





*M. 56. n. 2. 4f.*

*5*

DISSERTATIO IURIDICA INAUGURALIS  
DE  
**TRANSUBSTANTIATIONE**  
**TESTAMENTORVM**  
IUDICIBVS HAUD PERMISSA

QVAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO  
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO  
**DOMINO FRIDERICO**

HASSIAE LANDGRAVIO ET PRINCIPE  
HEREDE

DIVINIS AVSPICIIS  
CONSENSV

ILLVSTRIS IURECONSULTORVM ORDINIS  
PRO GRADV DOCTORIS

CONSEQUENDO

ACADEMIAE PROCERVVM EXAMINI

DIE II. FEBRVARII MDCCCLVIII.

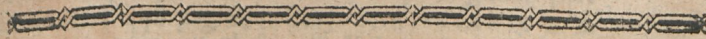
*SUBMITTIT*

AVCTOR

**IOANNES GVILIELMVS FRANCKE**

BREITENBACENSIS HASSVS.

*P. 288.*



MARBV RGI CATTORVM

TYPIS PHILIPPI CASIMIRI MÜLLERI  
ACAD. TYPOGR.



DISERTIO INRICA LANGUAGIA  
DE  
TRANSVSTANTATIONE  
TESTAMENTORVM  
IUDICIBVS HAVD PERMISSA

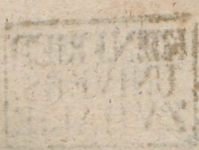
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO  
SERENISSIMO PRINCIPIS AC DOMINO  
DOMINO FRIDERICO  
HASSIAE LANGGAWO ET PRINCIPIS  
HEREDIS

DIVINIS MYSTICIS  
CONSENSU  
ILLSTRIS IURISCONSULTI ET ORATORIS  
PRO GRADU DOCTORIS  
ACADEMIAE PROOERVM EXAMINI  
DIE II FEBRUARII DISCEPULI

IOANNES GUILIELMVS FRANKKE  
BREITENBURGENSIS HASSIAE

MARBURGI CATTORVM

THEATRI PUBLICI CATHOLICI MARBURGI  
ACADEMIAE



805





Q. D. B. V.

§. I.

**S**ubstantia, quamvis a Philosophis tam veteribus, quam recentioribus diuersimode definiatur, tamen coarguendus esset, si sicco pede praeterire cogitarem, quae ad praesentem discussionem quidquam conducunt. Qua de re necesse est, dum transubstantiatione occupatus sum, ut notio de substantia subiungatur: Veterum scholas, si consulimus, sub ea, *ens, quod in alio tanquam in subiecto non existit*, intellexerunt. IO. PAVLLVS HEBENSTREIT in *philosophia prima cap. III. th. 2. pag. 243. sqq.* e contrario recentiores, *id, quod in re ut perdurabile concipi potest*, substantiam vocarunt. IOACHIMVS GEORGIVS DARIES in *Institutionibus Iurisprudentiae vniuersalis part. special. sect. II. tit. III. §. 446. pag. 284. Conf. CHRISTIANVS L. B. DE WOLFF in metaphysica cap. II. §. 33. pag. 18. sqq.*

§. II.

Transubstantiationem quod adinet, in sensu  
A  
gene-



generaliori sequentem in modum definiendam esse, existimo, quod sit *vnus substantiae in nouam substantiam facta mutatio.*

§. III.

Quod transsubstantiatio in iure canonico quoque occurrat, scimus cum ignarissimis, verum, cum mei non sit, diffusa desuper proferendi, eam ob rem mihi saltem licebit, quosdam tum intuitu Protestantium, tum respectu Pontificiorum, qui de ea lucubrationes reliquerunt, recensendi, quorum pater ANACLETVS REIFENSTVHL in *iure canonico vniuerso lib. I. tit. I. §. 5. num. 132. sqq. pag. 72.* IOANNES HARDVINVS in *collectione conciliorum tom. VI. P. II. pag. 1761.* IVSTVS HENNING BÖHMER in *iure ecclesiastico protestantium tom. III. lib. III. tit. XLI. §. 10. pag. 719. sqq.* IOANNES GEORGIUS PERTSCH in *elementis iuris canonici lib. II. tit. VI. §. 653. pag. 401.* referri merentur.

§. IV.

Ne autem ratione careamus, quare hac voce in designanda dissertatione vsi sumus, et quomodo transsubstantiatio hic quoad testamenta sumatur, eam ob causam sub ea intelligimus, *mutationem testamenti iure a liberis progenie legitima destitutis ob praeteritionem parentum non conditi a iudice propter adiectam clausulam codicillarem in vim fideicommissi factam.*

§. V.

Quibus praemissis, iusta methodus omnimodo exposcit, vt res, quae illustranda venit, cum omnibus ibi occurrentibus, prout decet, iuxta principia eruatur:

tur: quod, vt fiat, summopere necesse est, vt adaequata de testamentis idea formetur, quam, si ad animum vocamus, diffitendum non est. ICTos admodum in ea indaganda dissentientes deprehendi; sic vario modo definiunt testamentum, quod sit *ultima voluntas, quae heredis institutionem continet*: Iterum, *testamentum est sollemnis voluntatis declaratio, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*. L. 1. D. qui test. fac. poss. GEORGIUS ADAMVS STRUVIUS in *iurisprudencia Romano Germanica forensi lib. II. tit. XV. §. 4. pag. 176.* 10. GOTTLIEB HEINECCIUS in *elementis iuris ciuilis secundum ordinem institutionum lib. II. tit. X. §. 490. pag. 132.* Ast haec, quamuis communes fere audiant, tamen ad palatum non sunt, inprimis, quando posteriorem spectamus, vt pote in qua heredis institutio, vt basis et fundamentum testamenti, penitus deest.

## §. VI.

Quae iam dicta me incitant, vt definitionem 10. GOTTFRIED SCHAVMBVURGII in *adnotationibus ad Struuium lib. II. tit. XV. aph. 4. pag. 347.* de testamentis, sine praeiudicio auctoritatis, mihi conciliare studeam, quae ita sonat, *testamentum est lex priuati hominis, heredi dicta, de eo, quod post mortem suam fieri velit*. Cum iisdem conceptibus plerumque coincidit, quae laudatus SCHAVMBVURGIVS in *compendio D. lib. XXVIII. tit. 1. §. 5. pag. 175.* subiunxit, meamque confirmat sententiam Nou. XXII. cap. 2. et MARCVS TVLLIVS CICERO *Philippicorum orat. II. cap. XLII. pag. 1381. editionis Ernesti*, quippe ex quibus non solum elucescit, cur lex vocatur, sed etiam eo



ipso intima iuris Romani in huiusmodi ultimis dispositionibus enucleantur. ANTONIVS SCHVLTINGIVS in *Iurisprudentia antejustiniana* pag. 599.

§. VII.

Deinde propositionem tuemur, quod in arbitrio eius, qui liberam de bonis suis disponendi facultatem habet, positum sit, an ab intestato decedere, an vero testamentum condere velit? Posteriori contingente, iuris periti non solum est, in illud inquirere, quid sit testamentum, quis testamenti factione actiua et passiva gaudeat, et in quonam solemnitates internae et externae consistant, sed etiam, ut dispositiones ultimas ex suis fontibus eruere sollicitus sit. SCHVLTINGIVS l. c. pag. 93., ibique CAIVS *Instit. L. II. tit. II. pr.*

§. VIII.

Quod olim duo genera testamentorum exstiterint apud Romanos, quorum alterum in procinctu, alterum in pace conditum fuit, recte docuit IVSTINIANVS §. I. *Inst. de testam. ordinand. praeses parlamenti Parisiensis* BARNABAS BRISSONIVS de *formulis populi Romani lib. VII. pag. 586. seq.* SCHVLTINGIVS l. c. pag. 627. LÜDER MENCKEN in *usu theoretico practico institutionum Iustinianearum lib. II. tit. X. §. I. pag. 124.* CORNELIVS van BYNKERSHOECK in *observationibus iuris Romani lib. II. cap. II. pag. 113.* et quidem in pace fiebant testamenta in comitiis calatis, seu concione populi, praemissa procul dubio solemnibus rogatione a testatore ad populum praesentem directa. *Velitis iubeatis Quirites, ut L. Titius L. Valerio, tam iure legeque heres sibi sit, quam si eius filius familias,*





lias, proximus agratus esset, haec ita, ut dixi, ita vos  
Quirites rogo. 10. GOTTLIEB HEINECCIUS in syn-  
tagmate antiquitatum Romanarum lib. II. tit. X. §. 2.  
pag. 503.

§. IX.

Immo extra omne dubium positum est, quod testa-  
menta in pace fuerint condita in comitiis calatis; pro-  
vocare licet ad §. I. *Inst. de testam. ordinand.* vbi ipsissi-  
ma verba Sphi sequentis sunt commatis: sed ut nihil an-  
tiquitatis penitus ignoretur, sciendum est, olim quidem  
duo genera testamentorum fuisse in usu, quorum altero  
in pace et otio utebantur, quod CALATIS COMITIIS  
appellabant, altero, cum in proelium exituri essent, quod  
procinctum dicebatur. Concordat THEOPHILI Pa-  
raphrasis ad lib. II. tit. 10. *Inst. de test. ord.* pag. 240.  
editionis Boehmerianae in 4to, vbi haec verba leguntur:  
Testamentum CALATIS COMITIIS tempore pacis fie-  
bat bis in anno hunc in modum: Praeco vniversam cir-  
cumibat ciuitatem conclamans, et totus populus congre-  
gabatur, et ita, qui volebat teste populo testamentum fa-  
ciebat. Ex his luculenter apparet, meam sententiam  
non solum in legibus esse fundatam, sed etiam erudi-  
torum virorum assensum propterea mihi polliceri posse.  
(§. 8.)

§. X.

Testamentum in procinctu fiebat a militibus in  
praelium ituris, cinctu Gabino indutis, absque so-  
lemnitatibus, non tantum, prout nonnulli sibi per-  
suadent, quod iura illis ignorare permissum erat,  
sed, ut ad militiam introeundam, quam Romani  
haud raro subterfugere conabantur, allicerentur. PLV-



TARCHVS *in* CARIOLANO pag. 217. THEOPHILVS  
l. c. pag. 241.

§. XI.

Postea latis LL. XII. tabularum, testamenta in calatis comitiis exolevisse videntur, in iis enim cautum erat: *Paterfamilias uti legasset, super familiae pecuniae tutelaeve suae rei, ita ius esto l. 53. D. de V. S. pr. instit. de L. falcid. Nou. XXII. cap. 2., IANVS VINCENTIVS GRAVINA in originibus iuris civilis lib. II. §. 40. p. 197.* ideoque quibuslibet testamenti factione actiua gaudentibus, quali olim ciues Romani erant instructi, facultas testandi pro vicissitudinibus temporum competii.

§. XII.

Successu temporis vero testamenta per aes et libram i. e. per mancipationem imaginariam inualuerunt, de quibus IMPERATOR IVSTINIANVS §. 2. *Inst. de testam. ordinand.* vltiora protulit vid. THEOPHILVS l. c. pag. 240. *sqq.* HEINECCIUS l. c. lib. II. tit. X. §. 14. pag. 512. BRISSONIVS l. c. pag. 585. SCHVLTINGIVS l. c. pag. 627.

§. XIII.

Aliud postea testamentorum genus sensim receptum est, vi cuius iure civili omisso actu mancipationis, septem testes exigebantur, quorum quinque populum, sextus familiae emptorem, et septimus libripendem repraesentabat, quibus solemnitatibus praetor signorum additionem apposuit, et hoc more adhuc hodie vtimur, nisi summus Imperans aliud quid ordinavit, vel testato decedens minus solemne testamentum

❧   ❧   ❧

tum struere valet. SCHVLTINGIVS *l. c.* pag. 627.  
IACOBVS GOTHOFREDVS *ad L. I. cod. Theodos.*  
*de testam. et codicill.* IACOBVS CVIACIVS *in obserua-*  
*tionibus et emendationibus lib. XIV. cap. XII. pag. 473:*

§. XIV.

His ex iure Quiritario praemissis, iniucundum haud erit, quaestionem mouendi: vtrum veteres Germani vsum testamentorum agnouerint? si itaque dicendam, quod res est, non immerito illam negamus, si tempora antiquissima intuemur. IO. ADAMVS KOPP *de testamentis Germanorum sub dio conditis, ungehabet und ungestabt per tot.* Hic enim non incongrue statuit: vsum testamentorum penes Germanos veteres fuisse nullum, quia status illorum politicus hoc non tolerauit, siquidem inter omnes in historia perantiqua versatos constat, quantis bellis cruentis, tum Romani, tum Germanicae gentes, erga se inuicem implicati fuerunt, et quanta tyrannide Teutones in captos patronos causae saeuierunt. Petamus modo aetatem Iulii Caesaris, Augusti, Tiberii, et subsequencium Imperatorum, nec non liberatorem Germaniae Arminium, Cheruscorum ducem, et cladem Varianam, tunc nemo, vt credo, inficiabitur, veritati penitus repugnare, si statuere vellemus, Germanos Quiritium mores fuisse imitatos, et ad eorum exemplum testamenta condidisse, cum tamen horum mores et instituta nimium in modum adspernarentur. Accedit, quod testamenta non iuris gentium, sed ciuilis audiant. EMVNDVS MERILLIVS *in obseruationibus lib. VIII. cap. XXV. pag. 301.* Sic CORNELIVS TACITVS *de moribus Germanorum*

*manorum cap. XX.* ita scribit: *heredes successoresque sui cuique liberi: NULLVM TESTAMENTVM. HEINECCIUS in elementis Iuris Germanici lib. II. tit. VI. §. 141. pag. 472. et in diss. de testamenti factione iure Germanico arctis limitibus circumscripta §. 9. IO. RVDOLPH ENGAV in elementis iuris Germanici lib. II. tit. XXX. §. 472. pag. 487.*

## §. XV.

Accedit altera ratio, quod penes veteres Germanos vnicus modus facultates suas in alios transferendi, nimirum pacta successoria, cognitus fuerit; deinde odium implacabile Germanorum erga Romanos, semper fuit impedimento, cur non agnouerunt testamenta Romanorum, quoniam priores animaduertebant, posteriorum sollicitudines eo rediisse, eos libertate priuandi.

## §. XVI.

Negari quidem non potest, quod, dum Germaniae populi sensim ad fidem Christianam conuertebantur, opesue eorum in dies augebantur, testamentorum vsum receperint, praesertim, cum clerici laicis superstitione crassissima obrutis persuaderent, liberalitatem piis corporibus declaratam, testante dem Seelen Baade, in redemptionem et salutem animarum nimis proficuum esse, quibus inducti, factum est, vt testamenta aliaque vltimae voluntates ipsis perquam placerent. HEINECCIUS *l. c. lib. II. tit. VII. §. 181. pag. 500.* WITICHINDVS CORBEIENSIS *in annalibus Saxonice lib. I. pag. 641.* GOBELINVS PERSONA *in cosmodromio aetat. VI. cap. XLIX.* GODOFRIDVS GVILIELMVS LEIBNITIVS *in scriptoribus rerum Brunsvicensium*

❧ ❧ ❧

sum Tom. I. pag. 289. quae iam dicta, testantibus scri-  
ptoribus modo laudatis, etiam de personis illustribus  
sunt intelligenda, quorum exemplum pedetentim no-  
biles et plebei sequebantur. Immo superstitio, qua  
laicorum animi obruti erant, tantopere prioribus tem-  
poribus inuasit, vt medio aeuo, ob nimiam erga eccle-  
sias deuotionem, et intentione, supra dictum finem  
consequendi, ad oblationes et legata in fauorem pia-  
rum causarum condita sint progressi. HELMOLDVS  
in chronico Slauorum lib. I. cap. LXIX. IO. PETRVS  
de LVDEWIG in reliquiis manuscriptorum tom. II.  
pag. 267. et tom. IV. pag. 211. IO. NICOLAVS HER-  
TIVS de veteris Germaniae populis opusculorum Vol. II.  
P. I. cap. III. §. 16. pag. 32.

§. XVII.

Et postquam receptio iuris Romani priuata, quae  
Seculo XII. XIII. et XIV. contigit, immo publica, quam  
Seculo XV. adscribimus, accidit, res eo deuenit, vt  
Germani testamenta, more Romanorum conficere,  
haud erubuerint: ast, quod statuta, consuetudines et  
reliqua iura cuiuslibet loci, regionis et regni, exacte  
sint respicienda, iam iam diximus. de LVDEWIG l. c.  
Tom. IV. pag. 62. 81. 184. et 456. IO. HENRICVS de  
FALCKENSTEIN in codice diplomatico antiquitatum  
Nordgauensium pag. 52. 68. et 173. HERMANNVS  
CONRINGIVS de origine iuris Germanici cap. XXII.  
IO. SALOMO BRVNQVELL in historia iuris Romano  
Germanici P. III. membr. II. cap. X. §. 6. pag. 390. sq.

§. XIIX.

Ast, cum prolata non sufficiant, ordo me ducit

B

ad



ad sollemnitates internas testamentorum, quorum idonei heredis institutio absque dubio refertur, quae ita ad testamenta est alligata, ut sine illa talem ultimam dispositionem sub hac denominatione obtinentem nobis concipere nequeamus, et si vera diffiteri nolumus, ad substantiam testamentorum pertinet, **AVGVSTINVS** a **LEYSER** in *meditationibus ad D. spec. CCCLX. med. I. pag. 660.* Iam vero essentialia istius sunt indolis, ut a negotio iis instructo diuelli non possint, per consequens, heredis institutio qua substantiale testamentorum abesse non valet, nisi naturalia cum essentialibus, et testamenta cum reliquis vltimarum voluntatum speciebus confundere cogitemus. §. 34. *inst. de legatis. L. I. §. 3. D. de hered. instit.* 10. **HENRICVS** de **BERGER** in *oeconomia iuris lib. II. tit. IV. §. 11. pag. 367.* **HEINECCIVS** in *elementis iuris ciuilibus secundum ordinem institutionum lib. II. tit. X. §. 493. pag. 133.* **SCHAVMBVVG** in *compendio D. lib. XXVIII. tit. II. §. 1. pag. 185.* ex quibus denuo fluit, quod deficiente herede, siue nolit, siue non possit, testamentum destituatur, inprimis, si neque ius accrescendi, neque heredis institutio secunda, qualis est substitutio, deprehenditur. Sub herede intelligimus *personam habilem, in vniuersum ius defuncti succedentem cum caractere repraesentatiuo.* L. 24. *D. de V. S. et L. 62. D. de R. l.* **HEINECCIVS** l. c. lib. II. tit. XIV. §. 534. pag. 146. 10. **BALTASAR** de **WERNHER** in *selectis obseruationibus forensibus P. III. obs. 130. pag. 626.* **BENEDICTVS** **CARPZOV** in *definitionibus forensibus Part. III. const. IV. def. 12. num. 3. pag. 45. et in responsis lib. VI. resp. XXVIII. num. 2. pag. 1317.* **HERMANNVS** **VVLTEIYS**



*IUS in consiliis Marburgensibus Vol. IV. cons. XXV.  
num. 153. pag. 419.*

§. XIX.

Antequam vero de differentia heredum agam, quaestio non immerito mouenda est, an testamenta iuris naturalis sint, nec ne? quam, vt adfirmatiue decidam, nullus dubito. Ne vero ratione caream, cur huic deditus sum sententiae, sequentem in modum argumentor: si testamenta cognationem cum dominio habent, sequitur, vt is, qui libera rerum suarum administratione praeditus est, ipsique neque natura, neque lex, neque conuentio, aliudue impedimentum obest, ad alienationem rerum, super quibus disponere valet, descendere possit; iam vero testamenta, salua tamen differentia specifica, cognationem cum dominio habent: E. is, qui libera rerum suarum administratione gaudet, et ad alienationem progredi potest, tam per actus inter viuos, quam mortis causa, iura sua in alterum transferre potest, nisi obstacula iam iam notata obsistant. Accedit, quod materia de dominio iuris gentium inuentum sit, nunc autem ius gentium est ius naturae ad negotia gentium applicatum, qua de re, dum ius gentium, qua species iuris naturalis, a dominio non abhorret, testamenta autem cognationem cum dominio habent, consequens est, vt testamenta sint iuris naturalis. Melioris conuictionis loco audiamus patrem Doctorum iuris naturalis HVGONEM GROTIUM *de iure belli et pacis lib. II. cap. VI. §. 14. pag. 273.* ita scribentem: *illud quoque sciendum est, cum de alienatione agimus, sub eo genere nobis etiam tes-*  
B 2 *stamen-*



stamentum comprehendendi. Quonquam enim testamentum  
 ut actus alii, formam certam accipere possit a iure civili,  
 ipsa tamen eius substantia cognata et dominio, et eo dato,  
 iuris naturalis. Possum enim rem meam alienare non  
 pure modo, sed et sub conditione; nec tantum irreuocabi-  
 liter, sed et reuocabiliter, atque etiam retenta interim  
 possessione, et plenissimo fruendi iure. Alienatio autem  
 in mortis euentum, ante eam reuocabilis, retento interim  
 iure possidendi, ac fruendi, est testamentum. SAMUEL  
 PVFENDORF in iure naturae et gentium lib. IV. cap. X.  
 §. 4. pag. 576. et §. 6. pag. 579. Ex quibus tamen  
 conclusionem extorquere non debemus, ac si iure natu-  
 rali obstricti essemus, testamentum condere, nam  
 eo cogitationes meae non redeunt, sed saltem inquire-  
 re: num testamenta iuri naturali refragentur, an non?  
 posterius iteratis vicibus negare audeo, addens, quod  
 praeter Romanos etiam Graeci usum testamentorum  
 adprobarint; nec sacrae literae foederis antiqui desu-  
 per silent, prout ex *Geneseos* cap. XV. v. 2. sq. et  
*Deuteronomii* cap. XXI. v. 16. elucescit, assertaque  
 mea eo magis hisce fulciuntur. a LEYSER l. c. *spec.*  
 CCCLI. med. 2. pag. 583. sq.

### §. XX.

Sed ad scopum reuertens, differentia heredum  
 sum occupatus, qui vel necessarii vel voluntarii, illi-  
 que vel ratione institutionis, vel ratione acquisitionis  
 audiunt: respectu institutionis hodie necessarii dicun-  
 tur, qui necessario aut instituendi, aut ex iusta causa  
 exheredandi sunt. CHRISTOPHORVS PHILIPPVS  
 RICHTER in *decisionibus* P. I. *decis.* XXI. num. 17.  
 pag.



pag. 253. voluntarii vero, qui ex libero testatoris arbitrio instituuntur, et hereditatem, siue adire, siue repudiare, possunt. *L. 15. et 16. D. de acquirenda vel amittenda hereditate.* Necessarii ratione acquisitionis vero dicuntur, qui siue vellent, siue nollent, tamen heredes existere tenebantur, et in hoc sinitas vetus consistebat, quae cum sinitate recentiore commiscenda non est: §. 1. et 4. *inst. de heredum qualitate et differentia.* de BERGER *l. c. lib. II. tit. IV. §. 2. pag. 367.*

## §. XXI.

Heredes necessarii iterum in simpliciter tales, quales serui erant, quod genus in Germania plane non agnoscimus, PAVLVS CHRISTINAEVS *in decisionibus curiae belgicae vol. IV. decis. XVIII. num. 2. pag. 41.* et in necessarios ac suos simul, tam absolutos, quorum liberi et parentes pertinent, quam secundum quid tales diuiduntur, sub quibus fratres et sorores comprehendimus. Intueor rem, prout hodie est ponderanda, nam, quod Romani veteres aliam viam ingressi sint, antiquitates quiritariae manifesto docent, quas vltierius sub examen vocare, nec lubet, nec licet. VLTRICVS THOMAS LAUTERBACH *in collegio theoreti-co practico D. lib. XXIX. tit. II. §. 2. pag. 806. sq.*

## §. XXII.

Ast cum sinitas antiqua et hodierna iuxta haec delineata, toto coelo inter se differant: ea propter, ne crassos incidamus errores, altera ab altera probe seiungenda erit. Olim enim sui dicebantur, qui siue volebant, siue nolebant, tamen hereditatem adire debuerunt, vsque dum praetor in illorum fauorem benefici-

cium abstinendi in §. 2. *Inst. de heredum qualitate et differentia* L. 57. pr. D. b. t. L. 49. D. de legatis, introduxit, quo tamen beneficio praetor non suavitatem, sed necessitatem, se immiscendi, remisit. LAVTERBACH l. c. lib. XIX. tit. II. §. 5. pag. 808. qua de re suitas hodierna in eo consistit, quod sui, aut instituendi, aut ex iusta causa exheredandi sint. de BERGER l. c. lib. II. tit. IV. §. 14. not. 2. pag. 372.

#### §. XXIII.

Heredes sui et necessarii sunt iuxta supra recensita vel absolute tales, ut liberi et parentes naturales et legitimi, vel secundum quid tales, ut fratres et sorores naturales et legitimi: haec, cum ita sint, sequitur, si parentes et liberi sunt heredes sui et necessarii absolute tales, ut sint aut instituendi, aut ex iusta causa exheredandi, atqui, verum est prius, ergo et posterius: e contrario, cum fratres et sorores sint heredes sui et necessarii secundum quid tales, sequitur, ut tunc demum aut instituantur, aut exheredentur, si turpis persona illis est praelata. L. 27. D. de inoff. testam. de BERGER l. c. lib. II. tit. IV. §. 17. pag. 382. de WERNHER l. c. P. III. obs. 67. pag. 546. et P. XI. obs. 35. pag. 1000. CHRISTOPHORVS PHILIPPVS RICHTER in consiliis P. IV. cons. VIII. num. 3. pag. 33. et in decisionibus P. I. decis. LIII. num. 3. pag. 257.

#### §. XXIV.

Heredis institutio, ut basis et fundamentum totius testamenti, est futuri heredis nominatio a testatore verbis directis facta. LAVTERBACH l. c. lib. XXVIII. tit. II. §. 1. pag. 705. haec vero est vel prima, quae proprie

prie institutio vocatur, vel secunda, quam substitutio-  
nem vocamus. a LEYSER l. c. spec. CCCLXIII. med.  
r. pag. 688. quae iterum in directam, tot. tit. D. de  
substitution., et obliquam distinguitur. tot. tit. D. ad  
Sctum Trebell. de BERGER l. c. lib. II. tit. IV. §. 18.  
pag. 337. sq. LAVTERBACH l. c. lib. XXVIII. tit. V.  
§. 2. pag. 705.

§. XXV.

Ab ea differt exheredatio, quae tanquam opposi-  
tum institutionis, itidem testamentis est propria. §. 3.  
inst. et L. 7. C. de codicillis. L. 14. C. de testamentis.  
Sub ea intelligimus, exclusionem a legitima, in testa-  
mento verbis expressis facta, estque vel legitima, quae  
secundum praescriptum legum est peracta, vel illegi-  
tima, quae legibus non est conformis. 2) vel bona,  
vel mala mente facta. L. B. de WERNHER l. c. part. I.  
obs. 314. pag. 329. a LEYSER l. c. spec. CCCLVIII.  
per tot. pag. 640. sq.

§. XXVI.

Olim magna diuersitas in instituendis vel exhere-  
dandis liberis obseruabatur, nam sui tantum iure di-  
gestorum aut instituendi, aut exheredandi erant, eman-  
cipatos vero iure ciuili, neque instituere neque exhe-  
redare necesse erat, quia non erant sui heredes, cum  
vero praetor iis bonorum possessionem contra tabulas  
dedisset; et Iustinianus hanc distinctionem sustulerit,  
alia ordinatio enata est, ita, vt praetoris adiumento  
amplius opus non sit. §. 3. Inst. de exhered. liberorum  
deinde iure veteri, nec mater, nec auus maternus eos  
instituere debebant, sed silentio praeterire poterant.  
§. 7. Inst. ibid. Verum haec omnia sunt immutata per  
Nov.



*Nou. 115. cap. 3.*, secundum quam emancipati, quem admodum sui, non solum ad minimum in legitima, vel instituendi, vel ex iusta a legibus approbata causa exheredandi sunt. a LEYSER *l. c. spec. CCCLVI. med. 7. pag. 625.*, sed etiam mater ad hanc necessitatem est adstricta. LAVTERBACH *l. c. lib. XXVIII. tit. II. §. 4. pag. 706.* SAMVEL STRYK *in usu moderno D. lib. XXVIII. tit. II. §. 3. pag. 731. sq.*

#### §. XXVI.

Circa exheredationem multa quoque iure Nouellarum innouata conspiciamus: nam omnis exheredatio hodie secundum ea, quae in *Nou. 115. cap. 3.* sunt praescripta, est dirigenda, hinc fieri debet: 1) nominatim, i. e. ex causa a legibus approbata. 2) pure, et non sub incerto pendentis conditionis euentu. 3) simpliciter, i. e. non ex certa re, et 4) ab omnibus gradibus, seu ab omni successione. LAVTERBACH *l. c. lib. XXVIII. tit. II. §. 6. pag. 707.* ERNESTVS COTHMANN *in consiliis et responsis Vol. I. resp. XXI. num. 160. pag. 197.*

#### §. XXVII.

Cum exheredatione non est commiscenda praeteritio. LAVTERBACH *l. c. lib. XXVIII. tit. V. §. 3. pag. 705.* indeque diiudicatur, quando heredes vel absolute, vel secundum quid sui neque instituti, neque exheredati leguntur. *L. 1. C. de posth. hered. instituend.* si igitur liberi a parentibus (exceptis militibus) praeteriti, aut non rite exheredati sunt, testamentum nullitate laborat, et querela nullitatis impugnatur, mediante qua tam quoad heredis institutionem, quam quoad

Quoad legata, et cetera testamenti capita destruitur. de LVDEWIG in consiliis Hallensibus tom. I. lib. I. conf. CXCII. num. 20. pag. 491. Cauendum vero est, ne recensita querela cum ea, quae in processualibus sub hac denominatione obuenerit, confundatur, utpote quae mediis impugnatoriis contra sententias grauantes directis accensetur, et de qua *Vir Perillustris atque Magnus* IO. GEORGIUS ESTOR in *den Anfangsgründen zum gemeinen und Reichs-proceß* P. I. tit. CXXIX. §. 1066. sq. pag. 391. tam egregie commentatus est; ratione matris vero obseruandum venit, quod haec in conficiendis testamentis praeteritione uti possit, cum suum non habeat heredem. L. 4. §. 2. pr. D. de bon. poss. contra tabulas. Interim tamen a matre semper est adiecta causa, hac enim non adiecta, vltima voluntas non subsistit. Nou. 115. cap. 3. IO. BRUNNEMANNVS in *commentario ad codicem repetitae praelectionis lib. III. tit. XXVIII.* pag. 270.

### §. XXVIII.

Quibus generaliter indigitatis, specialiora nunc commemoranda veniunt, et primitus notandum est, quod iura, intuitu testamentorum, tria media impugnatória subministrant, nimirum querelam nullitatis, inofficiosi testamenti, et conditionem *ex leg. 30. pr. C. de inoffic. testam.* qua ad supplementum legitimae experimur, quatenus haec portio a legibus determinata integraliter non relicta conspicitur, ne itaque testator alteri alterique horum mediolorum ansam praebeat, regulae prudentiae postulant, ut vltimam dispositionem ita conficere curet, quo laudatis impugnationibus non

C

sit



fit locus. §. 3. *Inst. de inoffic. test. de BERGER l. c. lib. II. tit. IV. §. 14. not. 2. pag. 372. et §. 54. pag. 504. LAVTERBACH l. c. lib. V. tit. II. §. 47. pag. 457. de LVDEWIG l. c. tom. I. lib. I. conf. CCCLVII. num. 7. pag. 1131.*

§. XXIX.

Cur vero ista denominationem querelae, non actionis, mereantur, cognitu haud est difficile, modo sub incudem vocamus, quod Romanis mos extiterit proprius, vi cuius in sanguinis nexu constituti, erga se inuicem non agebant, sed conquerebantur. Quoties itaque quis ausus esset, testamentum sollemnitatibus a legibus praescriptis contrarium condendi, toties sibi imputare tenebatur, quod in totum corrueret, nam, quod ab initio non valet, ex post facto reconualescere nequit, quodque in thesi defendimus, et regula Catoniana exigit, quam in actibus sollemnibus locum habere, nemo, ut credo, in dubium vocabit. *L. I. D. de iniust. rupt. irrit. testam. HEINECCIUS l. c. lib. II. tit. XVIII. §. 580. pag. 159.*

§. XXX.

Haec, quamvis ita sint, tamen cautelae est, vt in concursu horum mediorem impugnationum magis querelam nullitatis, quam inofficiosi testamenti, et per quam ad supplementum alterum conuenimus, eligere studeamus. Si enim illam felici cum successu instituimus, tam heredis institutio, quam reliqua capita annexa effectu carent, *HEINECCIUS l. c. lib. II. tit. XVII. §. 569. sq. pag. 157. de WERNHER l. c. P. I. obs. XVIII. num. 2. pag. 16. omniaque in eum statum deduc-*

deducuntur, ac si testamentum nunquam confectum fuisset, per consequens, heres ab intestato quaeuis lucratur, quae heres adeptus esset, si talis permanferit, et si etiam impugnans succumbit, reliqua commoda plane non perdit, quia testatorem iniuria non adfecit. a LEYSER *l. c. spec. XCIII. med. 8. pag. 306.* Istam, si eligimus, inter impugnationem a liberis ac parentibus, et fratribus atque sororibus, in casu, si persona turpis praelata, de WERNHER *l. c. P. V. obs. XXXV. pag. 1000.* BRUNNEMANNVS *l. c. lib. III. tit. XXVII. num. 1. pag. 271.* est distinguendum: Priori in casu heredis institutio tantum corrui, reliquaue testamenti capita salua manent, cum posteriori contingente, nulla pars testamenti conseruari queat, dummodo Iustinianus, ob nimiam procliuuitatem in corrigendo sibi propriam, respectu liberorum et parentum, ius antiquum corrigere sollicitus fuit, quod intuitu fratrum et sororum in casu substrato inemendatum reliquit; et si quis instituta praedicta querela succubuit, quaelibet ipsi adhuc concessa perdit, quoniam iniurius in benefactorem suum exstitit, et dum testator contumeliam sibi illatam vindicare nequit, lex excitatur, quae iniuriosum omnibus emolumentis penitus priuat, de WERNHER *l. c. P. I. obs. XVIII. num. 1. pag. 16.* ideoque mediis valde odiosis et subsidiariis annumeratur. LAUTERBACH *l. c. lib. V. tit. II. §. 12. pag. 443.* a LEYSER *l. c. spec. XCIII. med. III. pag. 302.* STRUVIVS *in syntagmate iuris civilis ex. X. th. 28. pag. 302.* E contrario, quatenus ad supplementum consequendum tendimus, eatenus casus superstrui debet, personas, quibus legitima competit, adesse, et quibus portio a

legibus determinata debetur, haec, si in saluo non est, terrio medio impugnatorio vtendum, ad id, vt quod legitimae deest, suppleatur. Ideoque, his ponderatis, facile est ad intelligendum, quod salua maneat heredis institutio, vltioraque capita adnexa, modo fraudi non sint legitimae, reliquaue rite, et secundum normam legum, sunt formata.

§. XXXI.

Quod si vero querelam inofficiosi testamenti huc praesertim spectantem examinamus, quae etiam species hereditatis petitionis vocatur, de BERGER *l. c. lib. II. tit. IV. §. 54. pag. 504. et §. 55. pag. 508.* LAVTERBACH *l. c. lib. V. tit. II. §. 7. pag. 441.* STRUVIUS *l. c. ex. X. th. 1. pag. 346.*, disquirendum erit; quare, vndeque hoc nomen accepit. Quod, vt debite intelligamus, praemonendum esse duxi, omne id, quod officiis pietatis refragatur, inofficiosi titulum mereri; HEINECCIUS *l. c. lib. II. tit. XVIII. §. 580. pag. 159.* LAVTERBACH *l. c. lib. V. tit. II. §. 6. pag. 441.* si itaque liberi naturales et legitimi, vna cum parentibus rite quidem et nominatim, aut iniuste sunt exheredati, vel pater, si filius filiaque liberis orbatu existunt, praeteritus conspicitur, tunc praedicta querela vsu exhibet praestantissimum. HEINECCIUS *l. c. lib. II. tit. XVIII. §. 581. pag. 159.* LAVTERBACH *l. c. lib. V. tit. II. §. II. pag. 440.* Attamen summopere dolendum est, Iustinianum iterum contradictionem in disponendo commisisse, quod inde elucet, si liberi et parentes recentem querelam obmouent, heres institutus, in casu priori, veritatem causae allegatae probare debet, et testa-



testamentum solummodo quoad heredis institutionem validitate destituitur, adeoque id, quod penes heredem permansurum fuisset, exitu caret, et ad impugnantes peruenit: cum, si fratres et sorores eadem institutionem vltimam impugnant, non solum hi falsitatem causae expressae probare tenentur, sed etiam ne minimum de testamento conseruari poterit.

§. XXXII.

Si autem mentem ad actionem suppletoriam dirigimus, personam, cui leges mediante legitima fauent, adesse oportet. Huic, aut integra est adducta portio, aut non: sin prius, nihil amplius exposcere valet, quia heredes sui in sensu nostro tales ratione huius portionis audiunt, cum respectu reliquorum bonorum voluntarii dicantur: sin posterius, ad supplementum ipsis agere permissum est. *L. 36. C. de inoffic. testam. de BERGER l. c. lib. II. tit. IV. §. 55. not. 4. pag. 509. BRVNNEMANNVS l. c. lib. III. tit. XXVIII. pag. 273. sq. a LEYSER l. c. spec. XCIII. med. 4. pag. 303. STRVIVVS l. c. ex. X. th. 31. pag. 364. VVLTEIVS l. c. vol. I. cons. XXIX. num. 46. pag. 452.*

§. XXXIII.

Diximus, si liberi a parentibus praeteriti sunt, querelam nullitatis locum inuenire, quae, vt clarius pateant, sequentem in modum concludere fas erit: cum praeteritio neque institutionem, neque exheredationem, tam expressam quam tacitam, constituat, sequitur, vt parentes ita peragentes, legibus contrariantur: quicumque legibus contraria committere audeat, ille inualida patrauit: iam vero haec postremo



loco posita nullitate laborant: E. huiusmodi vltima dispositio subsistere nequit, sed, iure optimo maximo, querelae nullitatis obnoxia est, siquidem heredes sui et absolute tales, aut instituendi aut exheredandi, per consequens, haud praetereundi sunt, alias hoc factio nullitas se exserit, et quod semel est nullum, semper pro nullo habetur. *tot. tit. de liber. et posthum. hered. instit. de BERGER l. c. lib. II. tit. IV. §. 14. not. 2. pag. 372. HEINECCIUS in consiliis, decisionibus et responsis Tom. I. resp. XXVII. num. 16. pag. 296. de LVDEWIG l. c. Tom. I. lib. I. conf. LXXXIII. num. 14. pag. 200. et conf. CCCLVII. num. 8. pag. 1131. Longe aliter ratione militum proprie sic dictorum argumentamur, quorum priuilegia ipsis indulta impedimento existunt, quo minus ita concludere liceat. de BERGER l. c. lib. II. tit. IV. §. 5. not. 5. pag. 354. et §. 55. not. 2. pag. 509. LAVTERBACH l. c. lib. XXIX. tit. I. §. 13. pag. 782.*

#### §. XXXIV.

E contrario, si animaduertimus, parentes esse praeteritos, propterea querelam inofficiosi testamenti admittendam esse puto, quia liberi posteris destituti, eo lapsi officiis pietatis omnimodo repugnant, idcirco inofficiosum quid committunt; quicumque igitur inofficiosum quoddam patrare haud erubuit, querela inofficiosi notatur, et actus ex hoc capite impugnationi subest, quod querela inofficiosae donationis et venditionis satis superque commonstrant; nunc liberi parentes in testamento praetereuntes, inofficiosi cuiusdam sunt rei, E. eorum testamenta querela inofficiosi testamenti, cum effectibus supra allegatis impugnari queunt. Accedit

Accedit, quod parentes qua heredes sui et absolute tales, vel instituendi, vel ex iusta causa exheredandi sint, cum itaque neque alterum, neque alterum praedictorum in praeteritione conspiciamus, haec autem regulariter a legibus interdicta sit, per se fluit, liberos, qui parentes in casu superstructo praeterire, nulli dubitarunt, sibi imputare debere, quando eorum dispositio vltima, si parentes illam dicta querela adgredi velint, pro parte effectu caret. Turpissimum enim est, genitoribus pro summis beneficiorum generibus largiter acceptis tantam ingratitude declarare velle. IO. NICOLAUS HERTIVS in *diff. de fratris germani querela inofficiosi aduersus quoscunque* §. 4. *opusculorum Vol. II. tom. III. pag. 58.* STRUVIUS *l. c. ex. X. th. 8. pag. 349. et th. 24. pag. 359.* BRUNNEMANNVS *l. c. lib. III. tit. XXVIII. pag. 269.*

§. XXXV.  
Sunt quidem multi ex ordine Istorum, qui plane alii dediti sunt opinioni, existimantes, sententiam a me statutam plane non esse admittendam, multo magis, hoc casu eueniente, testamentum ex capite nullitatis omnes amittere vires. LAUTERBACH *l. c. lib. V. tit. II. §. 12. pag. 444. sq.* ast desuper nihil mutare valeo, nisi differentiam heredum suorum absolute talium confundere, de liberis ad parentes, et a parentibus ad liberos concludere, immo amorem, quatenus ascendit et descendit, pro iisdem assumere cogitarem. Verum, si haec omnia etiam non reperirentur, conclusio euaderet, quod, si liberi praeteriti fuere, vniuersum testamentum coincidat, qualia etiam de praeteritione



teritione parentum arripienda essent, quoniam in  
 troque casu nullitas oriretur, nihilque de isto confer-  
 uari possit. de BERGER *l. c. lib. II. tit. IV. §. 55. pag.*  
*508. RICHTER l. c. P. I. decis. LI. num. 5. pag. 255.*  
 Attamen quis, nisi in praeiudicium auctoritatis irruere  
 velit, tantis tenebris est obrutus, vt differentiam in  
 sensus incurrentem non animaduertat, istamque a prio-  
 ri demonstrare non possit! Quae, cum ita sint, iteratis  
 vicibus fateor, praeteritionem liberorum a parentibus  
 factam nullitatem efficere, et vniuersum testamentum  
 destruere, cum praeteritio parentum a liberis patra-  
 ta inofficiosi querelam operetur, et heredis institutio-  
 nem solummodo inualidam reddat; qua de re non fa-  
 tis mirari possum, RICHTERVM *l. c.* statuere haud  
 erubuisse, praeteritionem parentum testamentum libe-  
 rorum ipso iure nullum reddere, et *num. 7. ibidem* se-  
 quentibus vtitur verbis: *notandum vero, quod annul-*  
*lato ob praeteritionem parentum testamento, legata ex eo-*  
*dem debeantur.* Haec diuersis in locis posita, num co-  
 haereant? plane mihi persuadere nequeo, nam, si  
 nullitas inde nascitur, vniuersum corruere oportet te-  
 stamentum, ideoque et illius partes, quorsum legata  
 in iis relicta pertinent: quod, cum *num. 7.* neget,  
 statim adparet, quid de his dictionibus dicendum est.  
 Deinde *num. 10. ibidem* asserere nullus dubitauit, pra-  
 teritum a querela inofficiosi testamenti per lapsum  
 quinquennii excludi, idcirco mox nullitatem, mox  
 querelam inofficiosi ex praeteritione parentum eruere  
 tentauit. Ast, quaenam consonantia! profecto! si no-  
 stra tuemur, ab hisce erroribus alieni euadimus.

§. XXXVI.

Ne igitur quis autemet, ac si enuntiata iuribus contrarientur, et a me excogitata essent, admodum necesse est, vt corroborandae sententiae gratia ipsissima *L. 14. D. de inoffic. testam.* verba recitem, quae ita sonant: *Pater filium emancipauit, et nepotem ex eodem retinuit: emancipatus suscepto postea filio, duobus exheredatis, PATRE PRAETERITO, vita decessit: in quaestione de inofficiosi testamenti, praecedenti causa filiorum, patris intentio adhuc pendet: quod si contra filios iudicatur, PATER AD QUERELAM VOCATVR, et suam intentionem implere potest.* Quae lex egregie concepta quemlibet conuincet, eam non solum huc collineare, sed etiam secundum regulas iustae interpretationis ita explicandam esse: si pater a filio praeteritus conspicitur, eum prius querelam inofficiosi testamenti instituere non posse, quam, si contra liberos exheredatos iudicatum fuit, hi enim, qua descendentes, ascendentibus quoad successionem praecedunt, *Nou. 118. cap. 2.*, ideoque pater praeteritus prius querelam inofficiosi testamenti excitare non valet, quam, si testatoris liberi iuste exheredati, sua ab iis instituta querela inofficiosi testamenti non obtinuerunt, nam, quoties illi victoriam reportarunt, toties pater praeteritus illam cum effectu instituere nequit, quoniam, vt supra dictum est, amor potius descendit, quam ascendit, et liberorum in causis successionum, per consequens etiam impugnationum, prior potiorque ratio, quam ascendentium, habenda est. Quod si vero pater a filio praeteritus est, hicque liberis orbatus decessit, vel iis praesentibus, iusta contra illos obmota est exhereditatio,

D

ita,



ita, vt, si quoque querelam inofficiosi testamenti instituerint, verum ea propter succubuerint, tunc pater allegata querela, si velit, est audiendus, quia ordo successione, adeoque impugnationis, ad istum peruenit. *L. 1. C. §. 1. L. 14. 15. et 30. D. L. 17. 18. et 34. C. de inoffic. testam. LAVTERBACH l. c. lib. V. tit. II. §. 20. pag. 447. et §. 21. pag. 448. STRVVIVS l. c. ex. X. th. 19. pag. 357.*

§. XXXVII.

Insistunt quidem plerique iuris peritorum, tam theoreticorum, quam pragmaticorum, autumantes, clausulam codicillarem tanquam herbam beronicam, testamento adiectam, quaeuis vitia in illo commissa non solum sanare, sed etiam id in vim fideicommissi conseruandum esse, ac si pater praeteritus a filio filiaque rogatus esset, vt detracta Trebellianica contentus viuat, et vniuersitatem iuris heredi instituto qua fideicommissario restituat. *Vir Perillustris HEINRICVS CHRISTIANVS L. B. DE SENCKENBERG in diss. de clausulae codicillaris inefficacia §. 10. pag. 27. ANDREAS GAILL in obseruationibus practicis lib. II. obseru. CXXXIV. num. 3. pag. 563. et obs. CXIV. num. 1. pag. 520. ABRAHAMVS KAESTNER in diss. de clausula codicillari §. 6. programmatum class. II. pag. 27. sq. IACOBVS DOERCKES in tr. de clausulae codicillaris tacitae specie sect. II. num. 66. pag. 73. CARPZOVIVS lib. VI. resp. CXIII. num. 9. pag. 1539. MATTHIAS BERLICH in conclusionibus P. III. concl. XV. num. 57. pag. 367. HEINRICVS COCCEIVS in diss. de clausulis testamentorum cap. I. num. 43. pag. 12. RICHTER l. c. P. I. decis. LXIII. num. 6. pag. 292. VVLTEIVS l. c. vol. I. cons.*

*conf. XXXIV. num. 15. pag. 508. et num. 23. pag. 509. Vol. III. conf. VII. num. 17. pag. 8. LAVTERBACH l. c. lib. XXIX. tit. VII. §. 22. pag. 858. quod in iudiciis quandoque superioribus ita iudicatum fuerit, experientia est testis, quo itaque contrarium demonstrum, simulque doceam, iudici haud esse permissum, eo progrediendi, sequentibus vtor argumentis.*

§. XXXVIII.

Prius, quam eo descendere licet, iniucundum haud esset, originem codicillorum ex antiquitatibus delineandi, iuxta effatum QVINTI HORATII FLACCI in libro de arte poetica vers. 343.

Omne tulit punctum, qui miscuit utile dulci.

*Conf. Vir Perillustris et Magnificus IO. GEORGIUS ESTOR in praefatione ad LAVRENTII ANDREAE HAMBERGERI opuscula, de iurisprudencia QVINTI HORATII FLACCI §. 10. pag. 17. verum, dum in istis satis versati mihi otium desuper fecerunt, eam ob rem huiusmodi laboribus supersedere queo: vnicum addere fas erit, cur circa hanc vltimarum voluntatum speciem Romani diminitium elegerunt; quae, vt clarius pateant, praemonendum esse censeo, Quiritibus in more fuisse positum, testamenta cognomento codicum designare, cum epistolas a testatore vel codicillante, ad heredes testamentarios, vel ab intestato succedentes scriptas codicillos dixerint. Causa impulsiva absque dubio in diuersitate scribendi se fundat, primitus enim tabulas roboreas, eboreas, aeneasque, testantibus legibus duodecimviralibus adhibuerunt.*

*QVIDIVS lib. I. metamorph. v. 19. BRVNOVELL l. c.*



P. I. cap. III. §. 7. pag. 40., tractu temporis vero in tabulas cereas scripserunt, quoniam igitur testamenta in thesi maiorem codicillis illarum numerum exposcebant, codices sunt vocati, et epistolae recensitae, quales antiquitus codicilli extiterunt, nomen codicillorum propter ea reportarunt, quia longe minor harum tabularum requirebatur numerus. *conf. THEOPHILVS l. c. pag. 379. sq. HEINECCIUS in syntagmate antiquitatum Romanarum lib. II. tit. XXIII. §. 11. pag. 558. sq. GOTTLÖB AVGVSTVS IENICHEN de efficaci mulierum testimonio in codicillis tum Rom. tum Germ. iure. IVSTVS HENNING BOEHMER in diss. de codicillis absque testibus validis cap. I. §. 3. pag. 5. sq. et 10. TOBIAS RICHTER in diss. de testimonio mulierum in codicillis iure civili inualido §. 11. pag. 22. sq.*

#### §. XXXIX.

Sed ad legitimum tramitem recedens, inficiandum non erit, quod clausulae codicillari plerumque tanti effectus tribuantur, quos sub examen vocare, veraque a falsis fecernere, ad animum mihi constitui. Provocare quidem solent aliter sentientes ad communem opinionem, indeque absolutam veritatem extorquere conantur, adeo, ut eam pro lege assumere cupiant, nec minus sibi persuadeant, iudicem, qui communem opinionem postponere auderet, iurique singulari adhaerere adniteretur, litem suam facere, quoniam id, quod a pluribus Doctoribus approbaretur, veritati consentaneum, praesumendum esset. *GAILL l. c. lib. I. obs. CLIII. num. 5. pag. 269. IACOBVS MENOCHIVS de praesumptionibus lib. II. praesumt. LXXI. num. 2. pag.*



2. pag. 241. sq. verum longe alii sententiae sum deditus, vi cuius communem opinionem prius mihi propriam reddere non cupio, quam, si principiis et analogiae iuris conformis deprehenditur. STRYCKIVS l. c. lib. I. tit. III. §. 13. pag. 66. Posteriora, vtrum adtributis effectibus clausulae codicillaris conueniant? ex sequentibus patebit.

§. XL.

Codicillus mihi est, *ultima voluntas circa heredis institutionem directam coram quinque testibus facta, qua heredi vel testamentario, vel ab intestato succedenti, a testatore vel codicillante iniungitur, quid post mortem suam fieri velit, et in testamentarios, principales, seu per se subsistentes, scriptos et nuncupatiuos distinguuntur.* BRVNNEMANNVS l. c. lib. VI. tit. XXXVI. pag. 746. sq. E contrario clausula codicillaris testamentis adiicienda hisce absoluitur verbis: Si testamentum alicuius vitii ac defectus, aut, alius causa qua dispositio vltima sollempnis subsistere nequit, tamen vel vt codicillus, vel vt fideicommissum, vel vt legatum, vel vt donatio mortis gratia, vel vt alia vltima voluntas, quemadmodum vnquam tam secundum iura scripta, quam non scripta, subsistere potest, valere debet. L. 29. §. 1. D. qui testam. fac. pass. L. 13. D. de inoffic. testam. L. 12. §. fin. de iniust. rupt. irrit. testam. L. 1. C. de codicill. VVLTEIUS l. c. vol. IV. conf. XXXV. num. 123. pag. 679. LAVTERBACH l. c. lib. XXIX. tit. VII. §. 17. pag. 855. RICHTER l. c. P. I. decis. LXIII. num. 4. pag. 292. CARPZOVIVS l. c. P. III. const. VIII. def. 19. num. 3. pag. 87. BRVNNEMANNVS l. c. lib. VI. tit. XXXVI. pag. 747. DOERCKES l. c. prooem. pag. 1. et sect. II. num. 53. pag.



pag. 60. de SENCKENBERG l. c. §. 7. pag. 21. et §. 8. pag. 23. sq. qui etiam diuisionum desuper receptarum mentionem fecerunt, quas, vt satis cognitae silentio praeterire licebit.

### §. XLI.

Quibus praemeditatis, ad rem ipsam me accingere curabo, et ne confuse peragam, iusta methodus desiderat, vt praesertim indigitare ad laborem, quales virtutes communis cohors interpretum clausulae codicillari assignare consuevit, quorum reputare non erubescunt, quae supra §pho XXXVII. iam designata animaduertimus, existimantes, fauorem testamentorum non solum maximum euadere, de SENCKENBERG l. c. §. 2. pag. 2. et IO. KLEIN in diff. de testatore cauto praefat. num. 7. pag. 4. sed etiam in dubio testamentata magis conseruanda esse, quam, vt quaeuis eo dirigantur, quo pereant. Priora obtinerentur, si clausulae codicillari, tanquam emplastro vniuersali, praedictos effectus adscribere, haud dedignati essemus, cum iuribus obuiam eamus, si posterius eligeretur. BOEHMER in consultationibus et decisionibus P. I. resp. CLXXVIII. num. 20. resp. DCLI. num. 30. resp. DCCXXXIII. num. 15. et P. II. resp. DCCXCVIII. num. 32. resp. DCCCXXVII. num. 22. resp. DCCCLXVIII. num. 16. nec non resp. MV. num. II. sq. de SENCKENBERG l. c. §. 2. pag. 2. IO. IACOBVS de ZWIRLEIN in diff. de fauore vltimarum voluntatum §. vlt.

### §. XLII.

Vltterius obtrectatores insurgunt, et defendere solliciti sunt, dictam clausulam codicillarem sequentis roboris

boris esse, vt testamentum, in quo heredis institutio penitus omiffa legitur, in vim fideicommissi sustineatur. de SENCKENBERG l. c. §. 10. pag. 27. Sed his non contenti, vltcrius progrediuntur, sibi concipientes, testationem vltimam conseruari debere, etiamsi pater in iis praeteritus conspiceretur, de WERNHER l. c. P. I. obs. CCLXXIX. pag. 299. et obs. CCCCXIV. pag. 413. de BERGER l. c. lib. II. tit. IV. §. 36. not. I. pag. 444. BOEHMER l. c. resp. DCXLVI. et DCXLII. num. 32. STRVVIVS l. c. ex XXXIV. th. 61. pag. 312. 10. a SANDE in decisionibus Frisiacis lib. IV. tit. II. def. 2. pag. 374. et tit. IV. def. 10. pag. 400. CARPZOVIVS l. c. lib. VI. resp. VII. num. 7. pag. 1261. BRVNNEMANNVS l. c. lib. VI. tit. XVIII. pag. 725. quibus addunt, testamentum etiam tunc esse sustinendum, si mediante querela inofficiosi testamenti impugnatum deprehenderetur. CARPZOVIVS l. c. lib. VI. resp. VII. num. 7. pag. 1265. sed quis non animaduertit, quod his assumtis praedictae clausulae tales vires assignentur, quorum ope quaelibet vitia sanari, aequae ac purgari queunt.

#### §. XLIII.

Attamen iustissimis causis sum instructus, quare recensitis omnimodo adstipulari haud possum: quo itaque eluceat, quid concedere, et in quibusnam dissentire valeam, ea de re operae pretium est, vt propositiones struantur, mediantribus quibus conuicti secedimus, quinam effectus proprie clausulae codi illari competant, quinam vero non? altera illarum ita sonat: clausula codicillaris testamento adiecta tunc demum de vtilitate est, si defectus in sollempnitatibus externis se mani-



manifestat, quo casu existente, non quidem tanquam testamentum, sed vt alia vltimarum voluntatum species conseruatur, modo requisita vnus alteriusque earum a iuribus praescrupta obseruata reperiuntur. *de SENCKENBERG l. c. §. 10. pag. 19. et KAESTNER l. c. programmatum class. II. pag. 27. cum altera sequentis sit tenoris: quoties respectu testamenti defectus in voluntate testatoris, vel in eius persona, vel intuitu heredis sese exserit, toties clausula codicillaris nullius est momenti, nullosque gignit effectus, alias in eodem errores inciderem, quos ratione supra recensitorum notauit, simulque statuerem, quod adiumento huius clausulae, vltimum elogium a legibus reprobatum sustinere, testatorem inhabilem idoneum, et heredem inidoneum, habilem reddere possemus. Ast eo excurrere velle, tum iura, tum eorum principia maxime inhiere, quam veritatem ipse BERGERVS l. c. lib. II. tit. IV. §. 36. not. 2. pag. 444. sq., aliique, illum imitantes, agnouit. vid. LAVTERBACH l. c. lib. XXIX. tit. VII. §. 19. pag. 357. de LVDEWIG l. c. Tom. I. lib. I. conf. CXXIV. num. 11. pag. 303. BOEHMER l. c. lib. II. resp. DCLI. num. 34. et resp. DCCXXIII. num. 5. RICHTER l. c. P. I. decis. LXIII. num. 18. pag. 293. COTHMANN l. c. vol. V. resp. X. num. 333. pag. 276. de SENCKENBERG l. c. §. 14. pag. 33. et DOERCKES l. c. sect. II. num. 33. pag. 48. sq.*

#### §. XLIV.

Quae haecenus enuncleata quemlibet docebunt, meam sententiam ita non esse comparatam, vt allegatae clausulae omnem vim ac potestatem adimere vellem.  
Fateor,

Fateor, istam de aliquali vtilitate esse, verum, nemo me, prout spero, coarguet, quando opinioni penitus non fundatae me eximere conor, quae legibus non respondet. Ne autem applicatio ad casum desit, eum sine mora communicare, desinam. Ponamus itaque, Meuium ex legitimo matrimonio filiam nomine Sticham produxisse, haec ad viri potentiam peruenta Titio nupsit, antequam vero pater moritur, Sticha liberis naturalibus atque legitimis destituta, ante subsecutam mortem testamentum condit, et in eo maritum suum heredem ex asse nominat, patrem adhuc viuentem ne verbulo quodam ibi exprimit, clausulamque codicillarem adnectens obitu suo confirmat. Aperto testamento pater Meuius admodum conqueritur, quod a filia sua Sticha omnimodo praeteritus, et gener Titius successor vniuersalis sit factus, cum tamen ad numerum heredum suorum absolute talium collocaretur, ideoque ad minimum in legitima institui, vel ex iusta causa exheredari debuisset, neutrum, cum factum sit, praeteritio autem neque institutionem, neque exclusionem inuolueret, grauatum se sentiebat, indeque disquirebatur; vtrum testamentum a filia cum praeritione patris confectum sustineri valeret, nec ne? Qui communi opinioni accedere non dedignati erant, adfirmatiue iudicarunt, et refugium in adiuncta clausula codicillari quaesuerunt, opinantes, illam tanti esse valoris, vt testamentum non quidem qua testamentum, sed in vim fideicommissi conseruandum esse, ac si Sticha Meuium rogasset, vt detracta portione competente, hereditatem restituere haud desinat, quo id, quod directo subsistere non valeret, ob singularem

E  
fauorem



fauorem vltimis voluntatibus adtributum, per indire-  
ctum sustineatur.

§. XLV.

Qua de re, vt dicerem, quid de eo sentiam, non possum non ingenue fateri, mihi longe alia placere, nam I) adest defectus in voluntate, vtpote quae normae a legibus praefixae conformis esse tenetur. II) in testatore, nimirum Sticha, quae Menium praeterire studuit, quod iterum iuribus contrariatur. III) in herede, qui tanquam heres suus, vel institui, vel ex iusta causa excludi debuisset, ideoque nec hoc consentaneum cum legibus existit; nunc autem nemo ex ordine priuatorum efficere potest, ne illae valeant, *L. 30. et 32. C. de testament. de SENCKENBERG l. c. §. II. pag. 31. et 32.* E. altera propositio in §pho XLIII. prolata obstat, et impedimento est, quo minus clausula codicillaris attentionem meretur, et emolumento esse potest.

§. XLVI.

Accedit, IV) quod praeteritio parentum iuxta supra delineata minime querelam nullitatis, sed inofficiosi testamenti producat, idcirco heredis institutionem corruere oportet. V) Ipsimet Icti, quos §pho XLIII. recitauit, et communi opinioni alias applaudunt, veritatem horum assertorum suam fecerint. VI) leges ipsae repugnent, imprimis si *L. 13. D. de inoffic. testam. et L. 36. D. de legatis III. consulimus*, VII) penuria quoad interpretes non inueniatur, quibus sententia arridet, testamentum, in quo pater praeteritus est, clausula codicillari lucra captare haud posse. *GEORGIUS MELCHIOR de LYDOLF in observationibus forensibus P. I. obs. XXIX.*

XXIX. pag. 86. CARPZOVIVS l. c. P. III. const. IX.  
def. 12. pag. 98. BERLICH l. c. P. III. concl. XV. num.  
59. pag. 377. de SENCKENBERG l. c. §. 10. pag. 28.  
KAESTNER l. c. §. 10. pag. 29. KLEIN l. c. cap. IV.  
num. 19. (sq. pag. 59. et VIII) GAILL l. c. lib. II. obs.  
CXIV. num. 9. pag. 521. verbis notatu dignissimis v-  
titur, ex quibus satis superque cognoscimus, quom-  
que iuris periti in applicatione clausulae codicillaris  
sunt lapsi, dum isti tantos adtribuere conantur effectus,  
et ita se habent: *communiter huic CLAUSVLAE CODICILLARI  
NIMIVSCLVM tribuunt, quae hodie magis ex consuetudine  
notariorum, quam perite, vel ex testatoris voluntate,  
aut dispositione, apponitur testamentis, cuius efficaciam  
neque ipsi notarii, neque etiam testatores intelligunt.*  
*Quapropter clausula non debet esse TANTI MOMENTI, vt  
posthumum ignoranter PRAETERITVM accepta sola legitima  
a successione paterna excludat.* Quas locutiones, si per-  
pendimus, ICTus laudatus non sine ratione sufficiente  
errorem communem perstrinxit, et dum liberi aequae  
ac parentes heredum suorum absolute talium classi ad-  
numerentur, nemine forsitan haesitante, in eo conue-  
niunt, quod praeteriri nequeant, cumque praeteritio  
intuitu liberorum reprobetur, cur non etiam respectu  
parentum, qui cum illis, quoad hoc punctum, ae-  
qualibus et reciprocis iuribus pollent. Nec aduersan-  
tur, quae de favore vltimarum voluntatum renitentes  
nuncuparunt, nam vnicam quaestionem formare licet:  
vtrum praedictus fauor tanti sit momenti, vt propter-  
ea legibus contraria apprehendere liceat, et illi, qui  
iuribus quaesitis gaudent, periclitentur, istaque citra  
eorum voluntatem adimantur? Priora, vt eligam, nun-  
quam



quam mihi persuadere possum; ne igitur iniustitiae notas incurrerem, legibus, principiis et analogiae iuris aduersantia apprehendere sollicitus sim, imposte-  
rum quoque posteriora sequi curabo.

§. XLVII.

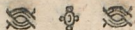
Tandem adhuc superest, ut debite quoque peruestigare studeam: num iudici transsubstantiatio testamenti permittitur? h. e. utrum testamentum ob adiectam clausulam codicillarem, in quo filia secundum casum superstructum patrem praeterit, in fideicommissum mutari queat? Quam quaestionem non absque ratione benigna negandam esse puto, et sequentem in modum demonstrare annitar: Extra omnem dubitationis aleam positum est, quod negotia a iuribus agnita suam habeant substantiam, ex qua iudicari, et a reliquis, siue affinitatem et similitudinem inter se, siue non, ostendunt, secerni possunt, quae, cum ita sint, sequitur, ut testamenta, legata, fideicommissa, codicilli cet. eadem praedita sint, haec substantialia praesente negotio etiam adsunt, nullamque immutationem tolerant, nisi velimus, ut penitus corruat, vel in aliud simile degeneret, quinimmo naturalia et essentialia turpiter confundantur. Ne itaque praedicta contingant, summopere necesse est, ut iudex vna cum partibus exactissime perpendat; an eo discedere permissum sit, an non? Priori in casu sibi ipsi imputent, quando turbata substantia actus ea gaudens, in alium conuertitur, vel plane tollitur, e contrario, si postremum emergit, omnimodo inficior, quod iudici ad transsubstantiationem progredi liceat; iam vero, si leges per-  
scruta-



scrutamur, adparet, quod praeteritionem patris, a liberis in testamento factam praecise interdicant, E. iudex cerebrina quadam aequitate ductus, testamentum propter adiectam clausulam codicillarem in fideicommissum flectere nequit, sed si a patre mediante querela inofficiosi est impugnatum, heredis institutionem corruere oportet, alias iudici liceret, legum normam inuertere, et pro lubitu de casibus obuientibus disponere, cum tamen vt sacerdotem iustitiae, non autem tanquam legislatorem se gerere debeat.

### §. XLVIII.

Quae iam dicta, ne probatione legitima egeant, ad *Nou. 115. cap. 4.* prouocare, est integrum, cuius pronuntiata tanti sunt ponderis, vt veritas delineatorum sine ambagibus, et difficili peruestigatione in oculos incurrat, et ita se habent. *Sancimus igitur, NE LIBERIS PARENTES SVOS PRAETERIRE, vel eos QUOCUNQUE MODO a rebus suis, in quibus potestatem testandi habent, PLANE EXCLVDERE LICEAT, nisi causas, quas enumerabimus, in testamentis suis specialiter scripserint:* Quibus ponderatis, duo occurrunt, quae exactissima contemplatione digna sunt: I) quod Iustinianus in his libris correctoris seu suppletoris, quales Nouellae nuncupantur, praeteritionem parentum absolute prohibuerit, contra quam interdictionem nullus iudicantium sententiam ferre valebit, nisi sapientior ipso legislatore esse, vel leges latas abrogare vellet. II) Locutio *quocunque modo* imprimis respicienda sit, qua nihil aliud, dum generaliter concepta est, indicatur, quam vt liberorum officia incumbant, eo redeant, ab omni praeteritione



abstinendi, per consequens, nec clausula codicillaris tantae efficaciae esse poterit, ut illa negotia per indirectum conseruare studeamus, quae leges certo certissime reprobarunt. Qua de re haud video, quomodo communis opinio a me sufficientibus argumentis notata defendi, et applicatio iuxta eam sine crassissimis erroribus fieri poterit. Coronidis loco responsum huc collineans annectere licebit, quod, *Vir Perillustrius atque Magnus Procancelarius huius Vniuersitatis longe celeberrimus, patronus et praeceptor ad cineres usque deueniendus* IO. GEORGIUS ESTOR consulentibus dedit, mihiq;e, quod gratissimo pectore nunquam non agnoscam, perquam beneuole communicauit, data licentia, id specimini huic inaugurali adiiciendi, sicque se habet:

### Rechtliches Bedenken:

Als mir nachstehende geschichts- erzählung nebst zweo en fragen zugeschicket, und darüber meine in den rechten begründete meinung gebeten worden ist: demnach erachte ich nach deren fleißiger verlesung und genau erwekung, für recht:

Ge-  
schichts-  
erzäh-  
lung.

Hat Titus sich an die Sticha verheiratet, solche ehe aber wenige jahre gedauert; Ist darauf Sticha in etne krankheit verfallen, und unter beiden ehelenten, weil sie keine kinder in solcher ehe erzlet, vermittelst unterschriefft fünf zeugen ein reciproces testament aufgerichtet worden, darcinne jedoch von ersagter Sticha nicht nur ihr leiblicher vater übergangen, sondern auch ihre schwester enterbet, jedoch obangeregtem testamente die codicillar clausul angehänget worden, daß, wo es nicht als ein zirkliches testa-

testament, dannoch als eine schenkung unter den todten, oder ein fideicommiss, vermächtnis, oder, wie es sonst aufs beste geschehen könne, gelten möchte, mit dem zusatz, daß Titius ihr ehemann von ihr zum erben eingesezet seyn solle, daher gefraget wird:

- I) ob vermöge der codicillar clausul dieses testament fragen.  
 der Stichä für zu recht beständig zu achten sei?  
 II) ob es nicht vilmehr für nichtig zu erklären wäre?

Ob nun wohl, was die entscheidung der ersten frage angehet, bekannt ist, daß die codicillar clausul in einem ernstlichen willen des testirers bestehe, und dahin gerichtet sei, daß, wenn das von ihm errichtete testament zu recht nicht beständig seyn sollte, dennoch er seine erben ab intestato ersuchet haben wollte, solches wenigstens als ein codicill, oder ein fideicommiss, oder eine schenkung unter den todten &c. zu beobachten, est enim clausula codicillaris expressio enixae voluntatis testatoris, testamentum in casum deficientis sollemnitatis legalis, codicilli iure valere cupientis:

1ste frage.  
 Zweifeltes Gründe.

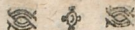
SAMVEL STRYKIVS in der disputation de clausula codicillari tom. I. dissertationum num. 7. pag.

335.

und wenn auch schon der testirer solche clausul nicht verstanden, sondern nur derjenige, welcher den lezten willen aufgesezet, sothane clausul für sich hinzugefüget hätte, nichts destoweniger dieselbe ihre würlung habe,

CHRISTOPHORVS HEINRICVS FREIESLEBEN in dem Schützio illustrato lib. XXIX. tit. VII. not. 2167. pag. 362.

VLRICVS



- VLRICVS THOMAS LAUTERBACH in dem  
collegio theoretico practico D. lib. XXIX. tit. VII.  
§. 18. pag. 856.
- STRYKIVS am a. o. num. 24. pag. 337.  
so gar, daß sie alle innerliche und äusserliche mangel  
eines testaments heile,
- STRYKIVS am a. o. num. 85. sq. pag. 341. und  
in den cautelis testamentorum cap. XXIII. §. 39.  
am e. pag. 1034. imgleichen in den annotationi-  
bus ad Lauterbachium lib. XXIX. tit. VII. pag.  
782.
- NICOLAUS CHRISTOPHORVS de LYNCKER  
in den analectis ad Struuii syntagma iuris ciuilib  
lib. V. tit. II. §. 36. pag. 103.
- WOLFGANG ADAM SCHOEFF in den decisioni-  
bus Tubingensibus decis. CCLIII. num. 9. pag.  
257.
- IO. BALTASAR L. B. de WERNHER in den  
selectis obseruationibus forensibus P. II. obs.  
CCCCXIV. pag. 413.
- IO. NICOLAUS HERTIVS in den decisionibus vol.  
II. decis. DLXXXV. num. I. pag. 257.
- IO. HEINRICVS de BERGER in der oeconomia  
iuris lib. II. tit. IV. §. 36. not. I. pag. 443.
- IYSTVS HENNING BOEHMER in den consulta-  
tionibus et decisionibus vol. II. P. I. conf.  
DCCXVIII. num. 20. und conf. DCCLVI. num.  
5. 8. 9.
- wenn auch ein vater sein kind zum erben nicht einge-  
setzt hätte:

STRY-

STRYKIVS *am a. o. num. 80. sq. pag. 340. und*  
*in dem vsu moderno D. lib. XXIX. tit. VII. §.*  
*12. pag. 877.*

wozu noch komme, daß die testamente in den rechten  
eine solche gunst hätten, daß ein richter zu deren auf-  
rechterhaltung alles vorsehen müsse,

L. 10. pr. D. de inoffic. testam.

L. 12. D. de reb. dub.

L. 1. C. de SS. eccles.

AVGVSTINVS a LEYSER in den *meditationibus*  
*ad D. spec. CCCVII. med. 7. pag. 238.*

welches alles dabier um so mehr anschlage, je unlaug-  
barer es sei, daß fünf zeugen beim gegenwärtigen le-  
ten willen zugegen gewesen wären;

STRYKIVS in dem *vsu moderno D. am a. o. §. I.*  
*pag. 862.*

ob auch wohl, in ansehung der schwester, es schet-  
nen möchte, daß diser die querela inofficiosi zu stat-  
ten komme,

HERTIVS in der *disputatione de fratris germani*  
*querela inofficiosi aduersus quoscunque sect. II. sq.*  
*opusculorum Vol. II. tom. III. pag. 95.*

Dennoch aber und di: weil in rechten gar zu klar ver-Entschei-  
sehen ist, daß diejenige kinder, so das befugnis ha- dungs-  
ben, einen letzten willen zu stiften, auf den fall, da Gründe.  
sie ein testament errichten wollen, ihre noch lebende  
ältern entweder ausdrücklich zum erben einsetzen, o-  
der dieselbe nahmentlich enterben sollen:

§

Nou.



Nou. 115. cap. 4.

Sancimus igitur, ne liberis PARENTES SVOS  
PRAETERIRE, vel eos NB. QVOCVNQVE  
MODO (E. nec per clausulam codicillarem)  
a rebus suis, in quibus potestatem testandi ha-  
bent, PLANE EXCLVDERE liceat, nisi cau-  
sas, quas enumerabimus, in testamentis suis  
specialiter scripserint,

SAMVEL de COCCEIVS in iure controuerso lib.

V. tit. 11. quaest. 26. pag. 43.

LAVTERBACH am a. o. lib. V. tit. 11. §. 39. pag.  
529.

IO. ORTWIN WESTENBERG in den princi-  
piis iuris D. lib. V. tit. 11. §. 14. pag. 238.

folglich es ungereimt seyn würde, wo jemand den  
ausdrücklichen willen des gefäßgebers durch künst-  
lichen vereiteln wollte, sondern ein jeder, so ein testa-  
ment zu errichten vor hat, solches in der vom kaiser  
Justinian fürgeschriebenen art notwendig thun muß,  
auch den juristen, als dienern und auslegern der ge-  
fäße, nicht anstehet, daß sie durch erfundene list dem  
klaren gefäße ausweichen, und dises ungültig machen  
wollen, vilmehr dergleichen handgreifliche und berück-  
tigte Cäpollische sündgen einem ächten ausleger der  
gefäße nicht geziemen, derowegen allerdtogs an dem  
ist, daß die codicillar clausul die innerliche und we-  
sentliche mängel eines testaments nicht heilen kan, sa-  
nat quidem ista clausula vitia extrinseca et accidentalia  
testamenti, quae committuntur contra sollemnitates et  
iuris apices, non vero vitia intrinseca et essentialia,  
quae oriuntur v. g. aut ex inhabilitate testatoris, aut  
ex

ex neglectu formae, in nouella CXV. praescriptae, quapropter, si parentes in testamento filiae praeteriti, nihil operatur clausula codicillaris, sed testamentum corrui quoad heredis institutionem,

L. 25. D. qui testam. fac. poss.

L. 3. D. de vulg. et pupill. substit.

WESTENBERG *am a. o. lib. XXIX. tit. VII. §. 18. pag. 774.*

IO. IACOBVS WISSENBACH *in den exercitationibus ad D. disput. LIX. §. 20. pag. 623.*

VLRICVS HYBERVS *in den praelectionibus ad Instit. lib. II. tit. XXV. §. 4. pag. 246.*

TOBIAS BARTH *in dem dissensu in praxi XCII. §. 1. pag. 124.*

BENEDICTVS CARPZOVIUS *in den definitionibus forensibus P. III. const. IX. def. 12. und allda ESBACH pag. 412.*

CASPAR MANZIUS *de testamentis validis et inuvalidis tit. VIII. quaest. 2. num. 294.*

DIDACVS COVARRVVIAS *in cap. Raynut. 16. X. de testamentis §. 1. num. 4. und 8.*

DE WERNHER *am a. o. P. I. obs. CCLXXIX. pag. 299.*

folgsam gegenwärtiges testament offenbar inofficiosum ist,

L. 14. D. de inoffic. testam.

IO. GOTTLIB HEINECCIUS *in elementis D. lib. V. tit. II. §. 52. num. 4. pag. 203.*

mithin dieses, so vil die einsetzung des erben betrifft, zu recht nicht beständig, und also dem vater wider seinen tochtermann als vermeintlich eingesetzten erben die querela

querela inofficiosi testamenti allerdings zu staten kömmt,

HEINECCIUS am a. o. §. 59. wobei jedoch nicht zu vergessen, daß solches testament nur in ansehung der erb-einsetzung aufzuheben, hingegen die vermächtnisse und fideicommissen bestehen bleiben,

Novella 115. cap. 3. am e. und cap. 4. §. 9. am e. nicht minder voraus zu sehen ist, daß von der Stichen ableben noch keine fünf jahre verlossen sind, auch der angebliche erbe die verlassenschaft besitze, als auf welchen falle in ansehung der nutzungen die hereditatis petitio mit der querela inofficiosi zugleich angestellt, und also gebeten werden mag:

Daß das in frage gekommene testament, so vil die einsetzung eines erben betrifft, aufzuheben, auch beklagter die sich angemaste erbschaft vermittelst eines zu recht beständigen inventarrens, oder, in ermangelung dessen, einem eidlichen verzeichnisse, klägern nebst den eingehobenen nutzungen, als wovon er rechnung abzulegen, auszubändigen schuldig, darüber das milderichterliche amt zc.

QVIRINVS GOTTFRID SCHACHER in dem collegio practico D. lib. V. tit. II. pag. 84.

BOEHMER de actionibus sect. II. cap. III. §. 38. pag. 203.

dafern aber der vermeintliche eingesezte erbe im besitze der Stichen verlassenschaft sich nicht befinden sollte, die bitte in ansehung der ausantwortung und nutzungen weg bleiben müste;

SCHACHER am a. o.

übrigens



übrigens eine Schwester, wenn ihr keine schändliche Person im Testamente fürgezogen worden, die querelam inofficiosi anzustellen, nicht befugt ist;

L. 27. C. de inoffic. testam.

WESTENBERG am a. o. lib. V. tit. II. §. 17. pag. 239.

So erscheinet dannenher so vil:

- „ daß der Vater der verstorbenen Stiehmutter, nicht
- „ aber deren Schwester die querelam inofficiosi wegen des in Frage gekommenen Testaments anzustellen, auch von seinem tochtermanne die
- „ Aushändigung der Verlassenschaft nebst den ererbobenen Nutzungen, jedoch, so vil diese anlanget, nur nach Maasgebung des tit. D. de heredit.
- „ petit., zu suchen berechtiget ist.

Auf die zwote Frage berichte ich für recht: daß, ob es wohl das ansehen gewinnen möchte, was massen gegenwärtiges Testament für nichtig anzusehen sei, einfolglich dem Vater die querela nullitatis zustehe; quoties enim testamentum est nullum, toties querela inofficiosi non est opus, adeoque liberi sui a patre praetorici potius querela nullitatis vtuntur:

L. 1. D. de iniust. rupt. et irrit. testam.

Indessen dasjenige, so bey Kindern rechtens wäre, auch den Ältern wider der Kinder Testamente zu statten kommen müßte, bevorab ein großer unterschied zwischen der querela inofficiosi und nullitatis sich vorfinde, anerwogen bei jener die Erbscheinung nur, bei dieser aber das ganze Testament, als nicht gemacht, dahin falle:

HEINECCIUS in den elementis ad Institut. lib. II. tit. XVII. §. 571. pag. 157.

ANote

Entschei-  
dungs-  
gründe.

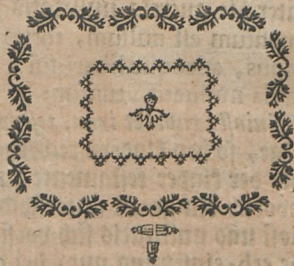
Allotweis aber Papinian in  
L. 14. D. de inoffic. testam.

ausdrücklich meldet, daß, wo ein Vater von seinem  
Kinde im testamente vorbeigegangen worden, nur die  
querela inofficiosi platz finden sollte;

HEINECCIUS in den *elementis* D. lib. V. tit. II. §.  
52. num. 4. pag. 203. und in den *elementis ad In-*  
*stit.* lib. II. tit. XVIII. §. 582. num. 3. pag. 160.

„ So mag gegenwärtiges testament mit bestande  
„ für nichtig nicht ausgegeben, sondern es muß  
„ dasselbe vermittelst der querela inofficiosi, als  
„ unrechtmäßig, angeklaget, und vom richter, so  
„ vil die erb-einsetzung betrifft, aufgehoben wer-  
„ den. A. B. R. W.

Urkundlich zc.



Marburg, Diss., 1756-63

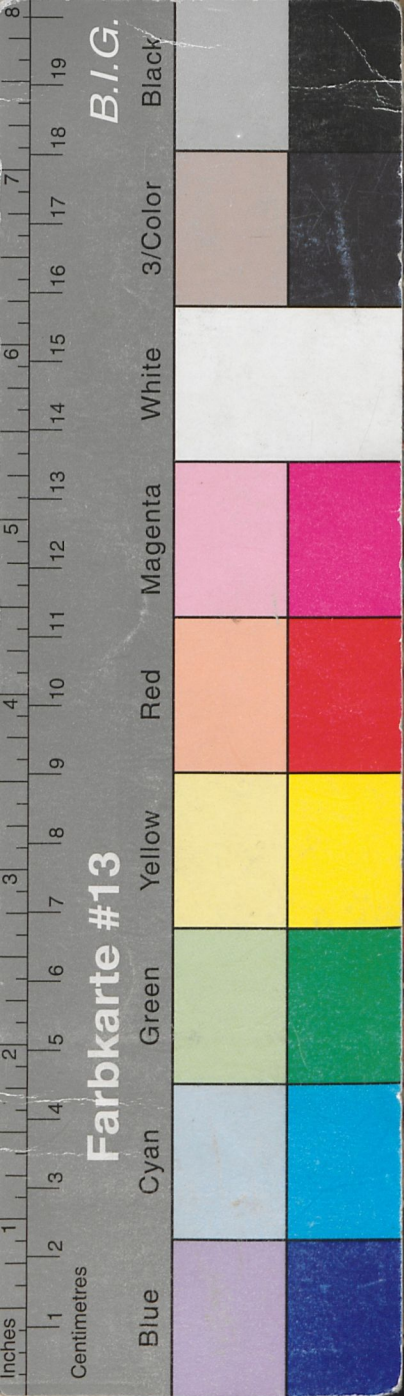
ULB Halle

005 360 072

3







6  
7  
17  
18  
19

*Pr. 56. n. 2. 24.*  
5  
1758, 2.

DISSERTATIO IURIDICA INAUGURALIS  
DE  
TRANSSUBSTANTIATIONE  
TESTAMENTORVM  
IUDICIBVS HAEC PERMISSA

QUAM  
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO  
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO  
DOMINO FRIDERICO

HASSIAE LANDGRAVIO ET PRINCIPE  
HEREDE

DIVINIS AVSPICIIS  
CONSENSU

ILLVSTRIS IURECONSULTORVM ORDINIS  
PRO GRADV DOCTORIS

CONSEQUENDO  
ACADEMIAE PROCERVVM EXAMINI  
DIE II. FEBRVARII MDCCCLVIII.  
SUBMITTIT

AVCTOR  
IOANNES GVILIELMVS FRANCKE  
BREITENBACENSIS HASSVS.

MARBV RGI CATTORVM

TYPIS PHILIPPI CASIMIRI MÜLLERI  
ACAD. TYPOGR,



P. 288.

