



Dissertatio juridica inauguralis de querela inofficiosi testamenti

<https://hdl.handle.net/1874/343796>

22.

DISSERTATIO JURIDICA
INAUGURALIS,
DE

QUERELA INOFFICIOSI
TESTAMENTI,

QUAM
FAVENTE DEO TER. OPT. MAX.

Auctoritate Magnifici D. Rectoris,

M. GERARDI de VRIES,

Philosophiae Doctoris, ejusdemque Facultatis in Illustri
Academia Ultrajectina Professoris Ordinarii,

NEC NON

*Amplissimi Senatus Academici consensu, Nobilissimaque
Facultatis JURIDICAE Decreto,*

PRO GRADU DOCTORATUS

Summisque in UTROQUE JURE Honoribus & Privilegiis
rite ac legitime consequendis,

Eruitorum examini subicit

GERARD FRANKEN, DORDR. BAT.

Ad diem 18. Julii hora locoque solitis.



TRAJECTI ad RHENUM,

Ex Officinâ FRANCISCI HALMA, Academiae
Typographi, clō loc XCII.

Nobilissimo, Amplissimo, Consultissimoque
V I R O,

D. M A T T H Æ O
V A N D E R B U R C H,

D. de Toldijk &c. Societatis
Indiæ orientalis Præfecto di-
gnissimo, Civitatis Dordra-
cenæ Scabino ac Consiliario
experientissimo, ad Con-
cessum Nobilissimorum, &
Præpotentum Hollandiæ &
West-Frisiæ Ordinum aliquo-
ties Delegato, Fratri suo ex
affinitate conjuncto, pluri-
mum venerando, colendo.

Inauguralem hanc Dissertationem

GERARDI FRANKEN.

GERARDI FRANKEN.
AUCT. & RESP.

DISSERTATIO JURIDICA

INAUGURALIS,

DE

QUERELA INOFFICIOSI
TESTAMENTI.

THESIS. I.



Ege 12. tabularum liberam fuisse testandi facultatem, patremque, penes quem, erat jus vitæ necisque, impunè, sine ulla causa filium exheredare potuisse, constat ex *l. 120. ff. de verb. signif. l. 11. ff. de liber. & posth.* sed quoniam parentes, novercalibus plerumque delinimentis, instigationibusve corrupti, maligne circa sanguinem suum inferebant iudicium, ideo postea receptum est, ut liberis parentum testamentum inofficiosum accusare liceret. *l. 4. ff. de inoff. testam. & pr. inst. eod.* quam materiam utpote utilissimam, nec non æquitati maximè congruentem, pro vitium imbecillitate enucleandam sumpsi.

Sed ut clarius ac distinctius rem tractemus, primum quid sit testamentum inofficiosum, quere-

lamque exinde natam inquirere, non abs re fore arbitror.

I I.

Testamentum inofficiosum est, quod ritè quidem, sed tamen *inique* factum est, *præteritis, vel exhereditatis iis, qui præteriri aut exhereditari non debuerant.* arg. pr. inst. de inoff. testam. l. 3. ff. eod. ita dictum *inofficiosum*, quia non factum ex officio pietatis, utpote exclusis hæreditate iis, quibus maximè pietatis jure relinqui oportebat l. 2. ff. eod. quid enim æquitati magis contrarium? quàm quod parentes (ut sæpenumero fieri solet) quos genuere spernunt, effectæ nubunt testamenti ordinem violento animo confundunt, neque erubescunt ei totum patrimonium addicere, cujus pollicincto jam corpori marcidam senectutem suam subtravere.

I I I.

Hinc itaque nata est *querela inofficiosi testamenti*, ad quam rectè & breviter definiendam, nihil aliud dicendum esse putamus, quam quod sit *petitio hæreditatis ex causa inofficiosi testamenti*, quamquam nonnulli reperiantur, qui negant querelam esse petitionem hæreditatis, sed remedium præparatorium, quo testamentum rescindatur, ut, hoc impetrato, hæreditas novo Judicio petatur, contendunt: quapropter hanc quæstionem, ad confirman-

mandam nostram opinionem tractare operæ pretium
 duxi.

I V.

Dixi *petitio hæreditatis*, idque disertè probatur
 per *l. 21. §. 2. ff. de inoff. test.* ubi dicitur, per in-
 officiosi querelam evinci hæreditatem ab eo, qui
 hæres institutus esset; per *querelam*, inquam, non
 per *hæreditatis petitionem*, per querelam itaque
 petebatur hæreditas, alioquin per querelam non
 evinceretur, sed querelæ iudicio finito novâ opus
 esset hæreditatis petitione: apertè etiam demonstra-
 tur per *l. 20 ff. de inoff. test.* eum, qui de inofficio-
 so dicit, non debere, eoque nec jure posse ullam
 aliam actionem, quam hæreditatis petitionem exer-
 cere: item *l. 8. §. 8. ff. eod.* Papinianus tradit, eum
 qui dicit inofficiosum (qui *dicit*, nunc agendo,
 non autem qui *dixit* prius, & vicit testamentum
 esse inofficiosum) eum, inquam, non posse hære-
 ditatem petere ultra quam sit ab intestato hæres;
 ergo, qui de inofficioso agit, petit hæreditatem,
 alioquin dicendum fuit, eum in illo iudicio neque
 totam hæreditatem, neque dimidiam petere posse.

V.

Ex causa inofficiosi testamenti, sic cum filius ex-
 hæredatus paterno testamento petit hæreditatem,
 dicit inofficiosum esse testamentum patris, hancque
 petitionis & intentionis suæ causam affert, quod im-
 merito

merito sit exheredatus à patre, & contra officium pietatis; causa enim petitionis est inofficiosum testamentum, sic quoque Imperator in *l. 34. Cod. de inoff. test.* querelam vocat petitionem hereditatis *ex nomine inofficiosi* pro quo Julianus *l. penult. in fin. ff. de honor. possess. contr. tabul.* filium admitti, ait, ad petitionem hereditatis *ex causa* querelæ inofficiosi, non *mota*, sed *movenda*: ex quibus itaque patet, hic unam saltem actionem unumque iudicium versari, quo continetur & petitio hereditatis & inofficiosi querela; hereditatis petitio, tanquam res summa, & principalis, quæ in iudicium deducitur, querela, tanquam causa hujus actionis; non dissimiliter fit, si quis petat pecuniam sibi debitam ex stipulatione; petit pecuniam sibi solvi, quæ petitio est hujus iudicii propria, sed petit ex hac causa, quod stipulatione promissa sit, in quo tamen constat, non duo iudicia versari, sed unum duntaxat.

VI.

Quo autem jure querela introducta sit, D. D. variant; quidam lege *Glicia*, ut augurantur ex *inscriptione l. 4. ff. de inoff. test.* introductam putant: alii existimant hunc locum mendosum, eo, quod in pandectis nusquam hujus legis *Glicia* fiat mentio; sed, quicquid hac de re sit, non multum refert; mihi saltem verisimilior videtur sententia, quod homines primo, sine jure certo, ceperunt queri apud iudices de inofficiosis testamentis sanguine conjutorum, ut declarat Valer. Max. *lib. 7. cap. 7. de testa-*

men-

mentis rescissis, quod cum sæpius factum esset, paulatim res in mores abiit; & sic deinde legibus, ac constitutionibus, confirmatam esse puto, ut jam jure certo, & scripto contineatur.

VII.

Inter personas, quibus hæc querela datur, primo & merito veniunt liberi inique præteriti, vel exhæredati, utpote quibus ratio naturalis, quasi lex quædam tacita parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando; *l. 7. ff. de bon. damnat. l. 15. ff. de inoff. test.* nec refert cujus gradus, aut sexus sint *l. 1. 3. 5. ff. eod.*, sive sui, sive emancipati: *pr. Inst. de inoff. test. junct. Nov. 115. c. 3.* dum tamen emancipatus sit exhæredatus, nam præterito datur bonorum possessio contra tabulas *§. 3. §. 5. inst. de exhæred. lib. §. l. 23. ff. de inoff. test.* sive nati, sive posthumi *l. 6. in pr. ff. §. 2. in fin. inst. eod. §. l. ult. Cod. de liber. præter.*

VIII.

Cum autem iis duntaxat querela competat, quibus jure antiquo debetur legitima *Nov. 19. c. 1.* sequitur liberos naturales tantum, non existentibus liberis, de inofficioso queri non posse: at matris testamentum spurcius tanquam inofficiosum rectè impugnare potest *l. 29. §. 1. ff. de inoff. test.* huc pertinet, illud ubique decantatum (*een moeder maakt geen bastaart.*)

IX. Quod

DISSERTATIO JURIDICA

IX.

Quod dixi, *præteritis*, hoc intelligendum, à matre, vel avo materno, qui necesse non habent liberos suos hæredes instituere, vel exhæredare: eorum tamen silentium pro exhæredatione habetur, §. *ult. inst. de exhæred. lib.* si autem pater filium, quem in potestate habet, præterierit, testamentum est ipso jure nullum *pr. inst. eod. l. 7. ff. de liber. & posth.*

Inique, quia ex justis & meritis causis nunquam prohibita fuit exhæredatio *l. 7. ff. de bon. damn.* causæ autem exhæredationis jure antiquo certæ legibus non erant definitæ, sed ab arbitrio pendebant judicium, qui de inofficioso cognoscebant; ut testis est *Val. Max. lib. 7. cap. 8.* sed Justin. eas postea certas fecit, & nominatim *Nov. 115. c. 3.* complexus est ad quatuordecim: hinc duplex exorta quæstio.

X.

Primo: an nullas alias ob causas, quantumvis patres vel majores, quam quæ in *D. Nov.* expressæ sunt, exhæredatio sit permittenda? & quamvis plurimi negativam amplectantur sententiam, tamen mihi persuadere non possum, eam fuisse mentem Justiniani in *D. Nov. 115. c. 3.* cujus verba sonant; *ut præter ipsas nulli liceat, ex alia lege ingratitude causas opponere, nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur;* hisce verbis nihil aliud significatum voluisse puto, quam quod non liceat

ex

ex legibus antiquis causas opponere, quæ in *D.* constitutione non continentur; at tales non sunt causæ, quæ vel majores sunt, vel pares expressis; sed leviores duntaxat, aut dispares: huc facit §. 2. *feud. lib. 2. tit. 24. quæ fuit pr. caus. benef. amitt. verb. sed quia natura* item *l. 12. §. 13. ff. de legibus*: & ut id sentiam, summa suadet ratio; etenim si v. g. ipse filius parenti manus non intulerit, sed cum facile prohibere posset, tamen inferri passus sit; idemque finge de injuria; vel si ipse patri insidias non struxerit, insidias autem, cum posset, non detexit; hæc, aut atrociora filium patrantem, dignum qui exheredationis fulmine feriatur, existimo.

X I.

Altera quæstio in eo consistit; utrum, si exhereditatio facta sit sine causæ expressione, testamentum ex *D.* constitut. sit ipso jure nullum; an jure adhuc subsistat, atque, ad id rescindendum querelæ locus sit? Et meo quidem judicio, si quis eam constitutionem diligenter evolvat, testamentum non ipso jure nullum, sed ad id rescindendum, querelæ usum necessarium esse comperiet; Imperator enim in *D. Nov.* non agit de iis, quæ ad internam testamenti solennitatem, ritumque pertinent, sed de causis, ob quas facta exhereditatio *justè*, vel *injustè* facta intelligatur; at injustitia exheredationis non reddit testamentum ipso jure nullum: neque obstat, quod dicitur, *quicquid contra fit, quam lex prohibet, id est ipso jure nullum*; regula hæc quidem procedit, in quibus sim-

pliciter forma rei præscripta est, at non in quibus propter omissionem formæ pœna addita est; at nostro casu pœna non nullitatis, sed rescissionis, quoad institutionem adjecta est, Imp. enim non ita vetat liberos aut parentes præteriri vel exhæredari sine causâ testamento adscriptâ, ut si non obtemperatum fuerit, velit testamentum nullum esse, sed nominatim, jubeat rescindi; hisce enim verbis utitur in ipsa *Nov. §. 14. sive igitur*, & paulo post, *si autem hæc omnia propriè autem non dicuntur rescindi, quæ per se nulla sunt.*

X I I.

Secundo loco, liberis non extantibus, quorum semper potior est causa in bonis patris, *l. 14. ff. de inoff. test.* veniunt parentes utriusque sexûs, contra testamenta liberorum, cum iis non minus piè, turbato mortalitatis ordine, bona liberorum debeantur, quam liberis parentum *l. 15. ff. §. 1. inst. eod.* parentibus itaque naturalibus & legitimis datur querela etiam contra fratres vel sorores defuncti hæredes institutos *l. 17. Cod. de inoff. test.* causas autem ob quas parentes exhæredari aut præteriri permissum est, Justinianus expressit *Nov. 115. c. 4.*

X I I I.

Tertio, competit querela fratribus & sororibus germanis aut consanguineis, si, illis præteritis, scripti hæredes infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ

macu-

maculâ asperfi fuerint: §. 1. *inst. de inoff. test. l. 21. C. 27. Cod. eod.* fratribus itaque querela competit, non simpliciter ut *præteritis* sed ut *postpositis* turpi personæ, atque ita odio scripti hæredis; unde intelligitur, si qua honesta persona instituta sit, non alias ingratitude causas adversus fratrem quærendas esse, quæ agentem de inofficioso summoveant, sed hanc abundè idoneam esse, cur videatur frater non immeritò exclusus; eoque, nec possit de inofficioso testamento fratris agere: imo, quod plus est, etiam si turpis persona hæres instituta sit, nihilominus ob justas causas in *Nov. 22. c. 47.* expressas, & ab ipso hærede probatas, frater præteritus aut exhæredatus, removeri potest *D. Nov.* præterea etiam repellitur, si frater hæreditate exclusus, eâdem turpitudine, qua hæres scriptus, laboret *arg. l. 11. Cod. de inoff. test.* non enim rectè quis improbet mores in hærede, quos ipse in sua persona probavit *l. 47. ff. solut. matrim.*

Cognatos, qui sunt ultra fratrem, Ulpianus *l. 1. ff. de inoff. test.* hortatur, ne se sumptibus inanibus vexent, eo, quod in lite de inofficioso obtinere spem non habeant.

X I V.

Intentatur hæc querela adversus hæredes testamento scriptos sine discrimine, liberi sint scripti, an vero extranei; *l. 31. ff. de inoff. test.* cum per aliquos liberos non debeat aliis inferri injuria; quoniam notam de jure vocatorum, quam de injuria exhæredatorum vel præteritorum agatur, neque ulla dignitatis, aut conditionis habenda ratio: quomodo etiam

contra Imperatorem heredem scriptum competit *l. 8. §. 2. ff. eod.*, etenim eum, qui leges tulit, pari Majestate legibus obtemperare convenit, minimèque decet eum lucrari cum privatorum jactura; quod ne quidem velle creditur, qui legibus suis sese conformat *§. 8. in fin. inst. quib. mod. test. infirm.* proponitur etiam querela adversus heredis heredem, item adversus fiscum, qui bona defuncti, quasi vacantia, occupavit *l. 10. Cod. de inoff. test.* cum loco heredis existens ejusdem juris censeatur, cujus est heres: item contra fideicommissarium universalem, cui restituta est hereditas, quia loco heredis habetur *l. 1. Cod. eod.* quo facit, quod actiones hereditariæ tam activæ, quam passivæ in ipsum transeant. *§. 3. & 4. inst. de fideicomm. heredit.*

X V.

Hactenus, quid sit testamentum inofficiosum, quibus, & adversus quos querela ex eo competat: notandum tamen venit, præteritis, vel exhæredatis non ante nasci de inofficioso querelam, priusquam adita sit hereditas *l. 8. §. 10. ff. de inoff. test.*, quoniam ante aditionem non nocet exhæredatio *l. 12. §. 5. ff. de bon. libert.* fieri etiam potest, ut scriptus hæres deficiat, ac per hoc testamentum corruat, & locus fiat successioni ab intestato, ut absque querelâ exhæredatus ad bona defuncti pervenire possit *l. 20. §. sed cum ff. de bon. possess. contr. fab.*

X V I.

Cum igitur ante aditam hereditatem non competat que-

querela, si contigerit, quod hæres scriptus aditionem differat, ac per hoc impediatur exhæredatus, qui querelam movere vult, nec potest, cogetur adire intra sex menses, si in eadem sit provinciâ, sin in diversa, intra annum, à morte testatoris computandum; eoque lapso excludetur: *l. 36. §. 2. Cod. de inoff. test.*

XVII.

Effectus querelæ jure veteri fuit everfio totius testamenti, adeo ut testamento inter legitimum & scriptum hæredem inofficioso pronunciato, non solum rescinderetur hæredis institutio, sed etiam eadem operâ, quæcunque eo testamento scripta essent; ut nec libertates ipso jure valerent, nec legata deberentur *l. 8. §. penult. ff. de inoff. test.* jure novo aliter sese res habet ex constitutione Justin. Nov. 115, cujus summa refertur in *auth. ex causa Cod. de lib. præter. vel exhæred.*, ex causa exhæredationis vel præteritionis (proinde ex causa inofficiosi) testamentum irritum fit, quod attinet ad hæredis institutionem, cætera namque firma manent: ratio, quia in institutione duntaxat peccatum est, exhæredando vel prætereundo eum, qui vocandus erat. Per cætera intelligit omnia, quæ præter hæreditatem, testamento relinquuntur, legata, fideicommissa, libertates, & si quid his simile; quæ omnia Imperator vult nihilominus valere, quia testamentum ritè conditum erat, nihilque in his testator commiserat, sed tantum contra officium pietatis exhæredatio facta.

monitis amicus XVIII.

Non tamen testamentum inofficiosum, quamvis tale pronunciatum, semper totum ab hæredis institutione rescinditur; interdum tantum pro parte, pro quâ & testator fit intestatus, pro reliqua parte valet testamentum, manetque hæcenus hæreditas penès scriptos hæredes; ut patet ex *l. 15. §. 2. ff. de inoff. test.* ubi filius adversus duos hæredes agens inofficiosi, si unum vicerit, ab altero autem superatus est, obtinebit hæreditatem pro parte: similiter etiam fit, si frater, qui neque filios, neque parentes, sed solum fratrem habebat, decesserit hoc fratre præterito, duobus extraneis scriptis hæredibus, sed diversi Juris in querelâ perpetiendâ; puta, uno honestâ personâ, altero turpi; hic quidem certi Juris est, fratri præterito adversus turpem hæredem querelam solum esse. *l. 27. Cod. de inoff. test.* ita necesse est, fratre de inofficioso agente, sic pro parte turpis hæredis rescindi testamentum, ut pro parte alterius consistat, utpote hæcenus non rescissum; quæ species habetur in *l. 24. ff. eod.* sed hic ergo adversari, quis dixerit regulam Juris, quæ efficit, *neminem in paganis testatum simul & intestatum decedere posse*, *l. 7. ff. de R. J.* respondeo, quod non insolens sit in inofficioso testamento, quod quis ex post facto fiat partim testatus, partim intestatus *d. l. 24.* præterea regula hæc, quid jus dicet ostendit, nos de Judicium sententia loquimur, & quid in proposito valeat, quærimus; & hoc casu sententiam potius sequimur, quam jus, quia rei judicata

dicata standum est, cuius auctoritate utitur is, qui de inofficioso egit *l. 17. ff. de inoff. test.* neque sententia certa parte definita ulterius porrigi potest, quo alteri noceat; *l. 8. ff. in fin. de postul.*

XIX.

Non semper autem tribus illis prædictis personarum ordinibus querela cum effectu indulgetur; varii etiam casus reperiuntur, quibus querela cessat; & quidem non aliter hoc remedium competit, quam si unicum; adeoque necessarium sit, ut nullum aliud existat, per quod ad bona vel omnia, vel partem eorum perveniri posset §. 2. *inst. de inoff. test.* quapropter liberis impuberibus arrogatis querela denegatur, quoniam aliud illis beneficium datum est, quo lex injuriam temerariæ exheredationis ab eis amovit, possunt enim quartam petere ex constitutione d. Pii, *l. 8. §. 15. ff. eod.* sic etiam posthumi præteriti agnascendo rumpunt testamentum, exhereditatis vero non aliter potest consuli, quam ultimo hoc querelæ adjutorio *l. 6. ff. de inoff. test. §. 2. in fin. inst. eod. §. l. ult. Cod. de liber. præter.*

XX.

Secundo: si ex justa causa facta sit exhereditatio *l. 7. ff. de bon. damn. §. Nov. 115. cap. 3.* quamquam hoc casu querela non tam cessat, quam quidem effectu caret: sed quemadmodum Jure optimo factum est, ut his, qui justè queruntur de inofficioso,

cioso, consuleretur, propositâ querelâ, ad testamen-
tum rescindendum, ita è contrâ, ne quis temerè
prosiliret ad hanc accusationem, si quis suo nomine
improbè testamentum accusarit, & præsens victus
sit, visum est, eum pcenâ accusationi congruente
coërceri debere, ut quodcunque testamento ei da-
tum sit, perdat, & id fisco vindicetur, tanquam
indigno ablatum *l. 8. §. 14. ff. de inoff. test.*

X X I.

Tertio: si pater filium exhæredet, non ut ei ob-
sit, sed ut ei consulat; *l. 18. ff. de liber. & posth.*
quæ exhæredatio aliter dicitur *bona mente facta l. 12.*
§. 2. ff. de bon. libert. qualis casus extat in l. 16. §. 2. ff.
de curat. furios. potuit tamen pater & aliàs pro-
videre nepotibus suis, si eos jussisset hæredes esse,
& exhæredasset filium, scilicet prodigum, eique
quod sufficeret, alimentorum nomine ab eis cer-
tum legasset, additâ causâ necessitateque Judicii
sui; nec iis legibus derogatum est per Nov. 115,
quæ manifesto loquitur de exhæredatione noxia ab
iratis parentibus facta.

X X I I.

Quarto: cessat querela lapsu quinquennii *l. 8. in*
fin. ff. de inoff. test. cujus cursus non à morte testa-
toris, sed ab aditâ hæreditate inchoatur *l. 34. in fin.*
& l. 36. §. 2. Cod. eod. ita tamen, ut in quinquen-
nium illud non imputetur tempus, quo quis agere
impe-

impeditus est, ut si dubitetur de testamenti valore, cujus quæstio et si post quinquennium decisa fuerit, non excludetur tamen querelâ, cujus tempus tum currere incipiet; secundum regulam, *contra non valentem agere non currit præscriptio l. 16. Cod. de inoff. test.* non etiam tempus adolescentiæ: *l. 2. Cod. in quib. caus. in integr. restit.* aliàs, qui intra quinquennium jus suum non persequitur, tacitè hæreditatem repudiassè, & remisissè querelam, atque ita in voluntate defuncti acquievisse videtur.

X X I I I.

Quinto: Repudiatione, quæ fit vel *expressè*, ut si quis testetur, se hæredem pro hærede agnoscere; aut, quod idem valet, se iudicio testatoris consentire; quâ testatione tam apertâ nihil dubii esse potest, quin certo querelâ inofficiosi excludatur *l. 17. §. l. penult. in fin. ff. de inoff. test.* vel tacitè, si quis cum hærede scripto aliquid gerit, quod nisi is hæres esset, utiliter gerere non posset; ut puta si exhæredatus, quive aliàs de inofficioso queri poterat, res hæreditarias ab hærede emat, aut conducat, aut quod defuncto debuit solvat: his factis, qui queri poterat, querelâ excluditur, tanquam qui iudicium defuncti agnoverit *l. 23. §. 1. ff. de inoff. test.* sic etiam, qui accepit legatum testamento inofficioso sibi relictum, querelam amittit *l. 10. §. 1. ff. eod.* si vero is, qui de inofficioso queri potest, legatum eo testamento alii relictum agnoscat, nequaquam solâ hac agnitione querelâ excluditur *Nov. 115. C.*

3. §. *sive igitur.* unde *auth. ex causa Cod. de lib. prat. vel exhæer.* quâ constitutione effectum esse apparet ex causâ præteritionis & exhæredationis, sic distinctas res esse cœpisse institutionem hæredis, & legata, ut possint legata valere, & nihilominus rescindi & inutilis constitui hæredis institutio; atque ita ex duabus rebus diversis, quarum una sine alterâ esse potest, qui unam probat, non ideo intelligitur probare alteram *arg. l. 10. Cod. de prob.*

XXIV.

Sexto finitur querela morte exhæredati ante querelam præparatam; sic enim jus est, ut præparata transmittatur ad hæredes, atque ita non finiatur decessoris morte; non præparata autem non transmittatur, quod facit, ut una quoque cum illo extinguatur *l. 6. §. ult. & l. seq. ff. de inoff. test.*

XXV.

Septimus casus, quo cessat inofficiosi querela, est, si testator legitimam iis, qui de inofficioso agere possunt reliquerit, sive *totam*, sive *pro parte*, sic, ut qui totam habet, ab omni hæreditate excludatur *l. 8. §. 6. & 8. ff. de inoff. test.* qui partem, agere potest ad supplementum legitime *condictione ex lege.* sive actione speciali per *legem 30. Cod. eod.* noviter introducta: differtque hæc actio à querelâ inofficiosi, quod hæc quinquennio extinguatur, illa vero ad triginta usque annos duret *d. l. 30. junct. l. 3. Cod. de præscript. 30. ann.*

XXVI.

XXVI.

Est autem legitima, portio portionis ab intestato debita; aut, ut explicatius dicam cum Ulpiano & Alexandro Imper. pars ejus, quod ad eum esset perventurum, si paterfam. intestatus decessisset l. 8. §. 6. ff. de inoff. test. l. 8. Cod. eod. olim legitima erat quarta §. 3. inst. de inoff. test. l. 8. §. 8. §. 9. ff. eod. hodie tertia hæreditatis pars, sive triens, si quatuor, vel pauciores sint liberi, semis autem si quinque, vel plures Nov. 18. C. 1. ; quod augmentum etiam in legitima parentum & fratrum locum habet d. Nov. c. 1. §. 2. cæterum salvâ liberis portione legitimâ, non est parentibus adimendum arbitrium reliquæ hæreditatis, etiam inæqualiter dividendæ l. 8. Cod. de inoff. test. quamvis melius atque consultius fecerint, si distributionis æqualitatem servant inter eos, quos nascendi forte natura fecit æquales: ne bonorum inæqualitas mater sit discordiæ.

XXVII.

Postremis superioris definitionis verbis, spectari debere eam portionem, quæ intestato paterfam. esset perventura admonemur quomodo ea portio æstimari debeat; nam pervenire quid dicitur, non quod quis quovis modo capit, sed quod ita capit, ut sit permanens l. 71. ff. de V. S. hinc intelligimus portionem ab intestato debitam, cujus veteres quartam, nos tertiam quærimus, sic æstimari de-

bere, non ut res singulæ hæreditariæ in eâ computentur, quarum debeat tertia, sed ut ante omnia de eâ portione deducantur funeris impensæ, æs alienum, libertates seu pretia servorum testamento manumissorum: tum deinde, quod his deductis reliquum est, intelligatur esse illud totum, cujus tertia pars debetur *l. 8. §. 9. ff. de inoff. test.*

XXVIII.

Jure antiquo, non intererat quo titulo, sive institutionis, sive legati, sive fideicommissi, sive donationis mortis causa relicta esset legitima §. *ult. inst. de inoff. test. auth. novissima Cod. eod.* jure novissimo *Nov. 115. cap. 3, 4, & 5.* non sufficit ad excludendum aliquem à querela, legitimam ei quovis titulo relictam esse, sed ut testamentum ab omni oppugnatione tutum sit, necesse est ut titulo hæredis atque adeo institutionis honoretur.

XXIX.

Hæc legitima portio adeo favorabilis est, ut non tantum debeat esse libera, verum etiam absque morâ aut dilatione præstanda filio, eique relinquenda absque ullo onere, conditione vel gravamine *l. 30. Cod. de inoff. test.* quod si onus aliquod appositum fuerit, ipso jure rejicitur *l. 32. Cod. eod.* si res aliena fuerit assignata pro legitima, & evicta, ex substantiâ patris repletio facienda est *l. 36. verb. Sancimus Cod. eod.*

XXX. Non

XXX

Non est omittenda illustris hæc controversia; utrum filius legitimam amittat propter inventarium non confectum? & quidem tali casu filium legitimam amittere, atque adeo ad omnia legata & fideicommissa persolvenda teneri, etiamsi eis solutis nihil pro legitima ei supersit, autores sunt multi, ducti quidem hoc argumento, quod hæres qui inventarium non confecit, teneatur etiam ultra vires hæreditatis; nec distinguitur an sit suus, vel alienus *l. ult. §. 2. §. 12. Cod. de jur. de lib. & Nov. 1. c. 2. §. 2. in vero non fecerit inventarium* (inquit Justinianus) *complebit legatarios & fideicommissarios, quamvis puræ substantiæ morientis excedat mensuram legatorum datio*: contrariam tamen sententiam probabilior esse judico; quoniam hæc disputatio oriri non potest, nisi cum filius hæres institutus, legatis vel fideicommissis universalibus, aut particularibus gravatus est: (quantum enim ad æs alienum defuncti attinet, inter omnes constat, illud legitimæ præferendum esse *l. 8. §. 9. ff. de inoff. test.*) sed illud certum est nullum gravamen, præjudiciumve filio inferri in legitima posse, ut *jam dictum* est; quapropter ad objectas leges respondeo, hæredem inventarium non conficientem ad legata præstanda, & fideicommissa teneri ultra vires hæreditatis, cum talia sint, quæ de jure valent, & relinqui potuerunt; sed legata & fideicommissa in præjudicium ac diminutionem legitimæ ordinata, irrita sunt ac nullius

momenti & pro non scriptis habentur *l. 32. Cod. de inoff. test.* ergo filius ad ea solvenda non tenetur: præterea inventarii confectio filio à lege non injungitur, quod sanè si necessarium fuisset, æquum erat exprimere, cessare legitimam inventario non confecto, sicut expressè cautum est in falcidia.

X X X I.

Restat quæstio, an filius hæres à patre institutus legitimam accipere, & reliquam hæreditatem repudiare possit? verior sententia est, filium non posse hæreditatem repudiare, legitimam retentam; renunciatio enim generalis includit omnes partes *arg. l. 7. ff. de except. rei judic.* at legitima & pars hæreditatis *l. 36. §. 1. Cod. de inoff. test.* nemo autem potest hæreditatem pro parte adire, & pro parte repudiare *l. 1. ff. de adq. vel omitt. hered.* ergo neque filius potest legitimam accipere, quæ est tertia pars hæreditatis *Nov. 18. cap. 1.* & reliquam hæreditatem repudiare, quod foret absurdum, neque obstat, quod creditor qui renunciat hæreditati, non impediatur, petere id, quod sibi debetur, latum enim est discrimen inter filium cui legitima debetur, & alios creditores, nam quod aliis creditoribus debetur, non est pars hæreditatis, sed aliud quid ab ea diversum, quare nihil obstat, quominus hæreditate repudiatam creditum suum consequantur.

XXXII.

Quoniam legitima *jure naturali* quoad rem ipsam & substantiam constituta est, l. 7. ff. de bon. damn. in totum nequaquam tolli, quatenus autem *jus civile* legitimam quoad quantitatem determinavit, idcirco ex parte aliquâ minui vel augeri posse, puto.

COROLLARIA.

I.

*U*sfuctus per cessionem extraneo factam ad proprietarium revertitur.

II.

*J*us accrescendi non transit in emptorem hereditatis.

III.

*S*olus Princeps potest indulgere ferias.

IV. Ne-

*Nemo potest esse Judex & Advocatus
simul.*

*Si nummi in specie restituantur, tamen
manet mutuum.*

C O R O L L A R I A

F I N I S



Solus Princeps potest iudicare & advocare