asseverat eum dementem fuisse aut furiosum. Et idèd qui hoc dicit, probare debet, non quia verus negat, sed quia re infirmat. Et in univertum hoc tenendum est, negotiationem aut asseritionem non ex verbis rei sed ex intentione actoris asserendam esse: ut si neget reus, quod actor intendit, verè negare dicatur, etiam si utatur verbis asseritivis, veluti si actor intendat se dominum esse, possessor contra se dominum esse dicat, cujusmodi species proponitur *§. 1. Inst. de actio. his verbis possessor asserat, me dominum esse, re negat actorem esse dominum, quia ejusdem rei quod in solidum dominum esse non possunt. Quod si reus non simpliciter neget intentionem actoris, sed adversus ejus intentionem prius aliquid asserat ad sui defensionem, quamvis utatur verbis negativis, asserita-******

re intelligitur: ut in supra scriptis omnibus exemplis. Et hoc optime demonstrari potest exemplo actionis contestatorie & negatorie. Intendit aliquis se habere jus altius tollendi invito vicino, nisiur actione negatoria, etiam oratio affirmativa est: quia respicit negat in servitutum vicino debere, sive vicino jus esse prohibendi, quominus zedes altius tollat. Ex contrario negat aliquis jus vicino esse zedes suas altius tollere, hic agit contestatoria, ut maxime utatur verbis negantibus, quia servitutum sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi, ne vicinus altius zedificet; quæ intentio etiam figura orationis affirmativa est, l. 4. §. competit autem 7. ff. si serv. vind. DD. comm. ad §. 2. Inst. de action. Donell. in l. 23. C. de probat. Duar. c. 12. prior. comment. ad tit. de probat. Ex his tam paucis commodius & certius, opinor, tota res percipi poterit, quam ex suis & intricatis aliorum de probatione negativæ disputationibus.

## CAPUT XIII

An & quo jure licitum sit leviri aut gloris  
filiam neptem vel uxorem ducere?

Non solum propter cognationem seu sanguinis conjunctionem à quarundam nuptiis abstinendum est, sed etiam affinitatis, quæ est cognationis quoddam simulacrum, ea vis est, ut quovis affines quibusvis matrimonio jungi naturæ honestas non patiat. Et omni quidem jure prohibentur jungi affines, qui invicem parentum & liberorum loco sunt, ut focer & nurus, vitricus & privigna, & porro cæteri in recta sive perpendiculari affinitum linea, §. 6. & 7. Inst. de nupt. l. adoptivus 14. §. ult. ff. cod. l. nemi 17. C. cod. Levit. cap. 18. vers. 8. 15. & 17. Atque hanc prohibitionem perpetuam & moralem esse evincit locus Apostoli 1. ad Corinth. 5. ubi talis stuprum (*καὶ ἄλλοτρησία*) ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat. Transversaria autem affinitatis linea non videtur apud veteres Romanos prohibitionem ullam habuisse, idque variis exemplis doceri potest. Apud Marcum Tullium lib. 1. de divinat. & Valerium Maximum lib. 1. cap. 5. legitur Metellum mortuæ uxore Cæcilia filiam fororis Cæciliæ in matrimonium duxisse: quod tamen neuter eorum, ut novum aut illicitum refert. Et quamvis D. Beza dubitet, an hoc locum habe-

rit inter affines transversarii limitis in universum, puta si frater viduam fratris, vel patruus aut avunculus uxorem filii fratris aut fororis, vel contra filius fratris aut fororis uxorem patris aut avunculi ducere voluissent: ego tamen credidissimè apud Romanos jura affinitatis morte unius si liberi ex eo matrimonio non superessent. Nam apud Plutarchum legitimus Marcum illum Crasum cognomento Divitem defuncti fratris viduam duxisse: neque hoc tanquam novum aut præter mortem factum auctor commemorat. Nimirum ut nuptis contrahitur affinitas, ita solutis nuptiis eam dissolvi creditur, salva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas personas, quæ parentum & liberorum loco fuerant, quemadmodum & adoptione soluta nuptie non impediebantur, nisi ob solam reverentiam inter eos, qui parentes & liberi fuerant. Neque enim dubito, quin patruus adoptivam filiam fratris, aut fratris filius amitam adoptivam, soluta per emancipationem adoptione, ducere poterint, cum nuptie etiam cum forore adoptiva dissoluta adoptione consistisse certum sit, §. 2. Institut. de nupt. Cæterum insignis hic veterum Romanorum error est, & ingens profectò est discrimen inter conjunctionem, quæ ex adoptione oritur, & eam quam patris affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum est: affinitas vero etiam casum naturalem habet, quæ ex commixtione corporum nata nuptiis solutis adhuc permanet, ut bene Pontifex in cap. 1. caus. 55. quæst. 1. Atque hoc etiam posterioribus honestate propius inspicia agnoverunt. Itaque longius itum, prohibenturque matrimonium inter leviram & gorem, fororium & fratram, id est, ut neque fratrem uxorem defuncti fratris ducere, nec vicissim foror marito fororis nubere possit, nec maritus cum forore uxoris, aut uxor cum fratre mariti conjungi, l. 5. l. gen. & l. ult. C. de incest. nupti. Quod & alii populi honestatis & verecundie paulò observantiores secuti sunt, ut Alemanni legib. Alesan. tit. 49. §. 1. Bojarii leg. Bojar. tit. 8. Franchi leg. Franch. lib. 5. tit. 4. convenienter scilicet legi divinæ c. 18. Levit. vers. 16. quo loco cum fratre cum uxore fratris defuncti nuptie prohibentur, prohibita quoque cæteri debet fororis cum marito fororis hinc conjunctio ex ratione, quam affert Moses, quia, inquit, fratris tui pudenda sunt, quod nihil aliud declarat, quam quia uxor fratris tui est, ut jam affinitate tu illi fratris, illa tibi foror facta fit, quos conjungi naturæ honestas non patitur. Et hanc quoque prohibitionem moralem esse arguunt loci novi fœderis cap. 14. Matth.

Math. vers. 4. cap. 6. Marc. 18. cap. 3. Luc. 19. Lex vero de fratris uxo calu deducenda scilicet cum frater sine liberis decessisset cap. 25. Deuter. vers. 5. mysterium continet, nempe ut in nomen primogeniti conservaretur familia, & primogenita Christi nunquam intermorta significaretur. Augustinus quæstione 62. in Leviticum. Est igitur exceptio legis & dispensatio præcepti in d. cap. 18. Levit. vers. 16. in linea transversaria affinitatis inæquali nullum in libris juris Cætarei extat interdictum, sed nec ullus reperitur locus, ubi inter affines hujus lineæ nuptie permittrantur. Multi quoque existimant illicitas fuisse, propterea quod etiam in transversaria inæquali linea persona superior parentis, inferiores liberorum locum obtinent, l. nuptia 53. ff. de rit. nup. Et quia Modestinus generaliter pronuntiat, matrimonium copulari, nefas esse, qui affinitatis causa parentum & liberorum loco habentur, l. 4. ff. nos inique 7. ff. de grad. & affin. Pontifices Romani longius progressi sunt, & sicut in consanguinitate veterunt conjungi non solum consobrinos, sed etiam sobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cum octo inter se civili computatione distant, ita etiam in affinitate ad eundem ulque gradum prohiberunt conjungi affines cap. non debet, & ibi Canonist. de consang. & affin. Itaque secundum decreta Pontificum non potero ducere filiam aut neptem sobrini uxoris meæ (*miins hujusronvven achter sofferlins dochter est dochter dochter*), sine dispensatione. Sed decreta ut plurimum fabricata sunt sedis Romanæ crebris dispensationibus ditandæ gratiæ potius quam ad normam honestatis & pudoris naturalis directæ. Præterea.

Lex divina per Moysen data ferè per omnia convenit cum jure Cætareo Romanorum. In transversaria affinitatis linea inæquali Dominus expressè dicitur per Moysen d. cap. 18. vers. 14. & c. 20. vers. 20. verat conjungi fratris filium cum uxore defuncti patris; adjecta hac ratione, quia est amita tua. Cui omnino consequens est, 1. nec fororis filium cum uxore defuncti avunculi conjungi posse, quia illius matertera. 2. nec patrum aut avunculorum cum uxore filii fratris aut forori uxoris filie, quia & illi hujus *vers.* 3. nec amitam aut materteram cum marito filie fratris aut fororis, quoniam & illæ hujus *vers.* de quibus posterioribus speciebus etiam nominatim apud nos cautum est. art. 11. ord. polit. Cæterum an æquè ex consequenti prohibita intelligi debeant nuptie mariti cum amita aut matertera uxoris filie, aut de quo loco, sive leviri vel gloris filia, nonnulli dubitant, propterea quod hæc conjunctio non Vinnii Quæst.

videtur tam longè recedere ab honestate & verecundia, quam præcedentes illæ. Minus enim aiunt verendum est, patrum meum cum ea, quæ mea, aliquando uxor fuit, confutere, & duos consanguineos cum eadem misceri, quam illum, qui amitam meam in matrimonio habuit, jungi cum forore mea, & unum succedere cum duobus consanguineis. Sed cur in his minus valeat ratio legislatoris, quia est amita aut matertera tua, quia est patris avunculus tuus; *et hujus vers. ex vers.*, ut vertunt Septuaginta & Non iam utique rationem interdichi affert Moses. Et verò si in universum speculamus causam, ob quam nuptie etiam in quibusdam gradibus affinitatis prohibentur, videlicet quia vir & uxor in unum corpus coalescentes jam non amplius duo sunt, sed una caro; in universum etiam dicendum videtur, eisdem gradibus affinitatis prohibitos ceteri debere, qui prohibiti sunt in consanguinitate; propositiorem illam Moysen Levit. 18. vers. 6. Ad proximum sanguinis sui nemo accedat. etiam ad affines, qui pro consanguineis sunt, pertinere, & ad eum ulque gradum vim suam exercere, ad quem ulque extenditur prohibitio inter sanguine junctos, quæ & reformata Ecclesiæ Doctorum sententia est, ut videre est apud Bez. tract. de repud. & divorc. Zanch. lib. 4. de operib. Dei cap. 1. thes. 5. in fin. Beuff. de matrim. cap. 91. post prin. & alius; probata Ordinibus Hollandiæ d. ordin. polit. art. 8. & passim in ditionibus liberæ Belgicæ recepta. Erantque adeo D. Joannes à Sande lib. 2. deoff. Frisic. tit. 4. def. 8. dum affert Zanchium & Bezam putare jure divino permittam esse conjunctionem cum amite vel matertera marito, vel avunculi aut patris uxore. Hos enim constanter locutus docere comperturus est, quibus citatos inspicere non gravabitur. Et quid & Bezane & Zanchius contra expressa verba Moysi, *Turpitudinem patris non revelabis, &c.* pronuntiantem lege divina permittam esse matrimonium cum uxore patris? Concludimus ergo lege divina etiam prohibitum esse leviri vel gloris filiam aut neptem uxorem ducere, de quo hic expressè agit. Atque ita ex factò consultus non ita pridem cum Clarissimo Viro D. Nicolao Dedelio, Collega meo pie memorie respondi. Objiciebatur nobis, quòd in prohibitoris omnia concessa & permittam intelligantur, quæ non expressè & specialiter sunt prohibita. *l. nos non 28. §. 2. ff. quib. ex caus. major. Nega-*ham hoc à Jurisconsulto dici, sed hoc tantum, si leges non prohibeant; simpliciter scilicet, non autem si expressè non prohibeant; alioqui fore.

ut omnis extensiva interpretatio fundata in sententia & ratione legislatoris tolleretur; quod absurdum, imo inadmodum est, & praxi omni aevi contrarium. Apud Moysen non prohibetur specialiter ducere aviam neque proneptem, neque amitam aut materteram magnam, neque uxorem avunculam, imo nec ipsam filiam nostram. An igitur dicemus inter omnes haec personas jus connubii esse ab illis. Neque enim in prohibitoris id solum prohibuit intelligi debet, quod verbis expressim prohibuit esse, verum etiam quod eadem prohibitionis rationem habet, ex sententia scilicet legislatoris, l. contra 29. & seq. ff. de legib. l. 3. §. 8. is autem l. 7. §. mutui ff. de Senat. Alaced. l. oratio ff. de sponsal. cum similibus. cap. quod una est de reg. jur. in 6. coque pertinet l. 6. §. 1. ff. de verb. sign. ubi Ulpianus ait verbum *ex legibus*, sic expiendum esse, tam ex legum sententia, quam ex verbis. Et illud Celsus, scire leges non hoc est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem. l. scire 17. ff. de legib. Et quavis igitur singula apud Moysen non sunt expressa, tamen quibusdam positus, quae paria sunt pro expressis habenda, cum hoc flagitet ipsa ratio, ut de similibus similiter statuatur, l. neque leges 10. cum aliquot seqq. ff. de legib. l. 3. ff. ad l. Aquil. Cic. pro Caecina. & alibi.

Doctores Reformati, atque inter eos Beza d. trach. de repud. & divorc. Zanchius lib. 4. de peccatib. Dei, cap. 1. theol. 7. in eo quoque conveniunt, quod etiam interdicitur, quae admissae laterales spectant, moralia sunt & perpetui juris. Et notanda quidem opinione verba d. cap. 18. Levit. vers. 24. unde clara vult, ut de eo dubitandi nemo rationem habeat. Neque enim Deus gentes ob singula facta cum singulis interdicitis pugnantia tam graviter puniisset, nisi in singulis peccasset contra legem naturae, id est, legem naturalis pudoris & verecundiae. Attendatur poenae gravitas, & notetur particula universales, quibus singulos istos casus designat legislator, cum idcirco gentes puniendas esse ait, ac proinde nec juris ignorantiam hinc cuiquam prodesse potuit, nec excusationem mereri, quod res non esset integra. Etsi enim pleraque harum conjunctionum directè non adverterant primè illi legi naturae, sed primis juris naturae principiis; contraria tamen sunt conclusionibus, quas homo rationis & naturae ductu ex primis istis principiis elicere potest, & approbare debet: & ita juri naturae secundario, cuius gratiam facere nemo nisi Deus ipse potest, qui ex fortè in Sanctis olim quædam matrimonialia votiva d. c. 18. Levit. concessit propter sancti generis paucitatem; aut piis ex infirmitate lapsis, & iudicii errore aliorum exempla

secutus, id benignè condonavit. Denique fassa obijcitur rectè responditur, non exemplis, sed legibus iudicandum esse. Grotius 2. de jur. bell. & pac. 10. putat legem de conjugis à Deo datam universo humano generi in reparatione post diluvium. Atque hac in parte multum, imo nimium tribuit interpretationi Rabbincorum. Igitur ut tandem concludamus, dicimus leges omnes in universo de conjugis à Deo per Moysen populo Israelitico datas, morales & aeternas esse, atque haud secus infringere omnium hominum vitam, quam ipsa Decalogi precepta: ac proinde neminem mortalium hinc sibi quicquam vindicare posse, cum Ant. Comito 2. sollec. Beza d. trach. de repud. & divorc. Zanchio lib. 4. de oporib. Dei c. 1. theol. 7. Bucano loc. de conjug. §. 2. 2. 2. quam non omnes, qui contra istas leges faciunt, atque graviter peccant. In qua sententia & Innocentius Tertius fuit, ut apparet ex c. litter. resist. spoliat. ut Panorm. in d. c. n. 17. multique alii & Pontificis Doctoribus tam Theologis, quam Jurisconsultis: adeoque doctissimi Scholasticorum, qui etiam aperte docuerunt, nec ipse Pontifex Romanus dispensare posse, ut matrimonium contrahatur inter personas in gradibus prohibitis, d. c. 18. Levit. quorum prolixum catalogum habes apud Sanchez Jesuitam de matrim. lib. 7. disp. 52. num. 7. Grotius l. 2. introd. ad jurisd. Bat. c. 5. & Coren. con. 21. num. 27 & 28. memorant, DD. Ordines Hollandiae semel atque iterum per modum dispensationis petenti alicui permississe, ut filiam gloriosam uxorem duceret, & nominatim Egidio Flori Procuratori Generali 10. Augusti 1609. fed postmodum semper, ut accipi, idem petentibus de consilio Curiae provincialis denegatote est, non minus piè mea sententia, quam tute.

## CAPUT XIV.

An quævis filia à quibusvis parentibus dotanda? & ex professo, an pater cogatur dotem dare filiae locupletii?

Dotare filiam, eique conditionem honestè nubendi querere, patris officium est, l. 19. ff. de rit. nupt. l. ult. c. de dot. promiss. Nam cum maritus onera matrimonii sustinere cogatur, & pro hisce oneribus vicissim omnes fructus dotis quam ab uxore accepit, ipsius lucro cedant, etiam hoc onus, dotandi scilicet filiam, ut hujusmo-

di onerum partem agnoscere debet, l. pro oneribus 20. c. de jur. dot. sed hoc ita, si pater filiam habeat in potestate, d. l. 19. ff. de rit. nupt. aliàs aut paterno id incumbit, cujus in potestate filia est. Secus etiam est, si filia sit emancipata: ut potest quæ bona propria habet, ex quibus dos constitui potest. Sed nec tam arctum vinculum est patri cum filia emancipata & sui juris effecta, quam cum ea quæ adhuc in ejus potestate & familiaritate: & hæc patri, illa sibi acquirit. Non adverteatur quod à Papiniano responsum est; cum pater idemque curator filiae emancipatæ dotem pro ea constituit, in dubio eum videri magis quasi patrem de bonis suis dotem constituisse, quam quasi curatorem de bonis filiae, l. 5. §. ult. ff. de jur. dotum. Ex eo enim minimè sequitur, patrem jure obligatum esse ad dotem filiae emancipatæ dandam: sed ut *travertus*, nempe patrem non teneri ex suis bonis dotare filiam emancipatam: & si expressim de bonis filiae, non de suis dotem constituit, nihil enim contra jus facere. Idem non obcurè arguit l. si res, §. 1. ff. de edit. ubi Ulpianus ait, si pater filiam emancipatæ res, quæ ei post emancipationem donavit, cum dotem postea dederit, dotem à filia, non à patre datam videri: ergo non tenetur pater de propriis bonis filiae sui juris effectæ dotem dare. Quod si pater filiam nomine dotem promittit, eamque ante nuptias emancipavit, non resolvitur promissio, non magis quam si pater ante nuptias mortuus esset, l. si pater 44. pr. ff. cod. Sed & ex hoc ipso à contrario sensu rectè colligitur, citra promissionem non teneri patrem de suo filiam emancipatam dotare. Planè si filia emancipata sit pauperula, & abique conditionem invenire nequeat, tenari potest officio magistratus patrem cogi posse, ut dotem det. Multò minus igitur tenebitur pater dotare filiam naturalem. Non enim quilibet qui pater est, in hujusmodi causis jure nostro pro parte habetur; sed is demum, quem nuptiae demonstrant, aut qui filiam adoptavit, l. 5. ff. de in jus voc. l. 6. ff. de his qui sui vel. al. jur. l. 1. & pass. ff. de adop. Non mutat, quod pater alimenta præstare huic filiae debet: nam ab alimentis ad dotem non rectè argumentamur affirmando, puta alere tenetur, ergo & dotare: sed negando duntaxat, non tenetur alere, ergo nec dotare. Badius in d. l. 19. ff. de rit. nupt. Etiam spuria sive vulgo quæstita filia dotanda à patre est, modo de eo conset: non tamen dotanda. Alimenta denegare, est necare, l. 4. ff. de agnos. & aliend. lib. Denique quid verbi opus est, si textus in hanc rem satis est clarus in l. uxorem 41. §. pater naturalis 11. ff. de legat. 3. ubi pater pro filia naturali, cui fidei-

commissum debebat, dotem datur, non intelligitur id fecisse, ut pater, aut dotis debitor, sed ut debitor fidei commissi, & hujus debiti minuendi causa. Quia & si maxime vellet pater, tamen si liberos legitimos habeat, non nisi certam quantitatem, & nimirum unam unciam quovismque modo filiam inter vivos vel ultima voluntate in talem filiam transferre potest, l. 8. c. de natur. lib. junct. Nov. 89. cap. 12. §. 2. Unde tamen benignè dici potest, si filia naturalis valde inops sit, officio jus dicentis, sive ut nunc loquimur, officio Judicis nobili, patrem convinci posse, ut huic filiae aliquid in dotem det, quod tamen, si liberi legitimi sint, non excedat quantitatem definitam d. l. 8. c. de natur. lib. & de Nov. 89. cap. 12. §. 1. Et hæc communis est opinio, Gloss. in l. uxorem 41. §. pater naturalis 11. ff. de legat. 3. Bartol. ibi & in lib. 1. ff. solut. matrim. num. 11. Bald. & Salicet. in l. ult. c. de dot. promiss. Mantice lib. 12. de tac. & ambig. cono. 11. 19. num. 4. & 32. Guidel. 1. de jur. nov. cap. 124. Peretz ad d. tit. cod. num. 6. Alii se fundant in equitate juris Canonici, arg. c. cum haberet in fin. de eo qui dux. in matrim. ubi Gloss. Gail. 2. obs. 188. n. 4. & plerique appellatione spuriorum intelligunt tames, qui non sunt nisi ex jure matrimonio, confundentes ex concubina nato cum vulgo quæstis, Palaeot. de nat. & spur. fil. c. 49. & seq. Boer. de cis. 127. Covar. part. 2. de matrim. c. 8. §. 6. n. 15. Gail. d. loc. Nonnulli eadem æquitate moti nec eos in totum excludunt, qui nati sunt ex damnato coitu, ab alimentis ad dotem perparari *verborum*.

Mater filiam dotare non cogitur, nisi ex magna & probabili causa, l. neque mater. 14. c. de jur. dot. Magna autem causa esse putatur non tantum si mater sit dives, pater inops, verum etiam, si mortuo patre ipsa filia inopia laboret. Legibus etiam hoc specialiter cautum est, ut mater hæretica filiam Christianam dotare cogatur, l. cognovimus 19. c. de heret. & Manich. ad quem textum fortè respexit Tribonianus in d. l. neque mater in verb. vel ex causa specialiter lege expressa. Sed illud cessare cepit, ex constitutione Frederici in auth. Gazario. c. de heret. & Manich. & jure Canonico, c. vergentes 10. ext. cod. omnium hæreticorum bona confiscari placuit, ita ut d. cap. vergentes, etiam liberi Catholici ab iis bonis excludantur: nisi quis dicat, & quidem probabiliter, ex bonis istis confiscatis aliquid pro dote vel alimentis liberorum decidi oportere, sicut olim ex bonis damnatorum portiones liberis relinquebantur, l. 7. ff. de hon. damnat. Sed moribus sequestratæ Belgicæ hæc jura abrogata

sunt, nemoque apud nos propter hæresim aut heterodoxiam bonorum patitur publicationem. Et cum igitur nec Judæorum bona publicentur, procul dubio dispositioni d. l. 19. C. de heret. locus erit in Judæa matre, ut filiam Christianam dotare cogatur. Sed & totius ferè Belgii aliorumque moribus ob conjugalem bonorum omnium communionem mulier sicut lucri, ita etiam damni particeps fit: & ideo dotandi onus, tanquam æs alienum commune est, & ad utriusque parentis officium spectat, *vid. Gronew. de ll. abrog. ad d. l. neque mater. & ibi alleg.*

Præcipua verò questio hic est de filiam locuplete seu bona propria habente, nempe an huic patrem dotem dare cogatur. Ego sic distinguendum arbitror: si filia habet quædam bona libera pleno jure ex bonis maternis aut aliunde, quorum usum fructum pater non habet.) ut in *auth. excipitur, cum 2. seqq. C. de bon. qua lib.* unde honestè pro conditione personæ suæ dotari potest; hoc casu non putarem patrem cogi posse, ut de suo dotem filie constituat. Ratio est, quia nec talem filiam alere pater tenetur, l. 5. §. sed si 7. ff. de agnos. & alend. lib. ab alimentis autem ad dotem licet *o. arxvā. c. v.* Et cessat omnino ratio onerandi patrem quando filia ob bona propria conditionem reperire potest, *Bart. in l. mulier. 22. §. cum proponeretur 4. ff. ad Senat. Trebell. Alciat. in lib. 1. ff. solut. matrim. Tulden. in Codicill. tit. de dot. promiss. num. 7. Bachov. in Treult. dissert. de jur. dot. Thes. 2. Multa quidem post Salicetum & alios, sed in vanum disputant Gall. 2. obs. 95. Falcoz. de noth. & spur. cap. 49. & seq. Sighard. in l. ult. C. de dot. promiss. Bronch. 3. dissert. 1. ut probent argumentum à negotio- ne debitoris alimentorum non necessario procedere ad negationem debiti dotis, causamque dotis etiam favorabiliorum esse causa alimentorum, quo nihil est *paradoxi & sper.* Sed obijciunt ad nos, d. l. ult. C. de dot. promiss. quæ est una ex quinquequibus decisionibus Justiniani. Videamus ergo quid Justinianus illic constituit. Agit ibi Imperator de patre habente usufructum in bonis liberorum adventitiis, ut patet ex principio d. constitutionis. Deinde non jubet patrem dotem de suo dare: sed si dotem ultrò promittere desinit ex cuius bonis hoc patrem fecisse censeri debeat, utrum de bonis propriis ex liberalitate, an de bonis filie. Et summa d. l. ult. est, quam refert Baldus. Pater simpliciter dotem dans pro filio non expresso cuius patrimonio, censetur dedisse de suo ipsius patrimonio. Si vero dixit se dotem dare de suo & filie patrimonio, tunc si pater est inops, censetur dotem dedisse de filie patrimonio; si pater est locu-*

ples, censetur eam summam, quam expressè, dedidisse de suo ipsius patrimonio, & tantum tacite voluisse accedere ex bonis adventitiis filie, in quibus usufructum habet quem usufructum eatenus tacite remisisse intelligatur. Idemque jus constituit, si pater donationem propter nuptias pro filio promiserit. Quòd si pater expressè dicat se de filie bonis dotem dare, in casu non deciditur in d. l. ult. sed decidendus est secundum ea que dixi, nempe patrem non cogi de suo dotare filiam locupletem, quæ bona propria pleno jure habeat, seu quorum usufructus non pertineat ad patrem. Hoc igitur adhuc manet, si pater simpliciter pro filia, quamvis bona propria pleno jure habente, dotem desinit, eam de suis bonis ex liberalitate dedidisse intelligitur, l. 5. §. ult. ff. de jur. dot. At ex eo, ut inferius quoque diximus, rectè colligitur, posse patrem, si velit, etiam de filie bonis dotem promittere: & si hoc expressè dixerit, eum non teneri de aliis, quam de filie bonis dotem promissam præstare. *Fac. l. si res. 3. ff. eod. tit.* Non obstat, quod etiam filie locupletis debetur portio legitima. Hæc enim mortuo demum patre debetur, nec liberis auferri debet patris hereditas, ad quam ratio naturalis, quasi lex quædam tacita eos vocat. Dos autem datur à patre vivo in eum finem, ut filia conditionem matrimonii inveniat, l. 2. ff. eod. tit. Itaque si filia conditionem matrimonii reperire potest ob propria bona cessat causa onerandi patrem, ut bene Diød. Tulden. ubi supra. *Duar. ad tit. sol. matr. c. 3. de dotib.* Quòd si filia nulla bona propria habeat, aut nudam tantum bonorum proprietatem, usufructu apud patrem constituto, hoc casu pater aut ex suo patrimonio dotem dare debet, aut remisso usufructu, quem in bonis filie habet, plenum eorum jus ex causa dotis in filiam transferre: sicut etiam patet, qui usufructum in bonis liberorum adventitiis habet, alimenta illis de suo præstare tenetur, l. ult. §. si sum autem 5. pr. & vers. cum eod. in cod. *De qua lib. De filia, que sine patris consensu nuptis, frustra queritur, an eam dotare poterit debeat quoniam hoc casu jure civili nec dicitur, nec matrimonium intelligitur: moribus nostris ob eam causam etiam exheredari potest, utique si minor viginti annis fuerit, *Grot. lib. 2. introduct. ad juris. Batov. cap. 18. alibi etiam major, modò minor 25. annis. Christin. vol. 3. de off. 182. num. 19. Tulden. in C. de nupt. num. 2. & de dot. promiss. num. 9. Quid de jure Canonico hic statuendum, vide Gall. 2. obs. 95. num. 3. & seqq. Panorm. in cap. 1. num. 7. de dispens. impub. Coyar. p. 2. de matrim. c. 2. §. 8. n. 7.**

Tulden. d. n. 9. An verò & quatenus secundum jura, que nunc obtinent, recipi possit constitutum Justiniani in l. ult. C. de dot. promiss. quam singularem & latè mirabilem appellat Christin. vol. 3. de off. 132. num. 24. & tamen usu forensi receptam prædicat, eo quod secundum eam in Camera Imperiali judicatum testatur Myninge-*recept. cent. 5. obs. 32. num. 1. vide Gronew. de leg. abrog. ad d. l. ult. ubi bene & solidè ostendit non posse eam constitutionem moribus horum temporum sine vitio applicari aut in praxi recipi, licet secundum jura illius temporis, quo composita & Justiniano promulgata est, tamen & æquitate non careat: quod etiam non obscurè innuit Tulden. ubi sup.*

## CAPUT XV.

An promisso donationis causa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiam si traditio secuta non sit?

Donationem inter virum & uxorem jure nostro prohibitam esse constat, *tit. ff. & C. de donat. int. vir. & uxor.* Ratio sumenda à blanditiis conjugalibus, quibus nihil non alter ab altero impetrare, vel causam rixarum & dissidii, quin & divortii querere possit cum adde quæ referuntur in l. 1. & l. 2. ff. d. tit. & docetè explicatur à Connano lib. 8. *comm. cap. 11.* Sunt tamen nonnullæ hinc exceptiones & nonnulli casus, quibus hæc donationem valere placet: veluti si donator non fiat pauperior, imò si donatarius non fiat locupletior, licet ille pauperior, l. 5. §. concessa 8. & §. cum igitur 26. ff. eod. tit. si donationes sint reciproce, l. 9. §. 2. ff. eod. aut remuneratio insignis alicujus operæ aut officii, *arg. l. hoc jure 19. §. 1. l. Aquilius 27. de dona. si mortis causa donatio fiat, l. 9. §. ult. cum l. seq. ff. de donat. int. vir. Esti autem hæc causæ, & quæ sunt similes, exceptis, cæteræ donationes inter virum & uxorem non confirmari, l. res uxoris 24. & l. seq. C. de donat. int. vir. & ux. quod defectum est oratione Severi & Antonini, quæ refertur & explicatur ab Ulpiano in l. cum hic statutus 31. ff. eod. Infirmæ verò manent, quando mors donantis nondum secuta est, ac penitende præmoriae donatorio evanescent, quoniam tunc confirmatio locus est amplius non potest. Quæsitum autem est, & eleganter quæsitum, si*

conjugi conjugii rem non tradidit, sed donationis causa tantum promiserit, sufficienterque in finibus conventionis, an & hæc conventio (quæ & ipsa *verborum obligatio* appellatur) morte promittentis confirmetur, ut superstiti donatario contra donatum defuncti hæredem exactio promissæ detur? Res non caret feropulo, Glossa, Barcolus, Baldus & DD. *comm. in l. Papinianus 23. ff. de donat. int. vir. & ux. Colta. ibid. Connan. lib. 8. comment. cap. 11. Mant. lib. 21. de tac. & ambig. conv. tit. 7. num. 32. Scip. Gentil. lib. 3. de donat. int. vir. & ux. cap. 18. Myning. cont. 2. obs. 33. num. 3.* statuunt hoc casu cessare orationem, nempe morte donantis conjugis confirmari donationes, quæ verbis tantum promissæ sunt, sed eas solas quæ revera extiterunt, & traditione perfectæ sunt; hæredem autem conjugis ex sola promissione conveniri non posse, licet non revocata voluntate conjugis decesserit. Actus his ego me adjungam soctum. Rationes quæ me impellunt, hæc sunt. Primum, quòd non videatur plene & cum effectu donare voluisse, qui tantum promisit, neque dedit; & quia fidem suæ donationis non præstitit, penitus esse existimandus est. Imò nec revera & propriè donatio subsistens inter terminis conventionis donatio est, sed de dando conventio. Propriè enim nemo donare intelligitur, nisi qui & tradat, l. 1. ff. de donat. Donatio est donatio, l. 1. §. 1. §. 1. ff. de mort. cap. donat. Unde donatio opponitur stipulationi & promissioni, l. 3. §. 10 l. 23. ff. de don. int. vir. 2. Quia non est novum, ut conventio, quæ alias per se proflans nulla est, accidentè traditione alicujus roboris accipiat, atque ob eam causam facilius confirmari debeat, l. 1. §. 1. ff. de donat. & ibi, *Bart. ff. de acq. pass. 3. Movet textus in l. cum hic statutus 32. §. 1. ff. de donat. int. vir. & ux. ubi verba orationis referuntur, quæ hoc expriment, verum esse, ut eripatur donatario ab hærede defuncti donatoris, quod defunctus donavit. Eripit autem nemini potest nisi quod jam habet, quod traditum sibi tenet ac possidet. 4. Quoniam alias nulla in proposito dari posse videtur differentia inter donationem mortis causa, & donationem inter vivos, *arg. l. 32. ff. de mort. cap. don. & l. 1. pr. ff. de don. int. vir. quorum illa tamen inter conjuges permittit, hæc vetitia, §. Textus expressus & rotundus in l. Papinianus 23. ff. de donat. int. vir. ubi Ulpianus sententiam Papiniani probat, existimantis orationem Divi Severi ad rerum donationes duntaxat pertinere, non ad nudas promissiones: ideoque si maritus uxori sue stipulantem tantum spondidisset, non etiam tradidisset, marito mortuo hæredem ejus conveniri non posse, licet du-**

ante voluntate maritus decellerit. Hic utique in terminis, ut loquuntur, questio propofita deciditur, & secundum quod nobis vltim apertiffimè pronunciat. Quis enim ferat, quod ad hunc locum Ant. Faber lib. 2. *consect.* 8. respondet, Ulpianum memorare tantum sententiam Papiniani, non probare t cum diserte Ulpiano dicat Papinianum rectè putasse, &c. Sed scilicet, si fides Ant. Fabri, vox *rectè* ab imperito interprete addita est, & ideo tollenda. Schifordigerus autem, lib. 1. *tract.* 11. *quæst.* 8. de via magistri sui non nihil desolens, putat ex duabus sententiis Papiniani, quæ ab Ulpiano proferuntur, priorem dumtaxat Ulpiano probari, posteriorem ab eo referri tantum, non probari; propterea quod in posteriore non repetit particulam *rectè*, quasi verò ea repetita non intelligetur *antè* *verò* aut posterior assertio Papiniani non dependeat, tanquam necessarium consequens à priori. Denique si posteriorem non eque ac priorem probasset Ulpianus haud dubie id expressisset, nec sine vitio id omittere potuit. Putant nonnulli variasse Ulpianum, & Papinianum sententiam, quam prius probaverat in *d. l. Papinianus*, postea improbabile in *d. l. cum hic status*. At cur hoc magis dicunt, quam Ulpianum suam ipsius sententiam mutasse postea, & probasse Papinianum in *d. l. Papinianus*? In *d. l. cum hic status*, §. 1. loquitur obsecutus; & locus iste aliam interpretationem, quam quæ ab illis affertur, pati poterit, at postea demonstrabitur. At in *d. l. Papinianus*, nulla obsecratis, plana & aperta Juriconsulti sententia. Fateor tamen & contrariam sententiam non levibus nisi argumentis, eamque habere assertores egregios, interque eos Corsium, lib. 5. *misc.* c. 1. Ant. Fab. & Schifordiger, *ubi supra*. Sed age, argumenta hæc excutiamus, & videamus quid iis probabiliter responderi possit.

Primum ducitur ex *l. cum hic status* 32. §. *five autem* 24. *ff. de don. int. vir.* ex quo loco sic illi colligunt. Quæcumque donatio ex ratione juris veteris ante orationem Severi inter conjuges non valebat, ea oratione confirmata est. *d. l. five autem*. At constat nec valuisse promissionem donandam causa factam. *l. 2. §. sciendum*. 10. *ff. cod. ergo* & illa ex eadem oratione valet. Respondeo, in hoc argumentum concedi sibi postulant 72 *iv* *et* quod est in questione, nempe an omnes quocumque modo factæ donationes per orationem sint confirmatae. Nam textus in *d. l. cum hic status* 32. §. *five autem* 23. commodè restringi potest ad donationem veram ac propriè dictam, plenam scilicet & perfectam, quæ sit consummata vel per traditionem actuale, vel per acceptationem, aut quamvis fictionem brevis manus,

quæ pro traditione sit, ut in *l. 3. ult. ff. cod. ut sitce modis*, & si quid id genus alii, donationem factam oratione confirmari intelligamus. Atque hæc pertinet *d. §. 23. d. l. 35.* ubi expressè agitur de remissione obligationis facta per acceptationem, in qua est fictio brevis manus, tanquam res soluta, & ex hoc donationis causa reddita esse. Sed aiunt etiam stipulatione perfici donationem. Quis negat? Imo ex constitutione Justiniani etiam nuda conventionem perficitur donationem, cum scilicet donator voluntatem suam scripto aut sine scripto manifestavit. §. 2. *inst. de donat. l. si quis* 35. *C. cod.* Sed hic primum tantum gradus perfectionis est, unde donatio in donatione licita acquiritur obligatio & actio durat, non rei promissæ dominium. Verè autem plenè demum perficitur & consummatur donatio promissæ & doni præstatione. Sic emptio & venditio perficitur dicitur, simul atque de pretio convenit; non antè tamen pro consummata habetur, quam res tradita sit & pretium numeratum. Atque, ut ante diximus, propriè donatio ipsam rei translationem significat: quam ob causam inter modos acquirendi domini numeratur. *Inst. de donat. in pr.*

Secundum argumentum fumitur ex *d. l. cum hic status* 32. §. 1. ubi Juriconsultus ait, oratione inductum esse non tantum ut res fiat ipso jure ejus cui donata est, sed etiam ut obligatio sit civilis; quod postremum non nisi de stipulatione donandi causa facta putant intelligi posse. Sed quidni verba ista Juriconsulti de eo casu accipi possint, quo aut nomen conjugii donatum est, cessat actio, aut evictionem promittit donator, quomodo & Accursius ea accepit? Hoc certe probabilius dicitur, quam aut Ulpianum sibi non constituisse, aut Papinianum à reliquis diffusisse Juriconsultis. Addidit Accursius & alium casum, nempe si alter alteri debitum per acceptationem remiserit: sed hoc quomodo hæc applicari queat non video.

Tertio, non parum juvare videtur contrariam sententiam, quod ab Ulpiano responsum est in *l. si stipulata* 33. *ff. cod.* si mulier annum stipulata fuerit, & manente matrimonio maritus decellerit, donationem (Halodand & Duxenus legunt *stipulationem*) ex senatusconsulto confirmari. Respondet Bartolus, confirmari quidem hoc casu donationem; sed non ultimam, quam ante ex stipulatione præstitum est à merito facta *d. l. Papinianus ff. cod.* Ego autem puto rectè defendi posse, esse promissionem annui ejus nomine, quod præstitum non est, hæredes mariti, qui promissæ teneri, sed non alter, quam si maritus re ipsa jam solvit aliquid

de illo annuo, quia si minus aut alterius anni pretium conventum dedit, ut jam in actum exierit illa promissio, postea cessavit. Hoc, inquam, casu puto reliquorum annorum debitum ab hæredibus exigi posse, propterea quod hæc promissio ipso facto voluntatem suam satis declaravit, quanquam nec absurdum est in promissione annui sui alimentorum statueri exceptionem. Planè non existimandum donationem annui durare ultra matrimonium, cum ex conjugali affectione fluxerit.

Quarto, in contrarium urgent *l. 2. C. de dot. caut. non num.* Sed ad hunc locum facilis responso est, nimirum cum vir donandi animo aliquid incrementum in dotem ascribit; ut in specie *d. l. 2.* quasi traditionem factam videri, per fictionem scilicet brevis manus, cujus eadem vis est, quæ vera, *l. 3. §. pen. et ult. ff. de donat. int. vir.* *et* *xx.* neque aliter traditionem talis incrementum fieri solere, cum enim dos ipsa constanter matrimonio penes maritum esse debeat, & consequenter etiam incrementum dotis, *l. 4. ff. de jur. dot.* absurdum esse id traditi mulieris, & statim à viro recipi. Quapropter hoc incrementum dotis perinde ac si reverè traditum esse, actione rei uxoriæ ab hæredibus mariti uxor rectè petet. Bartolus in eadem sententiam tribus verbis respondet, esse in *d. l. 2. C. de dot. caut. non n.* traditionem factam, quæ idem operetur quod vera. Ultimo obijcit communi sententiæ *Novell. 182. cap. 1.* ubi expressè etiam quævis promissio donationis causa mulieri facta, licet nulla traditio interveniret, post mortem mariti confirmatur, & mulieri ejus quod in conventionem deductum est datur conditio. Verum cum novum ejus illis aperte introducat, quod olim ex oratione Severi non obtinuit, ex veteri utique jure communis sententia rectè defenditur. Quid ergo? An novo jure vera est contraria sententia, & secundum eam pronuntiandum. Sanè quidem secundum illam *Novellam*. Sed ego dubito an *Novella* ista in praxi & foro sub auctoritate legis allegari possit: quoniam in vulgatis editionibus desideratur, & demum à Neotericis ex Græco translata & volumini *Authenticorum* inserta est. Unde aut à peritiquè allegatur, ne quidem à Corsio aut ipso Ant. Fabri. Sed neque videtur esse Justiniani, verum alius & incerti Principis: ideoque nec addita est inscriptio alicujus Imperatoris. Quid hic juris nostris & Gallie moribus, vide *Greenew. de ll. abrog. ad l. 1. de donat. int. vir. et* *xx.*

## CAPUT XVI.

An cum testator prohibuit inventarii consecutionem, etiam necessitas reddendarum rationum tutori vel curatori remissio intelligatur?

Tutores omnes & curatores, cu juscunque generis sunt, non ante debent se miscere administrationi sibi commissæ, quam inventarium bonorum omnium & rerum pupillorum aut adulatorum nominum & instrumentorum solemniter sub præsentia publicorum personarum consecraverit. *l. tutor 71. pr. ff. de adm. tut. l. tutores 24. C. cod. l. ult. §. 1. C. arb. tut.* solo patre legitimo administratore secundum communem interpretem sententiam excepto. *Mont. de jur. tut. c. 31. reg. 6. de consecr. invent. n. 88.* Est autem inventarium hoc fundamentum administrandi bona, & caput reddendarum rationum, *l. 1. §. 3. ff. de tut. et rat. dist.* Inde enim promptum est quod alius vis fieri possit, cognoscere, an & quantum fraude vel negligentia tutorum de bonis fit diminutum. Atque ideo ob non consecutum inventarium quasi suspecti remouentur, vinculi que publicis continentur, tanquam rerum pupillarum spoliatores & prædones, & infamia notantur. *l. 8. §. tutores qui repositorum non fecerunt. 1.6. ff. de susp. tut.* (in editione Florentina illa verba desunt, & initium §. est, sui pecuniam) *l. ult. in fin. C. arb. tutel.* Denique contra eos juraturum litent, nec tantum ob dolum, verum etiam ob latam culpam. *d. l. 7. pr. ff. de adm. tut. l. 2. C. de in lit. jur. Covar. var. resol. lib. 2. c. 14. n. 5. in fin. et n. 4. Montan. loc. cit. 20. et multis seqq.* Postremò, non antiquum inventarium publicè consecraverit, & secundum morem solitum reddere iis traditæ fuerint, ullam habent administrationem, *d. l. 1. ult. §. 1. C. arb. tut.* Sunt tamen nonnulli casus, quibus aliquid de hoc jure relaxatur, ut si iusta causa impediatur, quominus tutor statim aut suo tempore (de quo vide *Montan. d. loc. cit. n. 29.*) inventarium facere possit, puta si morbus fonticus eum tardet, *d. tutor. pr. et ibi Bartol. n. 17.* aut si causa non admittat dilationem & res pupillo non oblit, sed prossi; *l. ult. C. de tut. qui lat. non sed. d. l. tutor. et ibi Bart. num. 27.* Est & alia eaque insignis exceptio, nempe si testator expressè prohibuerit inventarium fieri, *d. l. ult. §. 1. C. arb. tut.* Idemque juris esse perique putant, est testa-

non expresse prohibuerit fieri inventarium, sed tantum simpliciter tutori remisit necessitatem inventarium faciendi. Bart. in l. nemo potest. §. 1. n. 12. ff. de leg. 1. Guid. Pap. de off. 352. Clar. §. testamentum q. 66. n. 4. Montan. de loc. num. 98. Moller. lib. 1. §. 1. semest. c. 39. n. 12. Gothofr. ad d. l. 1. ult. §. 1. quasi nihil interfit, utro horum verborum testator utus fuerit, remitto, an veto siue prohibeo; quod tamen vix est, ut probare possim. Nam qui verat, jubet ne fiat illo modo; qui remittit, non vult non fieri, sed gratiam ejus, quod fieri debebat, facit. Vetando testator suo & pupillorum suorum pudori consulere velle intelligitur, quæ juxta causa est; remittendo tantum gratificatur tutoribus, quæ causa non videtur esse sufficiens. Sanè Justinianus in d. l. ult. §. 1. C. arb. tut. non aliter tutores à necessitate faciendi inventarii absolvit, quam si testator specialiter inventarium conscribi vetuerit: quod & Jaso in l. nemo potest. §. 5. ff. de lege. 1. in col. 10. notat & sequitur Chassan. ad consuet. Burgund. in gloss. verb. par inventaire. tit. des enfants de plusieurs lits. num. 27. Joan. Dilect. de art. test. tit. 7. cautel. 3. n. 8. Damhoud. in patrocini. pup. tit. de tut. Cour. mun. tom. 1. n. 17. Christin. ad stat. Mechlin. tit. 19. art. 12. n. 7. Buf. ad l. 7. pr. ff. de adm. tut. n. 3. & in puncto juris verius esse tantum non factur Clar. d. quæst. 99. num. 3. Causam autem prohibitionis hanc ferme habent testatores, ne patrimonii secreta & res alienum pendunt, l. 2. C. de olim. pup. pref. & ne, ut alibi aliunt impopulenta ad invidiam, aut paupertas ad contemptum publicetur, l. 1. pr. vers. sed ubi quæritur C. quand. & quib. quart. pars. ac creditor parte pro pietate sua liberis optime prospicere voluisse, l. nec in ea 22. §. ult. ff. ad leg. Jul. de adult. Solent autem judices huc prohibitioni testatoris plerumque acquiescere, quamquam non præcisè coguntur eam sequi: nam si pupillo secus expedire intelligant, poterunt nihilominus, & debent tutorem adigere ad solemne inventarii conscriptionem, per textum auctorem in l. utilitatem 10. ff. de confirm. tut. l. 5. §. Julianus 7. ff. de adm. tut. l. 7. vers. nec tamen ff. de ann. leg. & siml. quemadmodum & vice versa iudex interdum ex iustissima causa necessitate conficiendi inventarii tutori remittere potest, etiam si testator non prohibuerit inventarium fieri, puta si foret non conducta facultates pupilli patefieri arg. l. 2. §. ergo etiam 45. & seq. ff. ad Senat. Tertull. l. 2. C. de olim. pup. pref. vid. Bart. ad l. 7. pr. ff. de adm. tut. n. 19. Chassan. ubi supra num. 26. Montan. de reg. 5. n. 108. Christin. d. art. 12. n. 7. 8. 9. Tulden. in Cod. de adm. tut. n. 2. Greenew. tract. de leg. abrog. ad l. ult. C. arb. tut.

Illud eleganter quaesitum, an prohibita inventarii conscriptione hoc ipso censetur testator rationum reddendarum necessitatem tutori aut curatori remisisse: Affirmat Damhoud. in patrocini. pupill. §. 4. n. 15. Molin. in consuet. Paris. l. p. §. 6. gloss. §. n. 12. Moller. 1. semest. 39. n. 6. & plures ibid. alleg. Firmamentum hujus sententiae est, quia abique inventario rationes reddi nequeunt, quippe quod illarum caput est & fundamentum, & aque ut Mollitæus post Gem. in c. generali col. 2. de elect. in 6. ait, sine inventario non potest confici & verificari primum & principale caput libri rationum, quod est de receptis: & Damhouderus paria esse, remittere rationum reddendarum necessitatem, & abolvere tutorem à conscriptione inventarii: atque ideo hæc valere et, si quæritur cui remissa rationes, in hoc inventarium facere tenetur: & quem testator à conscriptione inventarii absolvit, is nec tenetur reddere rationes. Cæterum verior est contraria sententia, negantium scilicet prohibitione inventarii conficiendi necessitatem reddendarum rationum tutoribus simul remissam censeri. Longè enim melius est & probabilius ut dicamus prohibitionem istam pertinere dumtaxat ad solemne inventarii conscriptionem, quæ fit interventu publicarum personarum, & ita ut exemplar mox magistratui exhibendum sit, (quod nos dicimus, sicut inde inventaris in handen van de Veemstieren loeven. Grot. lib. 1. introd. ad juris. Bar. cap. 9.) quæ prohibitio ideo fieri à testatore solet, nec secreta patrimonii ejus evulgentur, ut ante dictum est, & ne scrupulosa sint inquisitio. Non autem eo ut tutores non teneantur facere inventarium privatum ac descriptionem, quæ res omnes & bona pupillorum adhibitis amicis aut cognatis annotent, ac deinde accipia & expensa in rationes referant. In his enim omnibus ratio prohibitionis à testatore factæ desat. Quod si ve id quidem voluisset testator dari, re ipsa etiam dolum futurum & fraudem testator remisisset: quod nec facere debet, nec potest, l. ita autem §. Julianus 7. ff. de adm. tut. Joan. Dilect. de art. test. tit. 7. cautel. 3. n. 3. Quapropter dicendum est, etiam hoc casu, ubi talis prohibitio facta est à testatore, privatum tamen inventarium & privatam annotationem à tutore fieri oportere: ne si postea pupillus tutorem dolo & fraude aliquid gessisse dixerit, non habeat pupillus quo id probet, aut tutor quo se defendat. Poterit autem se defendere reperiitor & annotatione privata: qualis annotatione etiam jramento confirmari poterit, si non resecutus manifestis probationibus, arg. l. 2. pr. vers. sed ubi quarta pars. C. quand. & quib. quart. part. ita

Busius

Busius ad d. l. 7. n. 6. ff. de adm. tut. Christin. ad consuet. Mechlin. d. tit. 19. art. n. 9. & ibi citat. & hæc ipsa etiam Mollerii sententia est loc. sup. et n. 8. & facit hoc l. si serous 19. ff. de legat. 1. & l. cum tale 71. §. quid ergo 3. ff. de cond. & dem. Quod quod non illud quidem concedendum est, posse patrem testamentum suo cavere, ne tutor, quem liberis suis dat, obnoxius sit reddendis rationibus. Id enim ferret contra ius publicum, & pater de jure non sibi, sed pupillis suis competitori disponeret, quod admittendum non est d. l. 5. §. Julianus 7. ff. de adm. tut. D. Præf. Everhard. consil. 211. n. 14. Quod verò ibidem refert casum, ubi à marito cautum, ne uxor & mater liberis suis rationes reddat aut reliqua restituat, eamque cautionem ait valere, id propriam rationem habet. Nam id cautum fuit pactis ante nuptialibus, quibus fructus omnes uxori usque ad certam ætatem liberorum donati proponerentur, quæ pacta postea constante matrimonio testamento mariti confirmata sunt, ut bene ibi offendit idem D. Præf. Superioribus non obstat, quod minor curatorio suo legare aut per fideicommissum relinquere liberationem & remissionem reddendarum rationum potest, d. l. 5. §. Julianus 7. in fin. ff. de adm. tut. l. cum necessitatem 11. C. de fideicom. quia qui talia disposuit, de jure suo disponit, non de alieno. Et quidem si filius patri tutori aut matri tutrici quondam ius talen reddendarum rationum liberationem legaverit, pinguius id legatum est, quam si quis ita legaverit, personæ extraneæ cuius in curatione est, aut fuit, l. Aurelius 28. §. Titius testamentum 3. ff. de lib. legat. junct. l. Aurelio 20. §. 1. ff. eod. vide de hujusmodi liberatione à reddendis rationibus legata Covar. lib. 2. var. resol. c. 14. Igitur, ut evicimus, quando testator prohibet, ne is, quem liberis hæredibus suis tutorem dat, inventarium conscribat, tantum à solemni inventarii conscriptione eum liberis intelligitur, non à conscriptione reperiitor privati, aut ne totum ob onere reddendarum rationum, cum ne permillum quidem hoc patri sit. Non eadem causa est hæredis, cui testator interdicit, ne inventarium faciat, aut conscriptionem inventarii remittit, nam is nihil magis defungi potest reperiitoris & descriptione privata: sed non obstantia si ve interdictione si ve remissione, inventarium cum omni solemnitate facere tenetur, nisi solidum creditoribus hæreditatis solvere paratus sit. Ratio est, quia nemo quequam in testamento cavere potest in præjudicium creditorum suorum. Bart. in d. l. nemo potest ff. de legat. 1. Putarem autem posse testatorem hæredi cum pleno effectu remittere conscriptionem inventarii in præjudi-

Vinnii Quæst.

## CAPUT XVII

Utrum imperfecta parentum inter liberos dispositio valeat jure testamenti, an verò tantum ut voluntas ultima intestati?

Dispositiones testamentariz bifariam imperfectæ dicuntur, una moderatione solemnitas, puta si pauciores, quam septem testes intervernerint, aut si testes non signaverint subscriptivè, vel quid aliud quod ad solemnitatem ordinationis pertinet, amissum fuerit, l. si unus 12. hæc consularissima 21. in fin. pr. & §. 8. C. de testam. altero modo ratione voluntatis, veluti si cum plura ordinare testator velle, morte interceptus, aut furor correptus sit, aut obmuerit, si ve vox cum decesserit, l. si is, qui 25. ff. qui test. fac. l. furiosum 9. C. eod. §. pen. l. si quib. mod. test. in fin. Si ve autem ob aliquam solemnitatis si ve ob voluntatis defectum testamentum imperfectum sit, constat tale testamentum inutile esse, ac ne jure quidem voluntatis intestati defendi. Sed hoc ita obinet jure communi. Jure autem singulari placuit parentum testamenta, licet imperfecta sint, valere inter liberos, l. hæc consularissima 21. §. 1. & auth. seq. C. de testam. Cujus juris ratio hæc est, quod in parentibus cessat omnis fraudis & inductionis suspicio atque ut illi optimè sciunt, quid liberis eorumque singulari debeatur, ita etiam ex consuetudine pietatis præsumi debent, bene prudenterque in singulorum persona dispositivè. Et quidem certi juris est, valere inter liberos testamentum parentis, quod imperfectum est propter omissionem requisitarum alias solemnitas. Sed quod imperfectum est ratione dispositionis & voluntatis, ex communi Interpretum sententia nec inter liberos valet. Clarus, §. testamentum quæst. 9. post Bart. & alios in d. l. 1. §. 1. C. de testam. Gall. lib. 2. obs. 112. n. 14. quam sententiam & Cujacius pro-

(S)

bat in l. si quis 25. ff. qui test. fac. eo quod hic vitio aliquo reddendum interrumptur institutio, & Fac. arg. in l. Lucius Titius 46. pr. ff. de testam. mil. Quod autem de cepto testamento & non dum impleto dicitur in l. ult. pr. C. fam. cre. ad solemnitates referunt: nempe si pater solemnem testamentum condere voluerit & coepit, licet solemnita postea adhibita non sint, nihilominus voluntatem sustinet, Bart. in d. l. si quis. Salic. in d. l. ult. post. Gloss. ibid. Atque ita ipse Constantinus verba sua in pr. d. l. ult. postea interpretatur, etiam si, iniquis, solemnitate legum hujusmodi dispositio fuerit desinita. Non est tamen sine ratione, quod Costalium in l. si filia 20. §. si pater. 3. ff. fam. cre. communem sententiam hic temperat, ut si pater omnia inter liberos dividit, illa divisio rata habenda sit, quamvis forte de nonnullis aliis rebus loqui volens, aut quendam legare morbo oppressus sit, arg. d. l. si filia §. 3. Quod nec Diod. Tuldeno ad Cod. de testament. n. 3. displicet, sed hoc in medio relinquimus. Extra controversiam igitur positum est, testamentum parentum inter liberos valere, esse in eo solemnitates jure communi requiri: observari non fuerit. De eo autem non convenit, utrum talis parentum dispositio valeat jure testamenti, an verò duntaxat suffineat, ut ultima voluntas intestati? Prius asserunt Castrensi. Alex. Jaf. in d. l. hac consultiissima 21. §. 1. C. de testament. quos sequitur Gilken. ibid. n. 9. Bachov. ad. Treutl. dispositio de testament. thes. 6. lit. H. & DD. comm. Posteriori Ant. Fab. dec. 35. err. 3. Schifordig. lib. 2. tract. 11. ferè per tot. Fachin. 4. cont. 4. allegans Glossam in d. l. hac consultiissima §. 1. quæ tamen ibi nihil tale affirmat: sed aperte contrarium tenet in l. filii. 16. C. fam. cre. Haud facile quid hic statuendum sit, judicare poterimus, nisi prius constitutiones omnes, quæ circa hanc rem scriptæ, evoluerimus. Sunt autem in hac rem constitutiones complures. Prima est Diocletiani & Maximiani in l. filii. 16. C. fam. cre. ubi jubent Imperatores, etiam si iudicium patris tam circa testamentum, quam circa codicillos deficiat, si tamen quibuscumque verbis voluntas ejus declarata sit, arbitrium familie eriscendum voluntatem patris sequi, licet ei ab intestato succedatur. Secunda est Constantiani in l. ult. C. eod. tit. in eadem sententia. Sed Constantinus idem constituit, etiam si liberi non sint in potestate, sed emancipati; & licet non verbis, sed quibuscumque indicis aut signis voluntatem suam pater declaraverit. Tertia est Theodosii in d. l. hac consultiissima 5. ex imperfecto. C. de testam. qui jus hoc singulare parentum auxit, & ad matrem quoque produxit, atque ad

ascendentes utriusque sexus, ad heredes extraneos referat, ut hæc etiam à Justiniano memorantur in prefat. Nov. 107. Quarta est Justiniani in Nov. 18. c. 7. unde aut. si modo, C. fam. cre. quæ pertinet ad divisionem factam per scripturam extra testamentum & codicillos, puta per epistolam: cui scripturæ, ut rata ac firma sit, Imperator vult subijci vel ipsius parentis, vel liberorum omnium, inter quos partitio fit, subscriptionem. Quinta & ultima est ejusdem, subscipionem. Nov. 107. c. 1. & 2. unde sumpta sunt verba authenticæ, quæ ab Irnerio Codici insertæ sunt in d. l. hac consultiissima, aut. quod sine, aut. hoc inter, ubi certam formam hujusmodi parentum scriptis dispositionibus Justinianus præscribit, & priores Constantiani & Theodosii constitutiones uno atque altero casu corrigi. Primum cavet, ne qualescumque scripta dispositio inter liberos valeat, sed ea duntaxat, quæ sit in scriptis, præ plena litteris, sine ligas aut abbreviatis, & scripta aut subscripta à parente, denique quæ exprimat tempus, nomina liberorum, & uncias, ex quibus heredes instituantur. Deinde quod ad extraneos attinet, quos Constantinus & Theodosius plane excluderant, his legata & fideicommissa relinquere permittit: quod tamen ea noluit sufficere scripturam, nisi testes interveniant, d. c. 1. vers. si tamen usori. Quod ab Irnerio ommissum in d. aut. quod sine, Jam ut ad questionem propositam revertamur, puto esse rectè sentire, qui imperfectam inter liberos parentum dispositionem valere existimant jure testamenti, non autem tantum, ut voluntatem intestati: utique si ponamus in talis dispositione liberos etiam hæredes institutos esse, quia sine hæredis institutione testamentum intelligi non potest, arg. d. l. hac consultiissima 21. §. 1. C. de test. & d. Nov. 107. c. 1. ubi talis parentum dispositio, testamentum, dicitur, & testatores, & parentes ita disponentes dicitur, testatores appellatur, atque in eo testamento hæredes rectè instituantur. Omnis autem scriptura, quæ hæres rectè instituitur, testamentum est. Nec obstat quod dicitur testamentum imperfectum; nam & testamentum militum imperfectum dicitur, l. 2. ff. de iust. rupt. test. ex quo tamen verè atque ex perfectò & solemniter succeditur. Testamentum autem imperfectum dicitur à parente inter liberos & ipsum non minus ex privilegio valet, quam militum. Sed & rusticiorum testamenta sæpe imperfecta sunt ratione numeri defectu & subscriptionis, quæ tamen ex privilegio vim ejusque perfecti testamenti habent, l. ult. C. de test. Quæ omnia argumenta sunt, non eo minus ex testamento jure specialiter legis solemnitate soluto succedit, quod imperfectum

dicitur comparatum cum testamento solemniter. Hoc idem & ex eo vincitur, quod in tali testamento & liberis prelegatis, & ex constitutione Justiniani extraneis non modò fideicommissa, verum & legata relinquuntur, d. aut. quod sine, quæ tamen non nisi ex testamento valent §. præterea. Inst. de fideic. hered. Fortissimum autem hujus rei argumentum est, quod hujusmodi testamentum parentis non rumpatur, nisi alio testamento omnibus modis perfectò: imò nisi & posterioris perfectum fuerit, & parens simul testatus sit se prius revocare, de aut. hoc inter, de quo vid. Clar. d. §. quæst. 98. Grass. §. testam. c. 86. Boer. dec. 240. Coren. dec. 39. suprem. Cur. Holland. Denique quod nimis absurdum est, alias sequeretur patrem jure privilegio non nisi codicillos inter liberos facere posse. Ceterum multa huic sententiæ obstat videntur. Primum, quod ex ratione juris non videatur posse pro testamento haberi illa dispositio, quæ velamento adminiculo non indiget: at sola scriptura, quam patris esse constat, etiam sine ulla teste hic sufficit ex communi & vera opinione, Gall. 2. obs. 112. Sed hoc leve est: nam testamentum non ex eo dicitur, quod coram testibus fiat, sed quod sit mentis & voluntatis nostræ ultima testatio. Explosione profectò dignus est, qui sic argumentatur. Non est necesse, ut in testamento militis per scripturam testans ulli testes adhibeantur: ergo talis dispositio militis non videtur esse testamentum. Secundo obicit Art. Faber, quod in hujusmodi imperfecto testamento non possunt liberi exheredari. Sed nosquam hoc scriptum est, & communis opinio est in contrarium, teste Claro d. §. testamentum, quæst. 13. Demus tamen esse verum, non posse scilicet liberos in tali testamento exheredari, quod & Curia Hollandiæ non ita pridem iudicasse dicitur, quid tum postea in exheredatione apud nos requiritur, ut testes sint Scabini, an ideo dispositiones, quæ vulgo sunt apud Notarium coram duobus aut tribus testibus non Scabinis, non valent, ut testamenta? Tertio huic sententiæ obicit, l. hac consultiissima 21. §. si quis autem 3. C. de testam. ubi li cùm in prioro testamento perfectò scripti sunt extranei, in posteriore autem imperfecto, qui ab intestato venire possunt, dummodo non minus quam quinque testes intervenierint, placet quidem infirmato priore testamento posteriorum hanc scripturam valere, non tamen tanquam testamentum, sed tantum tanquam ultimam voluntatem intestati. Respondemus nullam ex hoc loco ad parentes, quorum jus longè plenus est, quam agnatorum, illationem fieri posse. Imo ex contrario, cum in casu d. §.

si quis autem, Theodosius expr. se faciat, ut posterior instituta scriptura non quasi testamentum, sed tantum quasi voluntas ultima intestati valeat, rectè colligas, voluisse cum imperfectam parentum voluntatem, de qua agit in d. l. 21. §. 1. valere quasi testamentum, quoniam eam valere & tenere vult absolute & simpliciter. Postremo obijciunt constitutiones duæ. Prima est Diocletiani & Maximiani in l. filii. 16. C. fam. cre. quæ hæc est sententia: Si pater neque testamentum fecit, neque codicillos, aut fecit quidem, sed in iis iudicium suum circa rerum divisionem desinat: si tamen quibuscumque verbis voluntatem suam declaravit, quod ab bonorum inter liberos divisionem, hæc patris voluntatem, licet ab intestato ei succedatur, iudicium familie eriscendum sequi oportere. Sic enim verba, si tam circa testamentum, quam codicillos iudicium ejus desinit, accipienda sunt, non ut cum Glossa & perique alii ea accipit Gothofredus; quasi scriptum esset si solemnitates in testamento aut codicillis requisitas pater non observavit. Nam codicilli nullam solemnitatem desiderant, l. 6. §. 1. ff. de iur. codicil. §. ult. Inst. eodem. & demum longè post tempora Diocletiani aliqua desiderari cepit à Theodosio, l. ult. §. ult. C. eod. nec tam voluntas aut iudicium, deficiente aliqua solemnitate, quam jus deficit. Nempe igitur agunt illi Imperatores de divisione hereditatis obtinente inter liberos factà à parente intestato vel extra testamentum, quod sæpe & convenienter juris auctoritati fieri solebat: l. si filii. 20. §. si pater 3. ff. fam. cre. l. parentibus 8. C. de iust. testam. ut nihil novi illic ab Imperatoribus inducatur: quod etiam postrema constitutio non vult offendit, dum aiant hoc ipsum quod constituitur, etiam juris auctoritate significari: optimè Gudelinius lib. 2. de iur. nov. c. 4. circa fin. Nil igitur est in ea constitutio, quod nostræ & communis sententiæ obstat; non illa verba, licet ab intestato ei fuerit successum, quæ Fachinus & Ant. Faber videntur. Tunc enim patri ab intestato succedatur, cum testamentum non fecit, licet fecerit codicillos. Altera constitutio, quæ obijciat, est illa Constantiani in l. ult. C. fam. cre. inter qua constitutio etiam eo casu, quo patris ex liberos testatus est, sed dispositione imperfecta, qui casus in principio ponitur, non aliter quam ab intestato succedi videntur, arg. verb. licet ab intestato ad successorem liberi ventur, & quia hic etiam paterna illa dispositio non in propria, sed externa, nempe officio arbitri familie eriscendum sufficitur. Respondent perique cum Accursio verba illa, licet ab intestato. &c. referenda esse ad casum, quæ

patet aut codicillos tantum fecit, aut per epistolam: vel quibuscumque verbis indicitive voluntatem suam significavit. Et quidem eo commode referri possunt, si ipso iure aut vi paterna dispositionis voluntas patris effectum sortiretur, sed quia non nisi ope Judicis familie ericundae voluntas patris exitum habere potest, quod est argumentum eam voluntatem non valere ipso iure, l. 1. C. de inoff. donat. Melius est, ut dicamus jus parentum procedente tempore auctum esse primum constitutione Theodosii, d. l. hac consultiſſima §. ex imperfecto C. de testam. deinde & quidam maximè, constitutione Justiniani Nov. 107. c. 1. quibus dilertè cavetur, ut voluntas parentum liberos suos imperfecto testamento infituentium teneat, ac rata sit simpliciter, ac proinde ipso iure sine ullo adminiculo externo. Ex his, ut opinor, occurrere poterit & ceteris, quae fortè huic sententiae ab aliis obijciuntur.

## CAPUT XVIII.

An verbi nuncupata parentum imperfecta dispositio inter liberos ex privilegio valeat?

Non ignobilis quaestio est, an ut scripta, ita etiam nuncupata parentum imperfecta voluntas, coram duobus vel tribus testibus, aut paucioribus utique, quam septem iure singulari valeat & tenere debeat Negat id Martinus antiquus glossator, cujus sententiam ex veteribus fecerit Fulgiosus & Salicetus in *auth. quod sine C. de testam.* Caeteri verò Interpretes tam veteres, quam recentiores in contrarium iuverunt, uno fere Antonio Fabro excepto, qui Martini causam à ceteris, quos ille pragmaticos nomine minus honorifice, appellat, desertam rursus suscepit, atque acriter speciosis argumentis defendit *dec. 35. arr. 4. & dec. 36. arr. 9.* Sed videamus, an tam absorta, ut Faber putat, à ratione juris constituiti, omnique legum auctori atè desituta, sit illa Interpretum communis sententia, affirmantem etiam nuncupativam, licet imperfectam, parentum inter liberos dispositionem subsistere. Unum autem in effectu argumentum est, quo Faber hanc sententiam oppugnat, nempe quòd, ut ille ait, leges omnes & constitutiones, quae circa parentum dispositiones non solemnes promulgatae sunt, tantum loquantur de scriptis parentum voluntatibus, l. ult. C. *sup. ereise. l.*

*hac consultiſſima 23. §. ex imperfecto C. de testam. Nov. 107. c. 1.* unde sumpta *auth. quod sine C. de testam.* Quod atinet ad illam novellam Justinianam constitutionem, fateor verum esse quòd dicit: neque enim forma, quae illic praescribitur, convenit voluntati *hypogis*, sed cur non de alia quam scripta parentum voluntate ibi agat Justinianus, postea intelligitur. Sed & forte etiam Theodosius in d. §. *ex imperfecto*, per testamentum imperfectum non illud intellexit, quam quòd per scripturam factum est, quoniam non de aliis, quam de scriptis testamentis in principio constitutionis locutus fuit, quanquam hujusmodi collectiones, praesertim in reſcriptis Principum non sunt necessariae: atque ut id, quòd dicitur in d. §. *ex imperfecto*, aliorum testamenta imperfecta non tenere, generaliter verum est, sive scripta sint sive nuncupativa, ita etiam generaliter accipi potest & debet; sic ex contrario, quòd dicitur imperfecta testamentum valere inter liberos, etiam generaliter, & sine exceptione intelligi potest. Et fortè ideo Theodosius postea, cum de testamentis nuncupativis tractat, nullam subiicit exceptionem. Sed neque ex l. ult. C. *sup. ereise.* quae Constantini est, constans & firmum argumentum pro Martini sententia deduci potest. Etenim ex eo, quòd Constantinus meminit epistolae & quibuscumque scripturae, minimè sequitur voluntatem parentum sine scriptura verbis apud testes declaratam ratam non esse. Prius enim & testamenti meminit & codicillorum, quae utique & sine scriptura fieri possunt. Neque illa Constantini verba, siue quocumque alio modo scripturae, &c. respiciunt totum antecedens, sed proximum duntaxat, & illa, seu epistola parentis, &c. ut hic fit sensus, sive non testamentum aut codicilli, sed tantum epistola parentis relicta veniantur, siue quodlibet aliud scriptum, quo vel verbis, vel quibuscumque indicis voluntas parentis significatur. Et utique non est verisimile eum, qui vult subsistere voluntatem patris quocumque scripto & quibuscumque indicis declaratam, nolle servari voluntatem patris verbis coram testibus nuncupatam, licet paucioribus quam septem; & qui etiam enigmata & tales conclusuras admittit, ut *vultores judicet, & imperator vobis respondit*, ut Justinianus loquitur in d. *praesat.* eum manifeste velle rejicere. Postquam satis ibi probasse visus est Antonius Faber, ex solo testamento imperfecto, quòd per scripturam à parente factum est, voluntatem inter liberos codicidri, non autem ex eo, quòd factam est per nuncupationem hujus diversis iuris etiam rationem afferendam putavit: & nempe hanc

attulit, ut omnis falli committendi ratio praeripiatur; multa enim esse in jure aucto, quorum probatio per scripturam permittitur, per testes prohibita, quasi semper minus suspecta sit probatio, quae fit per qualemcumque scripturam, quam quae per testes, licet omni exceptione majores: quòd minimè ei concedendum est, per l. *exercedi 15. de fil. infirm.* & constat, quam fallax sit probatio per comparisonem litterarum, l. *comparationis 20. C. eod.* quam facilis alienae manus imitatio, & maximè, si scriptor usus sit notis quibusdam aut signis qualiter tamen parentum scriptura ex lege Constantini inter liberos rata est.

Denique, si vera est illa Antonii Fabri ratio, cur aequè in testamento scripto testes jure communi requirantur, & non pauciores, quam in nuncupativo? Verum quidem est, nullorum magis interesse, quam ipsorum parentum, ne fallum pro eorum judicio subsiciatur: sed malè inde colligit Faber, ex eo esse, quòd scripto eorum judicio *diuorsus* plus tribuatur, quàm nuncupato coram testibus. Quin ex eo ipso loco, quem Faber allegat, contrarium apparet, nempe ex l. *Divinus 24. ff. de testam. milit.* ubi militibus non minus conceditur haeredem nuncupare citra solemnitatem, dummodò testes aliquot adhibeat, quam scribere nullo teste adhibito, quamvis non aliorum magis, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, interesse dicatur, ne quilibet militis sermo pro vero ejus judicio capiat. Unum praecipue est, quòd hic nobis objici possit, nempe quòd nullum adhuc locum protulimus, ubi expressè non minus qualicumque nuncupata parentum voluntas, quam scripta, inter liberos custodiri jubetur. Ecce igitur tibi etiam textum in hanc rem expressum in l. *filii 16. C. sup. ereise.* ubi Diocletianus & Maximianus dixerunt jubent Judicem familiae ericundae voluntatem patris quibuscumque verbis, etiam extra testamentum aut codicillos declaratam sequi; ac proinde non modo scriptam, verum etiam lingua nuncupatam. Insequentes autem Principes jus parentum non imminuerunt, sed auxerunt, excepto eo, quòd Justinianus voluit, eum per scripturam parentes testantur, voluntatem eorum scribi *Αὐτῶν ὑπογραφήσιν*, ut ipse loquitur in d. *Nov. 107. cap. 1. & 661. εὐβουλίας τῶν ἀδελφῶν*, quòd Constantinus permittat. Arque hinc illud etiam apparet, esse in obligatione Antonii Fabri insufficientem partium seu legum enumerationem. Jam quòd atinet ad d. *Nov. 107.* faciliè ex praefatione, qua auctor Justinianus, colligitur, eam solum acci-

piendam esse de parentibus, qui scripto inter liberos testari volunt. Nam dixerit illic profectur, se in veteribus legibus, quae sunt de imperfecto testamento testamentum, illud reprehendere, quòd scripturas qualvis admittitur, etiam in quibus voluntas testatoris manifesta non est, *ὡς ἄρα ἔστιν ἡ ἀρχαία* quae tantum *ἡ ἀρχαία*, conjecturis quibusdam & indicis nitatur, notans praecipue constitutionem illam Constantini in d. l. ult. C. *sup. ereise.* & talem scripturam *ὡς ἡ τῶν ἀδελφῶν*, propter incertum voluntatis improban. Cum autem in scriptura solum haec *ἀρχαία* mectatur, ubi res notis scribi possunt, verba truncata esse, res partim à testatore scripta, partim ab alio, ad scripturam etiam solum constitutionem suam retulit Justinianus. In testamento vero nuncupativo nihil mutavit, eum nihil tale memendum sciret, ubi nulla sunt notae, unus tantum loquitur, non duo, ubi non proferuntur verba dimidata, sed plena voluntas pronuntiatur. Haec sententia, ut est communis, ita & certo jure ubique in praxi & foro recepta. Vide Clar. *8. testamentum quest. 16. Grot. lib. 2. introd. cap. 17. Sand. lib. 4. tit. 1. defn. 7.* quòd & ipse Antonius Faber ultro fateatur.

## CAPUT XIX.

An testamentum juxta statuta aut mores alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum, ubi major requiritur ordinationis solemnitas?

Testator ubi testamentum fecit, ubi coram duobus testibus & notario testari licet, ut in hac nostra Batavia. Quiritur an tale testamentum valeat etiam in aliis locis, ubi major desideratur solemnitas, & verbi causa testes septem, ut in Frisia, ubi sequuntur jus civile Romanorum. Afferunt DD. *comm. in l. 1. C. de sum. Trin. Vivus 1. opin. 36.* & secundum hanc sententiam sepe sime judicatum. Guid. Pap. *decis. 262. Thelaur. 2. quest. for. 8. Myning. 1. obs. 27. & 20. Gail. 2. obs. 123. Joann. à Sande lib. 4. rer. jud. tit. 1. defn. 12.* Sunt tamen, qui hoc contrarium eunt, & in quaestione propostia hic distinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda sit communis sententia: ac circa res soli spectandum jus ejus loci in quo sita sunt: quippe res mobiles, quoniam ubiqueque sunt, ibi fit ex voluntate domini, & pro hibito ejus transferri possunt, persequ-



nam sequi, non leges locorum: immobilia verò, utpote quorum certus perpetuque situs est, regi secundùm constitutiones loci, casualque possessiones, arg. l. sit. ff. de iurisd. l. ex ea 9. ff. de postul. l. 4. C. de iur. sine. ita Mansuer. in sua prax. tit. de success. Nicol. Burgund. ad consuet. Fland. tract. 6. Christin. vol. 2. decis. 3. & segg. Busf. ad l. 6. ff. de evict. Diot. Tuld. in breuiar. ad C. tit. de testam. n. 5. Mihi prior sententia probandior videtur, & errare posteriorem sequentes in eo, quod existimant etiam eas testamentorum leges, quæ ad solemnitatem ordinationis pertinent, asserere remissam de qua dispositionis: in quo asperè falluntur; cum utique multum intersit inter formam seu ritum dispositionis, & rem ipsam, que subiectum est dispositionis, seu id, de quo fit dispositio. Omnino enim in universum plurimum refert, utrum statutum quid consistat circa actus alicuius solemnitatem, an circa rem, puta fundum, locumque. Quæ statuta in rem concipiuntur, rem ipsam haud dubiè efficiunt; ut ubicunque sit, ejus loci ubi est, legibus obstringatur. Qualia sunt, quæ de successione ab intestato disponunt. ff. Schurz. cent. 1. consil. 6. n. 1. & 2. Gail. obs. 124. n. 4. & segg. Sic apud non licet quantum ad res mobiles servetur jus successione, quod obtinet in loco domicili defuncti; in rebus tamen soli custodiuntur jus ejus loci, ubi sita sunt. Groc. lib. 2. introduct. c. 2. in fin. Eodemque jure censenda sunt & statuta, quæ circa habitatem personarum dispensando aliquid disponunt. Ponamus legibus aut moribus alicuius regionis filissimam, permissum esse de bonis maritatis ceterisque adventitiis testamentum condere, ut in plenique locis Belgii. Leonin. lib. 6. emend. c. 3. in fin. Perez. ad tit. C. qui testam. fac. n. 9. hoc testamentum non valent nisi in locis ubi filissimam, sui facienti testamenti non habet, sicut in Frisia, ubi etiamnum obtinet jus civile. Sando d. lib. 4. de fin. 1. add. Gail. d. lib. 2. obs. 124. Gomez, ad l. 3. Tauti n. 20. Quique autem statutus aliquid cavetur, quoddam ad actus solemnitatem duntaxat pertineat, cum ea neque rem afficiat, neque personam actum celebrantis, sed formam solummodo actus, qui fit in loco statuti aut consuetudinis, rationi & iuri magis consentaneum est, ut ea vim eam exerant etiam ad bona alibi sita; quoniam cum actum solemniam ad eorum spectent jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per l. 6. ff. de evict. l. 3. in fin. ff. de testib. l. 2. C. quemadmodum test. aper. l. 1. sit. C. de test. consequens est, ut actus secundùm jus & consuetudinem loci rectè & legitime perfectus ubique vigorem suum obtineat. & ejus juris, cui per-

sona testatoris subiecta est, potius ratio habeatur, quam loci bonorum, que illius sunt, accessio. Ac videtur testamentum in hoc sapere naturam contractus. Utrique hoc positi, quod nemo negat, testamentum valere, rationis est, ut ex eo quoque universa bona heres connumeratur, cum titulus ex testamento fit universalis & individuus. Et alias contra rationem juris testator concedere volenti plura testamentum esse condenda, cum ex contrario testamentum unius tantum unum esse possit; aut quod absurdum est, unum idemque testamentum diverso solemnitatum jure instrumentum esse, actumque unam acque individuum, qualls est testamenti, secundùm diversorum locorum pacta aut mores dicitur iudicari oporteret. Peck de testam. conjug. lib. 4. c. 18. in fin. Sando d. de fin. 14. ubi etiam prudenter temperat novam distinctionem Fachini circa advenam in aliquo loco testamentum secundùm consuetudinem illius loci. Ad ea, que obijciuntur, facilis responsio est. Quale est illud quod cum statuta sint localia, ubi cessat iudicium statutum, ibi & cessare debeat statuti dispositio, juxta vulgatum illud: Extra territorium jus dicens nihil agit, l. ult. ff. de iurisd. Negamus enim eos, qui circa actus testamentarium solemnitatem aliquid statuunt, observandum in territorio suo, etiam si ille actus ita celebratur, ut quæque valere debeat, dici posse, propterea jus dixisse aut statuisse extra territorium. Contractus & ceteros actus celebratos in loco statuti secundùm formam à statutibus præscriptam, ubique vim habere constat; nemo tamen est, qui ex eo colligat, tale statutum egredi jurisdictionem statutum: que, quoddam alibi quoque hujusmodi actus valeant, non nisi ex consequentia quadam sit, non autem directo vi ipsius statuti, quod tantum disponit de eo, quod ad jurisdictionem statutum pertinet. Et hoc est quod Salcutius in l. 1. C. de summ. Trin. ait, statutum concernens solemniam testamenti non disponere de bonis principaliter, sed tantum sufflare spiritum in testamentum illud validando. Ex eo autem, quod à Papiniano in l. 9. ff. de postul. responsum est, cum qui prohibitus est, pro alio postulare esse causa, que infamiam non irrogat, in ea tantum provincia pro alio postulare non posse, in qua Præses fuit, qui sententiam dixit, in alia vero posse, quid argumenti magis contra, quam pro communi sententia elici possit, ego non video; sicut nec ex eo, quod constituitur in l. 4. de iur. test. ut præd. in art. 1. in finem in finem redigatur, que habebunt prius quam demigarent, nec ab eis distracta sunt, nisi specialiter id eis Princeps concefferit ut ea sibi possent

retinere: ut tamen non arceantur à successione parentum, quos in ea civitate, unde migrantur, reliquerunt. Quid enim, quæso, hæc species commune habet cum illa nostra iudicio præposita? Plane, si lex expressè jubeat testatores legi ejus loci jus, in quo bona sita sunt, alud dicendum est. Talis est constitutio Principum Brabantie emissæ anno 1611. cujus meminerunt Christinus & Tuldenus, ubi supra; Perez. in Cod. de testam. n. 21.

## CAPUT XX.

De liberis suis hæredibus præteritis à patre totum testamentum sit ipso jure nullum etiam hodie post Novel. 115. c. 3.

Interpres vulgè ex eo, quod anth. ex causis, C. de lib. præter. generaliter & indistinctè ab Inerico concepta est hoc modo: Ex causa exheredationis vel præteritionis irritam est testamentum, quantum ad institutiones; cetera namque firma permanent: colligunt id jus quoque pertinere ad præteritionem parentum, ut quævis tale testamentum ab initio nullum sit etiam jure novissimo, tamen hoc jure duntaxat nullum esse quoad institutionem, non quoad cetera capita, puta legata, fideicommissa, &c. atque hæcenus etiam in proposito jus veteris relationis in l. 1. §. l. præterito 17. de iustit. rupt. test. mutatum esse. Bari. in d. auib. §. 3. Covar. in c. Rainutius ext. de testam. §. 6. n. 3. & segg. Clar. §. testam. quasi 5. 2. Grass. in dict. legatum quasi 67. n. 2. Gail. 2. obs. 113. Fachin. 6. contr. 71. Bronch. cent. 3. assert. 29. utque adeo, ut contendat irritum factum testamentum, sic enim loquuntur, ex causa præteritionis parentum, legata & fideicommissa actione ex testamento peti posse, quasi etiam tale testamentum jure novissimo valeat pro his, que in eo relicta sunt; Gail. d. obs. 113. in fin. l. onell. in d. anth. ex causa 12. Duan. ad tit. de iustit. rupt. irrit. test. c. 2. Fachin. 4. contr. 10. Sed quantum ego judicare possum, omnino malè & perperam. Nam, ut hoc primum dicam, quædam hæreticus d. anth. ex causa, his verbis concepit: Ex causa exheredationis aut præteritionis irritum est testamentum, &c. cum dicere debuisset, testamentum irritum constituitur aut evertitur. Hoc ex eo apparet, quod Justinianus in tota illa sui constitutione, Nov. 115. c. 3. & 4. unde decepta est, d. anth. ex causa, tantum agit de testa-

mentis, que ipso jure valent, & ex quibus adiri potest hæreditas; sed que postea propter iniquam exheredationem vel præteritionem iudicio de inofficio rescindi possunt; non de his, que ab initio nulla sunt. Utitur enim Imperator his verbis, eaque ingeminat, απορρησθαι, irritum constitui, & αναντιστάσθαι subverti, rescindi; que de his tantum præteritur, que ab initio constituntur. Quippe præteriti fieri, autrumpi ea denum dici possunt, que cum antea consistant, everta sunt. Privationem enim significant; privato autem, ut in scholis loquuntur, præsupponit habitum. Quæ autem nunquam constituerunt, sive que ab initio non jure facta sunt, irrita quidem esse rectè dicimus, at non irrita constituti aut fieri: in quam rem à nostris allegatur l. 3. ff. de iustit. rupt. test. §. hoc autem §. iust. quib. mod. test. instrum. Nam itaque Justinianus non dicit, sed ad id præteritis esse, testamentum non subsistente, sed ad id, quod in actu, testamento infirmato, aut irrito reddito c. 3. in fin. d. Nov. 115. & statuit jure veteri inofficio, subvertit testamentum, c. 4. §. hæc res non debet; non debuit Inerico dicere ex causa exheredationis aut præteritionis irritum esse testamentum, sed irritum constituit, aut rescindi, Sed est verba constitutionis descenderent, multa tamen alia, que eadem constitutione caventur, verum esse arguunt, quod dicimus Justinianum de his solummodo testamentis agere que ipso jure constitunt, & ex quibus adiri possunt hæreditas. Quomodo enim aut quando scripti hæredes, quod nominatim eis injungitur, exheredationis causam à testatore expressim probare possent, si ipsi non essent hæredes? aut quomodo hæredes esse possent sine aditione? aut quomodo hæredes esse possent, quod conferri ipso jure nullum esse? Utique non rectè vel alter testamentum pro evertit ut attente haberi vult Justinianus, quam si scripti hæredes querentibus exhereditatis exclusi sint à probatione cause ingratitudinis, sive quoddam testator ique nullam allegaverit, sive allegaverit aliquam, quam hæredes probare non poterunt. Evincit hoc idem & accurata illa censuram ingratitudinis in d. Nov. 115. c. 3. definitio. De his enim causis apud centum viros, in iudicio querelæ inofficio solum inquirebatur; unde iterum liquet, non de aliis testamentis Justinianum agere, quàm que inofficio argui, & per querelam everti possunt; & consequenter non de aliis, quàm que ipso jure valent; quale non est testamentum patris, in quo liberi præteriti & inuito est, l. 7. ff. de lib. & posth. l. 1. ff. de iustit. rupt. adeo, ut nec ex post facto aut lapsu temporis unquam convalerit,

*pr. Inst. de exhar. lib. l. 7. ff. de injus. rupt. test.* Denique quod pro parte tantum rescinditur, necesse esse ab initio constituisse. Nihil igitur Justinianus circa prætentionem paternam novi juris introduxit: nisi quis dicat, quod quibusdam visum est, Justinianum omnem prætentionem ex qua exheredationi, sublato veteri discrimine prætentionis paternæ & maternæ. Sed hoc Justiniano propositum fuisse nequaquam credendum est. Cur enim si hoc dirimeret & jus vetus tollere voluit, id non expressit, uti fecit antequam causæ ingratitudinis definiret, & ubique alibi facit? Nec enim unquam solet Justinianus quicquam mutare ex jure antiquo sine præfatione & commutatione causæ, quâ impulsus id faciat. Animadvertere illi debuerant Justinianum in *d. Nov. 115. c. 3.* non aliter loqui, quam in *pr. Inst. de inoff. test.* aut quam Marcellus loquitur in *l. 3. ff. eod. tit.* Saneit enim non licere patri vel matri liberos suos exheredes facere aut prætereire, nisi forsan probantur ingrati, &c. quæ prædicata propriis subjectis accipienda sunt, ut exheredes facere non liceat patri, matri non liceat prætereire, quemadmodum in *d. pr. & d. l. 3.* alterum propriæ ad patrem, alterum ad matrem relecti constat. Liqueat hoc ex eo, quod Justinianus in *d. Nov. 115. c. 1.* aperte proficitur hoc solum sibi propositum esse, ut injuriam exheredationis & præteritionis à liberis avertat. Jam verò injuria ea propriè est, quæ vel exheredatione vel ea præteritione infigitur, quæ vim exheredationis habet, *l. Papiantius 8. in pr. ff. de inoff. test. l. 4. vers. quod si fuisset, circa med. C. de lib. præter.* Nam est à patre quod præteritis injuria inferbatur, non inferbatur tamen cum effectu; quippe cum ex ea causa testamentum patris profus inutile & nullius momenti esset. Exheredatis autem à patre, aut etiam præteritis à matre cum effectu inferbatur injuria: quæ quanquam vindicabatur iudicio de inofficio, tamen si legitima portio quocunque titulo liberis, quantumvis obsequentibus sententiæ relicta fuerat, injuria illa manebat, *§. sed hæc 3. Inst. de inoff. testam.* cui rei occurrere voluit Justinianus, atque ea de causa constituit, ut non sufficeret in posterum ad excludendam querelam legitimam quolibet titulo relictam esse: sed necesse esset, liberos vel hæredes institui, vel exheredari addito elogio. Cæterum, quia illata per exheredationem aut præteritionem injuria satis tollitur relicta institutione hæredis, sufficere etiam ei visum fuit institutionem solum rescindi, falsis cæteris testamenti capitibus, cum olim querela omnia rescinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem

paternam, ex qua causa testamentum ab initio nullum est. Omnino enim expiendus est eorum error, qui putant filium etiam non ritè à patre exheredatum, modo et quocunque titulo legitimam relicta esse, jure antiquo queri debuisse de inofficio, nec alio jure ad bona patris venire potuisse. Quid enim certius, quam præterito filio, qui erat in potestate testamentum ipso jure nullius fuisse momenti? Nec verò cominus prætério habebatur, aut nullum erat testamentum, quod quarta debere portionis, aut etiam multo amplius præterito legatum fuerat. Nam utrum filius præteritus esset, tæne ne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exheredatione æstimabatur, omneque præteriti censetur, qui neque hæredes instituti erant, neque ut oportet exheredati, *§. eodem 12. Inst. de hæred. quæ ab intest. Quod vero Ulpianus in l. 8. §. si quis. c. ff. de inoff. test. ait securè eum testari, qui mortis causa quartam donavit, non sic accipiendum est, posse patrem isto casu filium prætereire, sed posse securè exheredare hoc effectu, ut & testamentum jure constiliet, nec per querelam rescindatur. Sed nec quæ pertinet *d. Nov. 115. c. 3.* ad ea testamenta in quibus liberi posthumæ aut emancipati à patre præteriti sunt, quamvis illa jura subsistant: nam istorum natiuitatem testamentum rumpitur ipso jure, & in totum infirmatur: his præteritis pro contra tabulas bonorum possessionem evertitur, *§. 1. & 2. emancipatos 3. Inst. de exhar. lib. ut proinde nec hic querela, de qua una in d. Nov. agit, sit locus quippe, que non datur, alio jure ad hereditatem parentum liberi venire possunt, §. 2. Inst. de inoff. testam. nec quicquam ex hoc jure expressè mutatum reperitur. Quamobrem cum, ut satis abundè demonstravimus, tota sanctio Justiniani in *d. Nov. 115. c. 3.* spectet liberis, quibus ab hereditate patris exclusi nec civili nec prætorio jure ullum remedium competit, sed tantum una querela inofficio testamti, ex causa autem præteritionis paternæ testamentum vel ipso jure nullum fit, vel rumpitur igitur sine sui hæredis, aut data bonorum possessione contra tabulas evertatur: in universum dicendum est, non ad alios liberos eam Justiniani constitutionem pertinere, quam qui legitime à patre sunt exheredati: nec potest ea producti ad præteritionem paternam sine injuri liberorum, quibus contentere voluit Justinianus, læsione. Matris autem præterito pro exheredatione semper reputata fuit. Ac proinde liberi à matre præteriti neque civili jure, neque prætorio testamentum turbare possunt, non magis, quam à patre exheredati: sed his unicum tantum adminiculum sufficit, videlicet querela inofficio testamti, *§.***

*ult. Inst. de exhar. lib. 8. pr. ff. de bon. poss. cont. gab.* Hanc sententiam Azoni & plerisque veterum probatum fuisse testatur Barr. & Jaf. in *d. auth. ex casu, quos secuti Cujac. in l. filio. 17. ff. de injus. rupt. test. Govean. in l. 1. ff. de vulg. & pup. Ant. Fab. lib. 9. conject. 14. & dec. 20. err. 4. Giken. in d. auth. n. 1. & seqq.*

Sunt qui interesse existimant, utrum præterito facta sit à patre ignorantem sibi liberos superesse, an à sciente: illo casu totum testamentum irritum esse, nisi adjecta sit clausula codicillaris: hoc autem sive posteriore casu legata & fidei commissa salva manere, quæ sententia præjudicis curiarum supremæ jurisdictionis robur accepit. Ant. Fab. Cod. suo for. de li. & posth. de fin. 1. Christin. vol. 4. dec. 9. & probatur Diod. Tulieno in comment. Inst. de inoff. test. c. 1. In hisce autem regionibus possim necessitatem exheredatorum liberorum non instituantur, non agnolimus, utpote, quæ suorum tantum hæredum propria est, quales hæredes nos non habemus: sed præterito non matris tantum, verum etiam patris pro exheredatione habetur, exemptione militarium testamentorum *§. sed si 6. Inst. de exhar. liber. intelligo ut ipso jure valeat testamentum, non quin tanquam inofficiosum rescindi possit, & res ad causam intestati pronuntiatione Judicis redigi. Nam querelam modis omnibus etiam nos retinemus, si inique & contra officium pietatis exheredatio aut præterito facta proponatur. Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. c. 5. Grot. lib. 2. introd. c. 18. Christin. vol. 4. dec. 20. n. 8. Gronæv. de legib. abrog. ad tit. Inst. de exhar. lib. in pr.*

## CAPUT XXI.

*Utrum si exheredatio facta sit sine elogio, testamentum ex Nov. 115. nullum sit, an jure adhuc subsistat, & ad aliud rescindendum querela sit opus?*

**E**legans questio est, utrum si exheredatio facta sit omnino elogio, id est, sine expressione causæ ingratitudinis, testamentum ex constitutione Justiniani Nov. 115. c. 3. & 4. nullum sit ipso jure, an jure adhuc subsistat, & ad illud rescindendum querela etiamnum sit opus? In hac questione numero vincunt, qui ad validitatem testamenti negant sufficere exheredationem simplicem seu factam sine causæ insertione, & ad hoc omnino requirunt qualitatam. Quod si

Vinnii Quæst.

verum est, nullus usus querelæ relinquatur in linea recta, præteritione unico ipso casu, cum exheredationi aut præteritioni additum est elogium: quæ sententia fuit Joannis, relata à Glossa in *l. ff. de inoff. test.* probata plerique Interpretibus in *auth. ex casu C. de lib. præter. Clar. §. resp. q. 40. Gomez. 1. resp. 11. Covar. in c. Rainutius p. 1. n. 7. c. 16. Velemb. par. de inoff. test. num. 7. & latè defensa à Bachad. *pr. Inst. eod. tit.* Cæterum, ut plerumque hæc sententia placeat, non desunt tamen qui eam taxent constitutioni Justiniani minime consentaneam: & sanè, ut mihi videtur, non immerito. Nam qui diligenter eam constitutionem evolvit, compieret ex tenore Imperatorem non agere de iis rebus, quæ ad internam testamenti solemnitatem ritumve exheredationis pertinet, sed tantum de causâ, ob quas facta exheredatio, iustè vel injusè facta intelligitur. At injusè facta exheredationis non vitiat testamentum ipso jure. Quamobrem nos contra sic statutum, etiam post *d. Nov. 115.* dummodo liberi quicumque erant, ritè sint exheredati secundum formam juris, (scilicet nominatim, purè, simpliciter, quamvis aut nulla sit causa exheredationis, aut non sit adscripta, ius antiquum manere, & querelam solum exheredatidari, etiam post hæreses & infantibus. Vide enim, quæso, quæ superiori sententiæ sint consequentia. Exerit ex ea, ut testamentum nullum fit, etiam si præteriti sint, liberi mancipi; etiam si præteriti sint sine elogio, qui nunquam in potestate fuerant, ut posthumæ exheredati natiuitate rumpatur ipso jure testamentum; ut infantium atque adeo impuberum serè omnium exheredatio nullius momenti sit; denique ut tantum non liberi matribus, patribus liberis sui hæredes sunt. Atque ita deletur bonorum possessio contra tabulas: deletur, si emancipatos 3. item *§. sed hæc quidem 15. & sub. Inst. de exhar. liber.* Deleatur tamen in totum test. *ff. C. de inoff. test.* Quis vero eredit tot capita juris veteris à Justiniano tacitè abrogata, qui nunquam voluit quicquam de jure veteri mutare, nisi cum expressa mentione ejus juris, quod abrogare constituit, & commendatione novi? Refragatur etiam verba *d. Nov. 115. cap. 3.* circa fin. & *cap. 4. §. si tales 9.* ubi cum j. sisset Imperator, si exheredatio aut præterito facta esset cum elogio, idque elogium probassent scripti hæredes, firmum manere testamentum, sive, ut ipse loquitur, *et in ista ipse dixerunt rito ista verba ipse*, subjicit, si hoc observatum non fuerit, testamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis *non fuit, & abrogat istam*, quæ de iis tantum prædicari solent, quæ ab initio constituerunt. Quo verò*

(T)

remedio revertetur? Non alio haud dubie, quam querela inofficiosi, quae una exheredatis, aut praeteritis ea praeteritione, quae vim exheredationis habet, supererat. Arguit hoc diligens illa causarum ingratitudinis, de quibus in iudicio querela agit, enumeratio & definitio, quae causam novae constitutionis dedit. Ad haec, si dicimus liberis omnibus sine elogio exheredatis aut praeteritis testamentum potestate d. constitutionis nullum esse, non liberis tantum consilium, sed extraneis omnibus defuncti hereditibus legitimis: quippe ad quos tum liberis repudiantibus, aut ante parentem, aut prinquam hereditatem adierit, mortuis, hereditas defuncti ab intestato perventura sit exclusis scriptis hereditibus, qui aliqui ex testamento iisdem rebus intervenientibus venturi essent. Justinianus autem liberis duntaxat prospectum voluit, ne his noceret exheredatio, non consulere aliis contra scriptos testamentum heredes. Postremo, ut ex dictis liquet, non fuit ei propositum tollere inofficiosi querelam, sed promiorum atque expeditiorum ei viam facere, unque potissimum rei afferre remedium, ne scilicet liberi exheredati aut praeteriti ob difficultatem probandi se semper officiosos fuisse, parentum hereditate exciderent. Cum ergo duplicem effectum iure veteri exheredatio habeat, unum hunc, ut abolvat testamenti paterni solemnitatem, ut ne nullum sit ob praeteritionem, ad quod sufficit ritè factam esse, quamvis iniusta sit, alterum, ut exheredatum summoveat ab hereditate, ad quod inopere existitur, ut facta sit iuris de causis: posteriorem tantum effectum restringere voluit Justinianus, priore in suo testata relicto. Sive igitur nulla causa à testatore expressa sit, sive aliqua, quae tamen non fit ex iis quae d. Nov. 111. c. 3. continetur, aut ex iis quidem, sed in cuius probatione haeres deficiat, utiliter & cum effectu exheredatus de inofficioso hodieque agat & postulat, ut testamentum rescindatur, resque redigatur ad causam intestatam: neque alio remedio ad bona defuncti parentis venire poterit. Idemque erit, si liberi praeteriti sint ab iis parentibus, quorum praeteritio pro exheredatione est, ut matris & avi materni, licet causa adjecta non sit. Falsum enim est, quod plerique pro vero nobis obtrudunt, praeteritionem maternam pro exheredatione amplius non haberi, sed ex hac causa non minus nullum esse testamentum, quam si pater praeterisset, nisi praeteritioni additum sit elogium: quippe qui contra rationem juris necessitatem exheredandi illic introducit, ubi non est iustus, l. 11. ff. de lib. & post. l. 4. §. 2. ff. de bon. poss. cont. tab. Proinde nihil quoque

interest parentes à liberis exheredati sint, an praeteriti, nam hac in linea adscendentium nihil differunt. Ita conclusimus cum Fulgoc. & Don. in d. auth. ex causa. Duar. cop. 3. ad tit. de inoff. test. Vigl. ad rubr. inst. cod. Cujac. ad Nov. 18. Valq. lib. 2. de succ. creat. §. 20. num. 162. & seqq. Fachin. a. controv. 9. Gudelin. lib. 2. de jur. noiff. c. 4. Perez. in Cod. tit. de lib. pret. num. 13.

Argumenta differentientium non sunt talia, quin his facile ex iis, quae iam dicta sunt, occurrere possit. Primum est, quod exheredatio non ritè facta pro praeteritione habetur, l. 8. §. 2. ff. de bon. poss. cont. tab. Esto: sed falsum est quod affirmunt, exheredationem sine elogio factam ritè factam non esse, peruntque hic sibi concedi vā in opus, supponentes in exheredatione omnifio elogio facta leges & ritum exheredationis observata non esse, quod est *apax* & *id est*. Nam, ut supra demonstravimus, in tota illa Nov. 115. cap. 3. & 4. nihil caveatur de alia solemnitate aut de alio ritu in exheredatione observando, quam qui prioribus legibus praescriptus fuit, nempe ut purè, ut nominatim, ut à tota hereditate & ab omnibus gradibus liberi exheredentur, l. 3. §. 1. & seqq. l. cum quidam. 19. ff. de lib. & post. l. sed sub 18. ff. de bon. poss. cont. tab. §. sed hac. 5. Inst. de exher. lib. sed tantum proclivior via sterneretur ad querelam inofficiosi testamenti, ubi exheredatio ritè quidem facta est, sed injuriam habere videtur. Non obstat, quod Justinianus expressè jubet causam ingratitudinis testamento inferri; nam idem, si interio non fit, non vult testamentum iplo jure nullum esse, sed vult illud rescindi, & quidem non in totum, sed pro parte duntaxat, quoad institutionem scilicet heredis, cetera autem capita salva manere. Inque frustra hic obijciatur vulgatum illud: Quod contra legem fit, id iplo jure nullum est, l. 1. c. de legib. Nam illa regula non procedit, quando lex id quod fieri vetat, valere aliquomodo & subsistere patitur, suppeditato remedio quo quod factum est, rescindatur, aut vis ejus infringatur, quod hic fecit Justinianus, de quo nos hinc lib. 1. q. 1. Non majoris ponderis est & hoc argumentum, quod tamen Bachovio palmarium videtur, nempe legitimam liberis & parentibus relinquendam esse titulo institutionis. Ex eo enim inveniuntur sequitur, si non sit relicta tali titulo, testamentum iplo jure nullum esse. Sed hac collectio bona est: ut testamentum maneat in vā in ius, & ab omni oppugnatione tutum sit, voluit Justinianus bonos liberos & parentes honorari titulo heredis: ergo si tali titulo honorati non sint, testamentum non manet firmum, sed oppugnatum

& expugnari potest. At, inquirunt, exheredati sine elogio non possunt causa cedere: frustra autem datur actio, in qua non potest ad hoc forecumbere. Mira ratio. Ego frustra est, quod actio de inofficioso datur posthumis exheredatis, §. 2. Inst. de inoff. test. item liberis omnibus exheredatis non addito in genere, quod ingrati fuerint, quia non possunt non evincere, l. omnimodo. 30. C. cod. tit. Considerare debuerant non frustra esse, quod leges testamentum subsistere volunt, ut saltem in casibus, quos modò memoravi, ingidentibus, voluntas defuncti conservetur & exitum habeat.

## CAPUT XXII.

An jus accrescendi in hereditatibus cum aliquo effectu à testatore prohiberi queat?

Quando unum tantum heres scriptus est, licet ex certa parte hereditatis, puta quadrante, triciente, &c. is perinde ac si ex toto affe institutus esset, omnium bonorum hereditatem consequitur, §. hereditas. 5. Inst. de hered. instit. Hoc autem magis est ex subtilitate juris propter regulam, quia nemini partim testato, partim intestato decedere permittitur, d. §. hereditas, quam ex voluntate defuncti, quae ejusmodi interpretationem vix admittit, ubi unum tantum ex parte aliqua heres scriptus est. Quòd si, verbi causa, tres singuli ex una scripti sint, aut duo ex duabus partibus, tertius ex parte tertia, commo-dissime dicitur arbitraria distributione testatorem sumere, atque in tres partes aequales universalem hereditatem dividisse. Quod fecus est, si unus tantum institutus proponatur in quadrante, sive quarta hereditatis parte. Quamobrem licet illo casu propter libertatem distribuendi, & communem voluntatem idem obtineat in testamento militis, quod in testamento paganorum, l. 3. C. de testam. mil. hoc tamen casu diversum jus est; propter d. regulam: quae non militum, sed paganorum potestatem coercet, atque uno tantum herede in certa assis parte à pagano instituto pars haec reliqua ad se trahit; à milite si idem factum sit, residuum heredes ab intestato ferunt, l. querebatur. 19. ff. de testam. mil. quod & in graecis Institutionibus diserte expressit Theophilus. Sed & si quis institutus fuerit, non ex parte hereditatis, sed ex re certa, puta ex fundo Tulculano, Galatinis, &c. detracta rei mentione, l. 1. §. §.