

DISSERTATIO INAUGURALIS

DE

IVRIBVS ET OBLIGATIONIBVS
VIDVI SAXONICI, QUI TESTAMENTO

VXORIS FIDEICOMMISSO GRAVATVS EST

VNIVERSALI,

QVAM SCRIPSIT,

ET

ILLVSTRIS IVRISCONSVLTORVM ORDINIS

AVCTORITATE

PRO GRADV DOCTORIS

RITE CAPESSENDO

D. XXV. IVN. MDCCCXIII

H. L. Q. C.

PVBlice DEFENDET

IOANNES FRIDERICVS HERRMANNVS,

IVRIS VTRIVSQUE BACCALAVREVS, ET ADVOCATVS

DRESDENSIS.

LIPSIÆ,

EX OFFICINA KLAVBARTHIA.

Hist. Saxon.

K.

198, 14.

Handwritten notes:
A. Pr. Fem. et Mulier. in Saxonia. Sup. 26. 7. Jan. II.
MS.

DIETZ TATIO HILNOVALIS

THEATRE DE L'OPERA
VIA L'OPERA DE L'OPERA
VIA L'OPERA DE L'OPERA

OPERA DE L'OPERA

ILLUSTRE UNIVERSITATE
AVANTAGE

PRO GRADU DOCTORIS

THEATRE DE L'OPERA

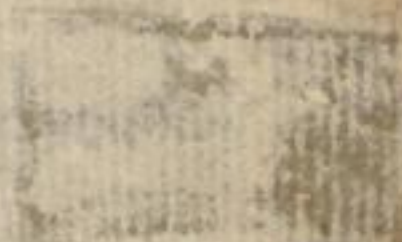
OPERA DE L'OPERA

H. I. G. O.

OPERA DE L'OPERA

OPERA DE L'OPERA
OPERA DE L'OPERA

OPERA DE L'OPERA

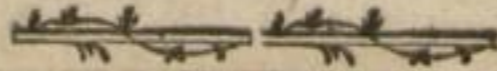


§. I.

Status controuersiae, ad disceptandum propositae.

Data mihi hac scribendi opportunitate missis ambagibus, a quibus plerumque nimis alte repeti solent scriptorum prooemia, statim rem aggrediar. — Aggrediar autem ita, ut prologi loco enarrem breuiter factum illud controuersum, quod nuper incidit, mihiq̄ue ansam praebuit, differendi de argumento, quod rubrum indicat.

Caia nimirum, matrona opibus omnis generis pollens, liberis destituta, condit testamentum, clausula codicillari munitum, quo maritum Saxonicum heredem quidem ex asse honorabili titulo instituit, simul tamen prohibet, quo minus possit hereditatem, siue totam, siue pro parte, aut specie quadam alienare, eamque post obitum ad heredes suos transmittere, sed iubet eum, bona omnia in inuentarium redigere, salua ac integra conseruare, in locum rerum, usu consumptarum alias surrogare, hisque omnibus testatrix bonis ad dies vitae usufructuarii quidem instar uti frui, post fata vero mariti integram hereditatem, ne detracta quidem Quarta, Sempronio, heredi primo loco substituto, restitui oportere, per modum fideicommissi vniuersalis disponit. Mortua Caia viduus sibi aperiri curat testamenti tabulas, et coram iudice, cuius actis insinuatae fuerant, declarat: velle



se quidem commodis, ex hoc testamento ad ipsum redun-
dantibus, usufructu scilicet omnium bonorum, ad dies vitae
perfrui, et eatenus ultimam vxoris voluntatem ratam habe-
re, saluis tamen caeteroquin iuribus, intuitu successionis
mobiliaris, et statutariae, ex legum Saxonicarum prouisione
quaesitis. Hunc agnoscendi testamenti modum ambiguum
valde improbat Sempronius, heres fideicommissarie substi-
tutus. Titius, qui Caiiae heres ab intestato futurus est, si
absque valido testamento decedat, non solum istam vidui
declarationem et ipse acriter impugnat, sed adeo contendit,
tum, cum maritus simpliciter, vti debeat, declarauerit, quod
vxori ex testamento succedere nolit, nil perinde iustum fo-
re, quam hoc, vt testamentum illud prorsus destituatur,
conditum eo fideicommissum irritum fiat, omnis in Caiiae
bona successio ad statum intestati redeat, totaque adeo eius
hereditas, deducta vidui portione statutaria, sibi vnice,
tanquam heredi a lege vocato, restituenda sit, exclusis pror-
sus heredibus fideicommissariis, a Caiia nominatis. — His
Titii assertis occlamat Sempronius, in ea perstans sententia:
Caiiae hereditatem in omnem euentum a marito necessario
adeundam, portionem tum quidem statutariam inde sepa-
randam, et viduo relinquendam, quae vero hac deducta su-
perfit massa bonorum, eam Sempronio, heredi fideicommiss-
fario, reiecta Titii petitione, restituendam esse. Haec iu-
rium, a quauis parte obtinendorum pugna non potuit non
triplicem procreare litem. — *Primam* mouit Sempronius vi-
duo super quaestione: An huic per leges licere possit, vxori
partim ex testamento, partim ab intestato, prouti lubet ipsi,
succedere? — *Altera* ventilatur inter hunc ipsum viduum,
reum, atque Titium, actorem, tenditque eo, vt viduus an-
te omnia simpliciter declarare debeat, velitne defunctae con-
iugis

iugis heres esse ex testamento, an ex lege, in posteriorem vero euentum, vt fideicommissum annulletur, et Titio hereditas Caiæ immobilis ab intestato adiudicetur. Ad excludendam hanc Titii intentionem principaliter interuenit Sempronius, hacque *Tertia* lite euentualiter disceptatur de iure, quo hereditas Caiæ tum censi debet, quando viduus ex testamento vxoris heres esse nolit, vtrum tunc fideicommissum pereat, et bona immobilia Titio ab intestato addicenda sint, an valeat fideicommissum, et Sempronio statim restituendum veniat? — Omnis, si quid video, huius controuersie decisio pendet a triplicis quaestionis discussione. Queritur nempe *primo*: an vxori per leges liceat, legitimam mariti successionem fideicommissi vniuersalis constitutione impedire? *Secundo*: si id non licet, quid agendum sit marito, vt portionem legis ab onere fideicommissi liberet, plenoque iure sibi habeat? *Tertio*: si saluam habet, quo iure reliqua hereditas censenda sit, quidque viduo eius intuitu incumbat? — Ad has quaestiones, partim non ita expeditas, si rite respondisse mihi contigerit, videar sane locum de iuribus et obligationibus Vidui Saxonici, qui testamento vxoris fideicommissio grauatus est vniuersali, pro instituti ratione sufficienter tractasse. Iam de singulis sigillatim.

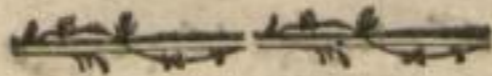
§. II.

De prima quaestione differitur.

Inquirenti mihi in primam illam quaestionem: num scilicet vxori per leges liceat, omnia bona sua fideicommissio ita afficere, vt ne illa quidem pars, quae marito ab intestato debetur, ab onere isto eximatur? de sanctitate huius


A 3

portio-



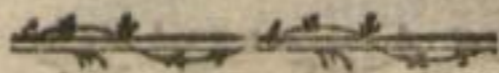
portionis legitimae maritalis, quam leges tam Romanae, quam patriae seruari, colique volunt, quaedam in genere videntur esse praemonenda.

Et apud Romanos quidem notum est, duplicem fuisse coniugum successionem ab intestato, alteram ex iure praetorio, alteram ex iure Iustiniano. Praetor enim, abolito confarreationis ritu, omnibusque cognatis deficientibus, ad integram hereditatem vocabat coniugem superstitem, ex edicto: *Vnde Vir et uxor iuxta §. 3. Inst. de bonor. poss. l. vn. π. l. vn. Cod. vnde vir et uxor.* Haec successio, etsi vniuersalis erat, raro tamen locum habebat. Raro enim eueniebat, vt defuncto coniugi liberi, agnati, et cognati plane non essent. Melius igitur prospexit coniugibus Iustinianus *Nou. LIII. c. 6. Nou. CXVII. c. 5. Auth. praeterea etc. Cod. vnde vir et uxor* vbi coniugi superstiti pauperi de hereditate praemortui locupletioris, quocum ad mortem vsque in iusto vixit matrimonio, partem veluti legitimam tribuit, quae quidem, si coniux superstes pauper concurrebat cum tribus, paucioribusue cognatis, *Quarta*, sin cum quatuor, pluribusue *VIRILIS* pars erat omnium defuncti bonorum, quam superstes, si liberi, aut nepotes proprii ipsi essent, iure tantum vsusfructus, alioquin iure pleno acquirebat. Haec pars quarta, aut virilis num etiam *ad maritum* superstitem, eundemque inopem pertineat, dubium quidem visum est *RITTERSHYSIO ad Nou. P. VII. C. 17. §. 9.* et aliis, quos laudat *KOCHIVS in tr. de success. ab int. §. 110. not. 1.* inprimis ob *Nouellae CXVII. c. 5.* verba finalia, quibus Iustinianus *virum in talibus casibus quartam secundum priorem legem ex substantia mulieris accipere omnibus modis prohibet.* At vero palam est, Imperatorem hac prohibitione nil, nisi exceptionem a regula, priori ista lege, nempe *Nouella LIII. C. 6.*



C. 6. pr. proposita, statuere, et quidem eo tantum casu, si maritus vxorem sine iusta causa repudiauerat. Tunc enim cessare voluit legislator quartam maritalem propterea, quod cessabat ratio eius, nimirum iusti matrimonii ad mortem vsque perduratio. In casibus igitur, hac lege Nouella non exceptis, firmatur illa prioris legis regula, secundum quam successio in quartam, vel virilem partem ad maritum quoque pertinet; quod docent verba *Nouellae* 53. c. 6. pr. „*etiam hic seruandis similiter quidem in viris, similiter autem in mulieribus, communem namque etiam hanc super eis imponimus legem* etc. Tali modo ista successio etiam iure nouo ab Impp. THEODOSIO, et VALENTINIANO in *leg. vn. Cod. Vnde vir et vxor* etc. confirmata, et cum Iure Romano in Germaniam translata est ita, vt in iis etiam regionibus, vbi peculiaris successio mariti viget, is, deficiente vilo vxoris herede, heres ex asse fieri, et fiscum excludere possit, cuius sententiae propugnatores complures laudat cl. IO. DAN. KIND, in *dissert. de obligatione mariti, rerum vxoris mobilium heredis aesi alienum hereditarium dissoluendi*, Lips. 1786. C. 1. §. 4. Hanc igitur mariti pauperis partem legitimam, quatenus eam cum priuignis concurrens pleno iure accipit, ipso inuito ab vxore locuplete per testamentum nullo modo minui, adeoque nec fideicommisso grauari potuisse, vel exinde patet, quod talis portio non ex liberali coniugis voluntate, sed ex ipsa legis dispositione debetur. Quod vero lege datum est lucrum, id priuati morientes, licet decies millies contrarium voluerint, auferre modis omnibus non valebunt, per *Nouell. XXII. C. 33. in fin. reg. 17. de R. I. in 6to.* Consentiant STRYCK in *tr. de success. ab intest. diff. 4. Cap. 1. §. 29.* LEYSER in *meditt. ad π. sp. 424. m. 9.* KOCH, c. 1. §. 112. STRYBEN in *rechtl. Bedenken, Th. II. B. 130. p. m. 492.* Et sic etiam

iam



iam volunt, ac iubent *Germanorum* mores, legesque. His enim aequissimum semper visum est, nunc totum praemortui coniugis patrimonium superstiti iure condominii, ex universali bonorum communione acquiriti permanere, nunc etiam, sublata quibusdam in territoriis hac bonorum communione, portionem illam, quae coniugi ex bonis defuncti alimentorum loco necessario relinquenda esset, legibus statutisque particularibus curatius determinare. Hanc igitur portionem, quam *statutariam* vocamus, vel propterea, quod ex legis beneficio proficiscitur, et hinc secundum IO. HENR. BERGERVM, in *diff. de legitima mariti, c. 1. §. 6. legitimae impropriae* iure censetur, invito altero coniuge etiam iure Germanico per testamentum, fideicommissum, aliamve ultimam voluntatem, nec adimi, nec minui posse, communi suffragio restantur Doctores: MEVIUS *ad Ius Lubecens. P. II. tit. 1. art. 8. n. 41. sq. n. 47.* CARPZOV. *P. III. Const. VII. def. 1. 8.* IO. CHR. SCHACHER *diff. de portione statutaria, quatenus illi praecudicium inferri possit a coniugibus, Vit. 1692. rec. Lips. 1740.* FRID. GUIL. PESTELIUS *in disq. iur. Germ. de Successione inter coniuges ab intestato, Rint. 1745. C. 1. §. 28. sq. cfr. Ordinat. Polit. Magdeb. d. a. 1688. apud MYLIVM in C. C. Magdeb. Vol. III. p. 1. sq. quae cap. 44. §. 39. ita disponit: Und stehet dem Manne so wenig, als dem Weibe frey, durch ein testamentum, fideicommissum; oder auf andere Wege des Ehemannes obgesetzte portionem statutariam ohne des andern Einwilligung zu benehmen etc.* — Inprimis vero in *Electoratu Saxoniae* sapientissima lege, *Const. 7. P. III.* hanc in rem statutum est, ne liceat vxori id, quod marito superstiti de bonis eius ex legum Saxonie provisione debetur, ultima voluntate minuire. Verba legis sunt: *Wie dann auch gleichergestalt hinwiederum dem Weibe nicht nachgelassen wird, dasjenige, was dem über-*

überlebenden Ehemanne aus ihren Gütern zustehet, durch ein Testa-
 ment, oder andern letzten Willen zu vermindern etc. — In vul-
 gus autem notum est, moribus Saxonum, *Spec. Saxon.*
Libr. I. art. 31. 45. et Libr. III. art. 45. 76. probatis, et in
 Electoratu expressa lege, *Const. Elect. 22. P. III.* confirmatis,
 maritum post consensionem thalami in omnes defunctae
 vxoris res mobiles, solis utensilibus exceptis, titulo heredis
 ab intestato succedere. Haec igitur peculiaris rerum mobi-
 lium vniuersitas ad maritum Saxonicum ipso iure pertinet ita,
 vt ad eam acquirendam plane non opus sit vxoris testamen-
 taria quadam dispositione, adeoque etiam huic non liceat,
 de pleno domini iure, quo istum rerum mobilium comple-
 xum mortua vxore ad maritum, licet cum onere suo, transi-
 re iubent leges, contraria vltimae voluntatis declaratione
 quicquam detrahere. Plenum vero illud dominium maxi-
 me impediretur, si maritus bonis mobilibus pro lubitu vti,
 ac inter viuos, aut mortis causa de iis disponere prohiberi,
 ipsique imponi posset necessitas, iis tantummodo salua sub-
 stantia vtendi fruendi, post obitum vero integram horum
 bonorum vniuersitatem tertio cuidam restituendi. Iam cum
 his signis fideicommissorum indoles conspiciatur, dubium
 sane non est, fideicommissi vniuersalis constitutione iuribus,
 marito Saxonico intuitu mobiliaris successionis ex ipsa lege
 competentibus, maximum ab vxore afferri praeiudicium.
 Inest igitur rationi Constitutionis supra allegatae etiam haec
 prohibitiua sanctio: ne liceat vxori, maritum ita heredem scri-
 bere fiduciarium, vt, quae ipsi ab intestato debetur heredi-
 tas mobiliaris, ea quoque fideicommissi oneri, et restitutio-
 nis necessitati subiiciatur. Sic etiam visum est interpretibus:
 BERLICHIO, *P. III. concl. 9. n. 25. seq.* MOLLERO *in comment.*
in Ordinat. et Constit. Saxon. P. III. Const. 7. n. 6. CARPZOVIO,
 B ad



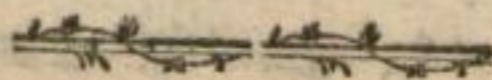
ad dict. Constit. def. 2. et Doctoribus, e quibus nominari merentur: HENR. EL. GOTTL. SCHWABE, *Erbfolge zwischen Mann und Frau, nach Römisch. gemeinen Sächf. und Chur-Sächf. Rechten*, cum Praef. WALCH; Ien. 1782. 8. §. 60. not. I. 2. 3. FLOR. RIVINVS, in *diff. de marito herede mobiliari, secundum Iura Saxonica delineato*. Erf. 1677. §. LXVII. Io. GOTTFR. PEIZER, *de restricta per ius Sax. mulier. in res suas potestate*. Erf. 1721. Io. GOTTFR. WORM, *diff. an, et quatenus iure Saxonico factio uxoris tum successioni, tum usufructui marito competenti praeiudicium inferri queat?* Lips. 1732. §. V. CRELL. *diff. portionem statutariam marito ab uxore bona mente adimi posse*, ad Const. Elect. 7. P. III. Vit. 1743. §. V.

§. III.

Secundae quaestionis discussio.

Quae cum ita sint, non potest non altera inde moueri quaestio haec: Condito ab vxore eiusmodi testamento, quo maritum Saxonicum heredem scripsit fiduciarium ex asse, quid iam agendum huic sit, vt portionem legis saluam, et ab omni nexu fideicommissario liberam sibi habeat? Quaecumque marito contra tale vxoris testamentum dari possint iuris remedia, eo redire putem, vt commodum ex testamento relinquere, et portionem statutariam, ipso iure ad se pertinentem eligere, eiusque possessionem vel, si iam habeat, retinere, petentemque exceptione doli mali repellere, vel hereditatis petitione particulari a quouis detentore petere possit: *cfr. l. 21. π. ad Scitum Treb. SCHMIDTS Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden, §. 619. seq. (edit. d. a. 1778.)*. Habet igitur viduus optionem, vtum vxoris testamentum
per

per omnia agnoscere, et ita etiam fideicommissi commoda percipere, an haec commoda dimittere, et portionem legis accipere malit. Opus hanc in rem esse vides expressa, et absoluta vidui de testamento vxoris aut agnoscendo, aut non agnoscendo declaratione. *cfr.* LEYSER, *c. l. sp. 425. m. 5.* — Hac enim certo constitui debet, velitne maritus vnice heres esse ex testamento, an ex lege, velitne porro posteriori casu hereditatem vxoris immobiliarem eo tantum effectu, vt fideicommissario heredi statim restitui possit, sponte adire, an vero hoc aditionis factum recusare, adeoque coactionem illam subire, cuius vsum fideicommissario concedunt leges infra (§. IX. X.) nominandae. Dum vero istam mariti de testamento vxoris agnoscendo declarationem simplicem, et ab omni modo absolutam esse debere diximus, imprimis hoc innuere voluimus, non licere marito, vltimam vxoris voluntatem ita ratam habere, vt partim inde, partim ex lege successionis commoda quaerere velit. Fac enim, vxorem mobilia, et immobilia bona simul relinquentem maritum ea lege scripsisse heredem, vt, quamdiu in viuis sit, omnium bonorum fructus percipiat, eo mortuo vero vniuersa hereditas fideicommissario cuidam restituatur. Pone porro, viduum hoc testamentum ex ea parte, qua ob vsumfructum etiam de bonis immobilibus ad dies vitae percipiendum ipsi profit, ratum habere, quatenus vero ob fideicommissum hereditati mobiliari simul impositum portioni legis praeiudicet, non agnoscere, sed hactenus iura salua sibi per protestationem reseruare velle. Poteritne hic approbandae vltimae voluntatis modus iuri consentaneus videri? Suadet eiusmodi ambiguam agnitionem coniugi, per testamentum in portione statutaria laeso LEYSERVS, *c. l. m. 6. 7. in fin.* vbi scribit: *Optime ergo faciet coniux, vt, dum agnoscit defuncti*



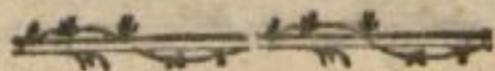
voluntatem, declaret, se sua iura sibi integra seruare. Sic enim ea, quae ipsi nocent, agnouisse dici nequit. Et videtur illa speciem iuris prae se ferre, si ita subducas rationes: „Portionem coniugum statutariam imitari, ais, rationem legitimae illius portionis, quae liberis debetur. Expressis autem legibus, l. 30. pr. l. 32. Cod. de inoffic. test. Nou. CXVII. c. 1. sancitum esse, vt, si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliqua dispositione, moram, vel modum, vel aliud grauamen introducente eorum, quibus legitima debetur, iura imminuta esse videantur, ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcunque onus introducens tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset. Prouti igitur fideicommissi onus legitimae liberorum adiectum ipso iure pro non scripto habeatur; sic etiam eiusmodi grauamen portioni statutariae impositum pro non scripto haberi posse. Id si verum sit, licere debere marito, hereditatem mobiliarem, detracto onere fideicommissi, tanquam debitum legis praecipuam sibi habere, quoad immobilia vero fideicommissi commodis ad vitae dies perfrui, et tali modo voluntati vxoris, saluo iure maritali, satisfacere.“ —

§. IV.

Continuatio.

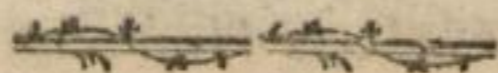
Verum enim vero neque illud LEYSERI consilium, neque haec argumentandi ratio iuri conuenit, sed ex triplici potissimum causa repugnare videtur. *Primo* enim dilucet, eo, quem hic supponis, casu a simili, quo scilicet liberi ex *asse* heredes instituti, et vltra legitimam honorati sunt ea lege,

lege, vt totam hereditatem tertio cuidam aliquando restitu-
ant, subesse cautelam illam Socini. Huius autem cautelae
ea tantum vis est, vt liberis, per tale fideicommissum in le-
gitima grauatis electio competat, vtrum hoc grauamen
agnoscere, an sola legitima contenti esse velint. Si enim
voluntati paternae parere, et fideicommissum, prouti con-
ditum est, ratum habere nolint, tantum abest, vt ex reliqua
hereditate paterna, quatenus legitimam excedit, lucrum ca-
pere possint, vt potius tum in sola legitima pure instituti esse
intelligentur; quod docent BERGERVS, in *Oec. iur.* p. 276.
not. 9. in fin. (edit. WINKL.) WERNHERVS in *obseru. for. P.*
VI. obs. 478. GE. LVDW. BOEHMERVS in *tr. de liberis, fidei-*
commissis oneratis, in Elect. iur. ciu. T. I. ex. VI. §. X. p. m.
189. sq. et plures, quos nominare superfedeo. Filius igitur
intuitu legitima fideicommissis grauatus, et hoc grauamen
detrectans cum reliquis commodis ex testamento paterno
alioquin percipiendis excidat, non poterit sane maritus, ad
analogiam legitima liberorum prouocans, meliori iure ra-
tione legitima maritalis censeretur. Accedit *secundo*,
quod et ista, quae legitimam inter liberorum, et portionem
statutariam coniugum institui vult comparatio eo, quem hic
tractamus, loco, non omnino procedat. Patebit id ipsum
si paulo altius penetremus rationem *legis 32. Cod. c. l. de gra-*
vamine in legitima liberorum tollendo latae, eamque cum
natura successionis mobiliaris mariti Saxonici comparemus.
Nimirum iure Romano antiquo liberi, quibus testamento
parentum aut minus portione legitima relictum, aut haec
ipsa portio cum onere quodam, vel dilatione, et modo, tri-
buta esset, querela inofficiosi ad rescindendum testamentum
agere, sic vltimam defunctorum voluntatem pro lubitu sub-
vertere, eorumque hereditates ad statum intestati redigere
B 3 poterant.



poterant. Hanc innumerabilem subuertendae testamentorum dispositionis occasionem amputare, et, ne testamenta periclitarentur, impedire voluit Imperator. Hoc consilio *lege 30—32. Cod. c. l.* palam declarato sanxit, vt, quod de esset legitimae, suppleri, et si quod onus ac grauamen a testatore introductum fuerit, id omne pro non scripto haberi debeat. — Praeterea in vulgus notum est, legitimam liberorum, cuius integritati haud minus consulere voluit legislator, non intelligi, nisi testatus decesserit is, de cuius bonis praestanda est. Intestatus enim qui moritur non partem illam hereditatis ab intestato debitae, sed totam hereditatem ad eos transfert, quibus testamento condito legitima necessario relinquenda est. Ne igitur testamentis parentum ab omni successione excluderentur liberi, sed portionis cuiusdam necessario, et absque omni restrictione domini, statim post mortem, plenissimo iure participes fierent, hac quoque ex ratione cautum est, vt omne grauamen, legitimae in testamento adiectum pro non adiecto censi debeat. Duplex itaque fauor, nunc vltimarum voluntatum, nunc legitimae liberorum, rationem dictae legis 32. c. l. constituit. At neutra harum rationum cadit in mariti Saxonici successionem mobiliarem, fideicommissi onere grauata. Primum enim vt seruetur testamentum vxoris, quo mariti portio statutaria fideicommissi grauatur, minime opus est ista fictione iuris, qua eiusmodi grauamen legitimae impositum pro non imposito habetur. Verum quidem est, hoc onus inuito marito non posse obtrudi, sed pariter esse tollendum. Non tamen idcirco tale testamentum querela inofficiosi in totum rescindi potest a marito, ipso fatente LEYSERO, *sp. 91. cor. 3. sp. 425. cor. 2.* vti poterat a liberis ante latam legem 32. c. l. Potius, vt infra, (§. X.) docebimus, eiusmodi testamentum, quo

quo legitimae mariti fideicommissum imponitur, iam ex aliis
causis valet ita, vt a marito subuerti nullo modo possit. Si
aliunde valet, ad euitandam eius rescissionem non tali mede-
la egemus, quali ad seruandam testamenti quasi inofficiosi
validitatem olim vtiq̄ue opus erat. Cessat itaque ratio ad
vigorem testamentorum spectans. Sed nec altera ista ratio,
a fauore legitimae liberorum desumpta, locum habet. Legi-
tima enim liberorum, vti supra iam dictum, semper suppo-
nit successionem testamentariam, adeoque etiam testamen-
tum iure validum. Valere autem non poterat iure antiquo
si quodcunq̄ue grauamen legitimae contineret. Debebant
tamen ex mente legislatoris testamenta omni modo seruari.
Debebat vero etiam legitima liberis ab omni grauamine sal-
ua esse. Hoc vtrumq̄ue Imperatoris consilium vt conciliari
rite, atque obtineri posset, necesse erat, vt omnia verba,
vltimis voluntatibus adiecta, quae ad minuendam legitimam
tenderent, tollerentur, et ita res procederet, quasi nihil eo-
rum testamento additum esset. — Sed alia plane ratio est
portionis coniugum statutariae, et inprimis successionis mo-
biliaris mariti Saxonici. Nemo enim negabit, hanc esse
successionem *ab intestato* legitimam. Non igitur pendet a
firmitate testamenti cuiusdam. Maritus adeo nil curat, reli-
querit vxor testamenti tabulas, nec ne, valere illae possint,
vel minus. Incongruum itaque et superfluum foret, ad te-
stamentum vxoris eo consilio seruandum, vt legitima mariti
inde peti possit, adtrahere remedium legis 32. c. l. de grau-
amine in legitima tollendo. Ex his igitur patebit, parum
valere illud mariti argumentum, ex dicta lege deriuatum,
quo efficere studet, vt non solum defunctae coniugi intuitu
mobiliu, neglecta tamen fideicommissaria qualitate, iis
adhaerente, ex testamento heres esse, sed etiam eodem
iure



iure vsumfructum ex immobilibus ad dies vitae acquirere possit.

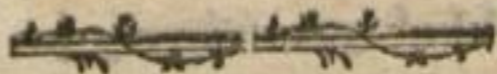
§. V.

Refutationis continuatio.

His addo *tertium* argumentum, idque grauissimum, vnde ambiguam istam vidui de approbando vxoris testamento declarationem nullo iure defendi posse apertius patet. Repetitur illud a duplici iuris principio: *primo: eum, qui testamento heres institutus est ex asse, non posse quasdam ultimae voluntatis partes agnoscere, quasdam detrectare, sed aut totam debere agnoscere, aut a tota recedere; quod infertur ex leg. 1. 2. 55. 80. pr. π. de acquir. vel omittend. hered. l. 10. §. 2. π. de vulg. et pup. substit. deinde: unum eundemque heredem non posse inuito testatori in una quota hereditatis ab intestato, in altera ex testamento succedere, sed oportere eum, si successionem ex testamento eligat, emolumenta ab intestato debita dimittere, sin vero legitima successionis commodis uti malit, testamentariam successionem prorsus relinquere.* Posterius principium non modo a WERNHERO in *obs. for. P. X. obs. 280.* stabilitur, sed et iure Sax. Elect. probari potest ex *Const. Elect. 37. P. III.* qua diserte negatur, viduam nobilem, quotam hereditatis ex testamento mariti accipientem ea emolumenta simul petere posse, quae alias viduae nobili ab intestato debentur, arbitrio tamen ipsius relinquitur, repudiata hereditate lucra legitima praepotandi. Verba legis sunt: *Dz aber eine Frau von Rittersart aus des Mannes Testament etwas von Erbe nimmt: So kann sie Gerade, Mustheil, Morgengabe und Leibgedinge nicht haben, jedoch stehet ihr frey, sich des Erbes zu begeben, und ihre fraulichen*

chen

~~_____~~
 chen Gerechtigkeiten zu gebrauchen etc. cf. CARPZ. def. 4. 9. DE
 WINCKLER ad Berg. Oec. Iur. p. 344. not. 6. — Ratio pro-
 hibitionis haud dubie haec est, quod vidua, dum quotam
 hereditatis, testamento mariti ipsi assignatam acceptat, testa-
 mentum agnoscit, et testamentariam successionem eligit, ad-
 eoque ad iura ex lege competentia recurrere non possit.
 Haec ratio ob generalitatem ad quemcunque alium legiti-
 mum heredem pertinet. Prohibebitur inde etiam maritus
 vxori quoad immobilia ex testamento, quoad mobilia vero
 ab intestato heres esse, et sic inuita lege et vxore duplex lu-
 crum capere: cf. CARPZ. def. for. P. III. const. 2. def. 3. n. 8. —
 Huc vero tendere istam, de cuius valore quaerimus, vidui
 declarationem, in aprico est. Dum enim vxoris testamen-
 tum, quo mobiliaris successio fideicommissio grauat, non
 nisi salua hac successione agnoscere, sibi iura ab intestato
 competentia protestatione reseruare studet, aperte hoc agit,
 vt nunc coniugis bona relicta partim ex testamento, partim
 ex lege, et sic duplici successionis modo acquirere, nunc et-
 iam vltimam vxoris voluntatem in partibus vtilibus ratam
 habere, in noxiis contra irritam declarare velit. At vero hi
 conatus non possunt non prospero iuris euentu eo certius
 destitui, quo magis principiis, supra praestructis, legum-
 que assensu vndique stabilitis e diametro repugnant. Effici-
 tur inde, quod volumus; nimirum omnem maritum, qui te-
 stamento vxoris heres scriptus est fiduciarius ex asse, de
 agnoscendo tali testamento declarationem puram, et certam,
 atque ita omnino comparatam esse debere, vt pateat inde,
 velitne vltimam voluntatem, prouti scripta est, sequi, an
 vero, omissis causae testari commodis, mobiliari hereditate
 vnice contentus esse. Hancce simplicem, et ab omni ambi-
 guitate vacuam declarationem vt edat viduus vrgere debet



is, ad quem proxime peruentura sunt hereditatis testamentariae emolumenta, a marito forsan repudianda. Conditio itaque ab vxore testamento, cui inest fideicommissum vniuersale, fideicommissarii vnice interest, viduum ad animi sui propositum super agnitione istius testamenti simpliciter aperiendum implorato iudice compellere. Fac vero, maritum hac iuris necessitate adactum certo apud animum constituere, et palam profiteri: Se scriptum ab vxore testamentum nulla ex parte ratum habere, nec fideicommissi lucro vti, sed omissa causa testamenti successione legitima mobiliari vnice contentum esse velle. Iam quaeritur: *quo iure immobilis hereditas censenda sit?*

§. VI.

Tertia quaestio tractatur.

Haec quaestio ex duplici potissimum parte in controversiam vocari potest. Ab *vnâ* enim opinetur quis, testamentum vxoris, mariti de eo non agnoscendo declaratione fieri destitutum, hinc etiam fideicommissum plane corruere, omnemque hereditatem immobiliam heredibus ab intestato legitimo, ac proprietatis iure deferri. Huic sententiae ab *altera* parte opponi potest haec: maritum, etiam si commodis ex testamento vxoris, ob recusatam eius agnitionem frui nequeat, tamen ad hereditatem adeundam, et, retenta inde portione statutaria, fideicommissario statim restituendam eo consilio, ne destituatur testamentum, ex SCri Pegasiani sancitis cogi posse, ac debere! Vtra ex his sententiis iuri magis conueniat, fideicommissarii maxime interest inquirere. Prior enim si obtinere posset, omni successione excluderetur

retur

retur ille ab heredibus legitimis. Posterior si praestat rationibus, omnis haec successio ex testatrix voluntate cum legum Saxonicarum placitis conciliata rite procedet. Hanc igitur posteriorem sententiam tueri, et contrariae argumentationis vitia demonstrare, apud animum constitui. Quod ut rite, atque ordine efficiam recensebo *primum* argumenta, quae priorem sententiam adiuuare, meamque dubiam reddere videntur, *posthaec*, quae pro posteriori illa, a me tuenda opinione fortius pugnent iuris rationes neruosius explicabo, *denique* contrariae argumentationis refutatione concludam.

§. VII.

Contrariae sententiae argumenta enarrantur.

Quae pro contraria sententia afferri possunt argumenta ex triplici potissimum fonte promanant. Repetuntur enim illa *partim* ex notione et effectibus testamenti destituti, *partim* ab incongrua, quae illis videtur, S^Cri Pegasiani ad rem nostram applicatione, *partim* a principio: quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere possit. Ad *prius*, quod attinet, haud leue sane dubium nobis moueri posse videtur si ita concludas: „Disertis quippe legibus *l. 1. π. de iniusto, rupto etc. l. 12. §. 5. π. de bonis libert. l. 9. D. de testament. tut. l. 14. Cod. de testament. statutum esse, ais, si ex testamento non adeatur hereditas, non valere ea, quae in testamento relinquuntur, sed eiusmodi testamenti, ex quo non fit heres, omnem vim solui, l. 181. π. de reg. iur. et rem omnem redire ad causam intestati, pr. I. de heredit. quae ab intestat. §. 2. I. quib. mod. test. --- Quodsi igitur maritus, te-*

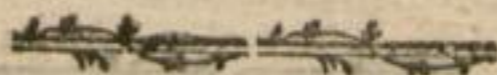
stamento vxoris fideicommissio vniuersali grauatus id ipsum
 testamentum agnoscere, et hereditatem iade adire nolit, du-
 bium plane non videri, hocce testamentum, ob defectum
 heredis et aditionis, inter destituta referendum esse, adeo-
 que nec fideicommissum valere, nec ad heredem fideicom-
 missarie substitutum quicquam inde peruenire posse, sed
 omnem in bona vxoris successionem ita ordinandam esse,
 ac si decessisset intestata. Mobilia ergo, omnemque portio-
 nem statutariam pertinere ad viduum, immobilia contra, et
 quae horum iure censentur, ad heredes ab intestato. Clau-
 sulae codicillari, testamento forsitan adiectae minime eam vim
 esse, porro regeris, vt vigore eius fideicommissa ex testa-
 mento destituto praestari debeant. Codicillos enim testa-
 mento insertos testamenti partem esse, eius ius sequi, vires-
 que ex eo capere, *arg. l. 3. §. 2. l. 14. pr. l. 16. π. de iure co-
 dicill.* — Corruente igitur testamento, tanquam principali,
 non posse non etiam accessorium, codicillos nempe, interci-
 dere, cum per claram legem *3. §. 2. c. l. fideicommissum*
ex codicillis nullius momenti sit, si ex testamento hereditas
adita non fuerit. Etiam si vero valere possent eiusmodi co-
 dicilli, inde tamen restitutionem fideicommissariae heredita-
 tis vel propterea exigi vix posse, quod nulla sit restitutionis
 necessitas, nisi quis recto iure institutus sit, qui hereditatem
 adeat, *§. 2. I. de fideic. hered. Caii inst. Libr. 21 tit. 7. pr. co-
 dicillis vero heredis institutionem directe fieri non posse, ex*
leg. 10. D. de cod. constet. — Ex his fere argumentis fidei-
 commissa ex testamento destituto vi clausulae codicillaris
 praestanda esse negat CHR. WILH. KÜSTNERVS, *in diff. de*
legatis ex testamento, cui clausula codicillaris inest, destituto, non
praestandis. Lips. 1746. §. VI. VII. XII. Altera huius aduer-
 sariae argumentationis ratio sic concludit: „Illud S^{cti} Pega-
 siani

hani caput, quo cautum, ut heres fiduciarius ad adeundam,
 restituendumque cogi debeat, ad maritum Saxonicum vel
 ea de causa vix applicari posse, quoniam tali coactione com-
 pelleretur is ad agnoscendum testamentum, quo laeditur
 portio statutaria, id vero repugnet principiis, de sanctitate
 huius portionis supra (§. II.) a nobis positis. *Tertium* deni-
 que argumentum in contrarium enunciari posset ita: „Nos,
 dum saluam esse mariti portionem statutariam, reliquam ve-
 ro bonorum vxoris vniuersitatem vi testamenti ad heredem
 fideicommissarium transferri debere velimus, sic statuendo
 necessario efficere, ut defuncta pro parte testata, pro parte
 intestata decefferit, quod tamen *legi 7. π. de reg. iur.* et prin-
 cipiis §. V. a nobis propugnatis parum conueniens videatur.“
 — Sed salua vbique res est; Cum tamen, quanta sit horum
 argumentorum infirmitas, non satis elucescere possit, nisi
 ante omnia eius sententiae, cui ipse accedo, fortiores ratio-
 nes praestruxerim, aggrediar nunc huius sententiae de-
 fensionem.

§. VIII.

Sententia auctoris stabilitur.

Sententia haec nostra bipartita veluti est. *Primo* enim
 contendo: testamentum vxoris Saxonicae, quo portio statu-
 taria mariti fideicommissio grauatur, huius id agnoscendi de-
 tractatione tamen non destitui, nec adeo successioni ab inte-
 stato locum dari, sed viduum ad adeundam coniugis heredi-
 tatem, et, deducta inde portione statutaria, restituendam,
 a fideicommissario, implorato iudice, re integra, cogi pos-
 se: *deinde*: si fideicommissarius hac coactione vti aut nolit,



aut negligat, aut, quod fiduciarius ante testatorem, vel aditionem morte praeventus sit, uti non possit, rem omnem quidem ad causam intestati redire, fideicommissum tamen non perire, sed vi clausulae codicillaris testamento insertae, seruari ita, ut heredibus ab intestato necessitas illud praestandi incumbat. Vtramque thesin sequentibus tueor argumentis.

§. IX.

Prima thesis defenditur.

Dum igitur testamentum vxoris, quo maritum heredem scripsit fiduciarium ex asse, huius id approbandi, hereditatemque inde adeundi renitentia destitutum reddi posse, nego, prouoco inprimis ad *SCti TREBELLIANI* et *PEGASIANI* hac de re sancita, quae quidem a *IUSTINIANO tit. Inst. de fideicom. heredit.* confirmata, et in vnam, eamque adhuc vigentem legem transformata esse constat. Ut vero, quam commode istarum legum sanctiones ad causam nostram transferri possint, eo clarius percipiatur, earum vim partim ex ratione, partim ex vniuersa dispositione plenius cognoscamus, necesse est. Rationem autem legis indagare cupientem inprimis nosse oportet, quae facta legislatorem ad ferendam legem commouerint, quemque adeo finem illa obtinere voluerit. Hoc igitur consilio nos quoque fata fideicommissorum, ipsum Iustinianum §. 1—6. l. c. l. autorem secuti, breuissimis enarremus. Nimirum ante Augusti tempora, uti Imperator refert, nemo perfecte tenebatur praestare id, de quo rogatus erat, sed cuiusque pudori relictum erat, num fideicommissentis precibus annuere vellet, nec ne.

Augusti

Augusti vero temporibus vim iuris acceperunt fideicommissa, et tantus eorum fauor factus est, ut praetor proprius, aut potius duo, crearentur, qui de iis ius dicerent. Iam igitur fiduciarius ad restituendam ex causa fideicommissi hereditatem vinculo iuris tenebatur, quam primum eam adiisset. Cum vero restituta licet hereditate heres permaneret, quod, qui semel heres existit, heres esse *per leg. 38. D. de hered. inst. l. 7. §. 10. D. de minor.* desinere nequit, idque periculosum nimis, atque onerosum esset heredibus, haud raro eueniebat, ut hereditatem adire recusarent, sicque testamenta destituerentur, fideicommissa corruerent, et voluntas defuncti exitu careret. Ne igitur hoc fieret, securitati heredis fiduciarii consulebatur S^Cto Trebelliano, quo imprimis cautum est, ut actiones, quae stricto iure a fiduciario, et contra eum institui debebant, ei, et in eum darentur, cui ex fideicommissio restituta esset hereditas. Licet vero ab eo inde tempore heres sine periculo adire posset, nil tamen impediebat, quo minus vel ea de causa recusare posset aditionem, quoniam aut parum, aut nihil lucri apud eum remaneret, quum aut totam, aut pene totam hereditatem restituere rogatus esset. Parum ergo sufficiebat S^Ctum Trebellianum ad finem illum, ne supremas defunctorum voluntates irritae fierent, et extinguerentur fideicommissa, rite assequendum. Ut igitur hoc quoque obtingendi finis illius impedimentum tolleretur S^Ctum PEGASIANVM factum, eoque cautum est, ut is, qui rogatus esset hereditatem restituere, commodum etiam inde habere debeat detrahendo quartam fideicommissi partem, sin vero, ea non contentus, adire noller, ut ad ad eundem, et restituendum cogi posset a Praetore. Vtramque vero legem coniunxit IUSTINIANVS §. 7. *l. de fideicom. heredit.* ita quidem, ut exploso S^Cto Pegasiano, abrogatis-
 que

que captiosis stipulationibus, omnem auctoritatem praestaret
 SCto Trebelliano, simul tamen id, quod praecipuum
 SCti Pegasiani caput fuerat, ut, quando recusaret heres
 scriptus sibi datam hereditatem adire, *necessitas ei imponeretur,*
 totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, trans-
 poneret ad SCrum Trebellianum, *ut ex hoc solo necessitas he-*
redi imponatur, si, ipso nolente adire, fideicommissarius desideret,
sibi restitui hereditatem, nullo nec damno, nec commodo apud here-
dem remanente. Eodem modo narrant rem VLPPIANVS in
 frag. tit. XXI. §. 14 — 16. PAVLVS in recept. Sent. Libr. IV.
 tit. I — IV. et prolixius CASP. HEIMBURG, in diff. iuris com-
 munis, et Germ. different. in doctrina de fideic. Jen. 1743. Cap. I.
 §. 1 — XI. Ex his igitur satis patet, rationem harum le-
 gum imprimis eo tendere, *ne fiant testamenta destituta,* nec in-
 tercidant fideicommissa, iis ordinata. Occurrit quippe le-
 gislator cunctis exceptionibus, quarum obtentu aditionem
 hereditatis recusare possent fiduciarii. Damnosam, atque
 suspectam si dicant hereditatem ipsis fore, prospectum est
 transitu actionum in fideicommissarium, eiusque declaratio-
 ne, quod suo periculo adiri, sibi que restitui velit hereditatem;
 l. 4. §. 1. ad SCt. Treb. — Si cessantis lucri causam obuertant,
 replica deducendae Quartae in promptu est. Sin eius detra-
 ctionem prohibitam esse regerant, distinguendum quidem
 est, utrum liberi, an extranei fideicommissio vniuersali ultra
 dodrantem onerati sint. Liberis respondebitur, ipsis pro-
 hibitionem illam paternam vi leg. 6. pr. Cod. ad SCt. Treb.
 et Nouell. I. Cap. I. §. 1. non praeiudicare, verum, quoni-
 am eorum intuitu sub Trebellianica legitima continetur; cfr.
 LEYS. sp. 405. m. 5. WESTPHAL. von Vermächtnissen und Fidei-
 commissen Th. II. §. 1840. ill. KINDII quaest. for. c. XL. ince-
 grum iis esse, legitimam a IUSTINIANO Nou. XVIII. c. 1.
 auctam,

auctam, quatenus Trebellianicam absorbet, proprietatis iure ex ipsa bonorum substantia detrahere, et reliquas tantum vncias fideicommissario restituere; *cfr. GE. LVDW. BOEHMER, c. l. §. XVII. p. 200.* Extranei vero aditionem ob lucrum cessans detrectantes remittendi erunt *ad leg. 6. §. 3. Cod. c. l. in primisque ad effata Nouellae l. cap. 2. §. 2. necessarium esse, testatoris valere sententiam, ipsisque lucrum non in percipiendo, sed in pie agendo quaerendum esse.* Remotis igitur hisce aditionis detrectandae causis, olim haud improbandis, nil reliquum erat, quam seruandorum fideicommissorum firmitatem legum interposita auctoritate tenere, et heredum pertinaciam iudicis auxilio coercere. Inde etiam explicanda sunt verba Caii, *l. 17. π. si quis omiss. caus. test.* „liberum cuique esse debet, etiam lucrosam omittere hereditatem, licet eo modo legata, libertatesque intercidant; sed in fideicommissariis hereditatibus id prouisum est, ut, si scriptus heres nollet adire hereditatem, iussu praetoris adeat, et restituat etc. Vt igitur, quatenus huic coactioni hodiernum, et nostro in primis casu locus esse possit, eo plenius cognosci queat, adiciam nunc observationes quasdam de natura et indole istius coactionis, quatenus rem tangunt.

§. X.

Continuatio.

Ne oriatur confusio, observationes istas his positionibus includam:

I. *Fundamentum* huius coactionis a fideicommissario contra fiduciarium adhibendae nititur absoluta quadam actus aditionis necessitate, atque haec necessitas refertur ad expres-

D

sam

sam fideicommittentis voluntatem. In omni quippe fideicommissaria substitutione testator aditionem a parte heredis instituti supponit ita, ut fideicommissi restitutio ante aditionem fieri plane non possit: *cf. PAVLI rec. Sent. Libr. IV. tit. 1. §. 14. HOMMELII Promt. Bertoch. voc. fideicommissum, n. 5.* — Differt in eo fideicommissaria restitutio a *cessione in iure*, quae etiam ante aditionem fieri poterat, testante VLPIANO *in fragm. tit. XIX. §. 12. sq.*

II. *Finis* coactae aditionis spectat partim fauorem vltimarum voluntatum, partim heredis fideicommissarii vtilitatem, et in genere seruandorum fideicommissorum curam; quod dilucet ex ratione istarum legum §. praec. enucleata.

III. Huic coactioni *omnis generis heredes* obnoxii sunt, tam necessarii, quam voluntarii; adeo filii familias, qui beneficio abstinendi gaudent, *l. 6. §. 2. π. ad Sctum Treb. l. 27. §. 3. eod. l. 5. §. 2. D. Quod cum eo, qui in aliena potest. etiamsi sub conditione potestatiua, quamuis leuiori, heredes sint instituti, l. 64. π. 1. eod.* — porro ipse pater, quem filius de restituenda hereditate rogauit, *l. 16. §. 11. eod.* nec non heredes ab intestato, siue legitimi, siue honorarii sint successores, *l. 6. §. 1. eod.* — *collegia et personae morales, l. 6. §. 4. eod.* — Nec maritum ab hac aduendi necessitate immunem declarant leges, *l. 78. §. 9. eod. l. 5. Cod. eod. l. 95. pr. π. ad leg. Falcid. l. 41. §. 12. D. de leg. 3.* quibus eum ab vxore fideicommissio grauatum esse reperi. — Patronus quoque ex debita parte, (quae olim dimidia, iure Iustiniano, *vi §. 3. l. de success. libert.*, tertia pars bonorum liberti erat, liberis non existentibus,) heres institutus, et rogatus restituere hereditatem, si noller, cogi poterat a Praetore, *arg. l. 27. §. 13. D. eod.* — Quid? quod adeo qui magna praeditus est dignitate, et auctoritate arenarii, vel eius mulieris, quae corpore

quae-

quaestum fecit, hereditatem restituere cogitur ex *l. 5. eod.* — Denique etiam eum, *qui in iure repudiauerat*, ex iustis causis, qualis in primis est, quando ipsi aditio non nocet, alteri vero prodest, coactioni obnoxium reddit *l. 14. §. 1. eod.* et PAVLVS in *recept. Sent. Libr. IV. tit. 4.*

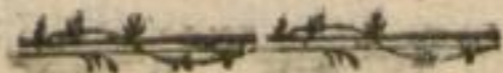
IV. Fideicommissarius iure cogendi vti non prohibetur, *etiamsi alio modo*, verbi causa, vi clausulae codicillaris, interuentu heredum ab intestato, *fideicommissariam hereditatem acquirere valeat*. Eius enim interesse potest, ex institutione potius, quam ex alio titulo hereditatem habere, *per leg. 6. §. 5. l. 27. §. 12. π. ad Sc̄tum Trebell.* — Sic eo in primis casu, quo restitutio post mortem fiduciarii demum fieri debet, fideicommissarii maxime interest, fideicommissi restitutionem a fiduciario potius mediante aditione coacta petere, quam eandem ex manibus heredum ab intestato expectare. Priori enim casu restitutio etiam viuo fiduciario, et prima quaque die, posteriori vero, vt paulo post videbimus, post obitum demum faciendā est. Omnino etiam cuique liberum esse debet, e pluribus remediis, ad persequendum ius quoddam a lege datis, eligere illud, quod magis expediat, pinguiusque videatur.

V. Coactae aditionis effectus concernunt nunc aditionis et restitutionis factum, nunc fiduciarii heredis veluti poenas, nunc etiam iura tertii, ipsumque testamenti valorem. Quoad prius, hereditas ipsa lege pro adita, verbisque restituta habetur in contumaciam heredis, et actiones ipso iure transiunt in fideicommissarium; cuius argumenti sedes est in *l. 7. §. 1. Cod. ad Sc̄t. Trebell. et §. 6. l. de fideicommiss. heredit.* cfr. VINNIUS in *Comment. ad Inst. cit. tit. §. 6. n. 3.* CHIFFLETIVS de *Iure fideicommiss. Lib. IV. c. 3.* in OTTONIS *Thes. iur. Rom. T. V. p. 859. seqq.* WESTPHAL. *c. l. §. 1709. 1717.* PET. THIE-

dit

D 2

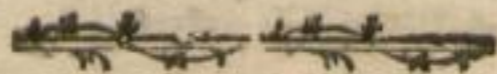
LEN



LEN *dissert. de restitut. hered. fideicommissi, Franc. ad Viadr. 1701. Th. XIX.*; nisi forsan ipsum fideicommissarium ex *Nouell. I. C. I. §. 1.* tum adire posse cum HELLFELDIO *in iurispr. fori. T. I. §. 574. in fin.* asserere malis. — Videtur hic tamen *T. II. §. 1433. not. d.* sententiam hactenus mutasse, vbi laudatam Nouellam de herede *adita hereditate* legatorum ac fideicommissorum praestationem recusante intelligendam esse cum BERGERO *in Oec. iur. p. 320. not. 3.* censet; *cfr. WESTPHAL, c. I. Th. II. §. 1093. et RITTERSHVS, ad Nouell. P. VI. c. 6.* Quod vero ad *restitutionis factum* attinet, dubium non est, quin heres, qui possidet, ad nudum illud factum manu iudicis compelli possit, secundum *§. 7. I. c. I.* *cfr. BERGERI Oec. Iur. p. 320. not. 3.* — Alter coactae aditionis effectus conspicitur in eo, vt heres, qui ad adeundam, restituendamque hereditatem cogi se passus est, omnibus commodis priuetur, quae, si sponte adiisset, ex liberali testatoris iudicio ad eum redundassent, *indignus quippe, vt, qui destituit supremas defuncti preces, consequatur aliquid ex voluntate eius,* argumento *l. 55. §. 3. π. ad Sc. Treb.* Prohibetur itaque detrudere quartam, *l. 4. l. 14. §. 4. eod. §. 7. I. c. I. praelegata capere, l. 27. §. 14. eod. substitutione pupillari, l. 27. §. 2. eod. nec non iure accrescendi vti, l. 43. eod. fideicommissi restitutionem a fideicommissario repetere, l. 55. §. 3. eod. partem fideicommissi non grauata in vsus suos conuertere, l. 28. §. 1. eod.* — Inprimis vero tali heredis contumacia efficitur hoc, vt, si heres *ex die* rogatus esset restituere, adeoque in casu spontaneae aditionis pendente die fideicommissi commodis perfrui potuisset, coactus adire hereditatem *prima quaque die* restituere, et sic commodis illis prorsus carere debeat; quo pertinet *l. 6. §. 6. l. II. §. 2. l. 16. §. 7. eod. cfr. WESTPHAL, c. I. §. 1737. 1768.* Probe tamen tenendum, sub

sub commodis, quibus carendum est heredi, ex iuris necessitate adeunti, non alia intelligi, quam ea, quae habiturus non erat, nisi heres institutus esset, et sponte adiisset, quae restrictio continetur *lege 11. pr. l. 27. §. 2. eod.* Omnis igitur haec coactio etiam ex iuris Romani principiis intelligitur salva portione legitima, non ex testatoris arbitrio, sed legum beneficio profecta. Hanc enim etiam coactus retinet, tam iure antiquo *ex l. 6. pr. Cod. ad Sc. Treb. l. 27. §. 13. π. eod.* quam *Iure Nouell. I. C. 1. §. 1. cfr. THIELEN c. l. th. XXXVI. WESTPHAL, c. l. §. 1765. —*

Tertio loco tenendum est, coactam aditionem, quoad iura tertii, ipsumque testamenti valorem, voluntariae per omnia respondere. Hinc qui sub conditione, si coheres adiisset, institutus est, hereditatem acquirit, etiamsi coheres coactus adeat, vi leg. 66. pr. π. eod. — Porro necessaria ista aditione non modo patris testamentum, sed adeo secundae eius tabulae, quibus scilicet pupillaris substitutio continetur, quaeque non adita patris hereditate euanuisse videbantur, perinde, ac in casu spontaneae aditionis firmantur, quid? quod etiam legata inde praestantur, libertates competunt, et caetera, quaecunque sunt in testamento, perinde valent, ac si sua sponte heres hereditatem adiisset; quae est peculiaris leg. 14. §. 3. D. eod. dispositio. Pertinet huc quoque quodammodo l. 13. §. 2. eod. qua, heredem non audiendum esse, Ulpianus censet, si vel maxime dicat, ius testandi non habuisse eum, qui testatus est, vel de viribus testamenti, vel de sua conditione querulet.



§. XI.

Confectaria ex §. X.

Quae cum ita sint, generalis inde regula constitui potest haec: „heredem fiduciarium, quisquis ille sit, ad adeundam restituendamque hereditatem toties cogi posse a fideicommissario, quoties huius inter sit, restitutionem ab herede testamentario petere, atque fiduciarii iuribus, non ex testatoris voluntate, sed ipsa lege quae sitis nil detrahatur.“ His Romanarum legum sanctionibus cum patriis legibus non derogatum sit, quid eas stare prohibeat? Heredis fideicommissarie substituti maxime interesse, fideicommissi commoda, vi coactae aditionis, *prima quaque die* (§. X. ad IV. V.) secum communicari, quis est, qui dubitet? Portionem statutariam coniugum, perinde, ac legitimam liberorum, non ex hominis, sed legis prouisione deberi, adeoque sub commodis, quibus priuandus est heres adire coactus non comprehendi, sed a caeteris bonis, quae testator fideicommissio grauauit, separandam esse, et eum fideicommissio vniuersali ad fideicommissarium non transire, supra (§. II. X. ad V.) concessimus, idque iterum concedere monemur a BERGERO *in Oec. Iur. p. 345. not. 5.* Haec igitur iura coniugum statutaria integra et intacta et ipsi relinquimus. Iam vero quid impediatur, in ea nos haerere sententia: Sct. Pegasiani sanctiones, a IVSTINIANO §. 7. I. de *fideicommiss. hered.* repetitas, et ad Sct. Trebell. translatas hodiernum in viridi esse obseruantia, nominatimque etiam contra maritum Saxonicum, qui testamento vxoris heres scriptus est fiduciarius ex asse a fideicommissario in usus suos conuerti posse tali cum effectu, vt et ille ad adeundam defunctae hereditatem fideicommissariam, eamque, separata inde, et retenta rerum mobilium vniuersitate, fideicommissario

sario

fario restituendam, compelli queat. Sic enim, vt verbis legitimis l. 36. §. 1. Cod. de inoffic. test. vtar, maritus habebit portionem suam integram, qualem leges Saxonicae definiunt, et heres fideicommissarie substitutus commodum fideicommissi, quod ei testatrix dereliquit, cum legitimo moderamine sentiet. — Sic etiam seria illa voluntas, in omni substitutione supponenda, qua testator prodit, quod successioni ab intestato locum dare nolit, et heredem ab intestato, quantum fieri potest, exclusum velit, *cfr. l. 39. π. de acq. et omitt. l. 84. π. de R. I. HELLFELD, c. l. T. II. §. 1447.* stabit firmissima. Stabilita his legum rationibus prima thesi sententiae, supra (§. VIII.) propositae, progrediar ad alteram, ibidem indicatam.

§. XII.

Altera thesis firmatur.

Coacta illa, de qua haecenus disputaui, fideicommissariae hereditatis aditio olim non prius locum habebat, quam si fideicommissarius Praetorem, vel Consulem de adhibenda coactione implorasset. Pater hoc imprimis ex verbis §. 6. l. de fideicommiss. heredit. „*vt desiderante eo, cui restituere rogatus esset, iussu praetoris adiret,*“ porro §. 7. eod. „*volenti fideicommissario restituere,*“ et paulo post: „*si fideicommissarius desideret, sibi restitui hereditatem*“ — Sic quoque Paulus in *recept. sent. Libr. IV. tit. 4. §. 2. heres, ait, per magistratus municipales ex auctoritate praesidis fideicommissario postulante hereditatem adire et restituere compellitur.* Nec aliter statuendum erit hodie. — Deinde id quoque per se patet, tum, cum heres ante fideicommittentem, aut ante aditionem morte praeuentus sit, nullum-

nullamque successorem vniuersalem reliquerit, neminem ad-
 esse, qui ad aditionis, ac restitutionis facta compelli possit.
 Quodsi igitur fideicommissarius iure cogendi vti aut nolit,
 aut negligat, aut ob mortem fiduciarii non possit, fieri aliter
 nequit, quam vt testamentum vere destituatur, et successio-
 ni ab intestato locus fiat. Id si accidat, *quid iuris sit circa*
fideicommissum in testamento destituto relictum? quaeritur. Di-
 stinguendum ante omnia est, testamentum clausula codicilla-
 ri munitum sit, nec ne; sin posterius, dubio vacat, here-
 des ab intestato, ad quos tunc preces de restituenda heredi-
 tate non directae videntur, ad praestandum fideicommissum
 nullo iuris vinculo teneri. — At vero adiectae testamento
 codicillaris clausulae eam vim esse, vt id ipsum testamentum
 in codicillos ab intestato factos transformet, preces de resti-
 tuendo fideicommissum iam ad heredem ab intestato directas
 esse ex praesumpta fideicommittentis voluntate inferat, atque
 adeo heredem legitimum ex quasi contractu, quem cum
 fideicommissariis adeundo hereditatem inire putatur, ad
 praestandum fideicommissum obstringat, haec omnia non
 modo *b. SEGERVS in diff. vis et facultas clausulae codicillaris te-*
stamento destituto, Lips. 1767. sed nuper etiam *ill. KINDIUS*
in quaest. for. cap. LXVIII. ex iusta legis 76. D. ad Sct. Treb.
l. 14. 29. Cod. de fideicommiss. l. 77. §. 23. Dig. de leg. II. inter-
pretatione contra KÜSTNERVM c. l. tam luculenter proba-
runt, vt huic argumento diutius immorari superfluum pu-
tem. — Illud hoc loco adhuc quaeri posset: an liceat here-
dibus ab intestato detrahere quartam Treb. si eius detractio
in testamento destituto sit prohibita? Negandum hoc esse,
vel exinde patet, quod enixae voluntatis precibus, quae
hoc casu ad omnem successionis speciem porrectae videntur,
(l. 77. §. 23. D. de leg. II.) eodem modo obtemperare de-
 bent

bent heredes legitimi, quo ad heredem scriptum conceptae sunt in testamento. Sic intellexerim BERGERVM in *Oec. iur.*, p. 325. not. 3.

§. XIII.

Respondetur ad argumenta in contrarium.

His praestructis facili negotio dilui poterunt argumenta in contrariam partem supra (§. VII.) a nobis allata. Ad *primum*, ab effectibus testamenti destituti ductum non est, quod pluribus respondeam. Nego quippe testamentum destitutum hic adesse. Cogi enim si potest fiduciarius heres ad adeundam hereditatem ita, ut vel in contumaciam pro adita habeatur, vel fideicommissarius ipse ad adeundum admittatur, quod supra, (§. X. ad V.) vidimus: cessat sane omnis testamenti destituti vis et notio, et valet illud perinde, ac si sua sponte heres adiisset, *l. 14. §. 3. D. ad Sc. Treb.* Sic etiam KÜSTNERVS, *c. l. §. IV.* post Sc. Pegasianum testamenta ob defectum heredis non aliter destitui potuisse, recte iudicat, quam si fiduciarius morte praeuentus adire, aut ad adeundum compelli non potuerit. — Grauior ad speciem esse videtur *altera obiectio*, qua opponis: repugnare sibi inuicem asserta: „maritum optionem habere, velitne testamentum vxoris, quo fideicommissio grauata est portio statutaria, pure agnoscere, nec ne!“ quod supra (§. III.) praemiserim, atque illud: „cogendum eum esse ad adeundam ex hoc ipso testamento coniugis hereditatem!“ quod nunc defendam. — Verum enim vero vtrumque assertum amice conspirat. Probe enim tenendum est, hoc loco multum interesse inter notiones τὸ agnoscere testamentum, et τὸ adire hereditatem

E

ex



ex testamento. Omnis rei cardo in eo vertitur, vt concilientur iura, quae ab vna parte heredi fideicommissario intuitu fideicommissi ex legum Roman. et fideicommittentis voluntate, ab altera vero marito fiduciario ratione successionis mobilis ex ipsa lege Saxonica quaesita sunt, ad seruandam fideicommissi validitatem, tuendamque legitimae maritalis integritatem. Vtrumque illud ius saluum, et vterque hic finis obtinendus est, etiamsi statuas, maritum non quidem ad agnoscendum testamentum, attamen ad adeundam ex testamento hereditatem, eamque, subtracta inde, et retenta portione statutaria, fideicommissario restituendam compelli posse. Haec etenim aditionis necessitas minime inuoluit necessitatem agnoscendi testamentum, et laesionem portioni statutariae eo inflictam. Fit potius coacta illa aditio saluo iure fiduciarii, ex legum prouisione quaesito, atque ea tantum ex causa, ne destituatur testamentum. Quare optio illa, quam marito concessimus, hoc tantum efficit, vt non teneatur inuitus ferre onus fideicommissi, portioni legitimae ab vxore impositi. Minime autem inde sequitur, huius oneris detrectatione fideicommissario ius illud cogendi eripi posse, quod ad auertenda testamenti destituti incommoda, et reliquorum bonorum, fideicommissi qualitate licite affectorum restitutionem impetrandam, strictissimae leges ipsi tribuunt. Adeo verum est, quod supra diximus: maritum agnitionem quidem huiusmodi testamenti detrectare posse, aditionem contra recusare non posse, atque nullam esse harum notionum pugnam.

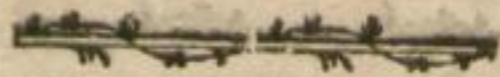
§. XIV.

§. XIV.

Refutationis continuatio.

Haud maioris momenti est *tertium* illud argumentum, quo causam testati cum causa intestati a nobis misceri, adeoque principiis, in superioribus (§. V.) stabilitis contradici, ab aduersa parte opponi forsan queat. Prius quidem non nego, at posterius. Concedo enim, iura fideicommissarii heredis ex testamento, et legibus quaesita, cum natura portionis maritalis, quae species est successionis ab intestato, conciliari aliter non posse, quam ut vxor intuitu immobilium testata, ratione mobilium vero intestata decessisse in effectu certe putanda sit.

Id vero neque per se absolum est, neque a principiis §. V. stabilitis abhorret. Primum enim obserues velim, regulam illam, *leg. 7. π. de reg. iur.* propositam iam Romano iure interdum fallere, uti docuit IAC. GOTHOFREDVS in *commentario de reg. iur. reg. 7.* nec ipsi PAPINIANO in *leg. 15. §. 2. D. de inoff. test.* adeo absurdum videri, pro parte intestatum quem decedere. Sic v. c. *ex l. 8. §. 5. l. 17. l. 19. l. 24. eod.* constat, mota querela inofficiosi testamenti, testatorem non semper in totum, sed eo casu, quo is, qui ius mouendae querelae habet, *partem tantum suam, ab intestato debitam*, petit, pro hac parte solum intestatum factum, hanc vero victoriam aliis coheredibus ab intestato proficuum non esse, cfr. KOCHII *tr. de success. ab intest. auct. I. p. 200. (edit. d. a. 1780.)* — In Germanorum porro coniugum successione statutaria hoc singulare obuenerit, ut coniugem, qui de bonis, ad portionem statutariam non pertinentibus testatus est, pro parte testatum, pro parte intestatum efficiat, dudum animaduersum est ab HOMMELIO *Rhaps. obs. 410.* — Quis etiam



iam prohibeat, duplicem illam bonorum vniuersitatem, mobilium scilicet, atque immobilium, quam recte statuit cl. IO. DAN. KIND, in *diff. alleg. Cap. II. §. 6.* sic separari, vt altera ad heredes, ipsa lege huc vocatos, altera ad testamentarium heredem perueniat? Quid impedire possit, quo minus testamentum de vtraque illa vniuersitate disponens, quoad vnam per leges minus, quoad alteram optimo iure valere possit, cum testamentum quoddam etiam pro parte rescindi posse *ex l. 15. §. 2. l. 19. 24. π. de inoffic. test.* constet? cfr. NOODT. in *Comment. T. II. Oper. p. 135.* Tenes igitur, principium illud: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest!* ne Romano quidem, nedum Germanico iure immutabili ratione niti. — Sed nec iis, quae §. V. a nobis tradita sunt, aduersatur thesis §. XI. defensa. *Primo* enim ibi diximus: heredem ex asse scriptum non posse quasdam vltimae voluntatis partes subire, quasdam detrectare, hoc est, vtilia testamenti capita rata habere, damnosa contra fugere, sed aut totam debere agnoscere voluntatem, aut a tota recedere. Id quidem assertum thesi §. XI. propugnatae neuiquam repugnat, sed adeo responderet. Dum enim hoc loco contendimus: maritum ad adeundam vxoris hereditatem fideicommissariam salua portione statutaria cogi posse, id eo tantum consilio fieri diximus, vt fideicommissum ad heredem fideicommissarium, cuius ius ab aditione pendet, transferri possit, neuiquam vero hoc fine, vt mediante hac adeundi necessitate lucri quicquam ad fiduciarium peruenire debeat ex testamento. Caret hic potius omnibus commodis, quae inde percipere potuisset tum, cum totum illud approbasset, atque eo ipso, quod absolutam hanc agnitionem detrectat, efficit, vt oporteat eum iam a tota vxoris vltima voluntate recedere, id est, fideicommissi emolumentis ad dies
vitaë

vitae carere, et hereditate mobiliari vnice contentum esse. Intelligis igitur, maritum cogi quidem ad adeundam hereditatem pro parte, aut potius pro singulari quadam bonorum vniuersitate, eo effectu, vt restituere hanc vniuersitatem fideicommissario possit, minime vero compelli ad agnoscendam pro parte vltimam voluntatem ea vi, vt praeter successionem ex lege etiam commoda ex testamento habere debeat. Hoc posterius efficiendi studium rationi successionis legitimae pariter, ac testatorum voluntati repugnare, adeoque tolerandum non esse, supra (§. V.) diximus, eidemque asserto et nunc inhaeremus. Stare enim commode potest iuxta sententiam, §. XI. vberius explanatam. — Caue porro putes, me, cum paulo ante asseruerim, vxorem pro parte testatam, pro parte intestatam decessisse, eo ipso alterum illud principium, quo §. V. vidui ambiguam declarationem aggressus sum, labefactare, ac fere destruere. Probe enim tenendum est, multum interesse inter haec effata: „*Nemo heres vni eidemque defuncto, citra huius voluntatem, pro parte ex testamento, pro parte ex lege succedere potest;*“ Atque, „*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*“ Posterius iure hodierno inprimis fallere, ideoque ferri posse, contendimus, vt quis substantiam bonorum relinquens, quae non eodem, sed partim communi, partim singulari iure censenda, et ad *diuersos plane successores vniuersales* deuoluenda sunt, ratione priorum testato, intuitu posteriorum vero ab intestato decedat. Hoc fieri vidimus in vxore Saxonica, cuius mobiliaris hereditas marito ex lege, immobilis contra testamentariis heredibus ex arbitrio defunctae cedit. In hac vero specie vtriusque generis heredes nil acquirunt, quod aut lex, aut testatrix voluntas ad eos peruenire nolint. Habet potius maritus quantum leges nostrae viduo indulgent,

et



et ad heredes testamento scriptos ea tantum commoda spectant, quae testatrix cum iis communicari voluit. Alia vero plane ratio foret, si licere posset *uni eidemque heredi, ex asse instituto*, successionem ab intestato cum testamentaria permiscere ita, ut, quod ex vtraque commodum et proficuum, aut onerosum, et noxium ipsi videatur, prudenter seligere, illud cumulatim in usus suos conuertere, hoc vero abiicere, et detrectare queat. Talis mixtura duplicis modi succedendi *in vno eodemque herede* prorsus abhorret a natura ac fine portionum legitimarum, et institutionis heredum. Lex enim supponit, deficere testamentariam dispositionem, qua satis prospectum sit heredibus necessariis. Testatores vero, dum eiusmodi heredibus praeter legitimam commodum quoddam relinquunt, nisi aliud expresse declarant, eos hac tantum lege istius commodi participes reddere voluisse censendi sunt, si vltimam ipsorum voluntatem per omnia adimpleant, et successionem ab intestato plane dimittant. Huic supremae voluntati si obtemperare nolint, commodis istis priuentur necesse est.

Sic putem et meae sententiae rationes firmiter stabilitas, et dubiorum, ab aduersa parte mouendorum qualemcunque vim profligatam esse. Quare plura addere abstineo.

[Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page.]

