

1.
2
3
3
3
3
3
7.



IOAN. HARTWICH REUTER ICTI
POTENTISS. BORVSSORVM REGI IN SVPREMO OMNIVM
PROVOCATIONVM TRIBVNALI A CONSILIIIS
SECRETIORIBVS

1749
56
11

DISSERTATIO
DE
EFFECTV QVERELAE
INOFFICIOSI TESTAMENTI

IVXTA
ORDINEM EDICTI SVCCESORII INSTITVTAE
INTVITV NON QVAERENTIS

IN ACADEMIA REGIA FRIDERICIANA
MDCCLIX.
DEFENSA

A
CHRISTIANO LVDOVICO BERENDES
BEROLINENSI.

Handwritten signature



Handwritten signature

HALAE MAGDEBVRG. LITTERIS HENDELIANIS.

P. 503.



IOHANES HANSENIUS
POTESTAS
CANTOR
D. M. T. A. T. I. O
EPISTOLA
INCHILIOSI TESTAMENTI
CORINTHIENSIS
I. AD
CAPITULUM
II. AD
CORINTHIENSIS
II. AD
CORINTHIENSIS
CHRISTIANUS IUDICIS





§. I.



Si qua hereditatis portio est, ea vel ad tertio gradu lineae obliquae proximiores qua tales spectat, vel non. Si prius, vel ab illa sine iusta causa a defuncto excludi nequeunt, vel non. Priori casu portio illa *legitimae portionis* nomine venit.

*Legitimae
portionis no-
tio.*

Ambiguum hereditatis vocabulum nec dupondii ignorant. Vnde non est, quod multus sim in eius aequiuocatione indaganda. Id saltem monuisse non pigebit, hereditatis nomine heic venire vniuersitatem bonorum defuncti, vt satis quaestioni fieri queat inter DD. agitatae, virum legitima portio hereditatis, an bonorum sit? Vide sis *Illustr.* a LEYSER. *Sp. XCI. M. IV.* Legitimae portionis respectum ad omnes heredes coniunctim spectatos ab habitu eiusdem ad singulos, iuris interpretes distinguere solent tantum non omnes. Priori saltem casu definitione vtuntur, meae haud absimili: posteriori vero legitimam portionem explicatam dant per portionem portionis ab intestato debitae &c. Si vno quidem plures adsunt, quibus legitima debetur, legitimam cuiuslibet esse portionem portionis ab intestato debitae, nisi legitimam partem eius maiorem interdum, quam vnquam ex bonis paternis sperare licuit, somnians non negauerit. Sed fingas, quod compluribus contingit,

tingit, vnum tantum defuncto existere heredem, eius sane legitima pars portionis portio esse nequit. Vnde ne angustioribus, quam par est, limitibus notio circumferatur, ab eiusmodi respectibus abstrahendum est. Ieiunus igitur est BACHOVIVS ad TREVLL. V. 1. Disp. 13. th. 11. cui dictorum respectuum distinctioni quasi semper obuia confiso, jejuna & fere Domitiana haec quaestio videtur. Sed iam heic non ago, vt totam huius portionis doctrinam satura lance subministrarem. Tantum inde delibare scopo vicinius est, quanto ad rectius intelligendum legitimae portionis notionem opus videbitur. Antiquitus arbitrio centumvirorum relictum fuisse videtur, quanta hereditatis pars ad excludendam querelam sufficeret. Vsque dum quarta pars ex ratione forsan L. Falcidiae inuauerit, legibusque stabilita sit. l. 8. §. 8. ff. l. 6. C. de inoff. testum. Quum autem frequenter miratus sit FLAVIVS noster, liberis satis morigeris triuncium saltem relinqui N. 18. pr. portionem legitimam incremento haud ignobili auxit. N. 92. praef. Auxit autem pro numero ab intestato heredum legitimae portionis tamen capacium vel quatuor plurium vel minus. Priorique casu in semissem, posteriori vero in trientem, quae eius est liberalitas, quartam istam transfudit. N. 18. c. 1. si a curialibus olim discesseris, quibus doctantem prospexit cit. N. c. 2. Non tantum tamen ad liberos, quod dubio caret, verum etiam ad parentes fratresque ac sorores augmentum istud porrigendum est (per verb. vlt. cit. N.). Quamuis ex rationibus sublevis omnino illud in dubium vocet VINNIUS ad §. 3. I. de inoff. test. Triens hic aut semissis titulo singulari relictus olim sufficiebat, vt secure testari licuerit. l. 8. §. 6. eodem §. penult. I. eodem N. 18. c. 2. Sed displicuit tandem Imperatori hic titulus atque liberis & parentibus (in a latere iunctis nihil mutatum deprehenditur) titulo vniuersali, honorabili sane atque propter ius adreascendi perquam utili, portionem legitimam reliquendo officio suo, quoad illos luctuoso, dulci quoad hos defungi iussit N. 115. cap. 3. & 4. In omnia quidem alia abit STRAVCHIVS in diff. Inst. d. 9. aph. 38. iusque antiquum mutatum negat atque pernegat, argumentis vsus, quae miror suffecisse BERGERO Oecon. iur. L. II. T. IV. n. 1. vt non haberet, quam obuertere posset, nisi solam vsualem interpretationem. Sed longius a persona ICTI abluor, quibus momentum causae fundat ORTW. WESTENBERG Diff. IV. de Port. Leg. §. 8. verbis: *debent ergo liberi & parentes si nulla exheredatio-
nis*

nis causa adsit heredes institui, quod non negatur, sed an in portione legitima? hoc utique ibi (scil. in cit. N.) non dicitur. Quid enim si quis filium una cum aliis heredem instituerit, eique portionem legitimam ut eam praecipuam habeat, legauerit? hoc in causa erit, ut ultima voluntas effectum non habeat. Ceterum quum sine fontica causa a portione sua legitima neminem excludi fas sit, siue in totum siue in tantum, legitima sane portio sine omni onere reliquenda est. Iure igitur meritoque quicquid facultatem pro arbitrio de ista disponendi restringit, diem adeo, conditionem, modum, legatum, fideicommissum detrahi iubet IUSTINIANVS l. 32. 36. per. & ff. 1. C. de inoff. test.

§. II.

Legitima portio ex lege debetur etiam citra respectum ad ultimae voluntatis dispositionem (§. I.). Quare si etiam ex testamento portionem hanc quis saluam habeat eandem tamen etiam ab intestato cepisset. Vnde cui legitima portio debetur, ab intestato is succedere possit, necesse est. Eo igitur ordine, quo successio ab intestato defertur, ad portionem hanc vocandi sunt, qui eius capaces.

Ordo secundum quem legitima defertur.

Caue calculum prioris propositiones conuertendi addas: Qui ab intestato succedere potest, portionem etiam legitimam capit, aut: quo ordine propinqui se in successione ab intestato excipiunt, eodem etiam ad legitimam portionem vocantur. Neutram enim procedit. Non prius; legitima enim non in tertio gradu lineae obliquae proximioribus terminaretur. Quod prudentes efferunt: argumentum a successione legitima ad legitimam portionem negatiue, non affirmatiuae valet. Neque posterius; filii sane fratrum defuncti germanorum legitimam partem prospiceremus, aut cum ipsis fratribus germanis atque adscendentibus, aut prae fratribus consanguineis vterinisque, quibus leges non prospexerunt. Si nihil non absque auctoritate DD. loqui nefas, vide MENOCH. L. 2.^a conf. 153. n. 18. VINN. ad ff. 1. de inoff. num. 3. Quin legitimam regi in omnibus a causa intestati nec glossam fugit ad l. 8. ff. de inoff. test.

§. III.

*Legitimae
portionis
species.*

Legitima portio non cadit nisi in tertio gradu lineae obliquae proximiores (§. I.). Verum defuncto proximiores sunt vel quoad totam lineam vel non. Posteriori casu *legitima portio fratrum sororumque* est, priori vero vel ascendentem vel descendantem. Illo casu *parentum*, hoc vero *liberorum* legitima portio dicitur. l. 21. C. de inoff. test.

Prae aliorum legitimae portionis definitionibus, praecipuum in conceptu eiusdem est, quem evolutum dedi, quod ex eodem prono, quod aiunt, alveo species iusto nec plures nec pauciores descendant, quum alii tantum sumant, legitimam portionem non competere, nisi liberis, parentibus, fratribusque atque sororibus. Edicto successorio in inofficiosi testamenti querela movenda locum infra vindicaturum viam haec munire, ordinemque iuxta quem legitima portio defertur levi saltem penicillo adumbrare me oportebit.

§. IV.

*Liberorum
divisio.*

Liberi vel a parentibus, de quorum successione quaeritur, ex iustis nuptiis procreati sunt, vel non. Priori casu *legitimi* sunt. Posteriori vero vel iura legitimorum adceperunt vel non. Si hoc, *illegitimi*, sin illud, vel adceperunt per adoptionem vel per legitimationem. Priores *adoptivi* posteriores *legitimati* audiunt. Liberi illegitimi vel ex eiusmodi personis progeniti, inter quas propter coniunctionem licitum nullum connubium consistere potuit, vel non. Priori casu *ex damnato coitu nati* dicuntur. Consistere autem non potuit licitum connubium propter coniunctionem vel inter ipsos concumbentes vel inter unum concumbentem & alium quemdam obuiam seu propter statum conjugalem alterius. Illo casu, *incestuosorum*, hoc vero *adulterinorum*, nomine veniunt. Posteriori casu vel certo patre vtuntur vel incerto. Si prius, *naturales*, sin posterius *spurii* vocantur. Deinceps liberi vel immediate parentibus vitam adceptam ferunt, vel non.

non. Illi *primi gradus*, hi vero *ulteriorum* dicuntur. Vtri-
que vel post hereditatem adscendentis alii efficaciter destinata-
demum legitimaeportiones exigendae iure gaudent, vel non.
Priores *posthumorum* nomine insigniuntur.

Desudavit HUBER. in Prael. ad ff. t. de lib. & posth. ff. 1. in
eruenta posthumi notione quasi etiam hosthumos omnes sub se
comprehendente. Definit igitur eundem: qui post testamentum
factum ius sui heredis est nactus. Sed rite negotium abstractionis
confecisse non videtur, permagnum quidem vsum non adfert, fa-
teor, varias posthumorum species ad viuum refecare. Verum eti-
am, quod discere superuacuum est, verba sunt SENECAE L. 6.
de ben. c. 1. prodest cognoscere. Quare ex facili a me impetrare
potui vt sequentem posthumorum synthetin interfererem: Posthu-
mi nimirum vel post mortem patris naturalem naturaliter nascun-
tur vel non. Illo casu *posthumi veri*, hoc vero *quasi posthumi* di-
cuntur. Quasi hosthumi vel ciuilliter nascuntur vel non. Priori
casu *quasi posthumi ciuiles*, posteriori vero *quasi posthumi in specie*
sunt. Quasi posthumi in specie tales vel post mortem ciuilem pa-
rentis gignuntur vel non. Priores *Corneliani* sunt, posteriores vel
nepotes sunt vel non. Hoc casu sunt *quasi posthumi primi gradus*,
illo vero *ulteriorum gradum*. Quasi posthumi vltiorum gradum
vel praemortuo filio nati post mortem aui vel non. Priori casu
Aquiliani, posteriori vero vel post testamentum aui nascuntur vel
non. Hoc casu, *Velleiani ex 2do capite*, illo vel praemortuo filio
nati vel non. Priori casu *Velleiani ex Imo capite*, posteriori vero
Saluiani audiunt. Vide l. 29. pr. ff. 13. 15. 11. de lib. & posth. l. 15.
de ini. rupt.

§. V.

Legitima liberorum liberis legitimis primi gradis, iusta Liberis legi-
quare excludantur deficiente causa, intuitu vtriusque paren- timis primi
tis debetur. Legitima portio iuxta eum ordinem liberis de- gradus legi-
fertur, quo iidem illi ad successionem ab intestato vocantur *rima ab*
(§. II. III.) sed ea successionis intestatae ratio isque ordo est, *utroque pa-*
vt liberi legitimi, quos nemo gradu praecedat, qui heredita- *rente debe-*
tem

3 De effectu querel. inoff. test. iuxta ord. edict. success.

rem praeciperet, parentibus omnibus ante reliquos cognatos qua tales succedant. *N. 118. c. 1.* Verum iusta, quare excludantur causa obuia legitima portio relinquatur nihil necesse est (§. I.). Liberis igitur, iusta quare excludantur, causa deficiente, legitimis, quos gradu nemo in eadem cum ipsis linea antecedit, legitima portio ratione vtriusque parentis debetur. Sed liberis primi gradus gradu nemo antecedit (§. IV.). Legitima igitur portio liberis legitimis primi gradus, iusta exclusiones deficiente causa, intuitu vtriusque parentis debetur.

Vide *N. 1. praef. ff. 2.* Emancipati olim praetorio saltim iure legitimae portiones participes erant. Sed secundum *N. 118.* iuxta quam haec statuendum, nihil eorum a suis discrepantiae est. Ceterum quum de legitima portione relinquenda quaestio est, semper iusta, qua rite excludens vtratur, deficiat causa oportet. Quod semel haec notasse etiam in sequentibus sufficiat.

§. VI.

Liberis naturalibus & spurii a matre legitima portio debetur.

Liberis primi gradus naturalibus legitima portio ratione matris indistincte, spurii autem ratione matris non illustris liberos legitimis habentis debetur. Liberi enim naturales intuitu matris indistincte, spurii vero si mater non illustris liberos legitimis habens, iure legitimorum vntuntur (per vulg. iur. pr.). Sed liberis legitimis primi gradus ratione matris legitima portio debetur (§. V.). Liberis igitur naturalibus indistincte, spurii autem si mater non sit illustris legitimis liberos habens, intuitu matris legitima portio debetur.

Confer. *l. 5. C. ad Sct. Orfit. ff. 3. I. eodem l. 29. ff. 1. de inoff. test.* Adoptiui quatenus adoptioni patriae potestatis effectus inest, pari iure legitimam portionem a patre exigendi iure gaudent. Vide *ff. 2. I. de inoff. test.* idemque de plena legitimatione dicendum venit. Quumque moribus, quod vulgo DD. etiam de iure rom. recentiori, sed frustra statuunt, vide *N. 74. c. 1.* legitimi antea nati illegitimorum legitimationi non obstant, concurrere interdum contingit cum liberis legitimis antea natis legitimatos. Quo quidem

instituta, intuitu non querentis.

dem casu legitimaie portionis demum iure gaudent, salua sua prioribus legitima portione, neuiquam vero, qui error quorundam est, praecipua.

§. VII.

Quod adliberos posteriorum graduum tam legitimos intuitu adscendentium a patre matrique, quam illegitimos intuitu adscendentium maternorum attinet, varii a se inuicem separandi sunt casus: si enim liberi posteriorum graduum adscendentium existant necesse est. Iam intermedii vel adscendentium huc superfites sunt, vel non. Si superfites, vel ipsi legitimam portionem praecipiant, vel non. Si non superfites vel liberi posteriorum graduum intermediorum obligationes explere tenentur, vel non.

Varii quoad liberos posteriorum graduum casus.

§. VIII.

Si nulli intermedii superfites sunt, liberis legitimis posteriorum graduum ab adscendentibus tam a patre quam a matre legitima portio relinquenda est. Si enim nulli intermedii superfites, liberi legitimi posteriorum graduum ad successionem adscendentium tam a matre quam a parte ab intestato vocantur *N. 118. cap. 1.* Sed quo ordine liberi ab intestato succedunt, eodem ipsis legitima portio defertur (§. 2.). Si itaque nulli intermedii superfites sunt, liberis legitimis posteriorum graduum ab adscendentibus tam paternis quam maternis relinquenda est.

Quid obtineat, si intermedii superfites.

Vide *sis N. 1. praef. §. 2.*

§. IX.

Si intermedii superfites actu legitimam portionem non praecipiant, nec liberi posteriorum graduum legitimi intermediorum obligationes explere tenentur; ad liberos eiusmodi legitimos ex quorumcunque adscendentium hereditate legitima portio pertinet. Proximiori enim omittente iuxta ordinem

Quid, si superfites legitimam non praecipiant?

B

inte-

intestati successio proxime sequenti, quatenus omittentis obligationem explere non tenetur, defertur (*per vulg. iur. pr.*). Liberi ergo legitimi posteriorum graduum data sub hypothese, ad quorumcunque ascendentium hereditatem ab intestato vocantur (*§. IV.*). At quo ordine ab intestato succeditur, eo etiam liberis legitima portio debetur (*§. III. II.*). Liberi igitur posteriorum graduum legitimi, intermediis legitimam portionem non praecipientibus, intermediorum in obligationes explendas non succedentes legitimam portionem ob omnibus ascendentibus exigendi iure gaudent.

Confer *l. 5. §. f. si tab. test. null. l. 1. §. 5. de coniung. cum emanc. lib. l. 1. §. 10. 11. de edict. succ. arg. §. 7. l. de leg. adgu. succ. l. f. C. unde lib.* Quin idem de naturalibus spuris que ascendenti a matre intuitu dicendum sit, memor principii, quo in dem. ad §. 6. usus sum, nullus dabitur. Dicam, quam nobis scripturi sunt. quorum ex sententia edicto successorio locus demum est in personis non eiusdem, sed diuersi ordinis, ex facili praevideo. Sed infra litem constetabor plenius discutiendam. Haec saltem vrgeo *l. 31. pr. ff. de inoff. test. vbi PAVLLVS: si is qui admittitur ad aduocationem nolit aut non possit aduocare, an sequens admittatur videndum est: & placuit posse, vt fiat successioni locus.* Sane quum deinceps probatum dabitur, retro a querela inofficiosi testamenti ad ipsum legitimae portionis ius validum argumentum necesse; Ictum tam generatim statuisset, vt casus quoque, qui obuertatur, decisio inde peti queat, nisi culpa coecior nemo non videret. Deinceps quum omnis vis argumenti inde resulteret, quod hoc ordine ad successione ab intestato vocentur, attamen iam, qui inter adgnatos a latere familiam ducunt, proximioris omittentis locum subeant §. 7. *l. de leg. adgu. succ.* immo parentes defuncti, liberis legitimam portionem non praecipientibus, eandem exigere possint *l. 14. ff. de inoff. test.* certe nisi me omnia fallunt, multo magis de descendentibus hoc dicendum venit, quippe qui in successione fauore reliquos multo superant. Confer *MERLIN. de legit. l. 1. T. 2. qu. 109.* Idemque inficias non eo, ius praetorium demum eiusmodi successione intestatam iisdem indulgisse. Vide enim *l. 1. §. 8. ff. de suis & legit. arque l. f. C. unde lib.* Interim, quae adferri, in viridi esse obli-
uantia

instituta, intuitu non querentis.

uantia testatur *STRYK tract. de succ. ab int. D. I. C. II. §. XXVI.*
Ceterum est haec communis omnium sequiorum successiōnis hypo-
thesis, eosdem proximiorum omittentium heredes non esse, quam
vel ideo semel tantum indigitasse sufficiat.

§. X.

Legitimam liberorum excipit legitima, si qui sunt, pa-
rentum. Sed distinguendum: si adscendentes defuncti ad-
sunt vel descendentes eius legitimam portionem praecipiant,
vel non. Si non praecipiant vel per pupillarem substitutio-
nem excluduntur vel non. Si non excluduntur, vel primi
gradus sunt, vel vltiorum. Si vltiorum, vel intermedii
superstites sunt, vel non. Si superstites, vel legitimam por-
tionem praecipiant, vel non.

§. XI.

Si descendentes defuncti legitimam portionem non praeci-
piant, parentibus liberorum legitimorum primi gradus,
quos nulla substitutio pupillaris submoquet, omnibus legitima
portio debetur. Is legitimorum heredum succedendi ordo
est, vt, descendentes nihil praecipientibus, ad adscendentes
liberorum legitimorum omnes deuoluatur successio, quos
proximior eius ordinis nemo antecedit. *N. us. c. 2. l. 1. §. 10.*
ff. de edict. succ. Verum enim vero parentes iuxta ordinem
successiōnis ab intestato ad legitimam portionem percipiendam
vocantur (§. III. II.). Sed substitutio pupillaris parentes quos-
dam a legitima portione interdum excludit *l. 8. §. 5. de inoffic.*
test. c. 1. testam. in 6 Si igitur descendentes defuncti nullam legi-
timam portionem praecipiant, parentes legitimorum, quos
proximior nemo antecedit nullaque substitutio pupillaris ex-
cludit legitimae portioni iure gaudent. At proximiores pa-
rentibus liberorum primi gradus non dantur (§. IV.). Satis
ergo adsertum manifestum est.

B 2

Vide

12 De effectu querel. inoff. test. iuxta ord. edict. success.

Vide l. 14. ff. de inoff. test. Olim quidem, quin ex ipsa Imperatoris nostri constitutione l. ult. C. comm. de success. fratribus defuncti germanis atque consanguineis parentes eiusdem posthabebantur l. 4. C. de bon. quae lib. Sed exulat post. N. 118, omnis fratrum prae parentibus praerogativa, germanorumque is favor est, ut tantum non excludantur. Eandem legitimam portionem matri naturalium liberorum spuriorumque, quam descendentes eorum nulli praecipunt deberi, vix est, quod moneam. Ceterum communis omnium, qui in sequiori linea existunt, hypothesis est neque liberos defuncti legitimam portionem praecipere, neque ipsos substitutione quadam pupillari submoueri. Quare iterum compluribus eandem interferere superfedeo.

§. XII.

Quandonam parentibus remotiorum graduum?

Si nulli intermedii superstites, aut superstites quidem, sed nullam legitimam portionem praecipunt, adscendentibus liberorum legitimorum ulteriorum graduum omnibus legitima portio debetur. Propositio simul manifesta est, ac eandem ad principia quibus in demonstratione theorematis praecedentis usus sum, exegeris.

Pari iure intuitu naturalium spuriorumque adscendentes a matre censeris, fatis, opinor, ex demonstr. ad §. 6. adparet.

§. XIII.

Varii in legitima portionem fratrum defensorum casus.

Agmen claudit fratrum sororumque legitima portio. Sed sequentes & hic fecernendi sunt casus: nimirum si fratres sororesque defuncti adsunt, vel turpis persona testamento fratribus sororibusque integrae famae praelata est. vel non. Si prius, fratres sororesue vel germani sunt, vel non. Si non germani, vel adscendentes aut fratres sororesue germani legitimam portionem praecipunt, vel non.

Si qui communi stipiti subsunt, eidem vel vna immediate subsunt vel non. Personas, quae simul communi stipiti immediate subsunt, si mares, fratres, sin foeminae, sorores adpellari, nec vulgus ignorat. Iam autem vel vni stipiti communi tantum subsunt, vel

vel non. Posteriori casu ex vulgari usu *germanorum*, priori vero prout stipes hic vel pater vel mater est, illo casu *consanguineorum*, hoc vero *ulteriorum* nomine veniunt. Non iidem prorsus olim his terminis responderunt significatus. Germanos etiam, qui eodem patre, quamvis diuersa matre, vtuntur, adpellatos fuisse ex GAIO *Instit. Lib. II. T. VIII. ff. 3. & 5.* discimus. Vide *ff. 4. l. de succ. adgn.* Consanguineos autem sub se germanos & consanguineos in sensu, quem ex usu vulgari euolutum dedi, comprehendisse videri est ex PAVLO *L. IV. Sent. t. 18. ff. 15.* quin ipse Imperator *ff. 1. l. de leg. adg. succ.* ab hoc sensu non abhorret. Vfus horum quae in medium prolata, mox adparebit.

§. XIV.

Si turpis persona testamento heres instituta fratres sororesque germani integrae famae, soli, si nulli parentes, quibus legitima portio debeatur, concurrunt, sin secus, vna cum iis legitimae portiois iure gaudent. Quando fratribus germanis debetur? Iuxta ordinem intestatae successiones, simul cum adscendentibus, si qui sunt, fratres sororesque germani ad hereditatem vocantur, soli eandem capturi, si parentes defuncti, qui in partem vocarentur, deficiunt. *N. u9. c. 3.* Verum iuxta intestati ordinem legitima portio fratribus defertur, quatenus eius capaces sunt (§. III. II). Sed si turpis persona testamento heres instituta, fratres sororesque integrae famae legitimae portiois demum capaces sunt. *L. 27. C. de inoff. test.* Si ergo turpis persona testamento heres instituta, fratribus germanis integrae famae vel solis, vel vna cum parentibus legitima portio debetur.

Vide *ff. 1. l. de inoff. test.* Genuina, quam CONSTANTINO adeptam ferimus, dispositio exstat in *l. 1. C. Theod. de inoff. test.* Sed variis laciis, partim ex solo suo ingenio perfectis, partem ex alia CONSTANTINI constitutione *l. 3. C. Theod. eodem obuia decerpris, passim adsuris, eandem codici inseruit TRIBONIANVS l. 27. C. eodem vbi: fratres vel sorores vterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis, penitus arceantur: consanguinei autem, durante adgnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel*

14 De effectu querel. inoff. test. iuxta ord. edicti. success.

fororis de infamioso quaestionem mouere possunt, si scripti heredes infamiae, vel turpitudines vel leuis notae macula adspersantur. Conuenienter quidem uterinis legitimae portionis ius denegat CONSTANTINVS, non aequè, fugerente forsàn TRIBONIANO, IVETINIANVS. Sed vide *schol. ad ff. 15.* Quum ille germanis legitimam portionem, olim simpliciter relinquendam, demum concederet, si turpis persona instituta; hic mutato nomine germanis consanguineos substituit. Quod ipsum a se fuit quibusdam statuendi, germanis legitimam portionem sine discrimine heredis instituti deberi, consanguineis autem demum, si institutus turpitudines macula adpersus. Vide *HERTIVM dissert. de frat. germ. quer. inoff. adu quoscung. f. 2.* Verum quum utriusque termini significatum, ut cuius genus exprimit vulgo dictorum germanorum consanguineorumque, iam supra *schol. ad ff. 3.* notauerim in iure usu venire; quin idem in *cit. l. 1. C. Th. tam, quam cit. l. 27. C. lxxij.* intelligendus sit, est, quod tanto minus dubitemus, quanto certius, solum olim adgnationis vinculum ad successionem civilem conduxisse, cognationes fere non habita ratione. CONSTANTINVS porro durante adgnatione fratribus aditum reseruit, TRIBONIANVS querelae, ea etiam non durante, locum esse intertextit. CONSTANTINI certe constitutionem ad ipsius tempora sapientem, suis temporibus aptare satagit: non quidam, quod iam tum omne discrimen adgnationem inter atque cognationem sublatum, qui quorundam error est, sed quod ex lege ANASTASIANA fratrum successioni amplius non obfuisse emancipationem animaduertit. Vide *ff. 1. l. de succ. cogn. l. 11. C. de leg. her. l. 4. C. de leg. tut.* CONSTANTINVS denique legitimae portionis iure instituit, si scriptus heres, cui detestabilis turpitudinis notam iniustam esse constiterit. Sed in leuis notae atque infamiae maculam mutat TRIBONIANVS. Vide *l. 3. C. Theod. cod.* Sed vide sis omnium hac de re differentem *Perillusfr. CANCELL. BOEHMERVM dissert. de quer. inoff. frat. conf. ff. 15. seq.*

§. XV.

Quando fratribus vilitatibus legitimam

Si ascendentes defuncti aut fratres eius germani legitimam portionem non praecipimus; sub hyp. §. praec. fratribus atque sororibus integrae famae uterinis indistincte, consanguineis

guineis vero legitima natis legitima portio debetur. Si nulli ^{portio debe-} neque ascendentes, neque germani hereditatem praecipunt, ^{tur.} qui que germanorum iure gaudent, eorundem filii, fratres vterini indistincte l. 2. vnde cogn. consanguinei vero legitime nati ad successionem fratris defuncti vocantur N. us. c. 3. 4. §. 7. I. de leg. adgn. success. Sed quo quisque ordine ab intestato succedit, eodem, qui legitima portio capax est, eandem capit (§. II.). Verum filii fratrum fororumque legitima portio incapaces sunt (§. I. III.) atque ipsis fratribus integrae famae ius eandem exigendi tribui nequit, nisi turpis persona heres scripta (per demonstr. ad §. praec.). Quare data sub hypothese fratribus fororibusque integrae famae vterinis indistincte, consanguineis vero legitime natis legitima portio debetur.

Cave confundas hereditatem intestatam praecipere atque praecipere legitimam portionem. Illud sane filiis fratrum germanorum concedimus, hoc autem negamus atque pernegamus. CONSTANTINI tempore nulla vterinorum ceu cognatorum intuitu legitima portio exigenda ratio habebatur. l. 1. C. Tb. de inoff. test. Quum autem FLAVIUS noster pari cum consanguineis ac germanis iure vterinos instruxerit, l. 15. §. 2. C. de hered. tanto magis constitutionis Imperatoris sui immemor fuisse videtur TRIBONIANUS, dum sanctionem CONSTANTINI vterinos a querela excludentem in codicem reperitae praeselectionis irrepere passus, quanto magis eandem, quoad consanguineos, legis ANASTASIANAE calopodio calceare non dubitaverit. Vide schol. ad §. praec. Sed quantumvis cognatorem adgnatorumque discrimen prorsus sustulisset imperator N. us. c. 4. ideoque iam pari iure vterini cum consanguineis censentur; praerogativam tamen germanis fratribus prae unilateralibus cit. N. c. 3. statuit, secundum quam & heic statuendum fuit.

§. XVI.

Si plures ad successionem defuncti vocantur, vel vo- ^{Norio ordi-} cantur ex testamento, vel non. Si posterius; vel ita vocan- ^{nisdiciti suc-} tur, ^{cessorii eius-} ^{que divisio.}

16 De effectu querel. inoffic. test. iuxta ord. edicti success.

tur, vt proximiori omittente, proxime remotiori successio deferatur, vel non. Priori in casu, ordo qui seruatur est *edicti successorii*. Proxime remotior vel in eadem prorsus adhuc linea est, vel non. Illo casu edictum hoc successioni locum facit, *gradus in gradum*; hoc vero *ordines in ordinem*.

Latori sensu ordo edicti successorii heic sumitur, quum & vltra successiōnem praeroriam extendatur. Vide §. 7. I. de leg. adgn. succ. tt. ff. de edicto success. Sed extensionem magis adhuc sequentia suadebunt.

§. XVII.

Locus ei est
in legitima
portione.

Si quis, cui proximiori legitima portio defertur eandem non praecipit, in percipienda legitima portione ordini edicti successorii, tam gradus in gradum, quam ordines in ordinem locus est. Si proximior legitimam non praecipit, proxime remotiori eadem percipienda defertur tam in eadem prorsus linea quam diuersa existenti (§§. V - XV.). Verum, si successio ita defertur, vt proximiori ab intestato heredi omittente, proxime remotiori locus fiat, siue in eadem linea siue diuersa existenti, ordo obtinet edicti successorii tam gradus in gradum, quam ordinis in ordinem (§. XVI.). Si ergo proximior legitimam portionem non praecipit, eadem defertur iuxta edicti successorii ordinem, tam gradus in gradum, quam ordinis in ordinem.

Vide scholium ad §. 9. l. 3. §. 5. de bon. poss. cont. tab. l. 1. §. 10. de succ. edict. l. 14. de inoff. test.

§. XVIII.

Ex hereda-
tiones notio
eiusque spe-
cies.

A legitima portione tertio gradu lineae obliquae proximiores sine fontica causa excludi nequeunt (§. I.). Ponamus igitur eosdem esse exclusos, vel ab integra legitima portio-

portione exclusi sunt, vel minus. Si prius, *exheredatos* eodem dicimus. *Exheredatio* itaque ex actus, quo ab integra legitima portione, is, cui delata est, exclusus. Si ergo exclusus est, vel exclusio ex eo tantum intelligitur, quod alii ex assē heredes in testamento scripti sint, vel non. Priori casu exheredatio haec, *praeteritionis*, posteriori vero *exheredationis in specie* nomine venit. Exheredatio in genere vel modo legibus praescripto fit, abstrahendo a veritate causae, vel non. Si prius rite facta dicitur *l. 8. §. 2. de bon. poss. contr. tab.* Ex quibus citra pulueris iactum intelligimus, *tam exheredationem in specie talem, quam praeteritionem in rite factam & non rite factam dispesci posse.*

Latori quidem sensu exheredationes vocabulum sumitur, adeo, ut etiam in eum cadat, qui saltem ab hereditate, vel eius parte exclusus est, qua alioquin potius fuisset. Confer *l. 27. ad L. Falc.* Sed exulat, si qua de inofficiso testamento quaestio est. Quare si quis eum, cui legitima portio debetur, ad legitimam usque exheredauerit, cuius tenoris testamentum mulieris Wolfenbüttelensis refert *Illustr. a LEYSER. spec. 356. th. 7.* hoc sensu sane non exheredavit.

§. XIX.

Ex hereditatio rite facta modum servat legibus praescriptum (§. XVIII.). Sed iure nouissimo *modus in specie exheredandi* ita comparatus est, ut quibus in linea recta existentibus, primo omnium loco legitima portio deferatur, eorum exheredatio, in certa testamento causa exheredationes ex *N. 15.* defuncta, exheredandoque in specie determinato, ita fiat, ut, nullo euentu inspecto, praeteriti dici possint. Confer *l. 18. pr. in f. de bon. poss. contra tabul.* *Modus autem legibus (& quidem nouissimis) praescriptus in praeteritione* is est, ne saltem ii praetereantur quibus primis in linea recta legitima portio debetur.

Modus exheredandi & praetereundi leg. praescriptus.

C

Qui

Qui naturam querelae inofficiosi testamenti secundum edictum successorium instituendae exploratam sibi reddere cupit, sane modum praeteritionis, quem epului atque DD. quantum ego quidem adhuc scio, saltem vulgo inculcare non solent, insuper habere nequit. Quum enim ordini edicti successorii saltem ordinis in ordinem locum concedant, plurimorumque animis ea sedeat sententia, parentes iure nouissimo, aut instituendos esse, aut exheredandos, si testamentum non esse debet nullum; sane ignorata hac praeteritionis forma, eos fugere videtur, qui fieri possit, ut liberis exheredatis omissis, in parentes praeteritos deoluatur querela. Ceterum ex forma exheredationis in specie talis delineata facillimo negotio reliqua deducuntur. Periculum breuissimis faciam, ut nostro principio subnixae adpareant, quae vulgo ad exheredationis formam requirunt. Nimirum 1) nominatim seu addito caractere, quo satis a reliquis distingui possit exheredandus *l. 1. 2. 3. pr. ff. de inoff. rupt. exheredationem esse instituendam* 2) causam ex *N. 15.* desumptam testamento inferendam, immediate fere ex definitione constat. 3) Pure eandem esse ineundem volunt. Sed iura Caesarum ignorare videntur cum ignarissimis, qui hic subsistunt. Vnde tenendum: *Liberos parentesque, quatenus legitima portio primo omnium loco iis desertur, tam sub conditione institui possunt, quam exheredari, dum priori casu sub contraria conditione in specie exheredentur, in posteriori vero instituantur. l. 4. C. de instit. & subst.* Si enim sub conditione instituti, nec in casum deficientis conditionis, seu sub contraria conditione exheredati: certe, quum conditio deficere possit, tum nec in specie exheredati sunt, (per hyp.) neque etiam instituti, quoniam inualida institutio est, deficiente eius conditione. Iam autem coheres testamento scriptus est, vel non. Priori casu iure adcrendi heres ex asse esset, posteriori vero ab intestato succederent sub conditione instituti. Quem autem admodum in illo casu frustra exclusio vlla concipitur, ita haec exclusio ex eo tantum colligeretur, quod alius ex asse heres. Sed tum praeteriti sunt (§. XVIII.) Verum frustranea eiusmodi personarum praeteritio est (§. XIX.) Quum itaque defectus conditionis sic institutos ab hereditate non arceat, in irritum cadit conditionata haec heredis institutio. Simul autem atque sub contraria conditione in specie exheredantur, cessat huiusce rei ratio. Parentes igitur liberique sub conditione institui possunt, si sub contraria in specie exheredentur. Q. e. Imum.

Imum. Si autem sub conditione exheredati, nec tamen sub contraria instituti; Quum conditio deficere possit, eaque deficiente, quicquid ab ea pendeat, in incassum cadat; sane idem quoque de hac exheredatione in specie tali dicendum esset, Sed neque sub contraria conditione instituti sunt (per hyp.) Ergo euentu quodam inspecto praeteriti (§. XVIII.). Quod quum sit absurdum (§. XIX.), obuiam autem ei eatur, si sub contraria instituatur; nulli non patet, exheredationem in specie talem sub conditione fieri posse, dum sub contraria instituatur. Q. e. Ildum. 4) *A tota hereditate arcendi sunt exheredati* seu nulla eius pars cum legitima portione homogenea relinqui debet. Confer. l. 19. ff. de lib. & posth. Rationem huiusce rei inde reperendam esse, quod ab integra legitima portione exheredandi excludendi sint (§. XVIII.) nemini obsecurum esse potest. Proinde, si pars hereditatis cum portione legitima homogenea relicta quod deest legitimae portioni, ut suppletur, agendum ex l. 30. C. de inoff. test. 5) *Ab omnibus heredibus exheres scribendus est.* Confer. l. 8. ff. 3. de b. p. contr. tab. seu non vnus alterue heredum institutorum exheredando saltem praefereendus, sed ad vnum omnes. Sed iure C. determinanda propositio: *in exheredatione pura ineunda.* Ratio in aprico est. Si enim non ab omnibus heredibus, sed ab vno tantum exheredatus est, intentio exheredantis eo collimat, ut exheres scriptus excludatur, si is, a quo exheres, heres fuerit. Reuera igitur exheredatio conditionata est, quae valida iure C. dum sub contraria conditione institutio facta (per n. 3.). In pura igitur exheredatione exheres ab omnibus heredibus scribendus. 6) *Ab omni gradu exheres submouendus est,* seu non ab institutis solum, verum etiam a substitutis exheredandus, sed in pura demum exheredatione. Manifesta omnia sunt ex commate praecedenti. Iam leges determinarunt, exheredationem, aut ante omnem gradum, aut post eundem, aut, loco inter virumque gradum intermedio, obuiam ab omni gradu factam esse censendam. Conf. l. 3. ff. 2. 3. 6. l. 8. ff. de posth. Diuersa autem ratione olim ante IUSTINIANVM exheredatio instituenda erat, diuersa tempore IUSTINIANI secundum ius inter antiquum & N. 115. intermedium, diuersa iuxta ipsum nouissimum ius. Sed aqua multatum horarum poscenda foret, si in hac re pertractanda multus esse vellem. Non est autem, quod pertrita forsitan atque fatis vulgata alicui videatur doctrina, quam hic inculcare super sedere

federe potuissent. Ab iniquo enim eiusmodi rerum arbitro prouoco ad iudicium boni viri, lectoris nimirum philosophi, nec in arte nostra hospitis. Si modum exheredationes, quam delineatum dedi, ex in dote forma negotio cuidam sancitae aestimamus, aestimare autem debemus, prono exinde alueo fluere videtur, vno alteroque requisitorum neglecto, exheredationem nullam ipsumque testamentum ipso iure corrucere. Sed, quod solent, dissentiunt DD. inter formam iuris veteris atque nouissimi distinguentes. Vide PEREZ. ad C. de lib. pract. n. 18. VINN. ad pr. l. de inoff. test. &c. Sed ab errore in viam eodem reduxit THOMASIVS in not. ad HUBER. prael. ad t. de exher. lib. n. 2.

§. XX.

Notio' te-
stamenti
inofficiosi &
diuisio.

Exheredatio rite facta iustam exheredationis causam requirit (§. XIX.). Iam vel vsque dum causa haec, quae falsa est, falsa efficaciter sententia iudicis declaretur effectu non destituitur, vel non. Si prius; rite sed inique facta dicitur. Nulli exheredationi locus est, nisi in testamento §. 2. I. de iur. codic. Quare testamentum quod conditur, vel ita comparatum est, vt in eodem vel exheredatio rite sed inique facta contineatur, vel non. Priori casu testamentum *inofficiosum* dicitur. Testamentum inofficiosum est testamentum, adeoque heredem institutum ponit directum. Sed hoc instituto herede vel potiori ad hereditatem perueniendi iure gaudet exheredatus, vel non. Priori casu testamentum inofficiosum *in totum tale* posteriori vero *pro parte tale* audit.

Inde est, quod MARCIANVS l. 2. ff. de inoff. test. adferat inofficiosum testatorem recte quidem fecisse testamentum, sed non ex officio pietatis.

§. XXI.

Notiones ne-
gotii rescissi
rescindendi
remedii re-
scindentis &
rescissorii.

Si quod negotium celebratum vel ius, cuius producendi ergo celebratur inde oriundum est, vel non. Priori casu *validum*, posteriori *inualidum* nominatur. Si inualidum, vel statim ab initio inualidum, vel non. Si prius *nullum*, sin

fin posterius, vel vt istud ius cesarit efficaci huius tenoris opus fuit declaratione vel non. Priori casu *rescissum* dicitur. Negotium quod nondum rescissum, attamen cuius rescissio moraliter possibilis concipitur, *rescindendum* dicitur. Si itaque negotium actu rescinditur, vel remedium iudiciale, quo vitur tantum vt negotium laudato effectu destituatur efficit, vel ipsum, quod valido negotio non competebar, persequitur. Priori casu remedium vocatur *rescindens*, posteriori vero remedium *rescissorium*.

Quod nullum heic dixi, in iure multoties rescissum dicitur. Sed improprium eiusmodi significatum merito insuper habeo. Impugnantur quidem discrimen remedii rescidentis & rescissorii, neotericorum interpretum tantum non omnes. Sed extra dubitationis aleam idem illud vindicauit ILLVSTRISSIMVS SVMMVS REGNIBORVSSICI CANCELLARIVS L. B. ACOCCEII in iur. contr. Lib. IV. Tom. II. qu. III.

§. XXII.

Quum itaque exheredatio rite at inique facta, dum caus^{Exheredatio rite ad inique facta rescindenda.} fa exheredationis falsa, eatenus legibus improbetur atque iuri exheredati aduersa (§. I. II.): attamen effectu iuris ante non destituatur, quam efficaciter causa falsa declarata (§. XX.); ab initio quidem inuahda non est ex heredatio rite at inique facta, sed rescindenda (§. XXI.)

§. XXIII.

Testamentum inofficiosum quoad heredis institutionem ipsi testatori factam rescindendum est. Inofficiosum enim testam^{Testamentum inofficiosum rescindendum & quantum.}entum exheredationem continet rite quidem ad inique factam (§. XX.). Sed exheredatio rite quidem, inique autem facta rescindenda est (§. XX.). Verum quatenus exheredatio inuahda declaranda, eatenus etiam ipsum testamentum, quoad heredis institutionem ipsi testatori factam, inuahdum semper declarandum (per princ. vulg. iur.). Testamentum

inofficiosum igitur, quoad heredis institutionem ipsi testator factam rescindendum est. Quum autem inofficiosum testamentum vel in totum vel pro parte tale sit (§. XX.); in illo autem institutio eiusmodi heredum obuia, quibus iure ad hereditatem perueniendi querens potior est, quosque adeo prorsus excludere potest, quod hoc in casu secus est (§. cit.); *Testamentum in totum inofficiosum, quoad totam semper heredis institutionem ipsi testatori factam, pro parte autem inofficiosum, quoad heredis institutionem, pro parte tantum rescindendum est.*

Visum hoc quoque fuit MARCIANO l. 2. ff. de inoffic. vbi, ne nullum dici possit testamentum, colore saltim insaniae opus esse iudicat. Distinguunt Icti, quoribus ex arte loquuntur, testamentum inofficiosum, quatenus vt rescissum consideratur, a reliquis inuaidorum speciebus diuersis nominibus insignitis. Videamus igitur quemnam scilicet locum in eorundem synthesi nostrum testamentum occupet. Testamentum nimirum inuaidum, vel ab inito inuaidum est, vel non. Priori casu *nullum* dicitur. Nullum vel propter defectum solemnitarum externarum inuaidum est, vel non: hoc casu *nullum in species tale*, illo vero, *iniustum* audit. Posteriori casu vero, vel ob mutationem status ciuilis inuaidum, vel non. Prius *irritum*, posterius vel ita comparatum, vt ratio quare inuaidum in instituto herede sit, vel non. Illud *desitutum*, hoc vero vel in rite sed iniue exheredato, vel non. Priori casu *rescissum*, posteriori vero *ruptum* nominatur. Dubia autem, quibus partialis rescissio premitur, infra dispellenda sunt.

§. XXIV.

Notio querelae inofficiosi testamenti.

Quum autem iura nostra in iudicio persequi fas sit; remedium inde concipimus iudiciale, quo rescissio testamenti inofficiosi intenditur, quod *querelae inofficiosi* nomine venit. Remedio hoc, vel contra heredem scriptum ex testamento inofficioso experientem opus est, vel non. Priori casu querela per modum exceptionis, hoc vero per modum actionis proponitur.

Confer

Confer. l. 8. ff. de inoff. test. Natales huius querelae fatu-
ra lance subministrat HEINECCIUS *synt. Ant. Rom. lib. 2. th. 18.*
f. 5.

§. XXV.

Si qua actio competit, ea vel oriunde est ex iure heredi-
tario, quod persequimur, vel non. Priori casu *hereditatis peti-
tionis nomine venit.* Quum igitur de iure rom. omne ius *Quid heredi-
tatis peti-
tionis peti-
tionis undeque
oriatur?*
hereditarium, aut ex testamento, aut ab intestato competat
l. 1. 2. 3. de her. pet. sicubi casus, in quibus successoria pacta
permissa, non obveniunt: moribus autem indistincte pacta
successoria probentur; *Nulla hereditatis peti-
tio, nisi ex tri-
plici hoc fonte, manare potest.*

§. XXVI.

*Querela inofficiosi testamenti non est ipsa hereditatis peti-
tio.* Ponamus eandem esse hereditatis petitionem. Aut igitur *Num quere-
la heredita-
tis peti-
tio?*
ex testamento, aut ex iure hereditario legitimo, aut pacti-
ticio oriatur necesse est (§. XXV.). Sed non oriunda est ex
testamento, quippe quo querens exclusus est (§. XX.). Ne-
que etiam ex iure hereditario legitimo. Quamdiu enim sal-
tem ipso iure validum exstat testamentum, ius hereditarium
legitimum non competit (*per vulg. pr. iur.*) sed existente
testamento inofficioso nondum rescisso, ipso iure validum ex-
sistit testamentum (§. XXIII.). Quare quum, instituta modo
querela, statim rescissum nondum est testamentum (§. XXIV.)
quin hereditatis peti-
tio non sit ex iure hereditario legitimo
intestato, nullis nobis dubitandum est. Neque ex iure here-
ditario pacticio originem ducere potest. Nihil enim causa
hac in re vertitur. Querela igitur inofficiosi testamenti non
est ipsa hereditatis peti-
tio.

Sic quoque a iure hereditario legitimo querelam ceu heredi-
tatis petitionem non proficisci, argumentari licet: Quamdiu potest
ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur *l. 39. ff. de
acquir.*

24 De effectu querel. inoff. test. iuxta ord. edict. success.

aguir. vel omitt. hered. Sed tamdiu, quam inofficiosum testamentum instituta querela rescissum non est, potest, quum debeat, adiri hereditas l. 18. ff. 10. ff. l. 36. ff. 5. C. de inoff. test. Adeoque quamdiu testamentum inofficiosum rescissum nondum est, hereditas ab intestato non defertur. Sed ubi hereditas delata nondum est, quo pacto fieri potest, hereditatis petitionem ex eadem nasci?

§. XXVII.

Est rem edium rescindens, hereditatis petitio autem rescissorium.

Querela inofficiosi testamenti, qua talis, tantum et remedium rescindens, hereditatis petitio autem, quae eandem excipit, remedium rescissorium. Quum, querela inofficiosi testamenti instituta, testamentum inofficiosum rescindatur (§. XXIV.) vel querens hac actione simul ius hereditarium persequitur, vel non. Si posterius, quum intestamento inofficioso exheredatus iure hereditario tantum exclusus (§. XX.) ipsum, quod valido testamento non competebar, non persequitur querens. Hoc igitur casu non est, nisi rescindens remedium (§. XXI.). Si prius, ipsa foret hereditatis petitio (§. XXV.). Quod quum sit absurdum (§. XXVI.). Querela inofficiosi testamenti tantum est remedium rescindens. Q. e. Imum.

Quum querela inofficiosi testamenti remedium tantum rescindens sit (per demonstr. praec.) adeoque ipsum ius hereditarium, quo inofficioso testamento exclusi sumus (§. XX. XXVIII.) non euincit (§. XXI.); Alio sane opus adhuc est remedio, quo ipsum ius hereditarium persequi detur. Quum quum in finem hereditatis petitio institui possit (§. XXIII.); hereditatis petitione ius persequi possumus, quod, testamento non rescisso, non competebar. Quare hereditatis petitio, quae querelam inofficiosi testamenti excipit, remedium rescissorium est (§. XXI.).

(§. X.

instituta, intuitu non querentis.

25

§. XXVIII.

Si qua actio datur, vel, antequam institui possit, impedimentum quoddam remouendum est, vel non. Si prius, ^{Norio actio-} vel vt impedimentum tollatur actione alia opus est, vel non. ^{nis praeparatoria.} Priori casu actio haec prioris dicitur *praeparatoria*. Quum itaque iudicio rescissorio locus non sit, nisi remoto ante per rescindens remedium impedimento (§. XXI); *iudicium rescindens rescissorii praeparatorium esse, nulli non patet.*

Sic v. c. actio ad exhibendum, si inclusio facta, praeparatoria rei vindicationis est.

§. XXIX.

Querela inofficiosi testamenti hereditatis petitionis querelam excipientis praeparatoria est. ^{Querela hereditatis petitionis praeparatoria actio est.} Hereditatis peticio, quae querelam inofficiosi testamenti sequitur, iudicium rescissorium, ipsa autem querela iudicium rescindens est (§. XXVII.). Sed iudicium rescindens rescissorii praeparatorium est (§. XXVII.). Querela igitur inofficiosi testamenti hereditatis petitionis praeparatoria est.

Quum querelam inofficiosi testamenti cum hereditatis petitione contendimus, maxima inter DD sententiarum diuortia versamus. Parum certe abest, quin argumentum, vi cuius non potui non querelam inofficiosi negare hereditatis petitionem (§. XXVI.) sanis recentiorum tantum non omnes excipiant. Adcedit in iure nostro haud vna lex, quam nobis de re sua consili cum supercilio, non tamen, quod non diffiteor, sine specie obuerrunt. Sed quantumuis communior, quae videtur, sententia, querelam scilicet ipsam esse hereditatis petitionem, contra est, tamen in portu nauigamus. Ante omnia itaque in ipsis legibus euoluendis operam figam, dubia DD. deinceps diluturus. Maximum negotium facessere videtur *scævola l. eo. ff. de inoff. testam.* verbis: *Qui vero de inofficioso dicit, nec actiones mouere debet, nec aliam vllam, quam hereditatis petitionem exercere.* Sed tanta inde difficultas non est, quam eluctari spes omnis decollat. Aperte *scævolae* mens est,

D

est,

est, quod querelam instituens, testamentumque rescindens, iam si commodo perfrui liber, non possit non rescissorium remedium i. e. hereditatis petitionem mouere. Casum quippe tractat, quo Carboniana bonorum possessio non datur de inofficioso dicenti, licet filius negetur: quum eiusmodi possessionem is adcipiat impubes, qui, si vere filius, heres esset l. 3. §. 2. de Carbon. edict. l. 7. §. 3. eodem. Eum itaque addit, qui exheredatus, indeque queritur, actiones nullas forsan praediuales mouere oportere, sola ipsi seruata hereditatis petitione. Sane si quem agere ponimus, quasdam actiones praeterea negamus, vnā autem adhuc concedimus, hanc a priori instituta diuersam concipere, congruum satis est, dum notiones istiusmodi actionum discrimen admittunt. Testor ideo PAVLVM sent. Lib. IV. T. V. §. IV. verbis: *Qui inofficiosum dicere potest, hereditatem petere non probetur.* Sit inofficiosi actio ipsa hereditatis petitio, nonne, qui hereditatem petere potest, eum posse petere hereditatem dixerit? Idem iudicium esto de verbis VLPIANI in l. 8. §. 8. de inoffic. & si dicam inofficiosum non totam hereditatem deo, sed dimidiam petere. Sicque coaequamus PAVLVM l. 21. §. ult. eodem verbis: *euicta hereditate per querelam inofficiosi; VLPIANVM l. 27. §. 3. eodem verbis: facultatum, quae per inofficiosi aduersionem pro parte ei vindicabuntur; ipsumque Imperatorem l. 34. pr. C. eodem verbis: nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta &c.* Alieni igitur non sunt textus laudati ab ea explicatione, vi cuius ipsa intelligitur hereditatis petitio, remoto ante per querelam inofficiosi testamenti impedimento, Frustra igitur HVBERSVS ad ff. h. t. n. 1. dilemma quo vsus sum (§. XXVI.) eludere tentat, querelam ex iure hereditario legitimo fluere obrecedens, euentu inspecto, rescisso scilicet testamento. Quasi in quaestione sit, ex quo fundamento oriatur, dum iam orta fuerit atque effectum nacta. Sane iuris hereditarii intestati impedimentum est inofficiosum testamentum, quousque rescissum non est. Sed impedita causa, effectus non potest non impediri. Quin si penitus cit. l. 22. de inoff. test. inspiciamus, a nostra parte stat s CAEVO LA. Negat quippe Carbonianam possessionem de inofficioso dicenti, si vel maxime status controuersiam patiat, ratione ductus, quod, qui ad eandem admittitur, heres, aut bonorum possessor esse debeat, dum status, cuius quaestio adhuc dilata, recte se habeat.

Admir-

Admittas querelam ipsam esse hereditatis petitionem, Ergo querens, aut heres, aut bonorum possessor est (§. XXV.). An inspidiorem vnquam mentem ICTo obtrudere possemus? subsisto.

§. XXX.

Qui rite sed inique exheredatus est, ei querela inofficiosa ^{Cui querela competit?} *testamenti, nec alii competit.* Qui enim rite sed inique exheredatus est, intuitu eius testamentum inofficiosum est (§. XX.). Sed inofficiosum testamentum leges permittunt rescindi (§. XX.), cuius rescissionis medium, non nisi inofficiosi querela est (§. XXV.). Verum cui ius est ad finem, ei non potest non esse ius ad media, sine quibus finis obtineri nequit (*per pr. iur. nat.*). Quare qui rite at inique exheredatus, ei querela inofficiosi testamenti competit. Q. e. Imum.

Ponamus & aliis, quam quidem rite & inique exheredatis querelam competere. Querela ergo competit, quorum intuitu testamentum inofficiosum non est (§. XX.). Quod quum sit absurdum (§. XXIV.); alii quam quidem rite at inique exheredati, adeoque non rite aut iuste exheredati frustra ad querelam inofficiosi testamenti confugiunt. Q. e. Idum.

§. XXXI.

Exhereditatio rite at inique facta non cadit nisi in eum, ^{Competit li-} cui legitima portio debetur (§. XX. XXVIII.). Quare 1) ^{beris, paren-} *liberis tam legitimis quam illegitimis, tam primi, quam posteri- ^{ribus, fratri-} *busque rite* ^{sed inique} *orum graduum, tam natis, quam posthumis* (§. IV. Ichol. ^{exheredatis.} §. IX.) 2) *parentibus siue legitimorum, siue illegitimorum,* ^{exheredatis.} *siue primi, siue ulteriorum graduum* (§. XI. XII.). 3) *Fratribus sororibusque, tam germanis, quam consanguineis ac uterinis* (§. XIV. XV.) *rite omnibus at inique exheredatis querelam inofficiosi testamenti mouere integrum est.**

Confer. quae ad cit. §. §. notata sunt. Iure autem singulari quodam testamentum militum gaudere, vix est, quod moneam.

Ceterum quum fratribus vnilateralibus, institutis filiis, germanorum non debeat, determinatio propositionis (§. XV.) quae ibi sese subdlexerat, adhuc hic notanda venit.

§. XXXII.

Instituitur secundum ordinem edicti successorii. Si plures exheredati sunt, qui ordine legitimae portionis exigendae se inuicem excipiunt, atque proximior ex iis rite exheredatus nullam querelam mouet, secundum edictum successorium in reliquos, iuxta exheredationis causa deficientem, deuoluitur. Si enim ex eiusmodi personis proximior legitimam portionem non capit, iuxta ordinem edicti successorii eadem proxime sequenti percipienda defertur (§. XVII.). Ponamus itaque plures, qui se inuicem excipiunt, esse exheredatos, proximiorque ex iis rite exheredatum non agere, relictui iam a legitima ipsis delata portione rite semper exclusi sunt (§. XIX.). Quumque iuxta, quare excludantur, deficiat causa (per hyp.), inique quoque exheredati sunt (§. XX.). Sed rite at inique exheredatis querela inofficiosi testamenti competit (§. XXX.). Data ergo sub hypothesi proxime sequenti querela inofficiosi competit. Quum itaque quando legitima portio iuxta edictum successorium defertur atque proxime sequentes querelam instituere valent, ipsa etiam querela iuxta edictum successorium competere dicatur; si plures exheredati, qui in ordine legitimae portionis exigendae se inuicem excipiunt, proximiorque ex iis rite exheredatus non agit, iuxta edictum successorium querelam deuolui, manifestum est.

Parum autem refert, vtrum rite exheredatus proximior queri, aut nolit, aut non possit.

§. XXXIII.

Tam gradus in gradum quam ordinis in ordinem. Quum itaque querela inofficiosi testamenti iuxta edictum successorium data sub hypothesi instituatur (§. praec.) ea ratio- ne, qua edicto successorio in exigenda legitima portione locus

cus est (vide demonstr. ad §. cit.); *Querela inofficiosi testamenti dicta sub hypothese in proxime sequeutes, nihil, quare exheredentur, commertos iuxta edictum successorium tam ratione gradus, quam ordinis deuoluitur (§. XVII.).*

Vexatissima igitur haec de ordine querelam mouendi quaestio supra iam, sed leuiori brachio tacta, heic sub incudem reuocanda est. Successioni ordinis in ordinem in querela instituenda locum esse, haud ita quisque ambegetur, quippe quam diserte leges sanciuere. Confer *l. 14. ff. de inoffic. test.* Verum quoad sequentes in eodem ordine, diuerso tamen gradu, diuertunt prudentes. Non infimi nominis dantur, qui edicti successorii ordinem in querela mouenda tantum in sequentibus diuerso ordine agnoscunt, inter quos ipsum *CVIACIUM* in *l. 9. §. 2. de lib. & posth.* & in *l. 6. de iniust. & rupt.* nominasse sufficiat. Arcem causae suae fere in ipsis legibus ponunt, nimirum in *l. 9. §. 2. de lib. & posth.* *l. 6. pr. de iniust. & rupt. l. 4. §. 1. de b. p. contr. tab. l. 34. C. de inoff. test.* Confer *PEREGRINUM ad C. L. III. T. XXVIII. n. 15.* In eandem igitur inuadere me oportet in alia omnia abeuntem. *PAVLO* nimirum in *cit. Explicatur l. 9. §. 2. casus obuertatur, quo testator, filio suo exheredato, nepoteque ex eo iam dum existente praeterito, extraneum heredem instituit. Testator diem suum, obit superstiti adhuc filio, ante tamen aditam hereditatem mortuo. Iam vetat nepotem testamentum auti rumpere ad stipulantibus IULIANO, POMPONIO, MARCELLO. Leuiter casum immutat VLPIANVS *cit. leg. 6. pr. nepotem supponens in vtero tempore mortis testatoris existentem, ante aditam tamen ab instituto herede hereditatem editum, sed negat, quod ante PAVLVS, testamentum agnoscendo rumpi. Confer. l. 7. pr. si tab. test. null.* Quum igitur nepos in casibus propositis sequens gradu diuerso, eodem tamen ordine sit: non abs re inde colligere sibi videntur, querelam inofficiosi testamenti iuxta edictum successorium intuitu eorum, qui gradus tenuis tantum remotiores sunt, institui non posse. Hiati sane argumentationis intermedio, quem explere, desperata causa est. Quotusquisque enim leuiter saltim animum aduertens est, qui argumentum a negata potestate rumpendi, ad negandam facultatem querendi duci non videat. Ut autem apertius agam, tanta cum specie, quantam nec ipsi, quod*

sciam, contra sentientes addunt, argumentum ab oculos ponere iuuat. Nimirum: quicumque posthumus in specie exheredatus non est, ille querelam inofficiosi testamenti mouere nequit. At dato in casu posthumus in specie exheredatus non est. Adeoque haud obscura videtur conclusio, eundem de inofficioso dicere non posse. Maiori propositioni inde robur adcedere videtur, quod in eo casu posthumi in specie non exheredati seu praeteriti, non nisi rumpere possint testamentum. Quod itaque vbi ipsi posthumo negatur, est autem nostro casu negatum; omni videtur ope destitutus. Verum caue, specie decipiari. Neganda utique vniuersalitas maioris propositionis, in qua vltus sedet, quod rescandum est. Posthumus enim, vel rite praeteritus est, vel non. Si posterius rumpit hoc iure tantum testamentum, idemque illud ipso iure euertit: sin prius, utique, quatenus iusta exheredationis causa in eum non cadit, querelam inofficiosi testamenti instituire valet deberque (XX. XIV.). At vbi filius nepotem praecedat, idemque rite exheredatus, rite nepos praeteritus censendus est. Adposite igitur & perquam ad rem ICTus in *cit. l. 6. quare testamentum rumpi non deberet ab auo, quem pater praecedebat.* Huic haud abssimili ratione adciendum supputo PAVLVM *cit. l. 4. ff. 1. de B. P. contr. tab. bonorum possessionem negantem nepoti, quum filius exheredatus fuerit.* Sane si recte filiusfamilias exheredatus, rite ex eo nepos praeteritus sit necesse est. Bonorum igitur possessioni contra tabulas, petendae demum, si rite praeteritio sese non habet, sed querelae inofficiosi testamenti locus relinquitur, si exheredationis fulmen, quod eum ferit, non commeritus est (§. XX.). Idemque, opinor, innunt verba ICTi: *quia non esset nepos suus heres futurus.* Tandem dispiciendum, quid praesidii aduersae parti, ex *cit. l. 34. C. de inoff. test.* remaneat? Nepotem nimirum ex filio exheredato absque praeparata querela mortuo a vetustate neglectum omnique adiutorio destitutum, suo vigore demum recreatum adseuerat Imperator, dum rationem determinauerit, qua querela etiam non praeparata in nepotem transire potuit. Quod tamen male dixisset, iniiciunt scrupulum, si ad successorium edictum in mouenda querela confugere nepos potuisset. Verum enim vero nihil hoc ad rem adtingit. Menti nobis obuersatur sub communi determinatione: proxime sequens diuerso gradu in eodem ordine, nepos, qui ex

*Explicatur
l. 4. §. 1. ff.
de b. p. con-
tra tab.*

*Explicatur
l. 34. C. de
inoff. test.*

propria persona testamentum auitum, vt inofficiosum, impugnare satagit. Neutiquam de nepote quaerimus, qui ceu heres patris sui exheredati nomine contra aui testamentum querelam, quae praeparata non erat, mouere cupit. Sed instat PEREZIUS l. c. si ex proprio persona queri potuisset, leterem lauasse Imperatorem, gloriosiusque praedicasse de se suaque liberalitate, *quum magis, verba eius sunt, expediat venire ex persona propria, quam aliena.* Sed miror haec Viro, satis alioquin circumspecto, excidisse. Quem enim admodum magis sua interdum interest, posse ex propria persona queri, dum ipse quidem ab officii religione nunquam declinarit, a qua recessit forsitan ex cuius persona actionem intendit; ita quoque nepoti, digno, qui ex hęc scribatur, expedit, non suam, sed patris immerito exclusi iniuriam vindicare, querelamque ideo etiam non praeparatam mouere. Sed prolixiori iam mihi esse non licet.

§. XXXIV.

Quare, si qua exheredatio plurium rite facta, vel liberi *Conclusio in-* adfunt, vel non. Si liberi adfunt, vel eiusdem gradus sunt, vel *de elicita.* non, seu diuersi. Si eiusdem, *omnes inique exheredati, nulla obtinente successione, queri possunt* (§. XXX. XVI.). Sin diuersi, *filio non querente*, siue quod non possit, siue nolit, *nepos inique exclusus ad querelam admittitur* (§. XXX.) &c. Sin nulli adfunt liberi, vel parentes superstites sunt, vel non. Si superstites, *liberis non querentibus parentes inique exheredati querelam mouent* (§. cit.). Iam autem refert, vtrum in eodem gradu, an diuerso existant. Si in eodem, *omnes iusta deficiente exheredationis causa queri simul possunt*; sin in diuerso, *patre non querente, auus iuste non exclusus, admittitur* (§. eod.) &c. Vtroque hoc casu (si nimirum parentes existant, vel minus), vel fratres germani adfunt, vel non. Si prius vel turpis persona heres instituta, quum fratres integrae famae, vel non. Si turpis persona instituta, *inique exclusi simul ad querelam vocantur* (§. XIV. XXX.). Sin posterius, turpisque persona instituta, *parentibus fratribus-*
que

que germanis non querentibus, fratres integrae famae unilaterales, consanguinei atque uterini, si qui sunt, iusta exheredationis causa deficiente in querelam mouendam succedunt (§§. XV. XXXIII. §. XXXI. schol.)

§. XXXV.

Contra quem querela instituenda?

Querela inofficiosi testamenti contra eum institui datur, contra quem deinceps ipsa hereditatis petitione experiri fas est. Querela inofficiosi testamenti remedium rescindens est (§. XXVII.), hereditatis petitio autem eandem excipiens remedium rescissorium (§. cit.). Sed iudicio rescidenti, si quod leges ex peculiari ratione non restrinxerunt, contra eundem vii fas est, contra quem rescissorio experiri satagimus (§. XXI.). Querela igitur inofficiosi testamenti, quam nulla restrictio doceri queat, contra eum institui potest, quem ipsa hereditatis petitione deinceps pulsare intendimus.

§. XXXVI.

Competit contra tertium.

Quum itaque hereditatis petitio contra tertium hereditatis qua talis possessorem institui detur (§. XXV.). Querela inofficiosi testamenti contra tertium hereditatis qua talis possessorem moueri potest (§. praec.).

Non tantum igitur contra heredem in testamento inofficioso scriptum, siue directum, siue fideicommissarium l. 1. C. de inoff. test. quique heredis vicem sustinet, fiscum l. 10. C. eodem, verum etiam contra extraneum locus est quaerelae instituenda. Vide l. 20. pr. de bon. poss. contr. tab. vbi TRYPHONINVS exheredatum dicit admittendum esse ad hereditatis petitionem ex causa inofficiosi quaerelae contra emancipatum (qui scriptus heres non erat) mouendae. Neque TRYPHONINO contrarius est VLPIANVS in l. 8. §. 10. de inoff. test. querelam ante aditam hereditatem non nasci statuens. Ante enim aditam hereditatem certo non adparet, testamentum inofficiosum destitutum non iri, cuius, quam rescissionis, maior ratio haberetur. Via huc vsque munita ad ipsum iam quaerelae bono fidere institutae effectum indagandum incedere nos oportet.

§. X.

§. XXXVII.

Si, qui de inofficioso dixit, obtinuit, quatenus obtinuit, ^{Effectus re-} effectus querelae institutae est successio ab intestato. ^{Si testamenti per} Si ^{querelam} enim mora inofficiosi querela, querens rescissionem inofficiosi ^{rescissi.} testamenti intendit (§. XXIV.). Sed querens obtinuit, (per hyp.). Ergo sine, quem intendit potius est, ideoque rescissum est testamentum (§. cit.). Si negotium rescinditur, effectu priuatur (§. XXI.). Testamentum itaque inofficiosum, quatenus rescinditur, effectu priuatur. Sed tum successione intestatae causa obtinet (§. XXV.). Quare si testamentum inofficiosum rescinditur, quatenus rescinditur, querela successione intestatam operatur. Sed quatenus querelam mouens obtinet, eatenus testamentum rescinditur, (per demonstr.). Consequens igitur est, effectum querelae inofficiosi esse successione ab intestato, si querens victoriam reportauerit.

Idem quoque VLPIANO l. 6. ff. de inoff. test. visum est, vbi nam intestatum patrem familias facit obtinens, atque l. 8. ff. 16. eod. verbis: si ex causa de inofficioso cognouerit iudex & pronunciauerit contra testamentum, nec fuerit prouocatum, ipso iure rescissum est & suus heres erit, secundum quem iudicatum & bonorum possessor, si hoc contendit.

§. XXXVIII.

Vt iuraque si testamentum in totum inofficiosum idem. ^{Vel in to-} que illud, quoad totam heredis institutionem ipsi testatori ^{tum, vel pro} factam querens rescidit (§. XXV.), ^{parte.} in totum quoque successio ab intestato, quae inde efficitur, obtineat necesse est (§. XXXVII.); ita si testamentum pro parte inofficiosum ideoque pro parte tantum illud querens rescidit, pro parte etiam tantum successio ab intestato inde effectu dubitur (§. praec.).

E

Confer

Confer sis l. 15. ff. 2. l. 19. l. 24. ff. de inoff. test. Euenit inde, vt quod ab initio non licuit, ex postfacto non prohibeatur. Ius nostrum, inquit POMPONIVS l. 7. ff. de R. I. non patitur eundem in paganis & testato & intestato decessisse. Prostat inde vulgo inter DD. commutationes regula: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Sed, quod solet, indeterminata, atque peius, ac ipsis legibus, expressa. Addenda quippe tam in ipsa l. 7. cit. obuia determinatio, quam, quae ex l. penult. ff. 2. ff. de castr. pec. haurienda. Indeque propositio enascitur: nemo paganus ante aditam hereditatem pro parte intestatus decedere potest, quae adserto nostro ne hilum refragatur. Nec sufficere videntur, quae Illustr. HOMMEL, in dissert. de quer. inoff. test. tert. prof. ff. 12. seq. quod pace dixerim tanti alioquin viri, cuius masculam in iure prudentiam merito suspicio, in medium protulit, vt contra adferretur, quod totidem verbis haud vna in lege deprehenditur, testamentum inofficiosum non nisi in totum rescindi posse euinceret.

§. XXXIX.

Parvi quoad
scriptos heredes
casus.

Si testamentum inofficiosum in medio est, vel vnus tantum heres institutus, vel non. Priori casu, vel instituto idem ab intestato succedendi ius, quod querenti est, vel non. Posteriori in casu, si nimirum plures scripti sunt, vel omnibus institutis idem ab intestato succedendi ius tribuendum, quod querenti competit, vel non. Si posterius, vel vnus alterue tantum ex institutis exheredato inique praelatus est, seu instituti heredes diuersi iuris sunt, si quem cum VLPIANO l. 24. ff. eod. loqui iuuat, vel non. Priori casu, vel, qui non inique scriptus, pari ab intestato succedendi cum querenti iure gaudet, vel non, veluti si inuitu fratrum sororumue exheredatorum, tam turpis persona, quam honesta heres instituta.

§. XL.

Quandocumque
successio ab
intestato rati-

Si vnus pluresque in testamento inofficioso heredes instituti, qui pari cum querenti ab intestato succedendi iure gaudent, querela successionem ab intestato tantum ratione obtinentis

mentis operatur. Si enim instituti pari cum querente ab intestato succedendi iure gaudent testamentum pro parte tantum inofficiosum est (§. XX.). Sed testamento pro parte inofficioso, ideoque pro parte rescisso, successioni ab intestato locus quidem est, sed non in totum (§. XXXVIII.). Ponas iam successione[m] etiam aliorum heredum legitimorum intuitu ab intestato obtinere. Aut alii isti scriptorum in testamento e numero sunt, aut non. Si posterius, a scripto herede, ut heredes ab intestato, excluduntur *l. 25. §. 1. ff. inoff. test.* Sin prius, ipsi heredes in parte, quam ex testamento non capiunt, ut heredes ab intestato consideratur. Ergo a scriptis heredibus i. e. a semetipsis qua ex testamento succedentibus excluduntur (per demonstr.). Aliorum igitur intuitu, qui ab intestato vocati fuissent, successio ab intestato non procedit. Ratione obtinentis igitur tantum data sub hypothese[m] successioni tantum ab intestato locus fit.

Tantam autem portionem heredibus scriptis pro parte in querela victor euincit, quantum ab intestato, nullo condito testamento cepisset. Vide *l. 19. ff. eodem.* Causam tuemur ex *cit. leg. 25. §. 1. eodem* ubi VLPPIANVS: Si quisquam possit de inofficioso queri (quoniam exstant, qui eum praecedunt, vide §. V. seq.) ad querelam admissus (de facto) pro parte rescindere testamentum tentet & unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querelam instituat: dicendum est, quia testamentum pro parte valet & praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querelam instituisse. Constat ex hoc quantumvis pretii loco, testamento pro parte rescisso, etiam, qui querentem in ordine succedendi praecedunt, ideo ad successione[m] non vocari, quoniam testamentum pro parte validum remansit. Multo magis itaque de iis hoc dicendum est, qui pari tantum cum querenti iure instructi sunt. Ita quoque adiciendum supputo PAPINIANVM in *l. 16. pr. eodem* casum tractantem, in quem hypothesis theorematis cadit, eundemque decedentem, non agentem iam filiam, aut non obtinentem in hereditate legitima fratri non concurrere. Non ignoro, interpre-

tes tantum non omnes filiam hanc non agentem intelligere repudiantem, legemque ideo ex *l. 17. pr. eodem* explicare. Sed manu eiusmodi obsterice non opus, ubi sensus per se satis congruit. Vide quoque *l. 8. §. 5. ff. eodem*. Ex quibus obscurum non est, etiam per consequentiam heredi scripto, qui ab intestato non successisset, partem ex testamento seruari, quae detracta portione intestata querentis superest. Sicque adcipiendus videtur **PAVLVS** *l. 19. ff. eodem* ubi casum tractat, quo mater extraneo ex dodrante, filia autem vna ex quadrante heredibus institutis, altera autem filia praeterita, decessit. Iam praeterita de inofficioso egit atque obtinuit. Quomodo igitur scriptae filia succurrendum sit? quaerit **ICRUS**. Sibi que respondet: rescisso testamento praeteritum vindicare debere, quod intestata matre iam habitura esset. Dubium statim ipsi suboritur: dici sic posse querentem sororem solam habituram vniuersam successionem, si eandem etiam ab intestato perrepudiasse videatur intestati causam. Sed negat **PAVLVS** admitrendum esse, ut soror praeterita de inofficioso agendo audiatur aduersus scriptam sororem, intuitu cuius quippe testamentum prorsus inofficiosum non est, neque adeo rescindendum, moueatur: similisque sit omittere aut repudians quae ex testamento adiit. Iam inde concludit, semissem tantum, sed totum extraneo euincendum esse, quasi totus ad praeteritam pertineat, saluo quadrante sorori institutae, atque reliquo quadrante forsan extraneo relicto. Quo quidem ipso fieri non inficias it, testamentum non in infirmari, sed matrem pro parte tantum intestatam reddi. Sicque cum **PAVLO** optime conspirat **VLPIANVS**. Sed disturbat magnus olim **CVIACIVS** in *Lib. II. Quaest. PAULI. ad l. mater decedens ff. de inoff. testam.* sequentes rationes subducens: *Filia haec exheredata non debet agere querela aduersus sororem scriptam ex quadrante, sed aduersus extraneum tantum scriptum ex dodrante, ut pro dodrante tantum matrem faciat intestatam & divideret eius dodrantem cum sorore, hoc modo ut — ex dodrante tres uncias ei relinqueret: nam institutio extranei tota rescinditur.* Sed tanta mihi non est **CVIACII** auctoritas, quae legem aut rationem vinceret.

§. XLI.

Si plures testamento inofficioso institui heredes quoad famam diuersi iuris sunt querela inofficiosi testamenti a fratre iustituta successione ab intestato tantum ex parte querentis victoris operatur. Si enim alter heredum turpis, alter vero honesta persona est; a fratribus fororibusque testamentum intuitu prioris, neququam vero posterioris, vt inofficiosum impugnari potest (§§. XIV. XVIII. XXX.). Testamentum igitur eiusmodi pro parte tantum inofficiosum est (§. XXX.). Sed in testamento pro parte inofficioso rescisso pro parte successione ab intestato locus est (§. XXXVIII.). Ponas iam successione etiam aliorum legitimorum heredum intuitu ab intestato obtinere. Aut alii isti simul in testamento heredes scripti, aut non. Sed vtroque casu excluduntur (per demonstr. ad §. praec.). Querela itaque a fratre instituta, data sub hypothese successione ab intestato operatur.

Vide sis l. 24. ff. de inoff. test. Alia quidem sententia sedet IAC. GOTHOFREDO ad l. 1. C. Theod. eodem, dum heredes scriptos diuersi iuris explicatos dat, aut municipem cum non municipe, aut liberum cum seruo, aut ciuem cum peregrino institutos. Sed hisce verbis latiore ambitum pridem vindicauit van de WATER Obs. iur. rom. c. 12.

§. XLII.

Si heredes in testamento inofficiosi instituti, neque a pari cum querente ab intestato succedendi iure instructi, neque quoad famam diuersi iuris sunt, querela inofficiosi testamenti, in qua querens obtinuit, efficit, vt testatori in totum ab intestato succedatur. Si enim heredes in testamento inofficioso scripti neque pari cum querente ab intestato iure gaudent, neque quoad famam diuersi iuris sunt, testamentum inofficiosum in totum tale (§. XX.). Si testamentum in totum rescissum, in totum quoque testatori ab intestato succeditur

ditur (§. XXXVIII.). Posita igitur hypothefi, querela inofficiofi testamenti efficit, vt testatori in totum ab intestato succedatur.

Confer l. 21. ff. 2. l. 28. ff. eodem.

§. XLIII.

*Non querens
varius est.*

Nihil iam reliquum est, nisi, vt effectum, institutae in ruitu non querentis curae habeam cordique. Sed variae sub hoc non querente latitant personae, in quibus discernendis opera figenda est. Nimirum non querens, vel prorsus in testamento inofficiofo exclusus est, vel minus. Si prorsus exclusus; vel successione intestatae ita capax est, vt queus eo proximior non sit, vel non. Si non proximior, vel non querens suo iuri renunciauit, vel non. Si non renunciauit, vel inofficiofum testamentum pro parte rescissum, vel non. Si posterius, iterum vel testamentum rescissum per querelam inofficiofi testamenti secundum ordinem edicti successorii motam, vel minus. Ponamus autem non querentem in testamento inofficiofo non esse exclusum, vel singulari titulo emolumentum aliquod percipit, vel non. Sique posterius, vel iure institutionis, vel substitutionis idem illud tenet.

§. XLIV.

*Non querens
non succedit
si aut a que-
rente ab in-
testato ex-
cluditur, aut
renunciat.*

Si non querens in testamento inofficiofo exclusus, successione ab intestato a querente excluditur, aut valide suo iuri succedendi renunciauit; ad successionem intestatam non admittendus est, testamento per alium rescisso. Quum enim testamentum inofficiofum rescinditur, effectus solus rescissionis est successio ab intestato (§. XXXVII.). Cui ergo successio ab intestato non proficit, nullum ex alterius rescissione testamenti in eundem redundat commodum. Verum non querens excluditur a querente in successione ab intestato (per hyp.). Quumque ergo eadem ipsi non proficit; data sub hypothefi testa-

testamento ab alio rescisso ad successionem non admittendus.
Q. e. Imum.

Ponamus eundem ipso querente quoad ius ab intestato succedendi non esse quidem deteriorum, suo tamen iuri valida renunciaffe. Quum rescisso testamento inofficioso, successioni ab intestato tantum locus fiat; aut ad successionem intestatam admittendus, aut non. Sed prius absurdum: ad valide enim renunciata non datur regressus (*per vulg. pr. iur.*). Ergo posteriori subscribendum. Q. e. Ildum.

Parum ceteroquin refert, vtrum expresse renunciatio facta, an tacite. Ipsamque tacite factam renunciationem colligere fas est, non modo, si quis ante inofficiosi querelam institutam deinceps renunciandi animo destituerit, verum etiam si tempus praescriptionis, quinquennium scil. labi passus est. Conf. l. 23. ff. de inoff. test. Sed explicatu difficilior videtur PAVLVS l. 17. pr. eod. vbi: qui repudiantis animo non venit ad aduocationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam mouere volunt. Vnde si de inofficioso testamento, patris alter ex liberis exheredatis ageret: quia rescisso testamento, alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, & ideo vniuersam hereditatem, recte non vindicasset; hic si obtinuerit, vteretur rei indicatae auctoritate, quasi Centumuiri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, quum facerent intestatam, crediderint. Multum negotii haec facessunt RAPH. FVLGOSIO ad cit. l. vbi: Si bene, inquit, non intelligitis textum, cum legetis ter & quater & sonabit vobis, sic enim est mos PAVLI, & si haberem eum in manibus, eum per capillos interrogarem &c. &c. Ille maledictus PAVLVS ita obscure loquitur, vt vix possit intelligi. Ignoscant ICI manes probrosa verba homini male ferrato. Periculum inde faciam, num mentem, quam noster adsequi nequit, extricare possim. Duo nimirum casus obuersantur ICTO, alter, si non querens repudiantis animo ad aduocationem non venit, quem discere etiam expressit, nostrisque principiis conuenienter decedit: alter autem, si alter exheredatus non repudiantis animo non questus est, quem tamen tantum subintelligit ICTUS (en fontem obscuritatis!) atamen ex ratione subsequenti, quae opposito in casu in-

epit.

epitissima foret, immo priori adserito inimica liquido fati colligere licet. Iam secundo hoc casu, si nihilominus querens totam, quamuis minus recte, quum partiali hereditatis petitione experiri debuisset, vindicans hereditatem casu obtinuerit; contra scriptum heredem totam hereditatem restituere renuentem auctoritate rei iudicatae vti posse statuit maledictus iste PAVLVS. Quae auctoritas autem alteri non querenti suam partem petenti non obest. Parum ceterum refert, vtrum repudians pari cum querente ab intestato succedendi iure tantum gaudeat, an ipso hoc iure adhuc potior sit.

§. XLV.

*Si pro parte
testamentum
rescissum,
non querens
non succedit.*

Si testamentum inofficiosum pro parte vt tale rescissum a querente, non querens exclusus successionis particeps non est.

Si enim testamentum inofficiosum pro parte, vt tale, rescissum, potiori iure ad hereditatem perueniendi ac quidem scripti heredes, gauisus non est querens (§. XX. XXXIII.). Scripti ergo heredes in testamento inofficioso aut pari ab intestato succedendi iure cum querente gaudent, aut quoad famam diuersi iuris sunt (§. XXXIX. XXIV.). Sed vtroque in casu successio ab intestato, quae restauratur, tantum ratione querentis obtinet (§. XLI. XL.). Si itaque testamentum pro parte inofficiosum vt tale rescissum, non querenti nullum ab intestato succedendi ius aperitur.

§. XLVI.

Non querens igitur siue in specie iuste aut iniuste exheredatus, siue minus, siue ipso querente defuncto proximior sit, siue pari cum eo gradu defunctum attingat, testamento pro parte rescisso, ad successionem non admittitur (§. XLV.).

Ponas iam querelam inofficiosi testamenti iuxta ordinem edicti successorii institutam (§. XXXIV.); sane si remotior pro parte testamentum resciderit, proximioribus non querentibus, querentis rescissio nec quicquam proficua est. Quamuis itaque ab intesta-

intestato querentem exclusissent, si nulla testamenti ratio haberetur, in praesentiarum tamen usque dum noua quadam actione, si qua est, experiantur, a scripto herede excluduntur. Quae ratio manifesta est, quare, cum effectu successionis, ad querelam admissus experiri poterit, quem alii proximiores in ordine intestati praecedebant. Confer *l. 25. ff. i. ff. eodem.* Hacque sola ratione forsitan non agens aut non obtinens in *l. 16. pr. eodem* ad hereditatem non concurrat.

§. XLVII.

Si non querens exclusus intestatae successionis ita capax, Quandonam ut querens eo proximior non sit, neque iuri suo renunciauerit, testamento in totum a querente rescisso, non querens ab intestato succedit? Si enim testamentum inofficiosum in totum tale rescissum, exheredatus querens potiori, quam scripti heredes, ad hereditatem perueniendi iure gaudet (§. XX.). Quare scripti heredes, neque a pari cum eo ab intestato succedendi iure instructi, neque quoad famam diuersi iuris sunt (§. XXXIX. XXIV.). Sed si scripti heredes neque pari succedendi iure gaudent, neque quoad famam diuersi iuris sunt; querela inofficiosi testamenti efficit, ut testatori prorsus ab intestato succedatur (§. XLII.). Sed si defuncto prorsus ab intestato succeditur, perinde est ac si hac ratione nullum in medio fuisset testamentum, adeoque omnes admittuntur, quorum in intestata successione ratio habetur. Verum quo querens proximior est; quique suo iuri renunciauit, eius nulla habetur ratio (§. XLIV.). Quapropter data demum sub hypothese non querens ab intestato succedit.

Qui autem: si non querens non quidem renunciauerit suo iuri; at forsitan querelam an ea frustra mouerit, atque succubuerit. Sane si nec ille non obtinens successionis particeps esse debet, quam alius mota querela euenit. *l. 16. pr. ff. de inoff. fatis* adsertum non strum nos non determinasse videmur. Sed facta adhuc res est. Si non obtinuit, saltem concurrere in successione negatur, si de parte

42 De effectu querel. inoff. test. iuxta ord. edict. success.

parte de inofficioso actum fuit (§. XLV.). Quare alia iam quaestio est; numne testamento per alium in totum rescisso admittendus? Sola ipsi obstare videtur rei iudicatae exceptio, sed lubrica satis quoad hunc passum, atque fallax. Confer l. 14. l. 27. ff. de exc. rei iud. Ceterum inter tot sententiarum diuortia media veluti via incedimus, neque prorsus a parte eorum stamus, qui in totum semper, mota cum effectu querela, successioni ab intestato omnium legitimorum heredum intuitu aditum patefaciunt, vide WERNHERVM P. I. Obs. 270. atque DD. ibi cit. HOMMEL cit. loc. Neque omnino in eorum castra transimus, qui in alterum extremum ruunt, neminemque praeter querentem admittunt. Inter quos quosdam sufficit nominasse STRUVIVM nimirum in Exerc. 10. th. 24. atque HUBERVVM ad ff. de inoff. testam. n. 9. Cuius argumentis iam hoc magis obuiam eundum est, quo successerint olim ipsi THOMASIO in Not. ad eund. vi posteriori cura propria sua vinea caederet. Sic primum causae momentum quaerit in hoc: Cui soli datur actio petitioque, huic quoque soli victoria prodest, quum res inter alios acta atque iudicata aliis nec noceat, nec proficit, per l. 63. ff. de re iud. Verum enim vero tam stricte laudatam regulam in iure adicipi noluerunt & veteres & ipse Imperator, quae commodum ex alterius victoria alii inuideat, cuius tamen causa cum eadem indiuisso nexu cohaeret. Quod sane maximo in nostros opere conuertimus vsus. Sic in totum testamento quoad heredis institutionem sibi factam rescisso, absque testamento iam defuncto succeditur. Sed si absque testamento succeditur, non possunt non omnes admitti, qui ab intestato vocantur. Quotusquisque itaque est, qui nexum hunc non perspiciat? Quæ quum ita sint, in iure, certe, infrequens haud est, aliquem per bonam consequentiam commodo quodam frui, quod per se sentire non licebat. Exempla in medium protulit VINNIVS ad §. 1. l. de inoff. n. 4. Adeedit ex principis supra suppeditatis sequens momentum: Quum querela inofficiosi testamenti remedium saltem rescindens sit (§. XXVII.), atque in casu proposito in totum testamentum rescindat; certe sententia non opus est, quae in certam personam feratur, sed sufficit: Daß das vom Sempronio erridete Testament als inofficiosum zu rescindiren ic. Alterum, quo nititur HUBERVVS, argumentum huc redit: restitutio hereditatis nihil aliud est, quam exsequutio sententiae, qua hereditas querenti addita,

addita, at sententiae exsequutio non potest latius extendi, quam sententia ipsa pateat. Sed in promptu sunt, quae eidem reponamus. Non enim modo negamus atque pernegamus sententiam in querela eo ferri, ut hereditas querenti tantum addicatur, ideoque eius exsequutionem esse restitutionem hereditatis, vide §. XXVI. & quae commodum in medium protuli; verum etiam, si ipsam querelam concederem esse hereditatis petitionem, haec hereditatis petitio tamen, si essent, qui ab intestato partem facerent, ita foret instituenda, ut per rescissionem totius testamenti iam pars hereditatis, ab intestato competens peteretur. Reliqua, veluti ridiculum esse, negare alicui querelam & tamen ad successionem per querelam alterius eundem admittere, immo hoc modo ob sumtus litis deteriorem conditionem futuram esse querentis, quam eius, cui querela negata est, illo autem sigillatim casu, quo testamentum inofficiosum, quo nemo turpis heres scriptus, parens rescidit, fratres, si qui sunt, germanos admitti, quum tamen tabulae fratrum respectu furoris plenae non sint, (Vide haec refutantem WERNHERVM *loc. cit.*) ceu proletaria non moror. Infensum, qui videbatur, PAPINIANVM *cit. l. 16. pr.* iam nobiscum in gratiam redegitimus.

§. LXVIII.

Panamus itaque per querelam iuxta edictum successorum institutam testamentum inofficiosum in totum rescissum. Quando non querens querentem excludit si ad edictum successorium querela ma-
quum sub hypothese §. praec. non querens ceu proximior
ab intestato succedat (§. praec. & §. XIV.) proximior autem,
a quo in alterum deuoluta est querela, in legitima successio-
ne semper excludat remotiorem (*per vulg. pr. iur.*); Quin-
de non querente idem sub data hypothese dicendum fit, nul-
lus dubitabit. Sed ipse querens remotior est (§. cit.) adeo-
que querens a non querente excluditur.

Verum in labyrinthum quendam causa nostra absque nostra tamen culpa incidisse videtur. Querens iam propter deficientis ius succedendi ab intestato idoneum a non querente submouetur, at tamen quoniam hoc iure exclusus, admittebatur ad querelam (§. XXXI). Mira igitur res est, eidem, quum obtineat, ius suum ipsius hereditarium

rium legitimum ad obtinendam hereditatem ipsam sibi non pro-
 ficere. Sane ne prorsus aqua haereat, dandum est, quod negare
 non possumus. Ita tamen rem tene: si proximior non queritur,
 heredi scripto hereditas non euincitur; hoc ipsum iniuria adficit
 proxime remotiorem. Quum proximior solus isti sine iniuria he-
 reditatem praecipere possit; hoc casu, eo non querente, institutus
 heres capit. Qua quidem sub conditione legitimae portionis iure
 proxime sequentem, ducentem familiam, aut inter liberos, aut
 parentes, aut fratres atque sorores, leges ornarunt, indeque vlti-
 mae ceræ furoris plenae habentur, sicubi sine iusta causa exclusus.
 Non potuit igitur non ipsi concedi querela. Verum quum effectus
 querelae interdum, vt in totum testatori ab intestato succedatur;
 idoneum satis remedium est, si proximior repudiavit, si non qui-
 dem repudiavit, at propter iustam exheredationem non questus est,
 hereditatem quidem proxime sequens scripto heredi eripit ideoque
 exheredationis suae iniquae vindex, seu euentu actionis suae inspe-
 cto non sibi, sed alii successionem parit. Interim penitus sua in-
 teresse, querelam mouere, negari nequit, quamuis magis ipsius
 referat ipsa hereditate potiri. Cerre nihil vetat, quominus sibi
 praemium querelae suae motae in proximioris maxime fauorem sti-
 puletur, quod proximior rerum suarum satagens promittere non
 dubitabit. Immo ipsa spes aliquando proximiori, cuius bona
 eximie auxit, ab intestato succedendo a se heredibus suis perce-
 ptum iri, & sexcenta alia interesse eius loquuntur, ipsique que-
 rendi motiua praebent. Hac sola ratione concentui legum con-
 sultare nobis datur, qui omni, quod incumbit, officio interpretando
 defungimur. Quum itaque *VLPPIANVS l. 6. §. 2. ff. de inoff.*
victoriam ab eo, qui nequidem queri de iure potuisset, casu repor-
tatam non vincenti, sed vere heredibus ab intestato prodesse indica-
uerit; sane, si rationem; nam intestatum patrem familias facit,
curatius pensitemus, nos cum VLPPIANO statuere prudentem re-
rum aestimatorem neminem fugit. Si itaque vel maxime proximi-
or iuste exheredatus, per alium tamen ad hereditatem adspira-
re potest, a qua sibi relictus repellitur. Confer l. 8. §. 1. 17. pr.
ff. eodem, si quem actem singulos, qui huc pertineant, casus per-
lustrare iuuat; cum saltem ad §. XXXIV. ablegamus.

§. XLIX.

Porro si non querens exclusus intestatae successionis ita capax, ut querens eo proximior non sit, nec non querens suo iuri renunciauit, attamen per querelam, aut plane secundum edictum successorium non institutam, aut motam qui dem iuxta eius ordinem, proximiori autem suo iuri renunciantem, in totum rescissum; iam iste non querens, vel potiori ab intestato gaudet iure succedendi vel non. Quum in totum rescisso testamento, penitus testatori ab intestato succedatur (§. XXXVIII.); priori casu iste non querens denuo querentem a successione excludit, posteriori vero non querens vna cum querente hereditate potitur (§. XLVII. XLIV.).

Panas v. c. fratrem consanguineum vterinumue turpi persona querelam mouisse, attamen fratrum praedefunctorum germanorum filios concurrere. Certe, siue querela iuxta edictum successorium in vnilaterales demum deuoluta, siue statim ab initio iis competit, filii germanorum querentem excludunt, quoniam potiores in intestati causa sunt. N. 118. c. 3. Ceterum non querenti etiam iuste exheredato nec heic exheredatio obstat. Vide l. 8. §. 8. l. 17. pr. eodem. Varios autem istos casus, quibus non querens iam cum querente ad successionem admittitur, merito hic adducere superfedeo, non obscuros ei, qui legitimaee successionis rationem sibi compertam habet.

§. L.

Si qui sunt, qui iure succedendi instructi, vel alter ipsis cum successionem communicare tenetur, vel non. Si prius, in successione partem alteri facere dicuntur. Quum itaque sub hypothese §. praec. non querens vna cum querente hereditate potitur (§. XLIX.). Non querens sub eadem hypothese querenti partem facit. Vide l. 8. §. 8. ff. eod.

Quum itaque ipsum iuste exheredatum mox querentem prorsus excludere, mox eidem partem facere euictum dederimus; ne istorum secleratorum causam tueri, iisdemque, quod nefas ducunt, patrocinari videamur; exheredatorum gratia sequens problema adicere non dubitauimus.

§. LI.

Data iuxta exheredationis causa ita exheredare, ut, quantum in exheredante situm est, nunquam ad hereditatem aspirare exheredato liceat. I) Testamentum condatur, in quo exheres scriptus, in quem data iuxta exheredationis causa cadit, servatis tam exheredationis in specie talis praeteritionisue forma legibus praescripta, quam reliquis perfecti testamenti requisitis (§. XIX.). II) Si cui praeterea legitima portio, siue iuxta edictum successorium demum deuoluta, siue minus, competat, omnis ille aut denuo iuste, ut ante, exheredetur, aut saltem in parte vel minima legitimae portio- nis instituat.

Si enim testamentum nec hoc quidem ex capite imperfectum conditum, quod forma exheredationis legibus praescripta non servata sit, quum iuxta exheredationis causa data fuerit, rite exhereditatio, nec inique facta est (§. XVIII.). Sed ubi rite, nec inique exhereditatio facta querela exsulat inofficiosi testamenti ex parte ipsius exhereditati, cuius exheredationis causa data est (§. XXIV.). Neque etiam ceu nullum impugnari potest, quum testamentum perfectum sit. Verum quum ipse exheredatus, cuius iuxta causa exheredationis datur, aut ipsum querentem victorem interdum excludit, aut saltem ei partem faciat (§. XLVIII. XLIX. XL.); efficiendum, ne alius quidam querelam mouere possit. Sed si cui praeter nostrum exheredatum legitima portio debetur, idem ille aut iuste exheredatus, aut institutus in parte legitima vel minima omnis querelam mouendi potestas ipsi praecipitur (§. XXX.). Neque igitur iam per alterius querelam hereditatem potiri potest. Quantum itaque in exheredante fuit, ab hereditate sua exheredatum submovit exheredans (Schol. ad §. XXIII.).

Quae itaque ubi testator neglexit, ipse in causa est, ne voluntas sua ultima exitum habuerit. Atque sic PAVLVM l. 19. ff. de lib. & postb. haud abs re adcipimus, ubi exheredationes esse adiuvandas negat. Reliquum iam est, ut ad effectum querelae inofficiosi testamenti intuitu eorum, qui in inofficioso testamento honorati sunt, animum advertamus. Sed temporum angustiae solum dissertationis abrumpunt atque aliis servare temporibus iubent.





Halle, Diss., 1749

ULB Halle

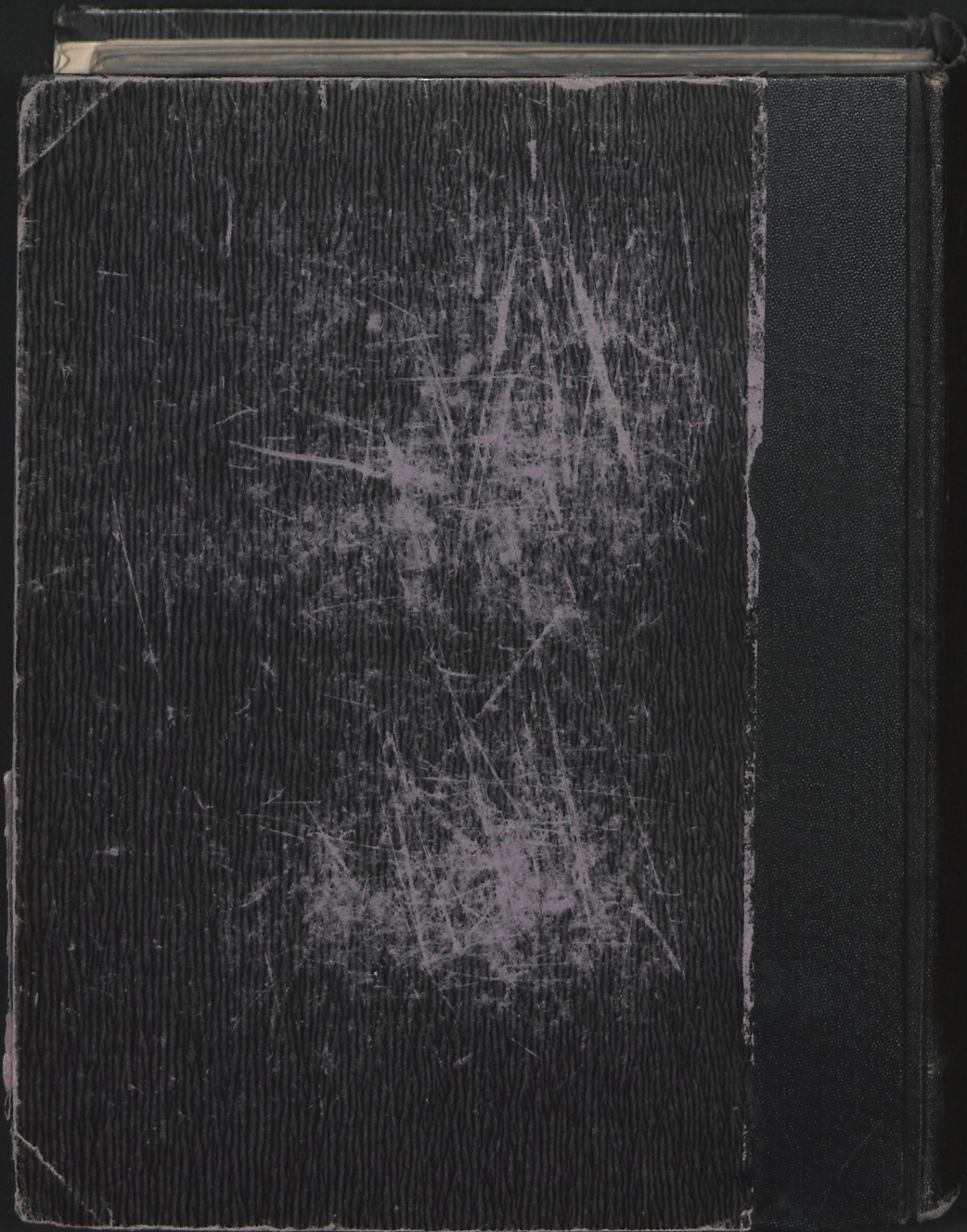
3

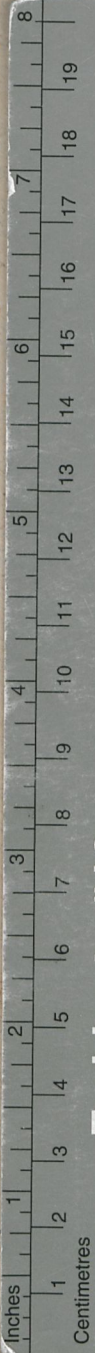
002 729 393



SB







Farbkarte #13

B.I.G.

WICH REVTER ICTI
M REGI IN SVPREMO OMNIVM
TRIBVNALI A CONSILIIIS
ETIORIBVS

1749

56

11

ERTATIO
DE

QVERELAE I TESTAMENTI

IVXTA
VCCESSORII INSTITVTAE
ON QVAERENTIS

REGIA FRIDERICIANA

CXLIX.

EFENSA

A
DOVICO BERENDES

LINENSI.

John Peter Berendes



Berendes 1749

LITTERIS HENDELIANIS.