



Pri. 62. num. 51.

PRO

1772, 28.

LEGATO CONSEQVENDO
EXECVTIVE CONTRA HEREDEM
EX TESTAMENTO AGI NON
P O S S E.

103 d



ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE
P R A E S I D E

CHRISTIANO GOTTLOB EINERTO

IURISSCIETIAE ET PHILOSOPHIAE DOCTORE

D. VI. APRIL. MDCCCLXXII.

H. L. Q. C.

D I S P V T A T

DAVIDES GEORGIUS TISCHERVS

EX ARCE BEICHLINGENSI THVRING.

L I P S I A E

EX OFFICINA LANGENHEMIA.



Handwritten text at the top of the page, possibly a date or reference number, including "17. 1777" and "No. 65".

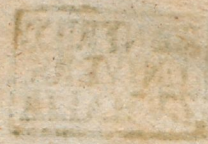
LEGATO CONSUEVENDO
EXECUTIVE CONTRA HEREDEM

EX TESTAMENTO AD HON
POSSE

1777
No. 65

LEVI & ALIUM GIOR & ASSOCIATUM
ESTABLISHED
CHRISTIAN GOTTLOB TROST

DAVIDS GEORGM S TROST





§. I.




Peruulgata est inter Iureconsultos multisque con-
trouerſiis implicata quaestio: Vtrum ex te-
stamento executiue (vt pragmatici loqui so-
lent) agi queat, nec ne? In qua re diuidi-
canda, cum multos intellexerimus ita versari, vt di-
cant, se auctoritate legum et analogia iuris impulsos eo-
rum sententiam sequi, qui id licere opinantur, qui le-
gatariorum partes amplexi, facultatem iis vtiliori at-
que pinguiori iuris remedio, i. e. executiua via contra
heredem vtendi competere putant, eorum argumenta
accuratius et diligentius examinanda esse duximus. Pu-
ramus autem, nec inanem nec importunum, nec ab
aliis plane perfectum laborem nos suscepturos esse, si de
eiusmodi re, quae vsum habet amplissimum et frequen-
tissi-



tiffimum, quaeque scitu est maxime necessaria, seorsim latius et copiosius disputaremus. Itaque perpenfis et examinatis argumentis eorum, qui executiuam actionem probare conantur, eos in errore versari, docebimus, et nostram deinde sententiam, firmioribus, vt opinamur, argumentis et magis idoneis confirmare ac munire studebimus.

§. II.

Primum quidem aduersariorum argumentum peti-
tum ex analogia Iuris veritatis nonnullam speciem prae
se ferre videtur. Etenim sic colligunt: Quod toti at-
que principali competit, id etiam de parte et accessorio,
quod principalis naturam sequitur, valere debet. Te-
stamentum vero tanquam principale vltimae voluntatis
promptam, minimeque impeditam habere execu-
tionem, ex verbis, aiunt, l. 3. C. de Ed. D. Hadr. toll.
Sancimus, vt si quis ex asse, vel ex parte institutus, compe-
tenti iudici testamentum ostenderit non cancellatum, neque abo-
litum, neque ex quacunque suae formae parte vitiatum, sed
quod in prima figura sine omni vituperatione appareat, et
depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit; mittatur
quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis
tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinen-
tur, et eam testificatione publicarum personarum accipiat, in-
telligitur, itaque exinde etiam legatum, vt testamenti
partem accessoriam, executiue peti posse autumant. Ve-
reor autem, vt ista lex, in hunc vsu commemorata,
ad probandam aduersariorum sententiam valeat, cum de
herede instituto tantum loquatür, legatarii autem men-
tionem faciat plane nullam. At enim, vt videtur, re-
sponde



spondebunt ad hanc nostram obiectionem: Concedimus quidem, nullam mentionem nominatim et disertis verbis fieri legatarii, sed tamen legitime sententia legis amplificari et ad legatariorum usum et utilitatem adhiberi et extendi potest. Sed hoc cum dicunt aduersarii, non videntur cogitasse de natura et genere huius legis. Nam non omnes omnino leges admittere interpretationem extensiuam, nemo, ut opinor, in dubium vocare audebit. Speciales enim constitutiones translatae in corpus iuris, quanquam generalis legis naturam et vim quodammodo nactae videntur, minime tamen, destitutae nimirum generali ratione, eam potestatem habent, ut ad similem speciem transferri possint.

Siquidem concessa erat heredi edicto D. Hadriani facultas rerum hereditariarum possessionem statim petendi, ne mora fieret aut creditoribus, aut fisco vicissimam postulanti. Hoc autem vestigal sublatum docet Iustinianus in l. c. nihilominus tamen, antiquatis licet iis, quae ad edictum D. Hadriani spectabant, edixit, ut heredi, nulla temporis ratione habita, missio daretur in possessionem earum rerum, quae testatoris tempore mortis fuissent: Legatario vero idem beneficium haud concessit, cum is neque teneatur creditoribus soluere, neque defuncti iuribus et officiis succedat. Itaque nulla ei festinandi est necessitas, nec cogitur subire onus excipiendarum exercendarumque actionum. Ex his ergo sufficienter apparere putamus, legatarium et heredem non habere idem ius agendi, quia ea ratio, quae heredi hanc auctoritatem potestatemque vindicat, in legatarii utilitatem adhiberi nullo pacto potest.



§. III.

Secundum argumentum, quo ad confirmandam sententiam nobis contrariam potissimum nititur Finckelthausius, ex analogia legum patriarum repetitum, his ipsis verbis apud eum Obseruat. CXXI. legitur: *Quia praesertim hodie in his prouinciis Saxonis usitatum, imo expresse cautum est, ut omne instrumentum, adeoque et testamentum legitime confectum, vel septem testibus, ac Notarii publici fide munitum, vel apud acta conditum, vi confessionis et recognitionis, paratam habeat executionem (Landes-Ordin. Anno 1555. rubr. versazte Brief und Siegel) Proinde hic processus summarius esse potest: Legatarius absque ordinario libello citari curabit heredem ad iudicem, cui statim exhibeat et ostendat testamentum, in quo relictum est legatum, postuletque declarationem, an nimirum sit heres testatoris, et adierit hereditatem. Quod si fateatur, et testamentum non sit rasum, non vitiatum neque cancellatum: Tumius testamenti et hinc legatarii liquidum est. Quocirca debitum petat legatum, implorando iudicis officium, ut heredi praecipiat et mandet, illud intra certum tempus, puta, *Sächsischer Frist*, sibi praestari. Quo tempore praeterlapso, nec interim praestito legato, aduersus heredem executive procedatur. In hoc sane eatenus non repugnamus Finckelthausio, neque negamus, declarationem heredis esse necessariam, et instrumenta habere vim executivam. Ast cum obligatio heredis ex declaratione demum et professione adeundae hereditatis oriatur, ut teneatur legatario legatum solvere, facile intelligitur, ante declaratam heredis voluntatem id fieri non posse, quod declarationi debet originem, hoc est, non posse legatarium*



tarium executivæ prius agere, quam sciat, contra quem sit actio executiva instituenda, quod ex testamento nullo modo intelligi potest. Ex verbis porro der Landes-Ordnung: Weil in allen Handlungen, so zwischen denen Leuten geschehen, billig nichts höher denn Treu und Glaube auch Brief und Siegel, die ein jeder von sich giebt, sollen bedacht werden; Und gleichwohl viehmal befunden wird, das ihr etzliche zu ihrer selbst Verkleinerung und böser Nachrede, sich ihrer klaren schriftlichen Bewilligung weigern; So ordnen Wir hiermit, wo einer seinen öffentlichen unlängbaren und unverfälschten Brief und Siegel, die keine unehrliche Zusage in sich halten, vorsätzlich und ohne Ursache nicht nachkommen, sondern darwider vortheilhaftige Auszüge suchen, und erst darüber erkennen lassen wolte, das ihm solches keinesweges gestattet, sondern ihm, Inhalts gegebener Brief und Siegel schleunig soll verholffen etc. patet, id non de alienis instrumentis, cuiusmodi quodammodo est testamentum, sed de propriis intelligendum esse. Nam ut possim contra aliquem uti actione executiva, diserte requiritur, ut non tantum instrumentum sit integrum nullaque labe aut fraude vitiatum et corruptum, sed et debitor sua manu suoque sigillo soluendi obligationem testatus sit.

§. IV.

Restat aliud argumentum aduersariorum, plane, ut opinor alienum ab eorum consilio, quodque ita comparatum est, ut quomodo eis in mentem venire poterit, vix coniectura intelligere aut assequi possis. Opinantur scilicet ex verbis Nou. I. c. 4. ἀρχὴν δὲ τῶν ἐναντιῶν διδάμεν, καθάπερ ἐμπροσθεν εἰπόντες ἐφθήμεν, τὴν



τὴν ἐκ διασωτῆς ὑπόμνησιν ψήφου colligi posse, legatariū habere ius in heredem executiue agendi, (v. Fachinci Controu. Iur. Lib. V. c. 31.) At haec Nouella de nulla alia re agit, quam de ea, ne heres ultra anni spatium differat legatarios. Annus autem initium habet ab admonitione iudiciali, non, vt aduersarii peperam interpretantur, a condemnatione iudicis. Bene enim Cuiacius monuit in Exposit. ad Nou. c. ὑπομνήσεως vocabulum plane non fauere sententiae aduersariorum, cum ex l. 2. et 3. C. de usur. rei iud. post condemnationem tantum quatuor mensium dilatio permittatur. Ergo hoc loco nullo modo sermo esse potest de condemnatione, multo autem minus inde colligi potest testamentum esse eiusmodi documentum e quo executiue liceat agere contra heredem.

§. V.

Iam considerantibus naturam ipsam processus executiui facile apparebit, eum plane abhorrere a legatariorum rationibus et vtilitate. Nam is in eorum emolumentum est repertus, qui statim iudici planum facere possunt, quo agendi fundamento vtantur, quique alterius, contra quem agere insituunt, subscriptionem proferre possunt, e qua suum ius tueri et demonstrare queant. Iam vero cum heres ipse sua manu testamentum non scripserit, neque subscripserit, id autem ad executiuum iudicium diserte, vt supra docuimus ex *Landes-Ordn. v. ao. 1555. rubr. versatzte Brief und Siegel etc.* requiritur, nec ei ex alterius i. e. testatoris voluntate eiusmodi oriatur obligatio, nec denique, antequam adierit hereditatem seque palam heredem gesserit, intelligatur,

tur, velint adire hereditatem, nec ne: Sequitur, ve-
tum demum teneatur solvere legata, et contra eum agi
possit, quando, adita hereditate, tanquam ex quasi
contractu legatario contra se agendi potestatem fecerit.
Itaque, quia ante perspectam heredis voluntatem nulla
eius est obligatio, nec ex testamento ea appareat, simul
idonea conclusione intelligitur, nec contra eum ex te-
stamento executivae agi posse.

§. VI.

Constat praeterea inter omnes, si adsint remedia
ordinaria, quibus aliquis ius suum reperere possit, non
temere actorem neglectis et repudiatis remediis legiti-
mis et ordinariis ad pinguiora atque extraordinaria re-
media properare debere, nisi haec facultas ei diserte a
legibus concedatur. At vero contra heredem compe-
tere legatario ordinaria remedia ex l. i. C. commun. de
legat. intelligitur, datur enim actio personalis ex testa-
mento, rei vindicatio, et actio hypothecaria: Extra-
ordinaria autem remedia, quia legibus plane sunt indi-
cata, aut concessa nulla, non est, quod legatario, con-
temta legum auctoritate, suo arbitratu extraordinariis
utendi potestas tribuantur. Nec auctoritate destituta
est haec sententia, quam nunc defendimus, quippe
saepissime ab Illustri Facultate Iurid. Lips. ita pronun-
ciatum esse, testatur Illustris Hommelius, et tale Re-
sponsum adscripsit Rhaps. Quaest. Obl. IV. *Obwohl ei-
nige Rechtsgelehrten*

Leyser. Specim. 381. Med. 3. et 5. Carpzou. P. 3.
Constit. 13. defin. 35. Wernher. P. 4. Obl. 93.

B

dafs



daß ein Legatarius aus dem Testamente wider den Erben executivisch zu klagen allerdings im Stande sey, behaupten; sintemalen der Umstand, daß Beklagter die Erbschaft angetreten, als Legitimatio ad causam passiva zu betrachten, und darauf Einlassung zu fodern steht; dennoch aber und dieweil ein Erbe nicht durch des Testirers Willen, und dessen Erbeinsetzung, sondern durch Antritt der Erbschaft, welche unter die Quasi contractus gerechnet wird, sich denen Legatarien verbindlich machet, auf dergleichen bey denen Quasi contractibus vorkommende Präsumtionen aber und Fiktionen in dieser Art des Processus kein Erkenntniß zu gründen, sondern in allen Stücken klare Briefe und Siegel, welche ein ausdrückliches Versprechen in deutlichen Worten enthalten, erforderlich; mithin aus einem Quasi contractu keinesweges executivisch geklaget werden mag, sintemalen ein Testament, einer verbindlichen Handschrift, wodurch der Schuldner sich zu etwas anheischig machet, nicht zu vergleichen ist, mithin bey der actione ex testamento nur allein der ordentliche Process statt findet,

Berger. Supplement. ad Electa Disceptat. forens.
tit. 5. p. 46. sequ.

wozu kommet, daß der Erbe, weiter nicht, als nur in so weit die Erbschaft zureichend, gehalten ist; Ob aber der Nachlass so beschaffen, daß alle Schulden und Legata bestritten werden können, aus Documenten schwerlich alsofort zu erweisen, vielmehr die Ausflucht, daß die Erbschaft unzureichend, als ein verneinender Satz von Beklagten nicht beygebracht, sondern nur angeführet werden darf, woraus Klägers Obliegenheit dieses darzuthun sich ergiebet, so etc.

T A N T V M.

DOCTIS.



II

DOCTISSIMO
ATQVE
ORNATISSIMO DEFENSORI

S. P. D.

P R A E S E S.

Moris magis, quam necessitatis esse videtur, laudes et virtutes TVAS mea approbatione et iudicio comprobare et ornare. Quis enim TE aut probitate, aut optimarum artium studio. aut illo genere laudis praestantior? Qui TE per hosce annos, quibus hic dedisti operam litterarum iuriumque studio, semper talem demonstrasti, qui et industria et assiduitate et moribus et ingenio, ut ab omnibus merito amaretur, effecerit. Prorsus ergo non dubitavi TVAE voluntati obtemperare TEque in conspectum publicum, ut inde diu debitam laudem virtutibus et industriae TVAE reportares, producere. Quin potius hunc diem TIBI ex animo gratulor, quo fructum probitatis et industriae TVAE maximum et uberrimum laudem quippe omnium bonorum

B 2

confe-



consecuturus es, et, mihi crede, multo etiam ampliore olim laudem gloriamque reportabis, si eam, quam hic TIBI comparasti, doctrinam et peritiam ad utilitatem civium eorumque omnium, qui TVA operam optabunt, transfuleris, eisque auxilio fueris. Haec enim TIBI verissime promittere possum, quia nulla unquam virtus diu, quin inclarescat et afficiatur praemio, latere potest, promitto autem lubentissime, quia doctrinam et virtutem TVAM semper amaui.

Scripsi Lipsiae d. 4. April. CIOIOCCCLXXII.



Leipzig, Diss., 1772 A-R



f
TA-70L

Nur 23. Stk. bisher versch.



Pr. 62. num. 51.

1772, 28.

PRO

LEGATO CONSEQVENDO
EXECVTIVE CONTRA HEREDEM
EX TESTAMENTO AGI NON
POSSE.

10631



ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE
P R A E S I D E

CHRISTIANO GOTTLOB EINERTO

IVRISSCIENIAE ET PHILOSOPHIAE DOCTORE

D. VI. APRIL. C I D I O C C L X X I I .

H. L. Q. C.

D I S P V T A T

DAVIDES GEORGIVS TISCHERS

EX ARCE BEICHLINGENSI THVRING.

L I P S I A E

EX OFFICINA LANGENHEMIA.

