

Opp. jurid. 880^o.

OBSERVATIONES PRACTICAE

Q V A S

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE

P R A E S I D E

D. FRID. GOTTLIEB ZOLLERO

COD. P. P. O. ECCLES. CATHEDR. MERSEB. CAPITVL. CVRIAE
IN PROVINCIA SVPREM. ASSESSORE, FACVLT. IVRID.
SENIORE, ET ACADEM. DECEMV.

IN AVDITORIO ICTORVM

DIE XXX. SEPTEMBRIS A. O. R. CIOIOCCCLXXX.

D E F E N D E T

FRIDERICVS GVILIELMVS CORNELIVS
KOEHLER,

ZSCHOPAVIA - MISNICVS.

L I P S I A E

EX OFFICINA HERED. LANGENHEM. ET KLAUBERTHI

OBSERVATIONES

PARA COTICAE

KLIVSIO TITIVM GENE AVO QMETH

PARA COTICAE

IN FARM GUTTER ZOLLTIO

IN FARM GUTTER ZOLLTIO

IN FARM GUTTER ZOLLTIO

IN FARM GUTTER ZOLLTIO

IN FARM GUTTER ZOLLTIO

IN FARM GUTTER ZOLLTIO

IN FARM GUTTER ZOLLTIO

IN FARM GUTTER ZOLLTIO

IN FARM GUTTER ZOLLTIO

V I R O
PRAECELLENTISSIMO AMPLISSIMO DOCTISSIMO
D O M I N O
IOANNI AVGVSTO BERGNERO

SERENISS. ELECTOR. SAX. REDITVVM, QVI ACCISARVM
NOMINE VENIVNT COMMISSARIO ATQVE INSPECTORI APVD
ZSCHOPAVIENS. ET SCHELLENBERGENS. RECEPTORI STEVRARVM
PER PRAEFECT. AVGVSTIBVRG. ET SOCIET. CARITAT. CHRIST. ET
SCIENTIAR. DRESDENS. SODALI

AFFINI OPTVMO
FAVTORI AC PATRONO
OMNIBVS NOMINIBVS AETATEM COLENDO

— HASCE
ACADEMICORVM STVDIORVM PRIMITIAS
O B
INSIGNIA IN SE COLLATA BENEFICIA
AMORIS, GRATI PIIQVE ANIMI TESTES
BONA OMNIA FAVSTAQVE APPRECANS
SACRAS ESSE IVBET
ATQVE

D. D. D

Respondens.

VIR O
PRAECELLENTISSIMO AMPLISSIMO DOCTISSIMO
D O M I N O
IOANNI AVGVSTO BERGVNERO
SERENISSIMO ELECTORIS SACHSIAE
NOMINE VENIVIT COMMISSARIO APTAE INVECTORI APTAE
RESERVATIONIS ET SOCIETATIS REGIAE
SACRAE AUSTRIACAE ET BOHEMIAE CAESARIS
SCIENTIAE PRAEFECTI
AFFINI OPTIMO
FAVTORI AC PATRONO
OMNIBVS NOMINIBVS APTAE COLLENDI
HABERE
ACADEMICORVM STUDIORVM PRIMITIIS
IN SIGNA IN SE COLATA BENEFICIA
AMORIS GRATI TIOVE ANIMI TESTES
BONA OMNIA FAVSTAQUE ARRUCANS
SACRAE RESERVIET
AVGVSTO
D. D. D.
Ratibonus



TESTAMENTVM CONIUGVM
RECIPROCVM AB VNA PARTE REVOCARI
POTEST.

§. I.

Sanctissimam moribundi esse voluntatem leges iusserunt, hinc inde instar legis eandem esse voluerunt, cui in omnibus licitis obtemperandum est. Quam ob causam heres, qui notionem principalem testamenti constituit, et qua omissa testamentum nunquam cogitamus, facta a testatore praescripta ad amissim implere debet, nec ab illis recedere potest, potius parendum est effato *Modestini*, qui *leg. I. π. Qui testam. fac. poss.* testamentum voluntatis nostrae iustam sententiam de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, appellat. Ex quo potissimum obuenit quaestio, vtrum testamenta coniugum reciproca inuita altera parte mutari queant. Ponamus casum: Titius cum vxore testamentum reciprocum, consueta legibusque praescripta forma fecit, interiecto vero

tempore maritus in scia vxore, aliam fecit dispositionem, et vxori, ad quam ex prioribus tabulis perueniebat hereditas, vsumfructum tantum certae summae reliquit. An valeat haec dispositio, videamus. Diuersum hac de re ICtorum est iudicium, alii simpliciter negant reuocationem, seu mutationem ex vnius parte fieri posse, et huius asserti rationem eam proferunt, intentionem nempe illorum, qui testamenta reciproca condunt. eam esse putant, vt neuter disponentium sine consensu alterius recedere, et vltimam voluntatem pro lubitu, quod regulariter in vltimis voluntatibus fieri solet, mutare, et in praeiudicium alterius corrigere possit. Putant potius hisce dispositionibus reciprocis tacite inesse pactum de non reuocando, adeo, vt nihilominus reuocatione non legitime facta, illa nullum effectum habere debeat. *Titius ad Lauterb. obs. 867. Stryck dissert. de testam. coniug. reciproc. §. 75. Harprecht de testam. correspect.*

§. II.

Alii ad quos potissimum refertur *Berger. in Oeconom. Iur. lib. II. Tit. IV. not. 4. Franz. lib. II. Resol. II. Finkelth. obs. 90. n. 32.* distinctionem adhibent inter maritum et vxorem, et marito potestatem mutandi testamentum reciprocum mortua vxore concedunt, ratione addita, quod duo in effectu testamenti esse censeantur, quamuis clausula de testamento sine alterius voluntate non mutando sit addita, respectu vero coniugis hoc penitus negant. Sed cum rationem huius diuersitatis, potissimum, quoniam maritus et coniux hoc in passu sunt correlata, et regula communis, quicquid iuris est in vno correlatorum, obtinet quoque in alio, locum habet, non addant, hanc distinctionem penitus nego.

Quam-

Quamuis liberrime concedam, quod, si maritus simul de superstitis vxoris bonis disposuerit, atque vt post mortem suam vxor ea alteri, quem maritus denominauit, relinquat, iusserit, haec dispositio tanquam fideicommissum valeat, dummodo vxor voluntatem vltimam agnouerit et hereditatem mariti adierit. Hoc enim in casu nihil noui contingit, sed valet id, quod analogiae et regulis iuris conuenit, secundum quas is, qui heres fit, facta defuncti praestare vtique tenetur. confer. *Bergerus in Oeconom. Iur. loco citato, et Illustris Hommel. Obs. CLXVI.* cuius ratio decidendi: Demnach aber und dieweil in gegenwärtigen Falle der Ehemann nicht alleine über seine eigene, sondern auch über seiner Frauen Güther Vernehmung getroffen, also letztere, da sie dessen Erbin geworden, seine Vermächtnisse erfüllen, und nunmehr auch von ihren Güthern, dasjenige, was er befohlen, denen Fideicommissariis abtreten muß ꝛc. hanc sententiam optimo iure confirmat et ad effectum hereditatis aditae, quem nemo, nisi a principiis iuris aberrare velit, in dubium vocare potest.

§. III.

Alia nobis hac in parte placet sententia et reuocationem testamenti reciproci inuita altera parte fieri posse, putamus, quod non solum analogiae iuris conuenit, sed et auctoritate practica comprobatur. Praeprimis vero distinguendum est, vtrum maritus solus tam de suis propriis, quam vxoris bonis testatus fuerit, illudque testamentum vxor approbauerit, vel an vere adsit testamentum reciprocum. In priori casu, vxorem voluntatem non mutare posse, omni dubio caret, non enim fecit testamentum, sed tantum voluntatem mariti approbavit, et ad ea praestanda, quae maritus voluit, se expresse obliga-

obliga-

obligauit. Tenetur itaque ex contractu, siue mauius ex pacto per quod sibi potestatem de suis disponendi bonis, penitus ademit, et cum pacta duorum consensum desiderent iuxta analogiam iuris vero et effatum *Vlpiani l. 35. π. de R. I. nihil tam naturale est, quam eo genere quid dissoluere, quo colligatum est*; reuocatio vxoris inuito marito nullum obtinet locum. Valet hinc inde id, quod in genere de pactis successoriis dicimus, quod illa nempe restringant potestatem alterius testandi, nec poenitentiae detur locus, non obseruata ridicula hae distinctione, an per modum contractus, vel in vim vltimae voluntatis sint inita, quam ex solida ratione refutauit *Illustr. Hommel Obs. 203.*

§. IV.

Aliter vero se res habet, quatenus de testamento reciproco est quaestio, hic enim vere adsunt duo testamenta, vnum fecit maritus, alterum vxor, vtraque pars de suis bonis, quod post mortem fieri velit, disposuit. Cum igitur non adsit pactum, sed testamentum, decisio causae solummodo secundum naturam vltimarum voluntatum est diiudicanda? Quem vero fugit, testatori competere potestatem testamentum reuocandi et aliud condendi, dummodo considerare velit, voluntatem hominis esse ambulatoriam vsque ad extremum vitae halitum, et id tantum dici testamentum, quod morte sua confirmauit testator, cum *l. 32. §. 3. π. de don. int. vir. et vxor*: hanc regulam suppeditet. Probat hoc *Hermogenianus l. 22. principio π. de leg. 3. Si quis in principio testamenti adscripserit, cui bis legauero, semel deberi volo, postea eodem testamento vel codicillis sciens saepe eidem legauerit, suprema voluntas potior habetur, nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere*

dere

dere non liceat. Hinc, si statuto receptum sit, ut gabella solvatur pro testamento, intuitu testamenti reciproci, quod fecerunt coniuges, duplex gabella recte exigitur, quod peti aliter non potest, nisi testamentum reciprocum coniugum duplex contineret testamentum, conf. *Maev. ad Ius Lubecens. P. I. tit. 1. art. 10. n. 11.* Quapropter Notario, quem testamento reciproco adhibemus, licet in vna membrana conficiatur, duplex honorarium exigere licet, duae enim sunt hereditates, cum nemo alteri testari queat, nec duarum personarum vna hereditas, aut vnum testamentum in regula esse possit *Carpz. P. III. Constit. Elect. VII. Def. XXII. n. 5.* Cum igitur id, quod in genere de testamentis dicitur, circa testamenta reciproca coniugum nulla lege sit mutatum, ratio penitus deficit, cur coniugi potestas voluntatem corrigendi, et rursus tollendi interdicti queat. Valet in hoc casu quod adfirmat *Pomponius l. 32. §. 3. π. de donat. int. vir. et vxor. Poenitentiam accipere debemus supremam. Proinde si vxori donauit, deinde eum poenituit, mox de sit poenitere, dicendum est donationem valere, ut supremum eius spectemus iudicium. conf. Struben rechtliche Bedenken. Tom. IV. p. 106.*

§. V.

Sed si coniux expresse dixerit, se nolle reuocare testamentum sine alterius coniugis consensu, an effectum habeat, ut reuocationem vel mutationem testamenti adimat, videamus. Facillima est huius quaestionis responsio, dummodo vti in prioribus demonstrauius, consideremus, testamentum voluntatem moribundi efficere, quam quilibet testator, donec vivit corrigere, et mutare potest, dicitur enim teste *Vlpiano l. 32.*

B

§. 3.

§. 3. π. *de donat. int. vir. et vxor.* ambulatoriam esse voluntatem testatoris vsque ad vitae supremum exitum. Haec regula tantam habet auctoritatem, vt clausula derogatoria priori testamento adiecta, testatori de alio testamento cogitanti, non obstat. Quemadmodum enim *l. 55. π. de legat. 1.* nemo in suo testamento potest cauere, ne leges in testamento locum habeant, cum contra ius publicum agere testatori non competat potestas, ita e contrario *l. 22. pr. π. de leg. 3.* nemo eam sibi potest dicere legem, vt a priore recedere nequeat. Hac ex causa hanc clausulam, quam dixi derogatoriam, inutilem et vanam esse, in testamento quoque reciproco coniugum probat *Finckelth. Obs. 90. et Carpz. P. III. Const. Elect. v. defin. 19.* quod optimo iure ab eodem dictum, cum et *Marciani* effato *l. 6. §. 2. π. de iure codicill.* conueniat, *Licet, inquit Ictus, in confirmatione Codicillorum paterfamilias adiecerit, vt non alias valere velit, quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati, neque manu scripti fuerint, nam ea, quae postea geruntur, prioribus derogant.*

§. VI.

Ast si hanc clausulam iuramento confirmauerit testator, an tunc effectum habeat, et testatorem adstringat: Distinguendum esse puto inter ius ciuile, ius canonicum, et aequitatem. Quod ad ius ciuile attinet, iuramentum huic clausulae adiectum, nullum producit effectum. Secundum illud enim iuramentum tantum est accessorium actus, cui adicitur, novam et principalem vero obligationum haud producit, sed tantum actui, qui per se valet, maiorem efficaciam reddit. Est enim iuramentum instar pacti nudi, quod legibus ciuilibus

bus

bus sua natura non habeat causam et obligationem, sed in nudis conventionum terminis subsistit. Ast iure canonico aliter se res habet, secundum Pontificis etenim effatum omne valet iuramentum, quod absque dispendio vitae aeternae potest feruari, exinde fit, vt testator religionem iuramenti sequutus, promisso stare teneatur, et testamenti prioris valorem per posterius conditum tollere nequeat. Secundum regulas aequitatis haec iuris canonici decisio mihi placet, eandemque iuri civili praefendam esse censeo. Semper enim in iuramentis de eo solliciti esse debemus, vt non suppeditemus occasionem periuria committendi, et delictis faueamus. Quod si vero testatori facultatem concedamus, vt fidem iuramento datam frangere, et ab eodem libere recedere queat, creamus periuria, et dolo iurantis praestamus patrocinium, hoc vero legibus diuinis, quas violare nefas est, contradicit.



O B S E R V. II.

T E S T A M E N T V M
P E R P R O C V R A T O R E M
V T I Q V E O F F E R R I P O T E S T .

§. I.

Maximopere disceptant Icti et fluctuans est illorum iudicium, vtrum testamentum per procuratorem offerre possit testator. *Carpz. P. III. Const. Elect. III. def. 23. Berger. Oecon. Iur. lib. II. tit. 4. thes. 2. not. 2. Struv. in Exercit. XXII. §. 9. et alii, quorum fecit mentionem. Struv. de Caut. Testam. Cap. VIII. §. 2.* Ex multis rationibus, quibus ad defendendam hanc opinionem vtuntur, potissimum duae speciem veritatis habere videntur, prima in eo consistit, quod Imperatores Honor. et Theodos. in l. 19. C. de testamentis ita disposuerint, a qua regula, quatenus non est mutata, recedere non licet, huc spectant verba: *Sicut ergo securus erit, qui actus cuiuscunque iudicis aut municipum aut auribus priuatorum mentis suae postremum publicavit iudicium, et paulo post, voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere.* Ex vtroque loco putant requiri praesentiam testatoris, et illustrationis causa argumentum a testamento priuato solemniter deducunt, nempe quoniam in eo necessarium est, vt testes testatorem videant, ita hoc pariter dicendum esse de testamento publico, in quo nempe personae publicae ad iudicium pertinentes, vicem testium obtinent, eorumque loco adhi-

ben-

bentur, credunt. Alteram rationem illam esse volunt, vt fraudes et falsitates, quae in testamentis magis timentur, et facilius, quam in aliis negotiis committuntur, euitemus. Quod si enim testator in persona compareat, et tabulas testamenti offerat iudici, de veritate, et quod hae tabulae vere eius seriam voluntatem contineant, non est vt dubitemus. Ast si per procuratorem testamentum offeratur iudici, de intentione non liquido constat, quoniam, et aliud supponere et sic piam testatoris mentem elidere potest, quod vero vt non fiat, ob religionem, quam leges vltimis voluntatibus tribuunt, omnis opera est adhibenda.

§. II.

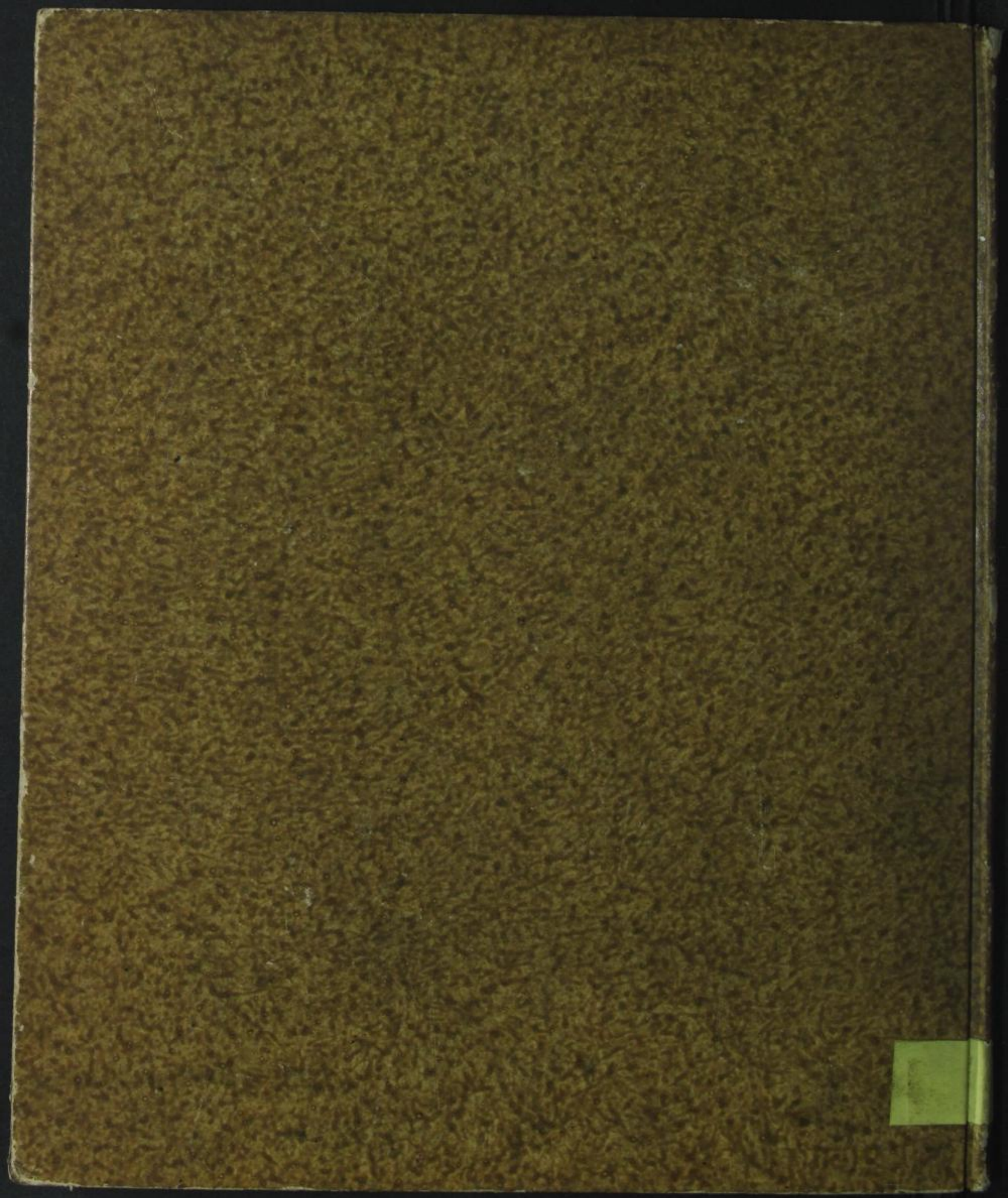
Sed quamuis haec sententia satis sit humana, non tamen dici potest praesentiam testatoris absolute esse necessariam, in tantum, vt testamentum iudiciale hac forma non obseruata penitus corruat, et effectū careat. Nunquam enim *in l. 19. C. de test.* ad quam dissentientes prouocant, praesentia testatoris circa testamentum, quod Principi aut iudici offertur, expresse requiritur, et cum ad formam vel essentiam negotii ciuilis solummodo id pertineat, quod lege est expressum, cur formam, quam leges circa haec testamenta non obseruant, fingere, et a regulis iuris communis hoc in casu recedere, velimus nulla dari potest ratio, praesertim cum id quod de testamento priuato solemni dicitur ad testamentum publicum, quod sola fide publica nititur, non sit adplicandum. Cum igitur alia negotia ciuilia secundum dispositionem iuris per procuratorem, dummodo speciale habeat mandatum, possint expediri, quod illud etiam de testamento publico dici debeat, merito defendimus. Quidquod ipsa lex

citata

citata 19. nostrae sententiae applausum praebeat, quorsum spectant verba finalia. *Omnibus enim praestandum esse censemus, ut libero arbitrio; cui facultas testandi suppetit, successorem suum oblati precibus possit declarare, et stabile sciat esse, quod fecerit, nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare.* Dum igitur Imperator solummodo requirit, ut de voluntate testatoris liquido constet, et ad probationem idoneos admittit testes, in aprico positum, est eundem praesentiam testatoris absolute non requirere, quoniam, si ipse testator obtulit voluntatem, de eius veritate nullum obuenit dubium, nec falsum metuendum. *conf. Tabor de testamento comiti aut Principi oblato T. I. cap. 5. th. 10. pag. 586. Stryck de Cautelis testament. c. VIII. pag. 388. Boehmer. Consult. Tom. II. P. I. Resp. 643. Leyser Spec. 354. med. 4.*



Op. jurid. 307



[Faint, illegible text on a small label]