







DISSERTATIO IVRIDICA  
DE  
ERRORIBVS QVIBVSDAM  
CIRCA  
QVERELAM INOFFICIOSI  
TESTAMENTI

QVAM  
ILLVSTRIS IVRECONSVLTORVM ORDINIS  
CONSENSV  
SVB PRAESIDIO  
CAROLI FRIDERICI PAELIKE

L. V. D. ET SOCIET. TEVT. DVC. MEMB. HONOR.

IN IVLEO MAIORI  
AD D. XXV. OCTOBR. c1313CCLXIII.  
PLACIDAE ERVDITORVM DISQVISIONI

SVB MITTIT  
ADOLPH. HEINR. FRID. GOTTL.  
A WITTORFF  
EQVES LVNEBVRGENSIS.

HELMSTADII  
E TYPOGRAPHEO VIDVAE SCHNOKRIANAE, ACAD. TYPOGR.

3,470.

1356

176315

13  
//





INSTITUTIONS

THE UNIVERSITY OF

OXFORD

LIBRARY

OXFORD

THE UNIVERSITY OF

OXFORD

LIBRARY

OXFORD

THE UNIVERSITY OF

OXFORD

LIBRARY

OXFORD

THE UNIVERSITY OF

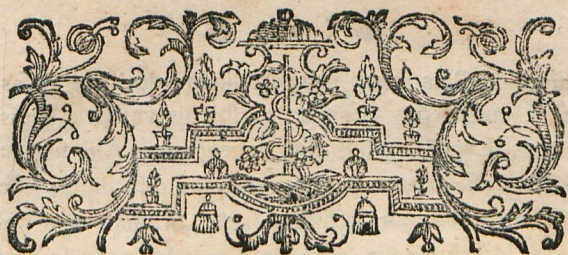
OXFORD

LIBRARY

OXFORD







DISSERTATIO IVRIDICA  
DE  
ERRORIBVS QVIBVSDAM CIRCA  
QVERELAM INOFFICIOSI  
TESTAMENTI.

P R O O E M I V M.



Licet teste Neratio in *l. 2. ff. de iur. et fact. ignor.* Ius certum ac finitum esse possit ac debeat; attamen largam quae in applicando versatur Iurisprudencia exemplorum messem exhibet probantium, ius vagum incertum ac multis erroribus naeuisque esse adpersum. Ex ipsis

A

autem



autem legibus hanc incertitudinem deriuare nefas  
 esset, cum leges claris ac perspicuis verbis a Diuis  
 nostris Legislatoribus sint conceptae. Alii itaque  
 debent esse fontes et origines quos difficiliore  
 detectu, nondum persuasus sum. Si enim rem pe  
 nitius introspicimus, incertitudinem hanc maxima ex  
 parte ex opinionibus communibus, quae simul com  
 munes plerumque sunt errores, ortum duxisse, in  
 ueniamus. Etenim, cum Ius nostrum in ordinem  
 redactum et Commentariis illustratum sit, alii ICto  
 rum, nescio, qua commoditate correpti, ex ipsis  
 sacrae Iurisprudentiae fontibus scientiam haurire,  
 subterfugiant, Illustrium Doctorum opinionibus a  
 principiis iuris saepe alienis contenti. Alii, licet de  
 iusto et aequo bene edocti, mentem legum intelli  
 gant, ex historia rationem cur, et a quo lex data  
 sit, sciant, et scientiam temporis, quo lex lata, ha  
 beant; attamen, quod mirandum simulque dolen  
 dum est, nihil iis magis in deliciis est, nisi quod an  
 tiquitatem redoleat, neque hoc curae sibi datum cre  
 dunt, illud, quod a maioribus traditum acceperunt,  
 atque quod in curia fere sine ratione obseruatum fu  
 it, relinquere, tollere, vel saltem emendare. Et  
 iam



iam si quis mortalium infurgat, qui siue aemulatione gloriae, siue varietate et nouitate operis delectatus, nouas reformandae iurisprudentiae theses scripto committat, rem magni prorsus et animi et operis aggressus. Laudatur quidem, aliquando huic applauditur; paucis tamen in mentem venit, naeuos iurisprudentiae relinquere, paucisque cordi est, illud se qui, quod principiis et analogiae iuris sit consentaneum. Nil iis rectum est, nisi, quod cum obseruantiae barbarie ac tyrannide conueniat. Quinam vero illorum ignauiae? quinam horum obstinationis effectus? magni profecto! cruda studia in forum prope pellunt, euertendisque aliorum fortunis quaestum faciunt. Sed missis his, nos veritatis amatores, rationisque indagatores, fugiamus obseruantiae barbariem, quae nullis nititur fundamentis, fugiamus aequitatem cerebrinam, inquiramus potius in legum rationes, sic felici euentu theoriam cum praxi coniungere, forique obseruantiam ab erroribus erimus liberaturi. His igitur rationibus motus, *de Erroribus quibusdam circa querelam Inofficiosi testamenti*, animus mihi est, disserere. Non vero fuit consilium carpendi ullius hominis: haec libido a me tam longe



abest, vt nihil mihi turpius magisque abominandum videatur. Sed volui erroneam fori obseruantiam demonstrare, simulque ex veris iuris principiis refellere. Quo vero iusto ordine procedam, prius ius antiquum a nouo fecernam, et quando querela inofficiosi testamenti obtineat, discutiam, posteaque errores in foro obtinentes proponam, denique eorum, quantum valent humeri, refutationem adiungam.

## SECTIO PRIMA

### DE DIFFERENTIIS IURIS ANTIQVI ET NOVI IN QVERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI.

#### §. I.

**A**ntequam vero ad ipsam demonstrationem et refutationem opinionum, circa querelam inofficiosi testamenti in foro receptarum accedo, quaedam principia ex iure praemittram, ad quae argumenti mei expositionem applicabo. Quum enim haec mendosae opiniones maxima ex parte originem ex iuris antiqui et noui confusione trahunt, instituti ratio postulat, vt sollicitè Iura Pandecta-



deſtarum a Iure Codicis et Nouellarum diſtinguamus. Maxima pars eo redit: I. *Ius Pandectarum nullas deſinit exheredationis cauſas, quas determinat Nou. 15.* Patria enim Romanorum poteſtas tempore Regum Romanorum tam libera erat, vt filios vt occidere ira exheredare *l. 11. in f. D. de lib. et poſt.* immo praeterire liceret *Cicero de Orat. I. 38.* Neque haec liberrima patria poteſtas legibus XII. tabb. eſt ſublata, ſed potius confirmata: PATERFAMILIAS ENIM VTI LEGAſſIT SVPER FAMILIA, PECVNIA, TVTELAVE SVAE REI ITA IVS ESTO: ita XII. tabb. Quoniam itaque ius erat, quidquid diſpoſuiſſet paterfamilias, ſatis conſtat ſecundum has XII. tabb. 1.) nullam legitimam; quia nulla obligatio erat inter patrem et liberos ad eam relinquendam; 2.) nullas exheredandi cauſas; neque 3.) vllam reſciſſionem teſtamenti per que- relam inofficioſi fuiſſe. Pater enim ſuo iure vtens liberis nullam inferbat iniuriam. Sed haec laxa patrum poteſtas ſub Imperatoribus valde imminuta eſt. Cum enim patres poteſtate ſua, vt plerumque fieri ſolet, abuterentur, et liberos ſine vlla cauſa contra officium dulce vel teſtamento exheredarent vel praeterirent, malignum circa ſanguinem ſuum inferentes iudicium. Talem vero rem eſſe arbitrariam Imperatori Iuſtiniano minus e publica viſum fuit, qua propter certas cauſas in Nou. 15. determinauit, ob quas tantum liberi, parentes et certo



respectu fratres exheredes fieri, his autem deficientibus heredes institui debent.

§. 2.

II. *Iure Pandectarum si obtinebat querela totum testamentum corruerat l. 3. §. perult. l. 28 in f. D. et l. 13 C. b. t. Quod vero iure Nouellarum mutatum est.* Quum enim patres libertate liberos nominatim quidem, sed sine omni causa exheredandi abuterentur, non quidem directo contra XII tabb. peccabant; interim tamen eiusmodi exheredationes intentioni legislatoris, ac officio pietatis aduersari videbantur. Factum inde est, vt Praetores \* de remedio cogitare ceperint, quo inique exheredatis succurreretur. Quamuis vero Praetores non essent legesatores, callide tamen fingeant, patrem liberos inique exheredantem, non sanas mentis fuisse l. 2. *D. de inoff. test.*

\* Non obstante aliorum opinione hanc querelam ex Edicto Praetoris deriuare haud dubito, ob textum Pauli Recept. sentent. IV. 8. 5. vbi dicitur: *qui sui iuris sunt, ipso iure heredes, etiam ignorantes, constituuntur, vt furiosi aut infantes et peregrinantes, quibus B. P. propter PRAETORIAM ACTIONEM non erat necessarium.* Inde vel ideo iniicio, per PRAETORIAM ACTIONEM hanc que-

relam intelligi, quia hereditatis petitio possessoria esse nequit, cum illa requirat honorum possessionem, quam Praetor exheredatis propter hunc Pauli locum et l. 3. pr. *D. de B. P. contra tabb.* non pollicetur; de alia Praetoria actione vero (si non est querela haec) non constat, quae ad hunc casum applicari possit *conf. PITHAEVS collat. leg. Mosaic. et Rom. 16. v. 3.*



test. quia furiosi ex principiis legum XII. tabb. potestate testamenta condendi, destituti erant. Sub hoc itaque colore testamentum inofficiosum declarabant, in quo parentes tam maligne de sanguine suo iudicassent, ut posteritati parum aut nihil reliquissent, et dabant querelam inofficiosi testamenti ad totum testamentum tam quoad heredis institutionem, quam quoad cetera capita, sub hoc colore rescindendum *l. c. §. 1. D. b. t.* Nec hic admittebatur probatio contrarii, testatorem fuisse integrae mentis, quia ipsa exhereditatio vel praeteritio furorem satis arguit. Hanc vero Praetorum dispositionem in Digesta relata, ab ipso Imperatore IUSTINIANO sublatam esse legimus ex *Nov. 115. c. 3 in f. et c. 4 in f.* ita, ut querela inofficiosi instituta, et victoria obtenta, non totum testamentum, sed tantum heredis institutio rescindatur, legata vero aliaque capita sint salva. Hinc autem merito concludo, Iustinianum hunc colorem insanæ mentis per *Nov. 115* sustulisse, quod ex conseruatione reliquorum capitulorum praeter heredis institutionem apparet: alias enim quum furiosus plane non gaudeat testamentum condendi facultate, ius antiquum omnino obtinere et totum testamentum corruiere deberet. Sed vid. dissent. BACHOVIVM *ad Treutl. b. t. th. 6. E.* Verum eius argumenta non sunt eius roboris, ut calculum illis nostrum apponamus. Eodem modo iudicet sanus Lector de sententia VINNII in *Commentario ad Inst.*



*Inst. b. t. pr. n. 8* hodie fingendum esse testatorem furiosum fuisse, quum heredem institueret, sana autem mente polluisse; quum legata relinqueret. Nullus profecto pro parte sanus et furiosus fingi potest. Sane et ego non video ex quam ratione ad statuendum, hunc colorem esse sublatum, difficiles esse velinus, quum hodie haec querela ex noua Iustiniani constitutione definita ac Ius hereditibus necessariis datum est directo testamentum impugnandi. Imperator profecto Legislatorque non fingit sed iubet, et hoc quoque a nostro Imperatore in laudata Nouella factum esse, quilibet, vel me non monente, concedere debet.

§. 3.

III. *Iure Pandectarum haec querela obtinebat, si aliquid, sed non tota legitima relicta fuerit, quod iure Cadicis mutatum est.* Quum per colorem furoris sub quo Praetores introducebant querelam inofficiosi testamenti, defunctus plane inhabilis ad testandum fuisse fingeretur, primis temporibus necesse erat, vt illi, qui per eiusmodi testamentum se laesos esse credebant, vel totum testamentum per querelam inofficiosi euerterent, vel exclusionem ab hereditate aequo animo ferrent. Hanc vero dispositionem Imperator CONSTANTINVS per actionem mediam, qua nec testamentum impugnaretur,



rerur, nec legitimae aliquid decederet, immutauit, disponens, vt si filius in testamento patris minus quarta obtinuisset, quarta sibi a coheredibus fratribus citra inofficiosi querelam impleretur. PAVL. L. 4. sent. tit. 5. §. 7. idem produceretur ad eum casum, quoties defunctus iusserit, vt, si quid minus filiis sit relictum, quam modus quartae efflagitaret, id ipsum ab herede etiam extraneo eisdem in pecunia completeretur l. 46. C. Theod. de inoff. test. Querela tamen in eo casu nondum penitus fuit prohibita, sed institui potuit, quamuis pars legitimae tantum adempta esset, vt constat ex l. 8. §. 8. 9. D. de inoff. test. l. 30. 31. C. cod. l. 2. C. Gregor. cod. l. 1. C. de inoff. donat. Si enim testator id, quod minus forte legitima relictum esset, repleti iussisset, supplementum legitimae saluo testamento ab heredibus petitum est. Sin autem supplementi mentio facta non esset a testatore, querela inofficiosi testamenti, vtiq; impugnari potuit testamentum, vel IVSTINIANI temporibus adhuc obtinebat l. 30 C. de inoff. test. Ex iis vero, quae modo dicta sunt, satis manifestum est, ante Constitutionem IVSTINIANI nullam legem imposuisse heredibus obligationem, vt in eo casu, si testator minus legitima relinqueret alicui, nec eius quod deest repletionem iuberet, supplementum illud praestarent, quippe melius per querelam prospectum erat illis, quibus legitima deberur. Hoc postea a IVSTINIANO expresse per  

B leg.



*leg. 30. C. de inoff. test. et §. 3. Inst. eod. ira mutatum est, ut, si aliquid et non tota legitima iis, quibus debetur, relicta esset, non odiosa querela, sed actio suppletoria ad suppleendum, quod legitimae deest, institui possit. Quae autem actio suppletoria, cum a IVSTINIANO non determinatur, quo genere actionis utendum sit, recte condictio ex lege vocatur l. vn. ff. de cond. ex lege.*

§. 4.

IV. *Iure Pandectarum legitima quocumque titulo vel particulari vel universali relinqui poterat, quod iure Novellarum mutatum est. Ante Nov. 115 enim vel singulari vel universali titulo legitima relinqui poterat, uti apparet ex §. ult. Inst. de inoff. test. l. 8. §. 6. ff. eod. l. 35. §. 2 C. eod. Nov. 18. c. 1. Vnde consequitur eo tempore praeteriri potuisse illos, quibus legitima debetur, si vel alio modo defunctus illam adsignauerat. Nec hucusque distinguunt leges inter liberos, parentes et fratres. IVSTINIANVS vero per Nov. 115. c. 3. 4. et 5. ratione parentum et liberorum disposuit, ut illi heredes instituarentur; rationem de hac dispositione sistit l. vn. C. quand. non pet. pars. ut scilicet non aduentibus ceteris heredibus, possit filius iure accrescendi succedere, quod alias in vero legatario secus fuit, usque dum etiam de illo Nov. 1. c. 1. ius novum constituit. Ratione fratrum autem adhuc ius antiquum obtinet, quia*

IVSTI.



INSTITIANVS hac noua constitutione neque implicite neque explicite eos heredes institui iubet, sed speciatim de liberis *c. 3. cit. Nou.* ius nouum constituit, et eandem dispositionem iisdem fere verbis quoad parentes *c. 4.* diferte repetit. Nec interpretatio extensiva hic admitti potest. Rationem vero in eo positam esse credo, quod exhereditatio et praeteritio fratrum pro tanta injuria non haberetur, siquidem in plurimis casibus necesse non erat, illis vel minimum relinquere. Sufficiat differentiam iuris antiqui et noui inde diiudicandam. Reliquas iuris antiqui mutationes suo loco in speciali pertractatione adducam, et errores inde natos atque per obseruantiam fori approbatos demonstrabo.

§. 5.

Datis his principiis, me ad indagacionem quaestionis, *quando querela inofficiosi testamenti locum sibi vindicet, accingo.* Permultae enim opiniones et errores in foro obseruantur, vbi Practici a vera via aberrant, saepissime querelam nullitatis et inofficiosi testamenti confundentes. Iam vero locum habet querela inofficiosi testamenti, quando quis *rite* quidem, sed *inique* est exheredatus. *Rite* exheres factus autem ille dicitur, qui I) nominatim II) pure, non sub conditione *l. 3 §. 1. ff. de lib. et postb.* III) a tota hereditate *l. 19. ff. eod.* IV) ab omnibus heredibus et ab

B 2

omni



omni gradu l. 3. §. 2. 3. 6. ff. eod. est exclusus. Si ergo ex his requisitis vnum deest, datur nullitatis querela. *Inique* vero exheredatus ille dicitur, qui quidem rite est exclusus, neque tamen I) exheredationis causa reperitur in testamento expressa, aut II) si causa exheredationis quidem adiecta, sed in Nou. 115. c. 3. non fundataprehenditur, aut III) si causam exheredationis a testatore in testamento omnino expressam, inque *Nou. 115* esse approbatam, apparet, veritas autem causae adpositae probari non potest. At vno horum requisitorum deficiente exhereditio est iniqua, et querelae inofficiosi testamenti locum facit. Nonne autem, et me non monente, satis luculenter apparet, minus accurate *LVDVICVM in Doctr. Pand. tit. de inoffic. test. §. 10. et 11. et qui eum securus est GASSERVS in diff. de origine querelae inoff. §. 17 et 24.* rite et inique factam exheredationem explicuisse, atque maximas confusas harum vocum ideas proposuisse. Neque vanam esse verbi *rite* atque *inique* explanationem, quis non videt. Multum enim refert, vtrum querelae inofficiosi, an querelae nullitatis locus detur. Et quidem I) ratione durationis. Querela enim nullitatis, tanquam remedium iuris ciuiliis, praescribitur triginta demum annis l. 3. C. de praescript. 30. vel 40. annorum, querela vero inofficiosi testamenti, tanquam actio odiosa l. 16. et 37. C. de inoff. test. arctioribus limitibus est circumscripta, et per quinquennium tantum

con-



conceditur. II) Ratione effectus: Si enim testamentum querela nullitatis impugnatur, victoria obtenta, plane nullum declaratur, omnibus destituitur effectibus, omniaque eius capita corruunt, adeo, ut nihil virtutis atque efficaciae ipsi possit adtribui. Si vero testamentum querela inofficiosi impugnari potest, non totum corrumpitur testamentum, sed tantum heredis rescinditur institutio, reliquaque testamenti capita, ut legata, fideicommissa, tutoris datio, donatio, salva manent *Nou. 117. c. 3.* III) Ratione contumaciae: Si enim reo exceptio inofficiosi testamenti saltem competit, valet sententia contra heredem ab intestato contumacem et transit in rem iudicatam: contra vero, si reo exceptio nullitatis competit, non transit in rem iudicatam *vid. Schilterum Exerc. XIV §. 21.* IV) Ratione transicionis hereditariae: Querela nullitatis enim in heredes transit, non autem iure veteri querela inofficiosi testamenti, nisi praeparata, siue in forum a defuncto iam deducta *l. 6. §. f. l. 7. ff. l. 34. et penult. C. de inoff. test.* Iure novo ad descendentes etiam non praeparata transmittitur, ad extraneos autem non nisi praeparata *l. 34. l. penult. et ult. C. eod.* V) Addunt plures differentiam ratione legati, statuentes: illum, qui testamentum inofficiosum impugnat, legatum sibi relictum amittere *ob leg. 8. §. 14. ff. eod.* Econtrario, qui testamentum dicit nullum non amittat legatum *SCHILTER l. c. ob l. 5. §. 1.*



*ff. de his, quae ut indig.* Sed hunc errorem in sequentibus adducam. Limites itaque praestructi satis testantur de virtute huius susceptae explanationis.

TRACTATIO SPECIALIS

IN QVA

QVIDAM ERRORES CIRCA QVERELAM  
INOFFICIOSI TESTAMENTI  
TRADVNTVR.

E R R O R . I

**Q**uo vero serena fronte reliquis erroribus obuiam ire possimus: instituti ratio postulat, vt *Consult. HOMMELII in dissert. de victoria querelae inofficiosi tertio proficua*, aliorumque errorem detegamus eiusque refutationem suscipiamus. Suppeditat laudatus ICtus §. 9 hanc querelae inofficiosi testamenti, definitionem: *est praetoria hereditatis petitionis actio, qua testamentum, per quod vite quidem, est inique a debita hereditate excludimur, tanquam inofficiosum in totum petimus rescindendum.* An haec definitio principiis logices conueniat, aliorum disquisitioni relinquamus. Nos tantum consuetaria ex hac definitione in §. 12 deducta mouent, quibus asseritur, per querelam hanc totius testamenti rescissionem petendam esse. Ad huius theses defensionem sequentes, adfert rationes, quia

I) *in*



**F)** *in l. 28 ff. l. 28. 30. pr. et l. 34. C. de inoffic. test.* absque vlla certae partis facta mentione testamentum in genere rumpi atque rescindi dicitur. **II)** Si testamentum pro parte saltim rescinderetur, revera testator pro parte testatus, et pro parte intestatus decederet contra *l. 7. ff. de R. A.* Ad hanc secundam assertionis rationem duas obiectio- nes sibi format noster HOMMELIUS easque a se refuta- tas esse censet, quarum I) haec est: Hoc casu id non contingere facto testatoris qui condit testamentum, sum- mo iure in totum validum, sed facto legis, quae illud postmodum ex parte rescindat. Sed responsio ei in promptu est: hanc rescissionem fieri omnino ex facto te- statoris. Sine enim quis condat testamentum, ab initio statim ex parte nullum s. ex postfacto pro parte rescinden- dum, in effectu perinde est. Quae vero instantia mihi quidem haud fucata, sed non satis refutata videtur, qua propter id merito adhuc addo: hanc regulam tantum lo- cum sibi vindicare ratione initii; quia ab initio nemo ita testari potest, ut pro parte testatus, pro parte intestatus decedat, ex postfacto autem testamento, videlicet per querelam rescisso, pro parte intestatum reddi, absurdum non videtur *l. 15. in f. l. 19. et 24. ff. de querela inoff. test.* In persona enim testatoris hereditas tantum est individua, quia vna est, nec decedit pro parte intestatus, quia testa- mentum tunc adhuc ex omni parte validum est. In per-  
sonis



sonis vero heredum et legatariorum hereditas est diuidua, et quasi tot sunt hereditates, quot heredes et legatarii, ergo ex postfacto pro parte rescindi potest. Altera quam sibi format obiectionem haec est: falsam omnino hanc esse *cit. leg. 7.* regulam, cum aliis in locis plus simplici vice hoc Romani permiserint. Respondet vero, se non ignorare, regulas iuris ciuilibus tam firmas atque vniuersales haud esse, vt nullam prorsus exceptionem admittant, interim tamen semper firmas manere, in quantum contraria lege vel ratione non infringuntur. Haec vero responsio mihi non satisfacit: prouoco enim ad *Nou. us. c. 3.* vbi expresse haec lex per generalem constitutionem subla-  
*ta est. Ibi ita disponitur: Si vero contingat in quibusdam talibus testamentis, quaedam legata vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum donationes relinqui, vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari: EA OMNIA IVBEMVS ADIMPLERI, et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tanquam IN HOC NON RESCISSVM OBTINEAT TESTAMENTVM et in cit. Nou. cap. 4 in f. Sed RESCISSO TESTAMENTO, eis qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus: LEGATIS videlicet vel fideicommissis - - SVAM OBTINENTIBVS FIRMITATEM.* Verba! sole meridiano clariora, et legem posteriorem derogare priori, est regula ab vniuerso ICtorum ordine recepta. Ad corroborandam primam rationem Au-  
 ctor



ctor noster instantiam ex iam a me adductis verbis *cit.*  
*Nov.* sibi facit, et responder: hanc mutationem esse fa-  
 ctam contra omnem iuris Romani rationem, et forsân  
 suasu clerici, cui per testamenta magna plerumque relin-  
 quebantur legata, quae adeo per querelam hoc modo  
 everti aegre pariebantur. Ad haec ego ingenue respon-  
 debo, dissimulare enim mei ingenii non est. Omnia fate-  
 bor efficiamque summo studio, vt lectores nihil habeant  
 omnino, quod de me conquerantur. Lex ita scripta est.  
 Cuius autem instigatione ac suasu haec Constitutio lata, ni-  
 hil neque ad me neque ad Illustrem ICrorum ordinem  
 pertinet; alias omnes leges, quae suasu alicuius a legisla-  
 tore latae essent, (o Deus omen auertas in posterum)  
 abrogari deberent. Srat itaque nostra sententia firmo ni-  
 xa talo, per querelam inofficiosi testamenti non totum  
 corruere testamentum, sed tantum heredis institutionem,  
 reliqua vero testamenti capita salva manere, sed hoc ea  
 cum limitatione intelligi volo, nisi totum testamentum esset  
 inofficiosum, hoc enim in casu plane rescinderetur, quia  
 plane esset inofficiosum. Et hanc meam sententiam confir-  
 mat HAHN *ad Wesenbecium b. t. n. XI.* cum responso ex  
 Illustri Facultate Iurid. Helmst. de 1690 d. 20 Oct. in cau-  
 sa Prouisorum der Kirchen St. Martin: *Ob zwar heredis in-*  
*stitutio basis et fundamentum totius testamenti ist, und dem-*  
*nach wann selbige heredis institutio unkräftig, das ganze te-*

C

stamen-



*stamentum und folglich alles andere so in dem testamente praeter heredis institutionem enthalten, auch corruiren müsse. Diemeil aber iedoch die DD. und Communis Praxis dahin geben, daß obschon ein testament quoad heredis institutionem nicht bestehen kan, dennoch quoad cetera in eo relicta et disposita, und also auch quoad legata nichts desto weniger seine Kraft und Würckung habe, als stehen wir in denen rechtlichen Gedancken, daß, wann gleich ratione heredis institutionis, das testamentum der Frau W. nicht beständig, iedoch zum wenigsten derselben heredes ab intestato die darin verordnete legata denen Kirchen zu entrichten schuldig V. R. W. Quemadmodum vero per hanc querelam non totum testamentum, sed heredis institutio tantum rescinditur, ita quoque prono alueo fluit, definitionem huius querelae non conuenire suo definito. Quum vero, vtrum definitio querelae inofficiosi lata sit, quae cum nouis dispositionibus Iuris Nouellarum conueniat, dubitem, eam supeditandi animus mihi est. Querela inofficiosi testamenti est actio praetoria realis, quae datur illis, qui a legitima rite quidem sed inique sunt exclusi, aduersus heredem in hoc testamento scriptum, ad testamentum quoad heredis institutionem rescindendum, et hereditatem ab intestato auocandam. Hoc praemisso, feliciori successu susceptum meum prosequi et ei finem imponere audeo.*

ERROR.



ERROR. II.

Iure meritoque notandum esse et obseruantiae et ICrorum errorem credimus, ex quo tacitam querelae inofficiosi renunciationem ex legati petitione profluere fingunt. Plerique enim fouent errorem, quod, qui vel suo vel alieno nomine et quidem sponte aduocando scilicet, non vero ex necessitate officii, utpote si tutor nomine pupilli legatum acceperit, legatum ex tali testamento petit, vel ei oblatum accipit, tacite hoc testamentum agnouerit, adeoque huic querelae eo modo renunciauerit. Si itaque huic postea, hanc querelam in iudicio mouendi animus est, angebrachter massen a limine iudicii repellendum esse statuunt. Defensores huius opinionis inter ceteros sunt HEINECCIUS in *Elem. Iur. ciuil.* §. 584. n. 5. BERGER in *Oecon. Iur.* pag. m. 392. n. 3. WESENBECCIUS b. t. §. 6. HVBERS in *praelect. ad Inst. b. t.* §. 7. in f. et ad *Pand. b. t.* §. 18. in f. STRUVIUS in *Syntagm. Iur. Ciu. b. t.* HOPPIUS ad *Inst. b. t.* §. 4. LAVTERBACH in *Comp. Iur. b. t. et in Colleg. theor. pract. b. t.* §. 32. BOEHMERUS in *Doct. de Act. S. II. C. III.* §. 39. SCHILTER *Exerc. XIV.* §. 83. ENGELBRECHT b. t. §. 26. et plures alii, quorum nomina breuitatis causa praetermittere placet. Praedicti autem ICrorum Principes bene sciunt, ICtum sine lege loquentem omni autoritate destitutum esse. Qua propter opinionem sequentibus corroborare legibus intendunt,

C 2

nem-



nempe *leg. 8. §. 10. leg. 10. §. 1. et l. 12. §. vlt. D. de inoff. test.* Sed ipsae hae leges satis luculenter eorum demonstrant errorem. Quas ex iure antiquo, scilicet Digestis depromtas, quis ignorat? Nonne leges Digestorum per capita Nou. 115, mutatae et in totum fere abrogatae? Olim enim fundamenti loco ponebatur color siue fictio furoris in hac querela. Nemo vero pro parte sanus et insanus fingi poterat. Hinc efficiebatur, ut totum testamentum non valeret, adeoque omnia testamenti capita rescinderentur, corrumpente enim principali, corrumpit et accessorium. Qui itaque legatum sponte petebat suo vel alieno nomine, ille simul totum testamentum validum esse tacite declarabat, quia aliter facultate legatum in eo relictum petendi destitutus esset. Quoniam vero iure Nouellarum non totum testamentum corrumpit sed tantum heredis institutio, reliqua vero testamenti capita salua manent, nihilque commune habent cum rescissione testamenti, et ex eiusmodi testamento peti possunt; merito concludo, de eo, qui ad legatum vel fideicommissum siue suo, siue alieno nomine ex eiusmodi testamento consequendum sponte agit, non posse praedicari, quod tacite huic querelae renunciauerit, aut testamentum tanquam validum agnouerit. Aequitati potius et analogiae iuris magis consentaneum esse credo, inique exclusum, accepto legato, adhuc querelam hanc mouere posse. Nostram sententiam quoque stabili-



stabilitam reddit BAYERVS in *Del. Jur. Civ. ad Inst. b. t. pos. 23. et 24.*, ad *Pandect. b. t. pos. 35. et in Volckmanno emendato P. I. Tit. IV. c. 55. §. 12.* In foro vero proh dolor! constans ac pertinax grassatur obseruantia, illum, qui legatum suo vel alieno nomine sponte petit, querela inofficiosi testamenti amplius vti non posse. Iuris itaque principia secuturus barbaram hic obseruantiae tyrannidem inuenier.

ERROR. III.

Sunt quoque qui statuunt, testamentum esse ipso iure nullum, nec demum per querelam rescindendum, si causa exheredationis, quae continetur in *Nov. us. c. 3.* non sit expressa. Hunc errorem inter ceteros alunt COCCIVS in *I. Cont. b. t. qu. 7.* HEINECCIUS in *Inst. b. t. §. 582.* GASSERVS de *Origine Querelae inofficio. §. 24 et 28.* LVDOVICI in *Doct. Pand. b. t. §. 10.* BERGER in *Oecon. Iur. Lib. II. tit. IV. tb. 55. et in Resolut. Leg. Obst. b. t.* HAHN ad *Wesenbecium n. 7.* BACHOVIVS ad *Trentl. disp. XIII. tb. I.* BOEHMER in *Doct. de Act. Sect. II. Cap. III. §. 33. et in Doct. Pand. b. t. §. 12.* Hi ICti Praeclari argumentum ad stabiliendam suam opinionem a praeteritione deducere student. Si enim filiusfamilias, a patre est praeteritus, testamentum esse ipso iure nullum affirmant. Si itaque causa exheredationis non est expressa filius est



praeteritus, quia non legitime est exheredatus. Ergo testamentum in quo filius sine adiectione causae est exheredatus, est nullum. Sed quis, quaeso! est, qui non primo obrutu errorem sentiat. Regulam iam olim decantatam: qui bene distinguit, bene docet, inuenies neglectam. Nonne distinguendum est inter praeteritionem et exheredationem? *Praeteritio*, vt definitionem, ad differentiam luculenter demonstrandam, tradam, est: *omissio heredum ab intestato in testamento facta*. Praeteritio itaque fit silentio, quando scil. nulla institutionis vel exheredationis in testamento fit mentio. *Exhereditatio vero est personae, cui legitima debetur, ab hereditate exclusio*. Si itaque pater in testamento scripserit: *filius meus exheres esto*. Num haec formula pro praeteritione, an potius pro exheredatione est habenda? Estne haec exhereditatio nominatim et pure facta? Si vero quis nominatim et pure exheredatus est, a nemine ei conceditur querela nullitatis, sed inofficiosi querela, licet causa exheredationis non sit expressa. Inde itaque pater error Ictorum de republica litteraria bene meritorum. Qua propter contrariam probationem huius theos in me suscipiam, et demonstrabo, nominatim et pure exheredatum, licet causa non adiecta sit, querela inofficiosi experiri posse ac debere. Testamentum quod nullum est, nullum effectum producit et totum corrui, non quoad heredis institutionem solum, verum etiam



etiam quoad legata et reliqua testamenti capita. At testamentum per querelam inofficiosi rescissum non in totum corrui, sed legata reliquaque capita praeter heredis institutionem manent salua *per err. I. In Nou. us. c. 3. in f.* enim expresse disponitur, testamentum, in quo causa exheredationis non adscripta, tantum ratione heredis institutionis rescindi, ratione reliquorum capitum autem subsistere debere. Quae verba in *Nou. laudata capite 4. in fine* ad verbum repetita inuenimus. Si autem verum est, eiusmodi testamentum, ob causam exheredationis inofficiam, non in totum rescindi, sequitur in hoc casu non querelam nullitatis, quae ad omnia capita testamenti resoluenda tendit, sed querelam inofficiosi testamenti locum habere.

#### ERROR. IV.

Iam meis oculis obseruatur eorum opinio, qui posthumis aditum ad hanc querelam inofficiosi denegare contendunt. In quorum numero inuenio COCCIVM in *Jur. Contr. b. t. qu. 14.* HEINECCIUM in *Elem. Jur. Ciu. b. t. §. 583.* ENGELBRECHT *b. t. §. 25.* Ceteri vero, hanc quaestionem silentio praeterire videntur; qua propter, quid ego sentiam, communicare haud dubitavi. Olim posthumi tanquam personae incertae ne heredes quidem intuitui poterant §. 25. *Inst. de legatis*, adeoque multo minus



nus exheredatione nominatim facta opus erat. Sed sufficiebat eos esse praeteritos. Postea vero introductum est, ut aut nominatim exheredarentur aut instituerentur *l. 10. ff. de lib. et post. §. 1. Inst. de exhered. lib.* De qua noua dispositione duplex ratio reddi potest; quia 1) nasciturus habetur pro iam nato, si agitur de ipsius commodo *l. 7. D. de stat. hom.* 2) quia IUSTINIANVS correcturus antiquam subtilitatem, nouas edidit constitutiones, ut et incertis personis aliquid, vel heredis institutione vel alio modo, in vltima voluntate relinqui possit *§. 25. Inst. de legat. et §. 1. Inst. de bonor. poss.* Iam vero Imperator disponit in *§. 5. Inst. de exhered. lib.* expressis verbis, ut idem ac simile ius in natis ac posthumis valere debeat, quae dispositio quoque in *l. 3. et 30. §. 1. C. de inoff. test.* confirmata est. Ex dictis itaque sequitur, posthumis si solummodo a patre praeteriti sint, competere querelam nullitatis; si vero sint nominatim exheredati querelam inofficiosi eos mouere posse. Causa enim exheredationis a patre exprimi non potuit, quia hae causae semper dolum praesupponunt, qui vero nondum natus est, dolose agere nequit. Supra vero in *Err. 3* demonstratum est, eum quoque posse hanc querelam mouere, qui nominatim exheres scriptus est, licet causa exheredationis non sit adiecta. Sequitur itaque, quod posthumis haec querela inofficiosi non sit deneganda. Consentit LAVTERBACH in *Comp. Iur. h. t.*

ERROR.



ERROR. V.

Neque eorum nobis placet opinio, qui statuunt, emancipatos cum hac querela haud esse admittendos. Huic opinioni insistent MEINECCIUS in *Elem. Jur. civ.* §. 583. HUBERUS in *pralect. ad Inst. tit. de exhered. lib.* §. 7. BOEHMER de *querela inoffic. fratrum consangu.* §. 8. HAHN ad *Wesenbecium tit. de lib. et postb. n. 4. et ab eo allegatus BACHOVIVS.* Quum vero hanc iniquitatem aequo animo ferre non possim, merito ex principiis iuris contrariam sententiam tuebor. Verum quidem est, olim emancipatos nec institui heredes, nec exheredari oportuisse, quia pro extraneis habebantur *l. 3. §. 1. D. de cap. demin.* PRAETOR tamen postea iis succurrebat, bonorum possessione contra tabulas, si vel non instituti, vel masculi nominatim, feminae inter ceteros essent exheredati. §. 3. *Inst. de exhered. lib.* At neminem fugit, IVSTINIANVM discrimen inter suos et emancipatos liberos, de quo §. 3. *et 4. Inst. de exhered. lib.* locutus fuerat, plane sustulisse, per §. 5. *Inst. eod.* expresse disponens, emancipatos aeque ac suos, vel heredes institui, vel nominatim exheredari debere. Ex quibus itaque sequitur, IVSTINIANVM ius simile in omnibus esse voluisse, ita ut omnes, emancipati quoque, aut instituantur, aut exheredentur. Et haec mea interpretatio inde confirmatur, quod IVSTINIANVS in *Nou. 115. et 118.* nullo modo inter suos et emancipatos amplius distin-



distinguat. Adeoque vti suis, ita et emancipatis competit pro diuerso casu vel querela inofficiosi testamenti vel nullitatis. Huic sententiae subscribit LAVTERBACH in *Comp. Iur. b. t.*

ERROR. VI.

Omnes Doctores et ipsam fori obseruantiam excruciat illa famosa opinio, quod inofficiosi testamenti querelam instituenti et succumbenti, ex eiusmodi testamento aliquid capiendi facultatem denegent, si ei legatum, vel aliud quid in illo relictum fuerit. Hanc opinionem strenue defendunt SCHILTER *Exerc. XIV. §. 21.* BEYER in *Delin. Iur. Ciu. ad ff. b. t. pos. 36.* HEINECCIUS in *Elem. Iur. Ciu. h. t. §. 584.* LVDOVICI in *Doct. Pand. b. t. §. 12.* LAVTERBACH in *Comp. Iur. b. t. et in Colleg. theor. pract. b. t. §. 31.* RICHTER *P. 1. dec. 42. n. 12.* HOPPIUS in *Comment. ad Inst. Lib. II. Tit. XVIII.* COCCCIUS in *Iur. Cont. b. t. qu. 24.* BERGER in *O. I. Lib. II. Thef. 56.* STRVVIVS in *S. I. C. exerc. X. tb. 28.* BOEHMER in *Act. Sect. II. Cap. III. §. 32.* HAHN ad *Wesfnb. b. t. n. X.* ENGELBRECHT *b. t. §. 37.* Rationem quoque sui adferri adferunt: indignus iis videatur liberalitate testatoris, qui iudicium eius improbauit, eumque dementiae arguit. Qua propter legatum tanquam indigno ablatum fisco vindicandum credunt. Quoniam vero Doctori sine lege loquenti non creditur, ipsorum opinionem vnanimiter

per



per l. 8. §. 14. D. de inoff. test. confirmare cupiunt, quae lex ita sonat: *Meminisse autem oportebit, cum qui testamentum inofficiosum improbe dixit, et non obtinuit, id quod in testamento accepit, perdere, et id fisco vindicari, quasi indigno ablatum. Sed ei demum aufertur, quod testamentum datum est, qui usque ad sententiam iudicum lite improba perseverauerit: ceterum si ante sententiam desistit, vel decessit, non ei aufertur, quod datum est.* Profecto verba legis sunt clara, et magnam auctoritatem huius opinionis defensoribus conciliare viderentur; nisi lex 17. D. de legib. nos doceret: *Scire leges, non est verba tantum tenere, sed vim ac potestatem legum;* Ictum itaque decet, vel potius vi officii ei iniunctum est, et in hoc casu in ipsam huius legis rationem inquirere. Ratio autem huius legis in eo fundata est, quod secundum ius antiquum, ille, qui tale testamentum condiderat, in quo ii, quibus debebatur legitima, erant exclusi, tempore quo testamentum concederet, furore ac insania laborasse, fingeretur, quod in §. 2. probatum dedimus. Ex quo simul consequebatur, quod ille, qui querelam inofficiosi mouebat, testatorem insaniae ac furoris accusaret. Si itaque cum hac querela remoueretur atque succumberet, testatorem iniuria adfecisse videbatur. In poenam ergo huius iniuriae omnibus in hoc testamento ei relictis, per hanc legem priuabatur. Sic disposuerat ius antiquum. Ex hac ratione totum te-  
D 2
stamen-



stamentum corruebat. Atque ex hac ratione amittebat ille legatum, qui hac querela testamentum rescindere conatus erat. Quum vero Ius Nouellarum hunc colorem insanæ mentis sustulerit, ipsa poena, qua in hac querela succumbens legatum perdit, sublata non solum esse debet, sed etiam per verba *Nou. 15. c. 3.* sublata est. Verba huius Nou. iam in *errore 1.* a me allata sunt, qua propter hoc labore hic supersedeo. Ex hac IMPERATORIS dispositione quilibet, vel me non monente, intelliget eius mentem, quæ eo tendit, quod non, vt iure antiquo, totum testamentum inofficiosum rescindi debeat, sed tantum quoad heredis institutionem, reterentis reliquis testamenti capitibus. Inde autem prono alueo sequitur, IMPERATOREM antiquam fictionem, testatorem eo tempore non sanæ mentis fuisse, quum eiusmodi testamentum iniquum conderet, plane sustulisse, quia alias, vt iam supra §. 2. monui, si iste color insanæ mentis remansisset, nihil ex eiusmodi testamento subsistere potuisset, quum fictio idem operetur, quod veritas, et nemo pro parte sanus, et pro parte insanus fingi possit. Si vero hæc legis explicatio cum intentione IMPERATORIS ac sana ratione conueniret, sequeretur porro, iniuriam quoque cessare debere, qua instituens querelam inofficiosi testatorem adfuisse credebatur. Quum vero hæc iniuria cesset, cessare quoque debet poena amissionis legati in eiusmodi testamen-



stamento relictī, qua eum, qui querelam inofficioſi teſtamenti mouet, ſi ſuccumbat, puniendum, cenſent, quamuis haec poena tantum ob hanc iniuriam teſtatori illatam eſſet ſtatuta. Sed etiamſi quis, contenderet, querelam inofficioſi teſtamenti inſtituentem adhuc in teſtatoſem iniurium eſſe, nihil impedit, quo minus hoc concedamus; Attamen ſemper veritati ac ſanae rationi conſentaneum manet, hanc iniuriam non grauiorem eſſe illa, quam is committit, qui querela nullitatis vtitur. Quum vero ille, qui querelam nullitatis intentat, et ſuccumbit, legata non amittat, quod omnes vnanimi concedunt conſenſu, ita nec is, qui querelam inofficioſi teſtamenti inſtituit et ſuccumbit, iure Nouellarum cum amiſſione legati puniri debet. Sed proh dolor! obſeruantia fori tyrannis pertinax hanc aequitatem cum legibus conuenientem non agnoſcit, legata, ſuccumbenti aſtori rapta, fiſco adiudicans.

ERROR. VII.

Iamiam alium Doſtorum errorem, quo minus reſelamus et veritatem defendamus, quid impedit. Plurimi credunt filiumfamilias de bonis caſtreſibus et quaſi caſtreſibus teſtamentem, parentibus legitimam relinquere teneri, et hoc non obſeruato, teſtamentum querela inofficioſi poſſe impugnari. Hanc opinionem defendit STRUVIUS in S. I. Ciu. Exerc. X. theſ. 39. TREVTLERVS l. r.



§. 3. HEINECCIUS in E. I. Ciu. §. 507. BAYER Delin. I. Ciu. b. t. pos. II. Refugium quaerunt laudati Autores in Nou. us. c. 4. pr. vbi ita dispositum legimus: *Sancimus itaque, non licere liberis, parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eas omnino alienare, nisi causas, quas enarrauimus, in suis testamentis specialiter nominauerint.* His verbis perspicue probari credunt, liberos esse obstrictos, parentibus legitimam relinquere, secus si fecerint, eiusmodi testamentum querela inofficiosi impugnari posse. HAHN vero ad *Wesnb. b. t. n. 9. et SCHILTER Exerc. 38. §. 114.* hanc legem eo restringendam volunt, quod IVSTINIANVS tantum de testamentis paganis non de militaribus disposuerit, et quod Imperator tantum intenderit, licentiam exheredandi restringere, minime vero priuilegium militare tollere. Ego vero plane in contrariam abire cogor sententiam, statuens: liberos de bonis castrensibus et quasi castrensibus libere testamentum condere posse, nec parentibus legitimam relinquere teneri, nec eiusmodi testamentum querela inofficiosi impugnari posse. Sententiam meam stabiliri posse, credo, per l. f. *Cod. de inoff. test.* vbi ita legitur: *In his itaque omnibus sancimus, ( quia ad imitationem peculii castrensis, quasi castrense peculium superuenit ) omnes, qui tale peculium possident, super ipsis tantummodo rebus, quae quasi castrensis peculii sunt, ultima condere (secum-*



candum leges tamen) posse elogia: Hoc nibileminus eis addito privilegio, ut neque eorum testamenta inofficiosi querela expugnentur etc. Quae verba clare indicant, filiumfamilias paganum de suo peculio castrensi vel quasi pro lubitu testari et parentes excludere posse, neque his exclusis querelam inofficiosi competere. Verum quidem est, quod per Nou. 115. in genere dispositum sit, non licere liberis parentes suos praeterire. Iam vero haec Nouella tanquam posterior, derogat leg. f. C. de inoff. test. Sed quis est qui nesciat, privilegia anteriora per generalem constitutionem posteriorem non tolli. Cui adhuc accedit, quod Nou. 115. Calend. Febr. Constantinop. Dn. Iust. P. P. Aug. an. 15. id est A. N. C. 541. Basilio V. C. conf. indict. IV. lata sit, Nouella vero 123. demum Calend. Maii Constantinop. Dn. Iust. P. P. Aug. an. 20. id est A. N. C. 546. post conf. Basil. an. 5. indict. IX. et per hanc Nou. 123. cap. 19. sublatum sit dictae legis in filiis clericis privilegium, quo non opus fuisset demum A. 546, si privilegium illud iam A. 541. in totum per Nou. 115. abrogatum fuisset. Quod autem expresse correctum non est, cur stare prohibetur? l. 27. C. de test. l. 32. §. f. C. de appel. Nou. itaque 115. tantum loquitur de filiis emancipatis, et confirmat l. f. C. de inoff. test. vbi iam in §. 2. dispositum est: Sed hoc obtinere oportet, donec in sacris parentum suorum constituti sunt hi, qui quasi castrense peculium



*Utrum possident: Si enim sui iuris efficiantur, procul dubio est, eorum testamenta, et pro ipsis rebus, quas antea ex quasi castrensi, peculio habebant, posse de inofficioso querelam sustinere, cum neque nomen peculii permanet, sed aliis rebus confundatur cet. Ex dictis autem luculenter adparet, filiumfamilias paganum in patria potestate constitutum, de peculio castrensi et quasi castrensi libere disponere posse, et contra eius testamentum querelam inofficiosi locum non inuenire. Assertum meum quoque adfirmat BOEHMER in Intr. in Dig. b. t. §. 14. et COCCIVS in Iur. Cont. b. t. qu. 19.*

#### ERROR. VIII.

Neque eorum opinio nostram meretur adprobationem, qui uterinis aditum ad hanc querelam inofficiosi denegant. Principes huius famosae opinionis sunt HEINECCIUS in Elem. Iur. Ciu. §. 527. et 583. GASSERUS de origine querelae inofficiosi §. 19. FRANZK. b. t. n. 29. LAVTERBACH in Colleg. theor. pract. b. t. §. 21. et in Comp. Iur. b. t. CVIACIUS ad Nou. 87. ENGELBRECHT b. t. §. 25. REINOLDVS de causis, in quibus nunc querela inoffic. test. est necessaria §. 14. HAHN ad Wesenbec. b. t. n. 6. HOMMEL. de Victoria querelae inoff. tertio proficua §. 23. et Conf. PÜTTMANNVS de querela inoff. test. fratribus uterinis haud concedenda. Concedunt quidem allegati auctores, ius succeden-







erat, nondum Iure Ciuili competeret, hic quoque articulus in *l. 27. all.* non mutatus relinquebatur. Iam vero anno 532. Imp. IVSTINIANVS per specialem decisionem quae continetur in *l. 14. C. de leg. hered.* disposuit, vt liberi sororis vterinae vna cum germanis eorumque liberis ad successionem admitterentur. Hanc vero Constitutionem postea anno 534. per nouam legem scil. *ultimam C. de legit. hered.* ita declarauit, vt fratres vterini vna cum consanguineis ad successionem ab intestato venirent. Attamen mirandum est, *l. 27. C. de inoff. test.* anno 534. Codici R. P. insertam, quum per *leg. vlt. all.* iam sublatam eam esse constet. Triplici vero ratione hoc defendi posse credo. Primo enim ex subscriptione *legis vlt. C. de leg. hered.* patet, eam Idibus Octobris promulgatam esse. Pone autem *legem 27. cit.* mense Iunio aut Iulio compositam esse, sequeretur, Compilatores iure meritoque hanc legem Codici R. P. inferere debuisse, cum eo tempore nondum sublata esset. Deinde si etiam concederemus, laudatam *legem vlt.* iam fuisse publicatam, cum *l. 27.* compilaretur; attamen larga manu nobis se offerunt eiusmodi exempla, leges se inuicem derogantes Codici esse insertas, vid. *leg. 34. et 36. §. vlt. C. de donat.* Qua propter merito concludo, compilatorem huius legis, mutationem hanc suscipere, necessarium haud existimasse, quia iam regula adoptata erat: *lex IVSTINIANI derogat legi CONSTANTINI.* Aut tandem



dem creditu verifimile est, Compilatorem, cum haec noua iura conderet, et vterinos cum consanguineis exaequaret, non cogitasse CONSTANTINI Constitutionem. Si autem ex adductis factis superque pater, *leg. 27. C. de inoff. test.* esse per *leg. 15. C. de legit. hered.* sublatam, sequeretur porro, omne impedimentum, vi cuius olim vterinis aditus ad hanc querelam praecclusus erat, cessare debere. Et haec noua iuris dispositio postea per *Nou. 118. C. 4.* magis magisque corroboratur, cum Imperator in hac Nouella omne discrimen inter agnatos et cognatos sustulerit, constituens, fratres vnilaterales h. e. qui ex vno parente coniuncti sunt defuncto, siue per patrem solum siue per matrem, ad hereditatem admitti, adeoque etiam fratrum germanorum liberis tantum existentibus postponi debere. Si autem verum est, quod olim vel ideo vterinis haec querela denegaretur, quia ob defectum vinculi agnationis, non habebant ius succedendi, et hoc discrimen agnationis cognationisque per saepe laudatas leges sublatum, simulque ius succedendi iis concessum sit, merito a successione ab intestato ad querelam inofficiosi valer consequentia. Quod et inde confirmatur, quia IUSTINIANVS in *Nou. 118. c. 4.* de omni successione, quae immediate ex lege descendit, locurus est, his verbis: *Nullam vero volumus esse differentiam IN QUACUNQUE SUCCESSIONE aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocan-*



cantur, masculos aut feminas, quod ad hereditatem communiter definitivum vocari, siue per masculi siue per feminae personam defuncto iungebantur, sed in OMNIBVS SVCCESIONIBVS agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus. Neque obstat, IMPERATOREM in sequentibus solummodo successionis ab intestato mentionem facere, quod ea de causa factum fuisse videtur, quo ea quae generaliter de successione in antecedentibus ordinauerat, ad singularem illam speciem applicaret, de qua in prioribus huius Nouellae capitibus disposuerat. Stat itaque sententia nostra: vereris competere inofficiosi querelam. Confirmat hanc thesin BOEHMER in Dissert. de querela inofficiosi fratrum consanguineorum, et qui eius vestigia pressit B. HEINEKEN, quem etiam post fata inter nostros Commilitones veneramus, in diss. de parentibus et fratribus ex leg. 30. Cod. de inoffic. testamento agere valentibus.

ERROR. IX.

Fere inter omnes, immo etiam in foro obtinet opinio, onus probandi, se non fuisse ingratos, incumbere fratribus. Hanc opinionem alunt GASSERVS de origine querelae inoff. §. 29. in not. BOEHMER in Doct. Pand. tit. de liberis et postb. §. 31. HOPPIVS in Exam. ad tit. de exhered. lib. qu. 26. et in Comment. ad Inst. cit. tit. §. 1. STRUVIVS in Iurispr. R. G. lib. II. tit. 17. et in Synt. I. C. Exerc. X. ht.



X. ib. 18. STRYCK in V. M. tit. de inoff. test. §. 15. TRI-  
 TIVS in h. pr. R. G. Lib. VII. C. 14. §. 19. Omnes alle-  
 gati Auctores ad unum omnes in eo consentiunt, quod  
 frater onus probandi in se suscipere teneatur, se infidias  
 vitae non struxisse, nec cum capitalis criminis accusasse,  
 neque se fratri dolo aut lata culpa magnam bonorum ia-  
 cturam intulisse. Dissidentes opinionem suam per l. 3. §.  
 et §. 1. D. l. 23. C. de inoff. test. l. 2. C. de probat. corrobo-  
 rari credunt. Sed ut breuibus praecidam, credo omnes  
 has leges esse per Nou. 15. c. 3. abrogatas, quia RVSTI-  
 NIANVS illud testamentum inofficiosum esse, statuit, quo  
 heres institutus illum, cui legitima debetur, fuisse ingra-  
 tum, in probatione succumbar. Neque video, cur diuer-  
 sa iura in liberis parentibusque exheredibus, et in fratri-  
 bus obtinere debeant, praesertim cum eadem ratio adsit,  
 ubi vero eadem est ratio, ibi quoque eadem legis disposi-  
 tio esse debet. Quum vero heredi instituto, exhereda-  
 ris liberis et parentibus, onus probandi iniungitur, eo-  
 dem modo ob eandem rationem, fratribus exheredaris,  
 heredi instituto probatio iniungenda erit. Et quis quae-  
 so! est, qui regulam quilibet praesumitur bonus, donec  
 probeatur contrarium, ignorat. Nonne debet ob hanc  
 regulam, cum nulla adest in legibus fundata exceptio,  
 de fratre praesumi, eum fuisse bonum ac gratum, donec  
 heres institutus contrarium probauerit? Quis porro iure



reiiicit regulam: Affirmanti incumbit probatio, non neganti. Ex qualuce meridiano clarius sequitur: Heredem institutum probare debere, fratrem fuisse ingratum. Quilibet etiam, qui mente sana in corpore sano praedurus est, mecum consentire debet, probationem mere negatiuam esse plane impossibilem, quapropter etiam Imperator *in l. 23. C. de probat.* expresse sancit: negantis per rerum naturam nullam esse probationem. Sed fac, negatiue aliquid probari posse, quis mortalium est tam ingeniosus, ut hunc modum probandi nos doceat? Fortasse per testes, per documenta, aut alia ratione? Sed attendas velim, quod singulis articulis subicere debeas: dieser Articulus ist negatiuus, und beruhet in praesumptione iuris. Hoc vero si verum est, nulla probatio fratri imponi potest, quia iura nostra id praesumunt, quod ut proberur, est impossibile, et non probatum quoque credi debet. At obicietur nobis fortasse, actorem reo iuramentum deferre posse, quod si heres institutus praestare recuset, testamentum esse rescissum et fratrem obtinere hereditatem ab intestato. Verba profecto bene excogitata! Sed quae-so! cogites, an hoc sit probare, cum omnia fidei ac religioni alterius committis, et perpendas, an non ille, qui iam infamia quadam laboret exoptatam hanc occasionem arrepturus sit, ad amplam hereditatem consequendam, cum tantum de credulitate, quia est factum alienum, iu-

rare



rare debeat. Facile quoque heres credere potest, fratrem ingratum fuisse, quia ipse testator eum ingratum declaravit. His exaratis, stat nostra sententia, heredem institutum probare debere, fratrem fuisse ingratum, quod placet etiam GRIBNERO *in diss. utrum fratres instituta quærela inofficiosi probare teneantur, se non fuisse ingratos.*

ERROR. X.

Neque eorum opinio nobis arridet, qui contendunt, legitime exheredatos quoad computationem legitimæ non esse connumerandos, sed pro mortuis habendos. Placet hæc opinio BOEHMERO *in Introd. in Dig. b. t. §. 6.* BERLICH. *P. II. concl. 12.* BRUNNEMANNO *ad l. 10. §. 4. D. de B. P. cont. tabb.* CARPZOV. *P. III. Const. 10. Def. 12. et 13.* LUDOVICI *in Doct. Pand. b. t. §. 6.* Aduersarii pro adstruenda sua adfertione hoc fundamento nituntur, quod exheredatus pro mortuo habeatur *l. 1. §. 5. D. de coniung. cum emanc.* indeque eos numerari non posse credunt. Concedo quidem exheredatum haberi pro mortuo respectu successionis ex testamento, quo exclusus est, non vero respectu successionis ab intestato; legitima autem est portio eius, non quod ex testamento, sed ab intestato relictum est. Præterea fictio iuris in *l. 1. §. 5. all.* tantum obrinet in casu ficto; in lege enim allegata fictio in fauorem succedentium est introducta, quæ in odium eorum detor-



detorqueri nequit, neque delictum exheredati aliis nocere potest, quod omnino fieret, si exheredatus non connumeraretur. Ratio itaque huius fictionis est, ut liberi exheredati, iure repraesentationis vna cum reliquis in aui bona, qui filium exheredavit, succedere queant *L. l. §. 5. all.* Repraesentare autem viuum nullo modo possent, nisi sicte pro mortuo haberetur. Ex quibus porro pater, quod, si e duobus liberis vnus est exheredatus, non augetur alterius legitima, sed maneat tertia pars dimidiae hereditatis, si vero ex quinque vnus est exheredatus, augetur legitima, et fit semis ac si quinque essent; vid. merito *leg. 3. §. 8. D. de inoffic. test.* In meam partem abire video BAYERVM in *Del. I. C. b. t. pos. 28. sequ.* COCCIVM in *Iur. Cont. b. t. qu. 29.*

ERROR. XI

Iamiam operae quoque pretium erit eorum errori obuiam ire, qui statuunt; praeteritionem parentum a liberis, vel liberorum suorum et emancipatorum a patre factam, esse loco exheredationis, adeoque querelam inofficiosi locum inuenire. Fautores huius adferri se praebent HEINECCIUS in *Elem. Iur. Ciu. b. t. §. 582. et 583.* STRYCK in *V. M. 16. t. §. 7.* GAILIVS *L. II. obs. 15. n. 1.* CARPZ. *P. III. Const. 9. Def. 3.* BRUNNEMANN. *P. V. Dec. 26. et ad Auth. Ex causa C. de lib. pract. n. 3. 4. 7.*  
 Quo-



Quoniam vero fundamento eorum opinio nitatur non factis perspectum habeo. Prouocant quidem ad *Nou 15. c. 3. pr.* ubi dispositum legimus: *Sancimus igitur, non licere penitus patri, vel matri, aut auo, vel auiae - - - liberos praeterire, aut exheredes in suo facere testamento* etc. Sed cuilibet textum inspicienti facile patebit, IMPERATOREM secundum iuris renorem disposuisse, et praeteritionem ad matrem, exheredationem vero ad patrem restrinxisse. Sententia itaque IMPERATORIS est, quod patri et auo non liceat exheredare, sicuti nec matri nec auiae praeterire liberos, nisi causa exheredationis sit adiecta. Cum enim parentes paterni sint alii, alii materni, praedicta haec referuntur ad subiecta, quibus ex iuris ratione conveniunt. Arridet itaque contraria sententia, praeteritionem parentum a liberis, suorum emancipatorumque a patre non esse loco exheredationis, adeoque ob praeteritionem non inofficiosi, sed nullitatis querelam locum habere. Quam vero differentiam exheredatio et praeteritio constituent iam *Error IV.* docet. Filium exheredem scribere vel praeterire patri antiquissimis temporibus licebat *vid. §. 1. Diff.* Iure vero nouo, si filius a patre est exheredatus, licet ex iniusta causa, valet testamentum, et tantum per querelam inofficiosi quoad heredis institutionem rescinditur. Si vero filius a patre est praeteritus, licet ex iusta causa nihilominus testamentum

F

decla-



declaratur nullum. Ex quibus omnibus satis apparet, quantum inter exheredationem et praeteritionem discrimen versetur. Haec nostra sententia confirmatur per *pr. Inst. de exhered. lib.* ubi expressis verbis sancitum: *sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum heredem instituat, vel exheredem eum nominatim faciat, alioquin, si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur.* Si itaque filius nec institutus nec expresse exheredatus est, testamentum est nullum et nullitatis querela locum inuenit. Quae constitutio cum nullibi immutata sit, adhuc valere debet. Hoc vero privilegium praeterendi militi, matri et maternis adscendentibus tantum concessum est per §. 6. et 7. *Inst. de exhered. liber.* quod nullo modo, cum privilegia strictissimae interpretationis sint, ad patrem extendi potest. In hoc itaque casu praeteritio eundem habet effectum, quem exhereditio, et nihil haecenus mutatum apparet. Huic sententiae subscribunt LAVTERBACH *b. t. et coccivus b. t. qu. 5.*

## ERROR. XII.

Quo vero ad finem instituti progrediar, hic error agmen claudat: totum corruiere testamentum tam quoad heredis institutionem, quam quoad legata, fideicommissa, ceteraque testamenti capita; si collateralis contra collateralis testamentum querelam inofficiosi instituat.

Defen-



Defensores huius opinionis sunt: BOEHMER in *Doct. Pand. b. t. §. 18.* LUDOVICI in *Doct. Pand. b. t. §. 15.* LAUTERBACH in *Comp. Iur. b. t.* HOPP ad *Inst. b. t. p. 419.* GAIL. *L. ii. obs. 113. n. 7.* GASSERVS de *origine querelae inofficiosi §. 31.* Laudati Defensores asylum quaerunt in vetere principio: *corruente principali, corruiere quoque accessorium.* Quod quidem principium, in parentum liberorumque testamento omni efficacia ac vi destitutum esse contendunt ob *Nou. 15.* Quum vero nihil de collateralibus in ea dispositum legitur, merito huic principio ratione collateralium insistendum esse, credunt. Quod etiam corroborari arbitrantur, quia in *Nou. 22. c. 47.* nihil hac de re immutatum inuenitur. Si vero Ictum decet, aequitatem et analogiam iuris sequi, hanc opinionem optimo iure reiicimus. Licet enim in *Nou. 22. c. 47.* et *Nou. 15. c. 3.* parentibus liberisque ius datum sit, heredis institutionem rescindendi, ceteris testamenti capitibus saluis, non inde efficitur, hoc ius ad collaterales si hac querela vti velint, non esse extendendum. Sufficit enim 1) per *Nou. 15. c. 3.* fratribus competere ius testamentum fratris per querelam inofficiosi rumpendi. Haec querela vero non rescindit totum testamentum, sed heredis tantum institutionem per *Err. I.* adeoque in testamento fratris non plus operare potest, quam in testamento adscendentium descendantiumque. Neque alia adest ratio,



tio, ob quam fratribus haec querela datur, quam quae parentibus liberisque hanc querelam concessit. Vbi vero eadem est ratio legis, ibi quoque eadem legis dispositio, idemque legis effectus esse debet. Ex quibus autem constat, in *Nou. us.* sancita ad fratres, omnino pertinere. 2) Adest quoque necessaria consequentia, quia alias fratres melioris essent conditionis, quam parentes et liberi, quod absolum foret. Fratres vero essent melioris conditionis, si iis liceret totum testamentum expugnare, quod ne parentibus quidem vel liberis licitum, quorum conditio omnino melior esse debet. Consentiant

BAYER in *Del. I. Ciu. b. t. pos. 35.* COCCIVS  
in *I. Cont. b. t. qu. XI.*





GENEROSISSIMO AC PRAESTANTISSIMO

DOMINO RESPONDENTI

S. P. D.

PRAESES.

*Si in eo honestissimus quisque conuenit, quod iam olim VIR-  
GILIUS versibus celebrauit :*

*- - - famam extendere factis*

*hoc virtutis opus. - - -*

*Quid est, quod etiam TE, mi WITTORFF, ita alloqui, du-  
bitem, cum iam in eo sit, ut famam TVAM factis hodie  
extendas. Peruagata eadem est ab eodem tempore, quo Aca-  
demiam nostram Iuliam Carolinam salutasti, Praeceptores-  
que TVI illustri laude perspicui, tantum abest, ut industriae  
modestiaeque TVAE testes esse recuset, ut TE in optimorum  
nume-*



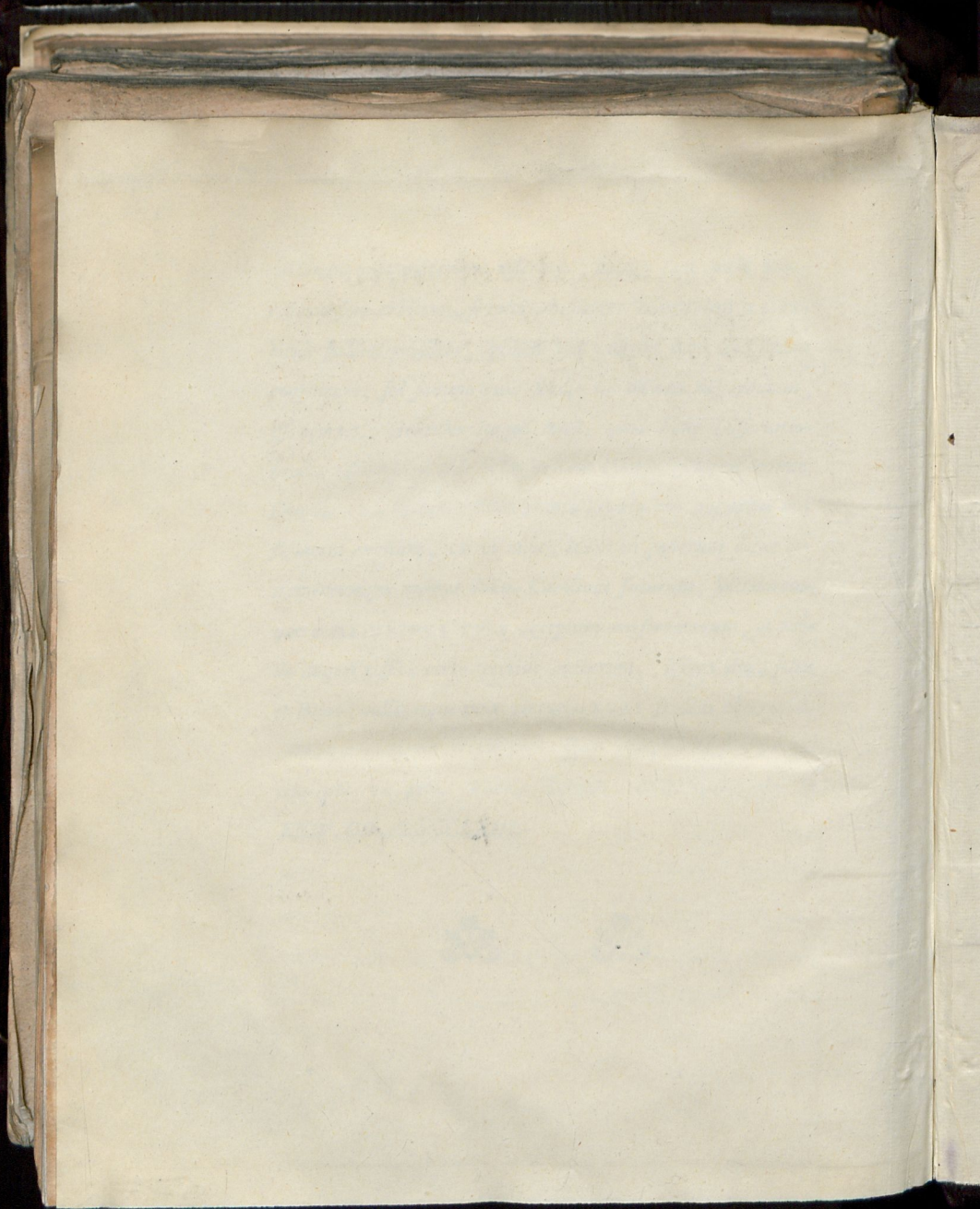
numerum iure meritoque referant. Et ego sane mihi honorificum fore arbitror, si inter Auditores meos talem TE ex-  
tritisse publice profiteor, qualem non vulgari iuris cognitione  
contentum, sed summo cum studio ad altiora aspirantem,  
esse oportet. Gratulor itaque mihi, quod hanc Dissertatio-  
nem a Themidis sede defendendam bilari susceperis animo.  
Omnia TVA suscepta felici euentu ornata me augurem non  
fallacem excitant, TE ut nunc, ita et in posterum decus or-  
namentumque nostrae Iuliae Carolinae futurum, splendorem-  
que a MAIORIBVS TVIS acceptum conseruaturum, et mo-  
do augeri possit, certo certius aucturum. Vinas diu, felix  
et sospes, colligasque mox virtutis TVAE fructus vberrimos.  
Amore prosequaris vt bastenus, ita et in posterum TE aman-  
tem abs TE peto. Vale, faueque. Dab. Helmstadii d.  
XXIV. Oct. c1c1cCCLXIII.













ULB Halle  
003 742 423

3



f

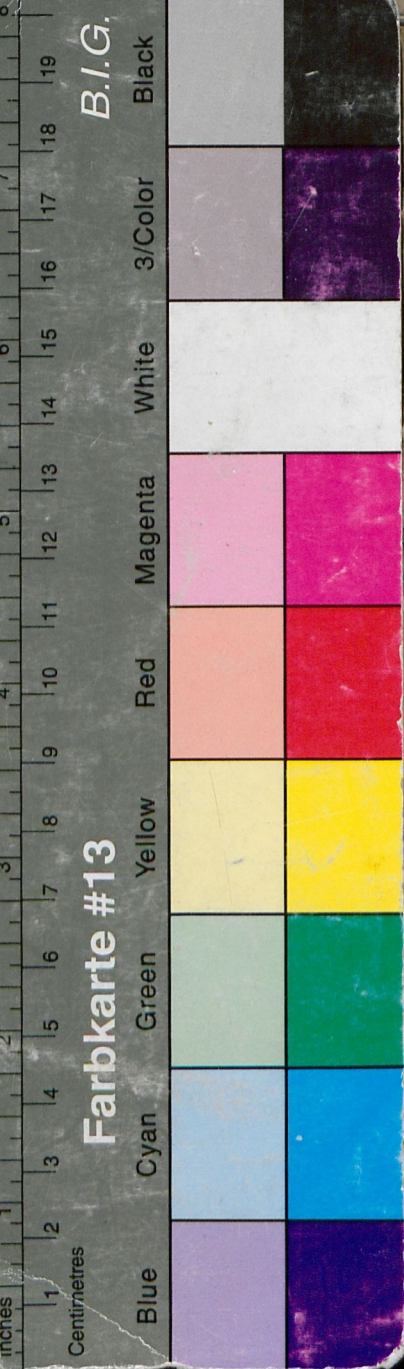
TA → OL

nur 13 Stück verknüpft









DISSERTATIO IVRIDICA  
DE  
ERRORIBVS QVIBVSDAM  
CIRCA  
QVERELAM INOFFICIOSI  
TESTAMENTI

~~3,470.~~  
1356  
176315

13  
//

QVAM  
ILLVSTRIS IVRECONSVLTORVM ORDINIS  
CONSENSV  
SVB PRAESIDIO  
CAROLI FRIDERICI PAELIKE  
I. V. D. ET SOCIET. TEVT. DVC. MEMB. HONOR.  
IN IVLEO MAIORI  
AD D. XXV. OCTOBR. c1313CCLXIII.  
PLACIDAE ERVDITORVM DISQVISIONI  
SVBMITTIT  
ADOLPH. HEINR. FRID. GOTTL.  
A WITTORFF  
EQVES LVNEBVRGENSIS.

HELMSTADII  
E TYPOGRAPHEO VIDVAE SCHNORRIANAE, ACAD. TYPOGR.

