



Vol. xx. num. 16.

DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA
DE
VICTORIA QVERELAE
INOFFICIOSI TERTIO
PROFICVA

QVAM
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS CONSENSV
IN ACADEMIA FRIDERICIANA

AD D. X. IVLII MDCCXIX.
HORIS ANTE ET POMERIDIANIS CONSVETIS

DEFENDET
M. FERDINAND AVGVST
HOMMEL,
LIPS.

EDITIO SECVNDA.

LIPSIAE
APVD IO. CHRISTIAN. LANGENHEMIVM.
C1919CCLXV.

V. 2.



No. XX. Ann. 18

DISSERTATIO INNOVATA ET REVISITA
DE
VICTORIA OVERLAE
IN OFFICIO TERRITIO
PROFICUA

AVAM
REVISITIS INNOVATA ET REVISITA
IN ACADEMIA PROFICUA

M. LEONHARD WAGNER
HOMME

LEONHARD



LECTORI BENEVOLO

S. D.

A V C T O R.

Miraberis forte, Beneuole et honoratissime Lector, cur hanc materiam in dissertationis inauguralis specimen pertractandam sumserim, cum plurimi iam Ictorum in ea illustranda operam posuerint, nec elegerim thema aliquod recentius minusque vulgatum? Nec abnuo candide Lector, sed ingenue et rotundo fateor ore, me magis nouis delectari, quam antiquioribus illis et in vulgus iam notis. Verum, concedendum est aliquid hominum genio, et inseruiendum tempori, cum experiundo didicerim, noua plerumque suspecta haberi et odiosa. Id quod multis iisque recentissimis possem confirmare exemplis, si per scientiarum genera latius euagari vellem. His ergo inductus elegi hanc disserendi materiam, quam in eruditissimorum Doctorum voluminibus pro et contra ventilatam deprehendi. Nimirum, que-
relam inofficiosi tertio proficuum esse, defendunt LAV-

A 2

TER-



TERBACHIUS *ad ff. de inoff. testam.* MÜLLERUS *ad Struv. tit. tod. §. 24.* COCCEIUS *in Iure Controv. P. I. p. 374.* SCHNEIDEWEIN *§. 1. I. de inoff. test.* STRYCK. *de success. ab intest. ILL. Du. THOMASIVS in not. ad Huber. BEYER ad ff. tit. de inoff. test. §. 5.* Aliique plures. E contra negant hoc STRYV. *ad ff. de inoff. test. §. 24.* VIGL. *§. I. 1. de inoff. test. n. 9.* VVLTEI *ibid. num. 10.* HILLIG. *ad Donell. l. 19. c. 10.* SCOTAN. ZOES. *ad ff. de inoff. test.* BERGER *in Oecon. Iur. p. 385. et in Resolut. Lauterb. tit. de inoff. testam. p. 128.* TITIVS *in Iur. priv. p. 960. seq.* et plures alii, quos euoluere iam non fuit integrum, Cum igitur a viris modo laudatis vtramque in partem materia haec fuerit disputata, liberior inde mihi differendi suppeditatus est campus, cum quamcunque secuturus sim sententiam, habeam tamen magna semper ordinis luridici nomina, quae sequi, eorumque auctoritati inniti tuto possim. Quo ipso in praesenti tractatione nouitatis suspicionem minus incurere potero, praesertim cum eam hypothesein defendendam susceperim, quae inter Doctores communior et in ipsa praxi receptior est. Si vero in hac quoque B. L. deprehenderis, quod non vbiq; decantata illa Doctorum placita fuerim secutus, tecum reputa, non omne, quod antiquum non est, spernendum, vel ingenuo homine prorsus esse indignum.

DISSER-



DISSERTATIONIS CONSPECTVS.

- §. I. *Tam Romanae quam Saxonicae leges eundem, quem in tribuenda intestati successione, in concedenda querela ordinem non obseruarunt.*
- §. II. *Hinc querendi Iure hoc modo destitutis alia ratione succurrendum est.*
- §. III. *Quaestio proposita hodiernum in praxi usum praebet.*
- §. IV. *Transitus ad reliqua.*
- §. V. *Omnis legitima Iuris naturalis non est.*
- §. VI. *Legitima iam Legibus XII. tabularum obtinuisse videtur.*
- §. VII. *Testamentum, quo legitima non rite relicta, duplici actione impugnari potest.*
- §. VIII. *Praetextus insanae Iuris naturae non est,*
- et hinc nec hodie necessarius.*
- §. IX. *Definitio querelae inofficiosi.*
- §. X. *Querela inofficiosi non est haereditatis petitio.*
- §. XI. *Querelam instituunt, qui in testamento rite sunt exclusi.*
- §. XII. *Per querelam totum testamentum rescinditur.*
- §. XIII. *Remouentur obiectiones.*
- §. XIV. *Victoriam per querelam inofficiosi obtentam aliis etiam, qui proximum et aequale ab intestato succedendi ius habent, prodesse demonstratur a priori.*
- §. XV. *Idem demonstratur a posteriori.*



- §. XVI. Continuat^{ur} haec demonstratio.
- §. XVII. Remouentur obiectiones.
- §. XVIII. Vltima remouetur obiectio.
- §. XIX. Casus I. proponitur, in quo ventilata quaestio occurrit.
- §. XX. Casus II.
- §. XXI. Casus III.
- §. XXII. Casus IV.
- §. XXIII. Casus V.
- §. XXIV. Casus VI.
- §. XXV. Casus VII.
- §. XXVI. Casus VIII.
- §. XXVII. Casus IX.
- §. XXVIII. Casus X.
- §. XXIX. Nonnunquam aliis quoque, qui aequale ius ab intestato succedendi non habent, prodest querela.
- §. XXX. Haec querela tertio nunquam nocet.
- §. XXXI. Eadem haec, quae de querela inofficiosa dicta sunt, utiliter etiam ad nullitatis querelam applicari possunt.
- §. XXXII. Finis imponitur.



DE



DE
VICTORIA QVERELAE
IN OFFICIOSI TERTIO
PROFICVA.

I.



In concedenda inofficiosi querela Leges Romanae consuetum succedendi ordinem per omnia non seruarunt; *Partim* enim iis, quos ad Successionem simul vocant, simul tamen querelam non concessere, sed utique fratres Germanos eorumque liberos Adscendentibus, fratrum liberos fratribus, imo fratres vterinos consanguineis in inofficiosi querela postposuerunt. *Partim* alii etiam querelam concesserunt praec illis, qui in successione certis in casibus melioris sunt conditionis. Sic v. g. in casu: Si concurrunt defuncti fratris germani filius cum patre et auo materno, germani filius simul cum patre ad

Tam Romanae quam Saxonicae Leges eundem, quem in tribuenda inestati Successione, in concedenda querela ordinem non obseruarunt.

ad successionem admittitur, excluso auo materno; cum tamen hic, non ille in casu habili inofficiosi habeat querelam. Sic et si quis reliquerit patrem, germani filium et fratrem consanguineum: Hic ab auctore excluditur, filio germani ad successionem simul admisso, cum tamen certis casibus consanguineus querelam inofficiosi habeat, quae germani filio semper, et in totum est denegata. *Partim* denique, ut patet ex casu, si concurrant consanguineus frater et germanorum liberi, aliis nonnunquam concesserunt querelam prae iis, a quibus semper et regulariter a successione omni prorsus excluduntur. Hoc igitur Romanum vitium patriae leges per denegatam collateralibus simultaneam cum adscendentibus successionem, ademptumque iisdem repraesentationis ius, aliquo quidem modo et ex parte correxerunt, ast in totum tollere haud potuerunt, sed consanguineis fratribus querelam prae germanorum liberis, fratribus uterinis, imo fratribus ante defunctorum natiuitatem per Rescriptum Principis legitimatis, adhuc concesserunt, quos tamen omnes cum consanguineis ad intestati successionem admittunt.

II.

*Hinc querendi
iure hoc modo
destitit alia
ratione suc-
currendum est.*

Cum autem nihil sit naturalius, quam qui gradu sunt aequales, sicque aequalem cum aliis succedendi spem habent, iisdem aequale etiam querendius concedere, cum tantum proximioribus, remotioribus nunquam, certam post mortem legitimam relinquere aequitas postulare videatur, quia utrumque,
tam

ram proxima succedendi spes, quam querelae ius fundamento eodem, gradus nimirum et consanguinitatis proximitate nitantur: Hinc iis, quos prae aequalibus in successione, neglexerunt leges in concedenda querela, ut aliquo saltim modo succurramus, neque plus iis denegemus, quam ipsa denegarunt iura: videndum, annon victoriae per querelam ab aliis obtentae intuitu eorum quoque, qui aequalem succedendi spem habent, effectum quendam tribuere queamus. Hoc autem ne propria facere videamur auctoritate et legibus forsitan inuitis; animus est praesenti dissertatione accuratius paulo disquirere: an, et quantum effectum aliquem victoria, per querelam inofficiosi obtenta, aliis, qui idem succedendi ius habent, proficuum, de iure fortiri possit.

III

Hoc tamen antequam fiat, et priusquam rem ipsam aggrediar, demonstrandum est ante omnia, inutilem me haud suscepisse laborem, sed eam selegisse materiam, quae in praxi hodiernum suam habet utilitatem. Equidem, ut ab initio monui, in iure potissimum Romano, quo repraesentationis ius inter collaterales et simultanea fratrum cum parentibus successio obtinet adhuc, frequentiores sunt casus, circa quos praesens quam ventilandam suscepi quaestio occurrere videtur. Ast quemadmodum etiam simul statim subieci, licet tamen omni ex parte ita mederi haud poterunt, ut tales casus in praxi hodierna omnes omni-

*Quaestio pro-
posita hodie-
num in praxi
suum praebet.*

B

no

nino exulent, quemadmodum id quidem sibi persuasit BERGER in *Oecon. Iur. L. 2. tit. 4. §. 17. not. ii. p. m. 385.* Sicut enim id ipsum casus sub finem dissertationis suppeditandi satis docent, ita ut exempli loco vnum saltem hic addam. Si quis relinquat consanguineum fratrem et germani filium, neuter alterum a successione potest excludere. Non germani filius consanguineum, ob sublatum repraesentationis ius in linea collateralali, *vid. Const. Elect. Saxon. P. III. Const. 18. §. Wir wollen aber.* Nec consanguineus germani filium ob *dict. Const. 18. §. Wenn aber ein halber Bruder,* per quam vnilateralis frater semper vno gradu reputatur remotior: *halbe Geburt tritt einen grad weiter.* Sic ergo cum gradu sint pares, pari quoque iure ad intestati successionem admittuntur; Ad querelam vero non aequae, quippe quae in casu habili soli fratri datur, et ultra fratres ad collaterales nullos extensa est. *L. 1. ff. de inoff. test.* Nec est quod omnem fere infamiae poenam sublatam hodie esse cum HVBERO existimes in *Eucom. ad l. 1. de his qui not. Infam. p. 3. qu. 135. n. 52.* Sicque cum ea ad hunc similesque de fratrum querela casus semper sit necessaria, vsum etiam quaestionis nostrae hodie cessare dicas, ut enim taceam, HVBERI et citati ab eo SCOTANI sententiam non facere vniuersalem aut totius Germaniae, aut saltem Saxoniae praxin et obseruantiam: posito tamen, omnem etiam infamiae effectum hodie in totum cessare, nunquam tamen leuis notae macula laborantes cessabunt aut deerunt, atqui hi etiam in testamento fratris instituti legitima ad

ad querelam causa sunt per *l. 27. C. de inoff. test.* Denique infra alii adhuc secundum patria iura suppedi-
tabuntur casus, in quibus de turpi vel infami perso-
na quaestio non occurrit. Ast vero aliis adhuc tota
praesens dissertatio inanis prorsus et inutilis videbitur,
qui saluari clausulae, quae tamen hodie in omni te-
stamento plerumque solet adhiberi, tantum tribuunt
robur, ut ea querelam prorsus impediatur, faciatque
ut testamentum alias inofficiosum valeat tamen ut Co-
dicilli. Quibus ut satisfiat (1) quidem respondeo denegando
saluari clausulae tantam vim tantumque robur,
quod quidem alii eidem concedunt; quemadmodum
enim ex antiqui iuris ratione certum est, codicillaris
clausula supplet saltem defectum solennitatum, non
vero alias imperfectiones, quae testamentum solen-
niter conditum euertunt. Iam vero in testamento inof-
ficioso, ubi quis est rite i. e. secundum omnes solen-
nitates, ast inique, i. e. contra iura, quibus legitima
ipfi debetur, exhaeredatus; defectus non est in solen-
nibus, ergo nec clausula codicillaris potest efficere,
ut testamentum inofficiosum valeat in vim codicillo-
rum. Cumque praeterea non desint Doctores, qui
saluari clausulae effectum hunc denegant, *vid. D. P.*
VOETIUS ad tit. de inoffic. testam. §. 6. num. 1. forte
nec deerunt in foro, qui hoc casu, si scilicet adiecta sit
clausula, tamen querelam instituendam esse pronuncia-
bunt. (2) Licet Notarii clausulam condicillarem
omni testamento adicere plerumque consueverint,
eius tamen usus tantus et tam vniuersalis haud est, ut
nunquam omnino eiusdem omissio in nullo testamen-

to contingere possit. Vt enim taceam, ex incuria etiam notariorum hanc saepius negligi. Certum tamen est in testamentis rusticorum, vel aliis etiam priuata opera nulloque adhibito Notario confectis, clausulam codicillarem facili negotio posse omitti.

IV.

*Transitus fit
ad reliqua.*

Quae cum ita sint, dubium amplius non est, quaestionem hac dissertatione propositam haud esse inanem, sed hodie adhuc et secundum hodiernam praxin usum praestare suum. Quare his praemissis, ad ipsam rei tractationem iam me accingo. Hocque ut eo felicius procedat, ante omnia quid sit querela inoficiosi ex genuinis suis principiis, in quantum id quidem ad scopum nostrum opus videbitur, erit demonstrandum.

V.

An et in quantum legitima iuris naturalis sit.

Equidem naturalem rationem quasi legem quandam tacitam liberis parentum haereditatem addicere, velut ad debitam successionem eos vocando: Paulus ait L. 7. ff. de bon. damnat. conf. et l. u. ff. de suis et legit. haered. l. 7. §. 1. ff. si tab. test. null. exstab. l. 36. §. 2. C. de inoff. test. l. 1. C. de impon. lucrat. descript. Attamen omnem omnino, quae lege Ciuili praecipra est, legitimam iuris quoque naturalis debitum esse dici haud potest. De fratrum enim parentumque legitima ut iam non dicam, certe ne liberis quidem educatis et sibimet ipsis victum quaerere valentibus certam post fata relinquere portionem vlla naturalis praec-

praecipit ratio. Imo, finge Patrem egenum admodum atque pauperem, et e diuerso filium multis modis ditiozem, huic pauxilla illa relinquere ne quidem aequitas suadet naturalis, sed eadem potius aliis, vel reliquis liberis itidem pauperibus omnia relinquere bona multo aequius videtur, et affectui paterno conuenientius. Denique quid dicendum, si intelligat Pater bona sua, immodico liberorum affectui inseruientia, ipsis futura potius esse damnosa? Hoc certe casu patrem ea, neglectis liberis, extraneis non solum impune relinquere, sed etiam secus faciendo contra ipsa naturalis iuris praecepta peccare, dubium non est. Quamuis igitur hac ratione omnis, prout lege Ciuili praecipitur, legitima Iuris quoque naturalis debitum dici haud possit, diffiteri tamen nequeo, Deum atque naturam moribundis quoque in honorum suorum post fata distributione certas scripsisse Leges. Quod si enim eos intueamur parentes, qui, dum moriuntur, ineducatos adhuc et ad proprium victum quaerendum sibi met ipsis non sufficientes liberos relinquunt, eos, neglectis in totum liberis, omnia extraneis relinquendo, contra ipsa Summi numinis praecepta grauiter impingere, nec contra liberos tantum, sed vniuersam peccare rempublicam, dubitari non debet. Quorum enim vitae causa sumus, ad eorum quoque vitae conseruationem educationemque, quantum in nobis quidem est, iure etiam perfecto obligamur. Quod de coeterno ad ciuilia liberorum alimentata, parentum itidem et fratrum legitimam attinet, ea licet naturae lege praecipit existimanda haud sint,

omni tamen naturali fundamento non destituuntur. Etenim etsi non praeceptum, aequum tamen satis videtur, et naturali amori convenientissimum, ut quibus reuerentiam, aut singularem prae reliquis amorem debemus, eorum etiam prae reliquis vel utilitatem, vel commoditatem quouis modo promoueamus. Hocque dum, bona nostra vel certam saltem portionem post obitum iis relinquendo, et sine nostro damno vel incommodo fieri queat: Hinc legitimam tam liberorum quam parentum et fratrum ut plurimum naturalem suadere rationem et aequitatem nullus dubito. Quae cum ita sint, et Leges ciuiles, quae indoctae scribuntur plebi, non secundum rationem nimis abstractam, sed secundum sensum, sicque vniuersaliter plerumque determinandae sint, et ut Theophrastus scribit, *Iura constitui oporteat in his quae ἐπὶ τὸ πλείον, i. e. ut plurimum accidunt, non quae ἐν παραλόγῳ, i. e. ex inopinato. L. 3. 4. 5. ff. de LL.* Hinc recte Romani primo omnibus liberis, secundo Ascendentibus, et tertio certo respectu fratribus aliquam post fata portionem, nisi huic beneficio semet ipsos indignos fecerint, relinquendam praeceperunt.

VI.

*Legitima iam
Legibus XII.
tabularum ob-
tinuisse vide-
tur.*

Qua autem lege apud Romanos legitima sit introducta, quamuis, cum nullibi sit prodictum, tam certo determinari non possit, antiquissimis tamen temporibus eam apud Romanos obtinuisse satis est certum. Et cum Lege iam ciuili, i. e. disputatione fori, sicque

ficque statim post introductas XII. tabularum Leges de exhaeredatione quatenus nimirum permiffa fit, vel non, actum fuisse legamus §. 3. *I. de exhaered. liber.* Legibus iamiam XII. tabularum aut statim post illas legitimam fuisse introductam improbabile haud est.

VII.

In hac ergo de Legitima Romanorum doctrina praeter naturalia illa multa adhuc peculiariora, quaeque iuris tantum civilis sunt, illi admiscuerunt, quae tamen, cum a scopo videantur aliena, merito iam negligimus. Hoc in praesentiarum attingisse sufficiat, hos ipsos, quibus debetur legitima, certis ex causis exhaeredari posse, quarum quatuordecim respectu liberorum *Nov. 115. c. 3.* octo intuitu parentum *d. Nov. c. 4.* et tres tandem quoad Fratres *Nov. 22. c. 47.* expressas legimus. Tenendum praeterea, ad totalem hanc quoad omnia bona exhaeredationem Romanos quaedam requisivisse solennia, quibus neglectis exhaeredatio erat inanis. Sic v. g. Exhaeredandus expresse est nominandus et a legitima praecludendus, imo causa exhaeredationis praecise et nominatim adicienda. Quae cum ita sint, videmus testamentum, in quo legitima iis, quibus debetur, rite non est relicta, duplici ex ratione impugnari posse, vel ob solennium defectum, ob quem testamentum ipso iure nullum est, vel ob iniustitiam, quando quis rite quidem, sed ex falsa causa iniuste est exhaeredatus, et tunc summo quidem iure valebat, sed ope rescissionis annihilatur. Hoc ergo nomine duplicem quoque prodit

Testamentum, quibus legitima non rite relicta, duplici actione impugnari potest.

tana



tam videmus actionem, NULLITATIS QUERELAM, qua ob solemniū defectum testamentum petimus pro nullo declarandum, et QUERELAM INOFFICIOSI, qua testamentum stricto iure validum ob eius iniustitiam petimus rescindendum. *Pr. l. l. i. ff. l. i. C. de inoff. test.*

VIII.

Prætextus insanitiae an iuris naturae sit et hodie adhuc necessarius.

Hanc inofficiosi querelam cum non raro liberi quoque instituunt aduersus testamenta parentum, horum autem constitutiones impias vocare, reuerentiae iisdem debitae contrarium videatur, hinc dementiae colorem huic actioni praetexerunt Romani, finxeruntque patrem non sanae mentis fuisse dum testamentum conderet. *Pr. l. inoff. test.* Hic quamuis nolim certo determinare; vtrum minus sit patrem dementiae, quam iniustitiae accusare; hoc tamen certum est, ipsum hoc commentum iure naturali haud esse praeceptum vel introductum, alias enim hodie illud in libello exprimendum foret, nisi ipsum iuris naturae praeceptum; *honeste viuas*, moribus nostris labefactatum, hodieque obsoletum credere velimus, vt a quodam Antecessore disputatum esse ex BARCLAIO refert HUBER *ad tit. ff. de inoff. test.* Equidem esse nonnullos, qui hodie adhuc fucum hunc in libello necessarium esse contendunt, non ignoro. Verum enim vero, cum is iure naturali haud sit fundatus, et dubium adhuc, quodnam reuerentiae paternae magis sit contrarium, patrem vel impium dicere, vel non sanae mentis: et praeterea hoc ipsum com-

commentum a speciali formularum conceptione de-
pendeat, hinc a plerisque doctorum, dementiae prae-
textum in libello hodie amplius necessarium non esse,
recte ut puto deciditur. *vid. STRVV. in Syntag. ad
tit. de inoff. test. §. 3. TITIVS in iure priv. l. 7. c. 14.
§. 4. p. m. 259. Excell. Dn. BOEHMER in tractatu
de Act. p. m. 125. Diff. Dn. COCCEIVS in iur. contr.
P. 1. p. 357. aliique.* De coetero hoc fictionis exem-
plo minimum docemur falsam esse vulgarem pragma-
ticorum regulam: *Fictio in casu ficto idem operatur
quod veritas in casu vero.* Quod si enim hoc in casu
testator, prouti fingitur, reuera furiosus fuisset, testa-
mentum ipso iure esset nullum, sicque inofficiosi que-
rela non rescindendum, ut in simul recte monetur in
dicto pr. I. de inoff. test.

IX.

His igitur ita expositis, facilius nunc ad rem
ipsam erit progressus. Cumque ex definitione omnis
cuiuscunque tractationis veritas pateat: Ita in prae-
fentiarum ante omnia de querelae inofficiosi definitione
ero sollicitus. EST ERGO HAEC UT EX PRAEMISSIS
pateat PRAEPARATORIA HAEREDITATIS PE-
TITIONIS ACTIO; QVA TESTAMENTVM,
PER QVOD RITE QVIDEM AST INIQVE A
DEBITA HAEREDITATE EXCLVDIMVR,
TANQVAM INOFFICIOSVM IN TOTVM PE-
TIMVS RESCINDENDVM.

X

Ut autem definitioni huic, tanquam genuino
dissertationis nostrae fundamento eo tutius innitatur,
singula

*Definitio
querelae inoffi-
ciosi.*

*Querela in-
officiosa non est
haereditatis
petitio.*

C

singula eiusdem capita examinanda iam veniunt. Cumque omnis definitio in duas se quasi resoluat partes, in genus et differentiam: Ita, ad prius quod attinet, Querelam dixi actionem haereditatis petitionis praeparatoriam, quam tamen plerique haereditatis petitionem ipsam esse contendunt. Verum enim vero 1) petitur per querelam rescissio testamenti tanquam inofficiosi. *l. 30. pr. C. de inoff. test.* e contra in haereditatis petitione petimus, ut haereditas nobis adiudicetur, hinc patet, in utraque actione diuersa esse petita, ex quo consequitur, diuersas etiam esse actiones, eadem enim actio ad idem tendit, quae tendunt ad diuersa, diuersae etiam sunt actiones. Et licet duplex hoc petitum, rescissio testamenti et haereditatis petitio, in vno fiat libello, ex eo tamen non vnitas actionis probatur, sed hoc saltem sequitur, vno in libello cumulari duplicem actionem, quod saepius posse contingere hodie certe nullum est dubium. 2) Omnis haereditas petitur vel testamento aliquo existente, vel nullo, aut, *vt l. 1. 2. 3. ff. de haered. petit.* exprimitur, vel ex testamento vel ab intestato, tertium non datur. Iam vero, inofficioso testamento adhuc existente, qui querelam instituunt non possunt haereditatem petere *ex testamento*, in hoc enim sunt a successione exclusi: *Nec ab intestato*, quia existit adhuc testamentum, summo iure validum nondumque rescissum: Extante autem testamento, non est causa intestati. *argum: pr. Inst. de haered. quae ab intest. deser.* Ergo, antequam peti possit ab intestato haereditas, praecedere adhuc debet petitio ut testamentum

tum

tum rescindatur, quodcunque autem haereditatis pe-
 titiōem praecedat, illud non est ipsa haereditatis pe-
 titio. Huc accedit, quod vel ex inofficiosi querela
 non possit esse haereditatis ab intestato petitiō, quoniam
 eodem ordine atque iisdem personis, quibus haeredi-
 tatis ab intestato petitiō, non conceditur vel defertur.
conf. §. 1. 3) Querela inofficiosi datur solum contra
haerēdem scriptum, etsi is possessor non sit L. 8. §.
10. ff. l. 1. C. de inoff. test. Nam contra hunc solum
 rescissio testamenti effectum habere potest: haeredi-
 tatis autem petitiō non contra haerēdem datur, sed con-
 tra quemuis, qui vel pro haerēde vel pro possessore
 etiam possidet. *L. 7. C. de haered. petit.* Ab alio enim,
 quam qui eam possidet, restitutio haereditatis peti-
 non potest. Hinc inter haereditatis petitiōnem ordi-
 nariam et extraordinariam frustra distinguitur, quasi
 in illa solum, aut, ut *l. 2. ff. de haered. petit.* dicitur,
 regulariter saltem id contingat, quippe cum ipsa rei
 natura monstret, haereditatis petitiōnem siue ordinar-
 iam siue extraordinariam contra solum possessorem
 esse instituendam, quod enim quis non possidet, illud
 incongrue et frustra omnino ab eo petitur. Verum
 ne frustra haec asseruisse videantur contrarie sentientes,
 multas et varias pro defendenda sua hypothesi profe-
 runt leges et rationes. Vtergo e pluribus illis unum
 saltem, idque ex propria eorum confessione fortissi-
 mum, hic addam argumentum; prouocant ad leges
 expressas *l. 8. §. 8. l. 19. in fin. l. 20. l. 21. §. 2. l. 27.*
§. 3. ff. de inoff. test. l. 14. de haered. quae ab intest.
 quibus singulis haereditas euinci vel peti per querelam
 C 2 dicitur.

dicitur. Hoc ergo argumentum cum primo quidem intuitu satis firmum et inevitabile videatur, re ipsa tamen non est. Posito enim hunc, quem illi volunt, esse verum harum legum sensum; Legislatores tamen non possunt rerum immutare naturas, et, quae natura diversa sunt, per leges suas facere eadem. Deinde plus simplici vice leges Romanae, quid asserunt quod propriis earum contrarium est principiis, quodque re ipsa alio loco multis modis negant. Sic v. g. *l. 15. in fin. ff. de Servit.* nullam servitutem in faciendo posse consistere disertis verbis dicitur; At vero in *l. 32. ff. de servit. praed. urban. l. 6. §. 2. ff. si servit. vind.* in oneris ferendi servitute serviens obligatur ad refectioem. Denique, quod in his legibus de querela ipsa dicitur, intelligendum potius de querelae libello, cum enim in hoc non simplex proponatur querela, sed haereditatis quoque petitio eventualiter adiciatur, per illud haereditas peti recte omnino dicitur.

XI.

*Querelam instituant qui in testamento si-
te sunt exclusi.*

Atque haec iam de genere definitionis nostrae dixisse sufficiat, progredior nunc ad reliqua, differentiam nimirum specificam. In hac vero duo occurrunt momenta, et primo quidem dicitur, quis valide querelam instituat? secundo in quem finem? Valide querelam instituire posse omnem, a debita legitima rite quidem sed inique exclusum, supra dictum est §. 9. Vbi ne quem forte offendant *principium Inst. et l. 3. ff. de inoff. test.* in quibus praeteriti querelam movere posse dicuntur: monendum, quod hic talis praeteritio quae pro exhaereditatione alias habetur,

betur, intelligenda sit, quod iis in casibus contingit, in quibus expressa exhaeredatio non fuit desiderata, vt quidem in exhaeredatione filiarum, *pr. Inst. de exhaered. lib.* et filiorum quoque a matre facta *dicto pr.* Haec tamen, cum leuia satis et omnibus cognita sint, amplius non moramur.

XII.

Dicendum ergo restat, in quem finem querela ^{Per querelam} inofficiosi instituat, vt inde de libelli petito possit ^{totum testa-} constare. Equidem §. 9. per querelam totius testa- ^{mentum re-} ment rescissionem petendam esse, supra afferui. At- ^{scinditur.} tamen hoc ipso aliis nimium, aliis non satis peti videbitur. Non satis hac ratione peti, sibi persuadebunt, qui inofficiosi querelam pro haereditatis petitionis specie habent, sicque, simul eius in petito mentionem faciendam esse, existimant, quibus tamen, cum §. 10. iam sit satisfactum, denuo non respondemus, sed ad eos progressum facimus, qui dum per querelam testamentum non in totum, sed saltem pro parte infringi dicunt, petitem, prout supra fuit formatum, hoc modo restringendum esse sibi persuadent. Verum enim vero *primo* contrarium euincitur ex expressis textibus, quibus, absque vlla certae partis facta mentione, testamentum in genere rumpi atque rescindi dicitur. *Vid. l. 28. ff. l. 28. l. 30. pr. l. 32. l. 34. C. de inoff. test.* *Secundo*, si testamentum pro parte saltem rescinderetur, reuera pro parte testatus et pro parte intestatus testator decideret. Contra expressam *l. 7. ff. de Reg. Iur.* Obijciunt equidem (1) hoc casu id non contingere fa-

cto testatoris, qui condat testamentum, summo iure in totum validum, sed facto legis, quae illud postmodum ex parte rescindat. Ast initio quidem negotio prorsus, hoc non fieri ex facto testatoris. Siue enim quis condat testamentum, ab initio statim ex parte nullum, siue ex post facto pro parte rescindendum, in effectu perinde est. Dein, quid si etiam concedam id facto, saltem legis, contingere: contingit tamen. Atqui harum rerum, *testatus et intestatus*, naturalem inter se pugnam statuebant Romani. *c. l. 7. ff. de R. I.* Nec ibi, utrum hoc facto testatoris, an vero legis contingat, distinguunt. Obijciunt (2) falsam omnino hanc esse *citatae l. 7.* regulam, cum aliis in locis plus simplici vice hoc Romani permiserint. Ad hoc quod attinet, equidem non ignoro, iuris ciuilibus regulas tam firmas atque vniuersales haut esse, ut nullam prorsus exceptionem admittant, interim tamen in tantum semper firmas manent, in quantum contraria lege vel ratione non infringuntur. Etsi igitur, utrum quoad alios casus in nostra id contingat regula, disquirere iam nolim, certum tamen est, in casu proposito, quod per querelam pro parte saltem rescindi possit testamentum, leges expressas deficere, quamobrem huic *Legis 7. ff. de Reg. Iur.* regulae hoc casu standum adhuc est, quoniam per leges vel rationes contrarias hac ex parte non potest infringi, licet eadem alias suas pati possit exceptiones.

XIII.

Ast sententiae huius fautores neque his sibi destituti videntur, sed pro defendenda hypothesis prouocant

*Remouentur
obiectiones.*

uocant ad *Nov. 115. c. 3. in fin.* qua cautum est, vt,
 testamento licet per querelam rescisso, nihilominus
 valeant adhuc legata, quo ipso per expressam legem,
 querelam testamentum in totum haud infringere, sa-
 tis probatum putant. Verum enim vero ab initio
 non erat sic, sed iure Institutionum, Digestorum et
 Codicis per querelam inofficiosi, libertates, legata,
 et in genere vniuersa testamenti capita fuisse rescissa
 satis abunde testatur *l. 8. §. 16. l. 20. l. 28. ff. de inoff.
 test.* Quod vero in *cit. Nov.* id hoc modo fuerit im-
 mutatum, factum est contra omnem iuris Romani rati-
 onem, et suafu forsan cleri, cui per testamenta ma-
 gna plerumque relinquebantur legata, quae adeo per
 querelam hoc modo eueriti aegre patiebatur. Coete-
 rum lege illud introductum est speciali, cum vero haec
 de solis data sit legatis, ad haeredis institutionem ex-
 tendenda haud est, quae, lege speciali cessante, per
 querelam in totum rescindi adhuc putanda est. Ast
 dubitabunt forsan, vtrum eiusmodi lex specialis hoc
 quoque casu cesset, dum prouocant *a.) ad L. 27. §.
 3. ff. de inoff. test.* qua, testamentum pro parte tan-
 tum per querelam infringi, disertis verbis, vt illi pu-
 tant, dicitur. Ad quam quidem quod attinet, po-
 rius, vt ex ipsa patebit inspectione, de haereditatis
 petitione ea loquitur quam de querela. Sicque in
 hac lege vel ex errore haereditatis petitionem cum
 querela *VELPIANVS* confundit, aut, vt supra iam
 dictum, hic quoque de querelae libello intelligendum,
 quod de ipsa querela asseritur. Hisce positis, natu-
 rale satis nobisque contrarium haud est, quod, rescis-
 so

so antea per querelam testamento in totum, per euentualem haereditatis petitionem, postmodum haereditas pro parte saltem, et pro portione debita ab intestato succedentibus peti queat. β) Prouocant adhuc ad *l. 15. §. 2. ff. de iust. test.* qua asseritur, quod si quis contra duos experiatur haeredes diuersis in iudiciis hoc euentu, vt in altero vincatur, in altero obtineat, tunc eum non totam accipere haereditatem, sed eius saltem portionem, contra quem in querela obtinuit, relicta altera parte apud haerodem vincentem. Circa quam legem initio statim monere liceat, quod propositus in ea casus a scopo plane sit alienus, in eo enim ex accidenti saltem contingit, vt haeres scriptus vniam partem, et alteram haeres ab intestato nanciscatur, non vero ex ratione iuris. In se enim et de iure vel totum testamentum subsistit, vel totum rescindendum est, vtrum vero iuris sit inter iudices adhuc non constat, quo fit, vt saltem ex accidenti haereditas inter hos diuidatur, quo ipso tamen testator ex parte saltem testatus decessisse aequae minus existimandus est, ac existimandus esset, si ex duobus exhaeredatis vnus queratur, alter vero minus, vel si scriptus haeres vi doloue aliquid ex haereditate retineat.

XIV.

Victoriam per querelam inofficiosi obtentam aliis etiam, qui pro-

Hicce ita expositis atque deductis feliciter nunc ad ipsam propositae quaestionis decisionem progressum facimus. Nimirum quaeritur, num victoria per querelam inofficiosi obtenta aliis etiam, qui proximum

mum et aequale ab intestato succedendi ius habent, ^{proximum et} ^{aequale ab in-} ^{testato succe-} ^{den- di ius ha-} ^{rent, prodes-} ^{se, demonstra-} ^{tur a priori.} prodesse possit, nec ne? Ego quidem affirmatiue
 problema hoc decidendum esse puto, atque ex prae-
 missis, a priori primum, hunc in modum deduco. Per querelam inofficiosi non haereditas sed rescis-
 sio testamenti tanquam inofficiosi petitur. Per tra-
 dita §. 10. Porro testamentum, quod totum est
 inofficiosum, in totum quoque certeread haere-
 dis institutionem rescinditur per tradita §. 13. et 14.
 Iam vero, testamento in totum rescisso, quid de-
 mum obtinet? Respondeo, testamento valido am-
 plius non existente succeditur absque testamento,
 h. e. ab intestato. Verum enim nullum unquam
 adfuerit testamentum, an vero testamentum inua-
 lidum, perinde est. Iam vero, ab intestato non
 is solus succedit, cui data est querela, sed alii ad-
 huc, quibus vel ob gradus proximitatem, vel ex
 aliis causis proximum et aequale ab intestato succe-
 dendi ius concefferunt leges. Quae cum ita sint,
 testamento per querelam euerso, haereditatem
 simul omnes petere posse, quos ad intestati succe-
 sionem simul vocant iura, tam est clarum, quam
 quod clarissimum. At enim vero Dn. BERGER
in Oecon. Jur. L. II. Tit. 4. §. 17. not. II. praemissis
 omnibus concessis, totam tamen hanc argumen-
 tationem infringere vult, distinguendo inter succe-
 sionem ab intestato initio statim, i. e. nullo condi-
 to testamento, et ex post facto talem, i. e. eo qui-
 dem condito, sed per querelam postmodum re-
 scisso: hanc in suppositis a nobis casibus dicit obti-
 nere,

D

nere, non illam. Cui quidem dubio vt breuibus respondeam, dico: Lege non distinguente nec nostrum est distinguere, cumque Romanae leges unicum semper et vniuniformem tradant ab intestato successionem, neque nos, nouam fingendo speciem, distinctionem, quae ciuili lege haud fundatur, formare debemus.

XV.

Idem demonstratur a posteriori.

Haecenus ergo a priori, et ex suis Principiis demonstratum est, querelam inofficiosi tertio prodesse quoque saepius: nunc idem faciendum a posteriori, et per ipsos iuris ciuilis textus. Hac de causa primum quidem prouoco ad *l. 6. §. 1. ff. de inoff. test.* *Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit (nemo eum repellit) et casu obtinuerit; non ei profit victoria, sed ius, qui habent ab intestato successionem, nam intestatum Patrem Familias facit.* Hac ipsa in lege duplex pro sententia mea laetit argumentum. *Primo enim dico: Quicumque defunctum per querelam inofficiosi intestatum facit, ille sine vlla distinctione omnibus ab intestato successuris successionem aperit.* Probo, quia ex hoc principio, in lege nostra Ulpianus subsumit ad casum propositum, quod sic extraneus quoque omnibus viam ad successionem aperiat, quod facere non posset, nisi haec propositio praemissa esset vniuersalis. *Iam vero, qui de iure querelam mouet facit defunctum intestatum.* Probo ex eadem lege, quia hoc quo-

quoque efficit querela ab extraneo mota, ergo multo magis id operabitur querela ab eo instituta, qui ius querendi habuit. Querela enim ab extraneo illegitime mota non potest plus operari quam querela iusta, quod tamen fieret, si illa tantum defunctum intestatum reddere possit, non haec. *Secundo*, ex hac, quam ob oculos habemus lege videre est, aduersariorum sententiam falsam, et omni iuri refragantem parere conclusionem, quod si enim querela iuste mota soli prodesset querenti, ita ut solus hic totam caperet hereditatem, sequeretur necessario, quod extraneus querelam mouens, sicque, prout in lege dicitur, non soli exhaereditato, sed omnibus indistincte ab intestato successuris successionem aperiens, legitimo actori illegitima sua actione, in qua casu saltim, et ex errore obtinuit, citra eiusdem culpam praediicaret. Iam vero, hoc ipsum contra omnem iuris est rationem, et expressam *l. 63. pr. ff. de re iudic. res inter alios iudicata aliis non praediicat*. Ergo falsum quoque erit huius principium, ex quo certo et inevitabili nexu conclusio haec deducitur.

XVI.

Cum autem vltimum hoc argumentum eos imprimis feriat, qui totam hereditatem per querelam exhaereditato acquiri dicunt, in eo vero non omnes consentiant, utrum pars reliquorum, ab intestato alias succedentium, manere debeat apud haeredem scriptum, an vero eam simul exhaereditatus,

*Continuatur
haec demonstratio.*

tus, et post modum in querela obtinens capere debeat, aliique hanc, alii vero illam defendant ac tueantur sententiam; ita, vt vtrisque satisfiat, generali quodam dilemmate, neutrum fieri debere, hunc in modum demonstro. Si victoria querelae reliquis, ab intestato alias simul succedentibus, non prodesset, tunc necessario horum pars aut maneret apud haeredem scriptum, aut accresceret actori, qui in querela obtinuit; atqui neutrum procedit; **NON PRIVS, partim**, ob indivisibilitatem hereditatis, propter quam nemo testatus pro parte, pro parte vero intestatus decedere potest *per l. 7. ff. de Reg. iur. conf. quae dicta sunt §. 12. partim*, quia alias *per legem § pbo anteced. cit. 6. §. 1. ff. de inoff. test.* querela ab extraneo, et qui casu saltem obtinuit illegitime mota, plus contra reum, haeredem scil. scriptum, operaretur, quam querela a legitimo auctore iuste instituta, quod tamen contra naturam, **NEC POSTERIUS, Partim**, quia nullum est ius accrescendi, vbi nulla est coniunctio, *Partim*, quia mota querela nemo potest plus petere, quam alias petiisset ab intestato: *arg. l. 8. §. 8. ff. de inoff. test. partim*, quia nulla apparet ratio, ob quam exhaeredito adhuc prodesse debeat exhaereditatio, et cur testator ei, quem exhaereditando ab omni etiam alias debita exclusum voluit haereditare, hoc ipso plus adhuc, quam debebat, relinquere teneatur, cum tamen vltimae semper voluntates, in quantum iustae sunt, et iuste subsistere possunt, seruari debeant: *Partim denique*, quia hoc modo actio

actio extranei, ipso legitimo actori citra eius culpam noxia esset futura, per ea quae *circa fin. Sphi anteed.* tradita sunt. Ergo ex his consequitur, quod cum pars reliquorum non possit manere apud haeredem scriptum, nec accrescere victori, ea necessario reliquis, ab intestato simul successuris, adiudicanda sit.

XVII.

Atque haec sunt, quae pro stabilienda probandaque sententia, quam praesenti dissertatione defendendam suscepi, proferri potuerunt. Sed cum contraria quoque hypothesis sua habere videatur argumenta et rationes: hinc restat ut eas, in quantum valeant, examinando adhuc remoueamus. Et 1) quidem, Querelam reliquis ab intestato alias successuris proficuum esse, vel exinde dubium videri dicunt, quod hoc modo ipsi hi, quibus querelam leges dederunt, quandoque deterioris futuri essent conditionis, quam reliqui, quibus iura eandem denegarunt. Siquidem, molestiam et sumtus litis soli ferendo, reliquis absque villo talismodi onere successionem aperirent. Verum ad hoc quod attinet, melioris conditionis semper adhuc erunt, quibus concessa est querela, prae aliis, quibus eadem denegata. Siquidem, his etiam deficientibus pro lubitu et ex propria persona, suo iure agere poterunt illi, secus ac hi, qui, illis deficientibus, omni prorsus succedendi spe in totum destituuntur. Quod autem sumtus et onera litis ferre debeant, illud ex accidenti fit, et onus est,

*Remouentur
obiectiones.*



beneficio illorum inhaerens. Inquiunt 2) quod, spectatis rectae rationis principiis, qui querelam habent, proximiores semper sint quam quidem alii, qui eam non habent, ut adeo illis prae his successione praerogativa merito debeat. Pluribus hic, quam ipsi etiam postulant contradicentes, concessis: illos non solum spectatae rectae rationis, sed iuris etiam civilis principiis et regulis, gradu his esse proximiores, solum tamen, querelae ius illis prae his competere, quod nec nos ipsis denegamus, inde euincetur, nunquam autem in successione ab intestato aliqua prae his praerogativa, quia in hac concedenda Romani ad gradus proximitatem non respexisse, sed fratres Parentibus aequalise, germanorum liberos fratribus unilateralibus praetulisse, ordo, quo ad intestati successione vocabant defuncti consanguineos, testimonio est. Pergunt autem 3) et dicunt, restitutionem haereditatis esse executionem sententiae, qua haereditas querenti fuerit addita. Executionem autem non posse latius extendi quam ipsa pateat sententia. Ante omnia, et ab initio statim hic, quod supra iam de distinctione querelae inofficiosi a haereditatis petitione memoratum fuit, in memoriam iam reuocandum, cumque, ut §. 10. monstratum, inofficiosi querela praeparatoria solum sit haereditatis petitionis actio, non ipsa petitio haereditatis; sequitur inde, male in opposita obiectione restitutionem haereditatis dici executionem sententiae, qua haereditas querenti fuerit addita, quippe quae solum
eam

eam petenti, non querenti, qua tali, adiudicari potest, et cum querens non petat hereditatem, sed testamenti ceu inofficiosi rescissionem, hinc nec ei quod non petiit, neque hac actione petere debuit, per sententiam poterit adiudicari. Deinde, rescisso etiam per querelam testamento, adiudicataque pro parte sua victori haereditate, reliqui succedentes neque ex hac sententia haereditatem sibi quoque restituendam postulant, sed ex iure et actione proprie eandem petunt. Testamento enim per querelam annihilato, singuli, tam ipse querens, quam reliqui, alias in successione pares, peculiarem habent pro sua parte haereditatis petitionem, quam ille quidem simul cum querela eodem libello cumulare potest, hi vero peculiari iudicio instituunt, si forsitan vel ipse, qui mouit querelam, vel haeres scriptus, vel quilibet demum alius partem eorum ratam detineat. Vrgent 4) dissentientes, quod quibus leges denegauerint querelam, denegasse etiam videantur successorem. Ast *αρενώμενον* hoc est, principique petitio, et mihi e contra hoc ipso successorem ipsis denegasse non videntur. Verum clarius se explicando pergunt 5) dicuntque, quos leges a querela inofficiosi arceant, eos arcere etiam cum effectu, adeoque cum exclusione ab omni spe successione, nec secundum verba solum, sed realiter omnino a querela reliquos exclusisse videri, cum e contra, si hos simul admittamus, necessario id fiat in fraudem legis. In hac ergo controuersia, ut mixtim quasi litem contester, primo concedo, a que-

querela inofficiosi cum effectu arceri, qui ab ea per leges arcentur. Concedo porro, leges quos a querela excludunt, non secundum verba, sed realiter exclusos velle. Concedo denique, nihil in fraudem legis fieri debere. Ast nego, successionem esse effectum querelae inofficiosi, sicque in fraudem legis admitti ad successionem, qui exclusi sunt a querela. Successio enim, et haereditatis adiudicatio, ut plus simplici vice dictum, est effectus haereditatis petitionis, non inofficiosi querelae, quae solum testamenti operatur rescissionem. Ast dicis, nisi praecessisset querela, neque haeredibus ab intestato haereditas adiudicari potuisset, et hinc querela est causa adiudicationis haereditatis, sicque haec illius effectus. Ad quod quidem quod attinet, respondeo, hoc quidem respectu querelam adiudicationis haereditatis causam dici posse, at propterea haec non illius effectus, non enim omnis causa causa est efficiens, sed datur etiam causa ex accidenti talis, seu causa, ut loquuntur, sine qua non. Atqui haec, non illa, est etiam inofficiosi querela, respectu adiudicationis haereditatis, ut adeo, licet querela inofficiosi certo respectu causa possit dici successionis, propterea tamen haec illius effectus non sit.

XVIII.

Ultima remouetur obiectio.

Ultimum adhuc idque fortissimum, ut illi quidem putant, restat argumentum, dum σ) dicunt dissentientes, impossibile esse, quod res inter alios decisa ratione tertii possit habere effectum, hocque principium et legibus et rationibus firmum esse existi-

existimant, prouocando inter alias ad *l. 16. in fin. ff. qui potior. in pign. hab. it. ad l. 2. C. quib. res iudic. non. noc. etc.* Licet vero in his vniuersaliter et absque restrictione res iudicata tertio nec nocere, nec prodesse dicatur: Leges tamen Romanae non semper secundum vniuersalitatem suam interpretandae sunt, sed cum plerumque per formam regulae proponantur, suas interdum patiuntur exceptiones. Sic regulariter quidem sententia inter solos litigantes ius facit, ratio est in promptu, quia regulariter in solos litigantes dirigitur. v. g. Si Caius Titio debeat centum, proptereaque ab eo iudicialiter conueniatur, et in actione vincatur; In sententia pronunciat iudex: daß Caius Titio die libellirte hundert Thaler zu zahlen schuldig B. N. B. Si ergo idem ex eadem causa Sempronio quoque debeat centum, Sempronius ex hac sententia eos non postulabit, cum in ea solius Titii facta sit mentio, huicque debitum adiudicatum, non Sempronio. Ast in querela inofficiosi regula citatae *l. 16. ff. qui potior. in pign. et l. 2. C. quib. res iudic. non. noc.* patitur exceptionem, quia cessat in ea suppeditata iam ratio. In hac enim si quis obtinuerit, in nullam actoris vel rei certam personam dirigitur sententia, sed in genere pronunciat; daß des Verstorbenen Testament als inofficiosum zu rescindiren. Cumque sic nullius certae personae intuitu, sed in genere prolata sit sententia: testamentum tanquam inofficiosum rescindendum esse; nulla

E

appa-

apparet ratio, quare sententia haec non omnibus, quibus defunctum intestatum esse interest, ita per indirectum possit prodesse, ut, testamento amplius non existente, ab intestato haereditatem petere queant.

XIX.

Casus I. proponitur, in quo ventilata quaestio occurrit.

Sicque satis probasse mihi videor id, quod erat propositum, quod scilicet in concursu, post obitum testatoris inofficiosi, plurium alias ab intestato simul succedentium, quorum alii querelam mouere possunt, alii vero non; victoria illorum his quoque prodesse debeat. Nunc ergo videndum, quibus in casibus quaestio haec possit occurrere, et quid in iis, si occurrat, ex praemissis sit decidendum. Cumque iuris ciuilibus ab intestato successio per Saxonicum ius maxime sit immutata; Ita casus, qui solius iuris ciuilibus sunt, separabimus ab iis, qui Saxonico etiam iure contingere possunt, ita quidem ut de illis prius, postmodum de his quoque simus acturi. Et PRIMO quidem de iure civili concursum talem contingere videmus, si quis relinquat vnum, vel plures ex adscendentibus, et fratres germanos, hisque omnibus legitimo modo i. e. rite, ut dicitur, exclusis, praeferat in testamento extraneam eamque honestam personam. Nimirum hoc casu ad querelam admittuntur Adscendentes per §. 1. l. l. 14. 15. ff. et l. 28. C. de inoffic. testam. non vero fratres l. 27. C. de inoff. testam. quia iis in

in testamento infamis persona non fuit praelata. lam vero in successione ab intestato vtrique tam adscendentes, quam fratres pares sunt, et simul aequaliter admittuntur. Quaeritur ergo, an testamento per illorum querelam infirmato, hi quoque in partem ratam, ac si nullum plane conditum esset testamentum, succedere debeant, nec ne? Quod ego quidem ex praemissis affirmandum esse duco, quia testamento per querelam everso succedunt omnes, quibus intestati successio- nem iura concesserunt.

XX.

SECUNDVS est casus si concurrant adscen- *Casus II.*
dentes cum Germanorum liberis. Illi enim soli admittuntur ad querelam, cum e contra in intestati successione vtrique sint pares. Liberi enim repraesentationis iure in locum succedunt defunctorum parentum per *Nov. 118. c. 3. conf. Dn. STRYK de success. ab Intest. Diss. III. c. 1. th. 7.* Hi autem simul ad successionem cum adscendentibus admittuntur per *cit. Nov. 118. c. 2.* Equidem, an in hoc speciali casu, si concurrant praedefunctorum fratrum liberi, cum defuncti parentibus hi iidem iure repraesentationis vrantur et cum his simul succedant, nec ne, controuertitur. Licet enim hoc in *Nov. cit. 118. c. 3.* ipsis denegetur, id tamen correxit iterum *Nov. 127. pr. et c. 1.* Cumque in hac solus casus, si superstites simul
E 2 sint

fint fratres defuncti exprimat: an decisio Nouellae ad solum hunc casum quoque restringenda sit, an vero idem dicendum, si fratres deficient, sique soli fratrum liberi cum adscendentibus concurrant, in eo Doctores nondum conueniunt. Verum enim vero tam in foro receptor, quam ipsi textui convenientior affirmatiua est sententia. Nulla enim inter casum vtrumque disparitatis est ratio. Imo, cum in casu posteriori, vbi soli concurrunt adscendentes cum Germanorum liberis, desit adhuc persona, quae in posteriori accedit, impossibile et contra naturam est, personam deficientem alium posse excludere. Vt adeo, cum Germanorum liberi non excludantur ab adscendentibus et fratribus defuncti simul, multo minus excludi possint ab adscendentibus solis, in casu si fratres deficient. Si ergo defunctus condito testamento vtrosque, tam adscendentes, quam fratrum liberos neglexerit, illi quidem soli de inofficioso queri poterunt, ast testamento per hos euerso, hi quoque, repraesentationis iure vtentes, in partem parentibus eorum, si in vitis essent, debitam simul cum illis succedent.

XXI.

Casus III.

Quaeritur TERTIO, quid dicendum, si quis reliquerit germanum fratrem, et alterius praedefuncti germani liberos. Illis enim solis dabitur querela, si persona infamis vel leuis noxae macu-

macula laborans fuerit in testamento instituta per *L. 27. C. de inoff. test.* His vero non, quia querendi ius ultra fratres ad collaterales nullos extensum est. An ergo, testamento per querelam germanorum euerso, hi etiam soli succedent? an vero simul cum illis praemortui germani filii? Resp. testamento per querelam euerso, causa sit intestati, sicque ad successionem simul admittuntur omnes, qui admittendi simul fuissent, nullo profus testamento condito. Cumque germanorum filii, parentes suos repraesentando, pari cum defuncti germanis sint gradu, sicque aequali cum ipsis successionis iure utantur, his ipsis quoque successio post conditum quidem, sed euersum testamentum deneganda non erit.

XXII.

Atque hi fuerunt casus, qui secundum ius ci- *Casus IV.*
uile tantum possunt contingere, perendum nunc ad iura hodierna, et casus secundum ea obuenientes adhuc commemorandi. Antequam vero hoc fiat, inter utrosque medium ponamus casum *QUARTVM*, qui tam secundum Romanum quam Saxonicum ius diuersam accipit faciem. Nimirum, post obitum quis relinquit fratres consanguineos, et fratrum germanorum liberos, quos simul omnes, condito testamento inofficioso, a successione excludit. Hic ergo secundum ius ciuile filii germanorum in successione intestati potiores sunt fratribus con-

sanguineis, per *Nov. us. c. 3.* Iam vero soli fratres consanguinei ad querelam admittuntur, si turpis persona testamento ipsis sit praelata. *l. 27. C. de inoff. test.* germanorum autem liberi queri de inofficioso non possunt. *argum. l. 1. ff. cod.* Quamvis enim alias in linea collateralis quoque liberi personam repraesentent parentum, id tamen quoad successionis ius solum illis permittitur, non quoad ius instituendi querelam. Quae cum ita sint, apparet, germanorum liberos in successione ab intestato fratribus unilaterialibus esse potiores, e contra vero hos illis in movenda querela. Quid ergo dicendum, si hi querelam instituentes vincant in ea, an soli sunt successuri, an simul cum illis? Alii hoc, alii illud defendunt; Ego, vero neutrum procedere, sed praesenti casu querelam omnino non posse moveri existimo. Quemadmodum enim *pr. Inst. et §. 3. ff. de inoff. test.* docet, querela data est per testamentum a successione iniuste exclusis. *conf. dissert. nostr. §. II.* Iam vero, frater consanguineus, nullo existente testamento, non potuisset succedere, siquidem germanorum liberi eo potiores fuissent: ergo nec per testamentum potest dici iniuste exclusus a successione, quam ne quidem ab intestato accepisset. Deinde nemo agere potest, nisi qui interesse suum in actione instituta potest probare. Cui ergo per testamentum iniuria non facta, et damnum non est illatum, ille nec querelam instituit per *l. 25. C. de inoff. test.* Iam vero fratri consanguineo in casu

casu praesenti damnun aut iniuria per testamentum facta nulla est, sicque actionis interesse demonstrare non potest, quia, si vel maxime nullum adesset testamentum, a germanorum liberis tamen semper excluderetur. Idem mihi ferendum fuisse iudicium videtur secundum antiquum ius Romanum, quo SCtum Tertullianum adhuc erat in usu, si quis reliquerit matrem et fratrem consanguineum. Honestam enim in testamento persona instituta, sola mater querelam habebat, non frater. At in successione ab intestato per dictum SCtum frater matrem in totum excludebat. Quae cum ita sunt, et uterque casus ad propositam in dissertatione quaestionem non pertineat, cum quaeri non possit, quis post motam querelam succedat, si ea nemini detur; mittimus haec, et ad alia, quae hodie adhuc secundum iura, quibus nunc utimur, contingere possunt, progressum facimus. Et initio quidem, quid in concursu consanguineorum fratrum et germani liberorum, cuius modo fecimus mentionem, secundum Saxonicum ius decidendum sit, videamus. Scilicet secundum hoc omnis repraesentatio quoad collaterales in totum est sublata. Vid. *Const. Saxon. Elect. P. III. const. 18. §.* Wir wollen aber, *conf. das Sächs. Land = R. L. 1. artic. 3. in fin.* Sicque germani filius in tertio gradu. Porro frater unilateralis vno semper gradu remotior habetur respectu aliorum bilateraliter coniunctorum, per *dict. const. 18. §.* Wenn aber ein halber Bruder.

Conf.

Conf. *Gloss. in Land. R. L. 2. Artic. 20. lit. D. It. BERLICH P. 3. concl. 24. num. 92. CARPZ. P. III. Const. 18. def. 21. num. 5.* Sicque itidem tercio est gradu. Ex quibus consequitur, quod, cum secundum Saxonicum ius tam frater vnilateralis, quam germani filius aequaliter sit coniunctus, cverso per illius querelam testamento, vterque ab intestato pro rata parte succedat.

XXIII.

Casus V.

Progredior nunc ad casum QVINTVM, si post mortem fratris concurrant consanguineus et vterinus, qui per turpis personae institutionem ab intestati successione a fratre sunt exclusi. Vtrique horum aequale ius ab intestato succedendi concessum est per *Nov. 118. c. 3.* non vero instituendi querelam, quod vterino denegatur in *l. 27. C. de inoff. test.* Equidem HUBER ad *ff. tit. de inoff. test. §. 8. ad Inst. tit. eod. §. 4.* It. BEYER ad *ff. §. 6. ad instit. §. 5. not. c) cit. tit.* Vterino quoque fratri hodie querelam competere dicit per *Nov. 118. C. 4.* qua omnis iuris Romani veteris inter agnatos et cognatos differentia penitus sit sublata, quae tamen vnica fuerit causa, ob quam Codicis iure fratribus consanguineis prae vterinis querela sit concessa, his vero in totum denegata. Equidem, ad hoc quod attinet, non nego, veterem hanc agnatorum et cognatorum distinctionem vnice mouisse Romanos, vt vterino fratri querelam denegarint, quam tamen

tamen concesserunt consanguineo. Attamen ipsam hanc differentiam hodie in totum esse sublatam, per *cit. Nov. 118.* non satis probatur, quippe in qua successione saltim fit mentio. Iam vero ab hac ad querelam non valet consequentia. Querendi enim ius secundum successione spem non semper esse ordinatum, sed pares in successione, inaequales saepe esse querelae intuitu ex haecenus commemoratis satis intelligitur. Et licet in genere, in omni et quacunq[ue] successione *cit. Nov.* hanc differentiam dicas sublatam; per querelam tamen non successio petitur, sed rescissio testamenti, cum, ut dictum est supra, haec haereditatis petitionis non sit species. His praesuppositis ita, demum concludimus, quod, vincente in querela consanguineo, non huic soli haereditas debeat, nec pars reliqua maneat apud haeredem scriptum, sed vterinus, licet querelam mouere non potuerit: instituta tamen postmodum haereditatis petitione pro sua parte, simul cum consanguineo in defuncti bona succedat.

XXIV.

Sequitur nunc *SEXTO*, ut dicamus de filio *Casus VI.* naturali, an et in quantum huic quoque profit querelae victoria. Equidem regulariter naturalis filius nec querelam habet, nec intestati successione: certa tamen sub limitatione ad hanc iura ipsam admittunt. Nimirum per *Auth. Licet. C. de nat. lib.* in sextantem succedit, cum matre diuidendam, si

F

secun-

secundum probabilitatis regulas pater fuerit certus, hicque liberos legitimos, legitimamue vxorem post fata non relinquat. Fingas igitur, positis his circumstantiis filium naturalem concurrere cum adscendentibus, vel fratribus defuncti, per testamentum exclusis; Hi soli habebunt querelam, non ille. Iam vero, per illorum querelam testamento infirmato, cui successio dabitur, an soli vincenti, an vero filio quoque naturali? Et mihi quidem ex supra deductis posterius videtur, quia per victoriam querentis paterfamilias factus est intestatus, *argum. l. 6. §. 1. ff. de inoff. test.* et sic quilibet partem suam, quam nullo condito testamento ab intestato accepisset, recte sibi peret adiudicandam.

XXV.

Casus VII.

Eadem ratio suadet, ut SEPTIMO quoque fratrem ante defuncti natiuitatem per rescriptum Principis legitimatum ad successione[m] simul admittamus, si frater consanguineus, in testamento iniuste exclusus, per querelam totum testamentum euerat. Nullo enim condito testamento, vterque simul defuncto successisset; ergo vterque etiam succederet testamento quidem condito, sed per querelam ex post facto rescisso, licet huic soli, non illi querela fuerit concessa.

XXVI.

Casus VIII.

Sed quid dicendum OCTAVO, si quis plures simul, quibus singulis legitimam debebat, omnes quidem

quidem rite, sed iuste alios, alios vero iniuste testamento exclusit, an hic etiam, testamento per hos everso, illi partem suam ex haereditate capere poterunt? Et videtur quod non. Quia, qui rite et iuste simul sunt exclusi, omni prorsus ad successionem spe destituti videntur, et quorum respectu testamentum inofficiosum haud est, respectu horum etiam non videtur rescindendum. At enim vero, his positis testator pro parte solum testatus, pro parte vero non testatus decederet, quod tamen contra naturam esse, ex Romanorum hypothese supra (§. 12.) monstratum. Cumque sic testamentum, quo quis est iniuste exclusus, per que-relam in totum rescindatur; (conf. *cit.* §. 12.) nihil obstat, cur non iuste exclusi etiam ad successionem sint admittendi, rupto testamento, per quod ab hac successione excludebantur.

XXVII.

Idem quoque NONO dicendum erit in casu, *Casus IX.*
 si post obitum defuncti parentis concurrant liberi adoptivi atque legitimi. Equidem hic ipse casus atque concursus impossibilis videtur ob *l. 17. §. 3. ff. de Adopt. et Emancipat.* qua legitimos liberos habenti adoptio prorsus interdicta est. Ast enim vero non solum haec ipsa regula suas habet exceptiones, quibus est limitata, (conf. Dn. STRYK *ad Laaterb. ad tit. de Adopt. et Emancipat. p. 47.*) verum etiam, si postmodum supernascentur liberi,

F 2

hi

hi cum adoptiuis simul in successione concurrere poterunt. Quod ergo si accidat, et pater inofficiosum condat testamentum; soli legitimi ad rescissionem agere poterunt, non adoptiui, si vero illi in actione obtinuerint, et testamentum infirmarint, hos quoque simul debebunt admittere, quos admittere etiam debuissent, si pater sine testamento diem obiissent supremum.

XXVIII.

Casus X.

Restat ut de DECIMO adhuc dicamus casu, qui, spectatis iuris communis Saxonici principiis, eadem, qua priores, ratione decidendus est; scilicet moribundus quis relinquit patrum et consanguineum fratrem. Hic, licet ex speciali constitutione AVGVSTI illum in successione excludat, eum tamen secundum ius commune Saxonicum simul debet admittere. Quod si ergo defunctus turpem in testamento personam utrisque praetulerit, parvus quidem non habet querelam: nihilominus tamen simultaneam successionem habebit, si modo a fratre testamentum prius ruptum fuerit atque euersum.

XXIX.

*An aliis, qui
aequale ius
ab intestato
succedendi
non habent,
prosit querela.*

Atque hi fuerunt casus famosiores, in quibus aliorum querela tertio, qui aequale quidem ius succedendi, non vero querendi habet, posse esse proficua. Cum vero in rubro dissertationis in genere

nere de effectu querelae tertio proficuo acturos nos esse promiserimus, restat ut videamus adhuc, virtum non aliis etiam, qui cum querente aequale ius successione non habent, profit querelae victoria. Hoc vero duplici ratione potest contingere, vel ut tertii ius in successione sit fortius, vel ut potior quoque in successione sit, qui mouerat querelam. Ad prius quod attinet, vnicus est casus in supra iam cit. l. 6. §. 1. ff. de inoff. test. Scilicet extraneus quis, qui nullum ius succedendi habet, querelam instituit et casu obtinet, quaeritur in lege, cui profit victoria? et responderur, non vincenti, sed omnibus ab intestato successuris, quoniam, qui nullam successione spem habet, euerfo per querelam testamento, ab aliis, qui in successione potiores sunt, excluditur. Quod vero attinet ad quaestionem alteram; an victoria querelae iis etiam prodesse possit, qui in successione, quam ipse querens, remotiores sunt, ea quidem in totum neganda videtur, cum, testamento per querelam euerfo, si saltem succedere possint, qui ab intestato proximiores sunt, quibus existentibus, remotiores semper, ut modo dictum, excluduntur.

XXX.

DICTUM est haecenus de Victoria querelae tertio proficua, quaeri nunc possit; num Victoria haec tertio non possit esse noxia? Ad quod quidem quod attinet, id non solum expressa l. 63. pr. ff. de

*Haec querelae
victoria
tertio num-
quam nocet.*

re iudic. cui, in quantum exceptio non probatur, standum in dubio, prohibere videtur: Verum et nullum, quo id contingat, exemplum fingere nobis possumus. Quamuis enim huc spectare casus *legis 15. in fin. ff. de inoff. testam.* videri possit, si quis contra duos haereditarios in diuersis iudiciis simul ex testamento inofficioso experiatur, et in altero saltim vincat, in altero autem succumbat, quia ob supra probatam haereditatis indiuisibilitatem, per quam nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest, qui in vno vicit iudicio, totam capere videtur haereditatem, cum partem saltim sumere, et haereditatem ita diuidere, ob datam modo rationem non possit. Tamen, vt taceam huic dubio supra iam esse satisfactum, et hoc casu, vt §. 12. dictum, defunctum pro parte testatum, et pro parte intestatum decessisse, haud esse existimandum; expressam insuper habemus legis decisionem. Citata enim *l. 15. in fin. ff. de inoff. test.* expresse est sancitum, quod hoc casu agens partem solum accipere possit ipsi adiudicatum, reliqua apud haereditarios in testamento scriptum remanente. Nec est, quod porro victoriam querelae inofficiosi tertio nocere dicas in casu, si fratri in testamento sint praelatae duae vel plures personae, honesta altera, altera vero turpis; sicque testamento, tanquam inofficioso per querelam rescisso, non turpem solum sed honestam etiam personam ab haereditate arceri, cui ideo velut tertio inofficiosi querela obesse ita videatur. Licet enim non

INOFFICIOSI TERTIO PROFICVA. 4F

non negem, fratri excluso hoc in casu dari querelam, quia ipsi praelata in testamento turpis persona, ob quam testamentum semper fit inofficiosum, et per fratris querelam potest rescindi per l. 27. C. de inoff. test. Licet porro concedam, mota querela non pro parte, sed in totum, testamentum infringi per l. 7. ff. de Reg. Iur. nondum tamen euietum est, hoc casu tertio obesse querelam. Tertius enim dicitur, qui simul in lite non fuit, iam vero nostro casu in lite aequae fuit honesta persona, quam turpis, et querela non contra hanc solam datur, sed in genere contra omnes haeredes. Ergo, sic exclusa ab haereditate persona honesta, non excluditur tertius quidam, sed ipse reus, quem heres ab intestato per institutam querelam in iudicio legitime vicit.

XXXI.

Atque sic absolvimus omnem de effectu querelae inofficiosi, respectu tertii, tractationem, et nihil restat, quam ut coronidis loco pauca quaedam de nullitatis querela hac occasione adhuc addamus. Nimirum quicquid iam de inofficiosi querela a me fuit assertum, id idem obtinet quoque et applicari potest ad querelam nullitatis, si scilicet defunctus eos, quibus legitimam debebat, in testamento non rite exclusit. Cum enim nec nullitatis querela haereditatis sit petitio, sed actio praeparatoria, nec itidem per eam testamentum ex parte saltem, sed potius

*Eadem haec
quae de querela
inofficiosi
dicta sunt,
valiter etiam
ad nullitatis
querelam ap-
plicari possunt.*



potius in totum, pro nullo declaretur; apparet, per hanc etiam querelam viam ad successionem simul omnibus aperiri, qui proximam et aequalem ab intestato succedendi spem habent, nisi forte alia, quae contrarium suadere videatur, diuersitatis sub-
sit ratio.

XXXII.

*Finis imponi-
tur.*

Vniuersis ac singulis ita pertractatis, merito dis-
sertationi finem impono. Priusquam autem id fiat, a
candido Lectore benignam censuram iterum iterum-
que, qua decet humanitate, peto in iis, quae non
erudite satis et accurate apposita, forte videbuntur.
Qua impetrata, fiet, vt huius me suscepti laboris
nunquam poeniteat. TEO coeterum T. O. M. qui
in ipso negotio sua gratia nobis adfistere voluit, in
aeternum sit laus atque honor.

F I N I S.



Halle, Dids, 1779. H-2

ULB Halle

003 712 46X



3

7

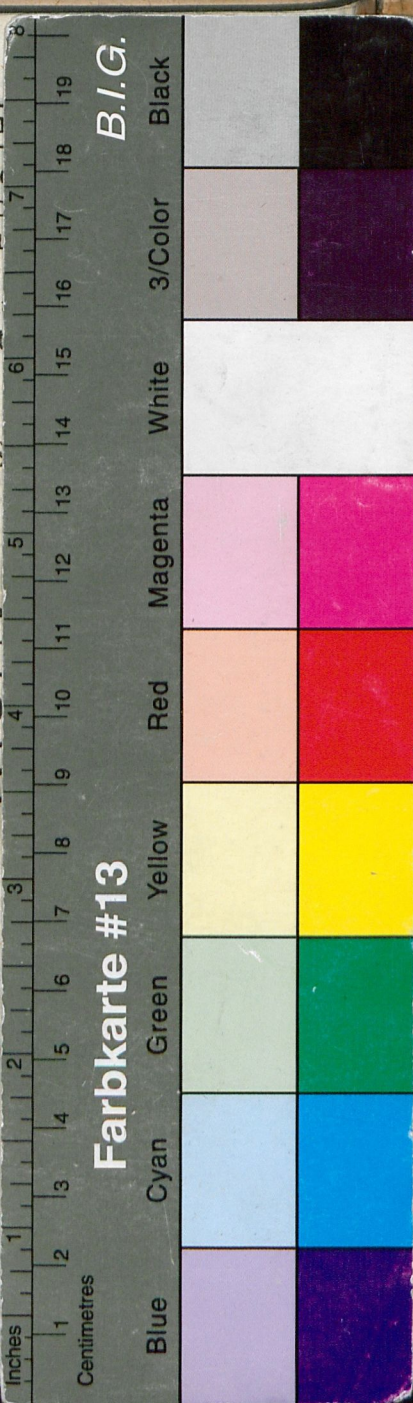
TA-701

nur 2. Sten bischof verknüpft

Rehov







Vol. xx. num. 16.

DISSERTATIO INAUGURALIS IVRIDICA
DE
VICTORIA QVERELAE
INOFFICIOSI TERTIO
PROFICVA

QVAM
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS CONSENSV
IN ACADEMIA FRIDERICIANA

AD D. X. IVLII MDCCXIX.

HORIS ANTE ET POMERIDIANIS CONSVETIS

DEFENDET

M. FERDINAND AVGVST
HOMMEL,
LIPS.

EDITIO SECVNDA.

LIPSIAE

APVD IO. CHRISTIAN. LANGENHEMIVM.
C1919CCLXV.

v. 2.

