

dum est. Huc etiam referendum quod idem Paul. 4. sent. 5. Ulp. l. 8. §. 2. de inoff. testam. scribit, testamentum in quo Imperator heres scriptus est inofficiosum argui posse.

1. Licet legibus soluti simus] Principes Romanos legibus solutos esse scribit Dio lib. 53. adque id ipse sic interpretatur, ut dicat, eos liberos esse ab omni legum coactione, nec ulla scripta lege teneri; apparetque ex eodem loco, quemadmodum temporibus liberæ Reipub. aliquando usurpatum, ut populus aut senatus civem aliquem ob heroicam indolem ac singularem virtutem una aliqua lege solveret, puta, ut ante ætatem legitimam magistratum gerere, aut intra temporam constituta eundem repetere liceret, sicut de Pompejo, Africano, Octavio aliisque per multis factum legitur: ita Principem postea, cum civibus omnibus excellentior haberetur, legibus omnibus solum fuisse, lege in eam rem semel expresse lata; quæ lex regia in l. 1. ff. de const. Princ. lex imperii in l. 3. C. de testam. appellatur. Quod etiam significare arbitror Ulp. in l. 31. de legib. Quamquam necesse non erat hoc caput legi regie inserere: quandoquidem ex hoc ipso quod alio capite ejusdem legis populus jura majestatis omnia abdicate in principem transtulit, d. l. 1. de const. Princ. necessario sequitur Principem legibus non obligari. Etenim Princeps, qui absoluta jura majestatis habet, nihil supra secernere potest, neque hominem neque legem, ut ait Alber. Gentilis in questionibus regii. Deus, inquit Justinianus, leges ipsas Principi subiecit, eunque legem animatam mitti hominibus. Nov. 105. cap. 2. in fin. Jam vero qui supra leges est, cui leges subiectæ sunt, is necessario legibus est solutus, id est, legibus non tenetur; alioqui non illi leges sed ille legibus subijcitur, & qui ipse lex est in eum lex ferri non potest. Unde Plinius in panegy. cap. 65. Leges, inquit, Principi nemo scripsit. Neque cum hoc dicimus, intelligimus solum cum D. Thoma quest. 96. art. 5. part. 1. quem multum sequuntur, Principem legibus solum esse quoad vim coactivam, sed etiam quoad vim directivam. Quin ad hanc solum questionem pertinet: cum si neget secundum vim directivam Principem legibus solum esse, sta-

tuas Principem legibus obstringi; tamquam quæ ipsi quoque latae sint. Alia autem questio est de modo coercendi & puniendi nec obediens. Ceterum totum hoc pertinet ad leges civiles dumtaxat, non ad leges naturæ aut divinas, quibus cum omnes homines subijciantur quatenus homines nati sunt, omnino efficitur aut Reges homines non esse, aut illos etiam his legibus teneri. Non pertinet etiam hoc axioma ad leges imperii fundamentales, maxime cum in eas quoque ipsi Principes regnum inveniunt jurare soleant. De quibus legibus Bodinus lib. 1. de republ. cap. 8. sic scripsit: *Quantum ad leges imperii attinet, cum sint cum ipsa majestate conjunctæ, Princeps nec eas abrogare, nec iis abrogare potest. Cujusmodi inquit, est lex Salica regni hujus firmissimum fundamentum.*

Attamen legibus vivimus] Etsi hoc jus Principis est, si dignitatem spectes & imperii potestatem, ut legibus omnibus civilibus sit solutus; tamen officium imperantis est legibus vivere, hisque parendo suo exemplo prætere illis quibus solis late sunt. Quod significat Paulus l. 20. de legat. 3. his verbis: *Debet enim tante majestati eas servare legibus quibus ipse solutus esse videtur.* Et Imp. Alexander l. 3. C. de testam. cum ait: *nihil tam proprium imperii esse quam legibus vivere;* eodemque modo explicanda l. 4. C. de legib. & illud Plinii in panegy. ad Trajan. cap. 65. *Legibus se subiecit, quas nemo Principi scripsit.* Item illa: *Non esse Principem supra leges, sed leges supra Principem.* Nimirum Princeps imperio maximus, major est exemplo, ut ait Paterculus, lib. 1. cap. 126. & Plin. d. loc. cap. 45. *Vita Principis, inquit, perpetua censura est: ad hanc dirigitur; nec tam imperio nobis opus est quam exemplo.* Tis τῆς ζωῆς ἀεικαίου ἀνδρείου ἵπαι τοῦ Βασιλέως τοῦδε βασιλέως. (Quis enim legibus parere remansit, cum videat iudicem Principem obtemperare?) inquit Xenophon in laudib. Agesilai, cap. 7. §. 2. *Claudius in Panegy. de quarto consulatu Honorii v. 307. his versibus Principem hujus officii commonefacit.*

*In commune jubet si quid censeret tenendam, Primus jussa tibi, tunc observantior equi. Fit populus nec ferre negat, cum viderit ipsum Auctorem parere tibi. Componitur orbi Regis ad exemplum; nec sic infestare tenus Humani edificia valent, ut vita regentis.*

## TITULUS XVIII.

## DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Dig. lib. 5. tit. 2. Cod. lib. 3. tit. 28. Part. 6. tit. 8.

Continuatio & argumentum tituli. Unde nomen inofficiosi: tum quorum de hac questione cogniti.

Explicatur hic altera ratio infirmandi testamenti, cum scilicet non ipso jure sed per sententiam judicis rescinditur ex causa de inofficioso contra testamentum pronuntians: quod est illud administratum quod superius dixit paulo post nobis manifestum fore, in calce tit. Inst. de exhered. lib. Locum hic late patet, quamquam concisus est Justinianus, ut passim in hoc libello. Initio indicat ille causam introducendam de inofficioso querelæ, & quo colore proponatur; mox quibus ea competat aut non competat ostendit: sequuntur postremo nonnulla, quibus interventibus testamentum inofficiosum arguit atque ex ea causa rescindi non potest. Nobis, quibus propositum est rem totam planam facere, licebit in explicando esse prolixiores. Memini etiam nonnulla me recepisse interpretantem §. ult. d. tit. Inst. de exhered. lib. quæ in hoc tempus dilata, nunc exsolvenda sunt. De nomine inofficiosi hoc primum monendi sumus, quamvis omne testamentum inofficiosum recte dicatur in quod testator contra officium quod alteri debebat fecit, quemadmodum scimus hominem inofficiosum dici qui officium pratermittit aut contra officium quod alteri debebat facit; & ideo, si verbi causa testator cognatis suis aut personis de se bene merentibus quibus ob id remunerandum debet nihil in testamento suo reliquerit, huic etiam testamento appellatio ista conveniat: tamen per excellentiam ea demum testamenta inofficiosa dicta sunt, quibus officium in liberos parentes & fratres neglectum est, seu in quibus liberi aut parentes aut fratres vel exheredati sunt immerito vel immerito prateriti. Quocirca sunt violatum esse constitit testamentum rescindatur. Cognitionem hujus questionis ad centum viros pertinuisse constat ex Cic. lib. 1. de orat. cap. 38. Val. Max. lib. 7. cap. 7. &

8. lib. 13. & 17. hoc tit. uti & simplicis petitionis hereditatis, l. ult. in pr. C. de per. her. quod tamen non usque adeo perpetuum fuit, quin fates aliquid, negotio ita ferente, à prætoris remissa fuerit ad iudicem pedaneum, uti liquet ex l. 8. §. pen. hoc tit. l. 3. §. 5. de bon. poss. cent. tabb. VINN. Quæ hic de nomine inofficiosi monet auctor plenius poterant exponi. Dicitur hac actio querelæ, quia propinqui non accusare & litigare, sed inter se conquiri dicebantur. Voss. Inst. orat. lib. 1. cap. 6. §. 2. Inofficiosum autem opponitur officio, quod vocabulum ita accurate exponit Seneca de benef. lib. 3. cap. 18. quod ut beneficium sint aliorum, ita officia eorum quæ necessitudo suscitet & opem ferre jubeat. HAIN.

## TEXTUS.

## Ratio hujus querelæ.

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant vel omittunt, induitum est ut de inofficioso testamento agere possint liberi qui querantur, aut inique se exheredatos aut inique prateritos: hoc colore quasi non sane mentis fuerint cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem testamentum fecerit, non autem ex officio pietatis. Nam si vere furiosus sit nullum testamentum est.

## L. 1. tit. 8. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

1. Quibus liberis & quando querela necessaria.
2. Etiam ob causas non nominatim expressas Nov. 115. cap. 5. dummodo æque graves aut graviore, exheredationem recte fieri.
3. Quamvis exhereditatio facta sit sine elogio, tamen testamentum adhuc ipso jure hodieque sub-

subsistere, atque ad id rescindendum opus esse querela, contra comm.

- 4 Præteritionem matris & avi materni etiam jure novissimo vim exheredationis habere.
- 5 Contraria obiter repulsa, addito jure patrio.
- 6 Utrum querela ipsa sit actio sive petitio, an remedium aliquod ab actione separatum.
- 7 An liberis à patre præteritis, legata & cetera capita præter institutionem beneficio nova legis conserventur.
- 8 Cur querela inofficiosi colore dementia Veteris prætexerunt; & num idem adhuc hodie.

**Q**uia plerumque] Recte monet D. Pacius in margine particulam plerumque non afficere verbum exheredant, sed verbum sine causa; ut hic sit sensus: cum parentes liberos suos exheredant vel omittunt, id eos plerumque facere sine causa: pura falso instigulatos; nonvercalibus delinimentis instigationibusque corruptos, ll. 3. §. 4. hoc tit.

Sine causa liberis suos exheredant vel omittunt] Ait sine causa; nam ex justis & meritis causis exhereditio semper permessa fuit, l. 7. de bon. damn. Ait, exheredant vel omittunt, illud ad parentes omnes & proprie ad patrem avamque paternum, hoc ad matrem & avum maternum pertinet; nec supervacuo hic expressum, ut censet D. Wesemb. etsi enim matris præteritio vim & effectum exheredationis habet, non est tamen revera exhereditio, §. ult. Inst. sup. de exhered. lib.

1. In patre exhereditio necessaria est ut querela locus sit; si enim pater filium quem in potestate habet præteritit, testamentum ipso jure nullum est; si emancipatum, datur præterito bonorum possessio contra tabulas, sup. d. tit. in pr. §. 3. §. 5. Quin nec querens exhereditio querela locum facit, sed ea demum que rite facta est; que secus facta, id est, non nominatim, non pure, non à tora hereditate, pro præteritione censetur, l. 8. §. 2. de bon. poss. cont. tabb. Matre autem sive prætereunte sive quovis modo exheredante, semper ad infirmandum testamentum querela opus est, cum & jure civili firmum sit nec à prætorè infringatur; quippe qui exhereditatione, cujus vicem etiam præteritio matris obtinet, notatos non putavit ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos, d. l. 8. in pr. cont. tabb. d. §. ult. Inst. sup. de exher. lib. Et igitur exhereditatis omnibus à matre etiam præteritis, hoc remedium necessarium est. Causæ exheredationis jure antiquo certe legibus definitæ non erant, sed ab arbi-

trio pendeant judicium qui de inofficioso cognoscabant, quorum erat merita exhereditati pendere, l. 3. §. 5. cont. tabb. Val. Max. lib. 7. cap. 8. Justinianus ex arbitrariis eas certas fecit; & nominatim Nov. 115. cap. 3. complexus est ad quatuordecim; cumque antea etiam simpliciter exhereditatio facta permittum esset heredi insititio allegare & docere etiam simpliciter exhereditatio facta permissum esset heredi insititio allegare & docere ingratitude, id idem Imp. primum hætenus mutavit, ut non aliter liceret heredi ingratitude quæstionem movere, quam si testator expresse addidisset, se ideo filium exheredare quia fuerit ingratus, l. 30. in pr. C. hoc tit. Postea ne hoc quidem satis ei visum, sed insuper voluit testatorem justam aliquam ingratitude causam, & saltem unam ex illis quas ipse recensere testamento exprimere, imposito quoque heredi onere locum probandi; cum olim ita jus esset, ut nisi heres ultro probationem suspensus causam aliquam certam allegando (quo refert l. 22. & d. l. 30. C. eod.) ipsi liberi docere tenerentur se morigeratos que obsequens semper fuisse, l. 5. §. 1. ff. hoc tit. & l. 28. C. eod.

2. Hinc duplex exorta questio: (1) An nullas alias ob causas, quantumvis pares aut majores quam que d. Nov. 115. cap. 3. expresse sunt exhereditatio permitenda. (2) Utrum si exhereditatio facta sit sine elogio, id est, sine causæ expressione, testamentum ex dicta constitutione ipso jure nullum sit, an jure adhuc subsistat atque ad illud rescindendum querela ætiam sit opus. Primam quæstionem quod attinet, quanvis sententia Connani lib. 9. comm. 10. Viglii ad §. ult. Inst. sup. de exher. lib. aliorumque qui eos sequuntur, negantium ob alias causas licet æque graves aut graviores exhereditationem fieri posse, verbis d. Nov. convenire videatur: tamen mihi persuadere non possum eam fuisse mentem Justiniani quam illi esse censent; & summa ratio suadet ut contra sentiam. Etenim si, verbi gratia, manus parenti filius ipse non intulerit, secundum d. Nov. cap. 3. §. 1. sed inferre passus sit cum facile prohibere posset; idemque frange de injuria, §. 2. si patrem ipse non accusaverit, juxta §. 3. sed accusationem instruxerit, jureverit præcio, consilio, probationibus; insidias ipse patri non sit, §. 4. insidias autem cum posset non detexerit: falsum testimonium ipse non dixerit, secundum §. 8. at qui dicerent subornarit. Quid si thorum fratris violare ausus sit. Quid si lenocinio palam quæstum faciat &c. Quis hæc aut atrociora filium patræm dignum

num neget qui fulmine feriatur exhereditationis? At, inquis, odiosa est exhereditatio ac proinde interpretatione non est adjuvanda, l. 19. de lib. & post. cap. 15. de reg. jur. in 6. Immo contra, vel magis odiosum patrem cogi ut impio & indigno filio bona sua relinquat. Equidem concedo, ubi de hypothesi quaeritur, de scriptura testamenti, de facto exhereditati, de voluntate exheredantis cum similibus, exhereditationem adjuvandam non esse: ceterum ubi *βεβαιός* (*positivus*) de legis vi atque interpretatione disputatur, hoc semper legibus inesse ex mente conditorum credi oportet, ut quia omnes casus qui quandoque incidere possunt comprehendere nequeunt, ad eas quoque res & causas pertinentur que quandoque similes erunt, l. 10. cum 3. leg. l. 27. de legib. Neque hinc expiuntur leges poenales; nam & illæ utique leges sunt; & obvia passim responsa Jurisconsultorum, etiam leges publicorum judiciorum ad hunc quem diximus modum interpretantium, l. 11. de pen. l. 13. de testib. l. 7. §. 2. de jurid. l. 7. ad leg. Jul. maj. §. 3. Tuld. 2. jurispr. extemp. cap. 5. pag. 202. ubi distinguit, utrum par & eadem sit ratio an similibus tantum, l. 3. de leg. Pomp. l. 2. §. 28. & leg. ad Tertulij. junct. l. ult. §. ult. qui pet. sut. l. 8. de sepulcr. viol. l. 1. de aleat. Dixit, hoc admissio Imperatorem non assequi scopum suum sed causas adhuc incertas manere, nec quatuordecim tantum sed infinitas esse. Respondeo, ex his constitutionis verbis ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitude causas opponere nisi que in hujus constitutionis serie continentur, satis patet quis Justiniano scopus propositus fuerit. Horum enim verborum non alius sensus quam quod non liceat ex legibus antiquis causas opponere que in dicta constitutione non continentur. At tales cause non sunt que vel majores sunt vel pares expressis, sed leviores dumtaxat aut disparæ: quippe cum de similibus semper ut de expressis habendum. Facit hoc cap. 1. §. 2. veri. sed quia natura lib. 2. feud. tit. 24. que fuit prim. ca. ben. amit. Atque hæc sententia etiam communis est usque apud omnes recepta. DD. in autb. non licet C. de lib. præter. Clar. §. testamentum quest. 41. n. 2. Gomez 1. resol. 11. Schneid. hic n. 14. Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. cap. 8. Christin. vol. 4. dec. 19. n. 5. Vinn. Præter eas exheredationis causas que habentur in ll. 40. §. 6. 7. & 11. Tit. 7. Part. 6. accedit & alia ex Pragm. sanct. præcedentis anni 1776. si fi-

*rescindi & subverti*) quæ de his tantum prædicari constat quæ ab initio constituerunt; & quod notandum, everti non in toto sed quoad institutionem dumtaxat; cetera capta firma manere. Ergo in totum ab initio subsistit. At quo remedio evertetur? Non alio haud dubie quam querelâ inofficiosi, quæ una exhereditatis supererat. Arguit hoc accurata illa causarum ingratitudinis de quibus in querelâ iudicio agitur definitio; quæ causam novæ constitutioni dedit. Adhæc, si dicimus liberis omnibus sine elogio exhereditatis aut præteritis testamentum potestate dictæ constitutionis nullum esse, non liberis tantum consulimus sed extraneis etiam defuncti legitimis heredibus; quippe quos tum liberis aut repudiantibus, aut ante parentem, aut priusquam hereditatem adierint mortuis, hereditas defuncti ab intestato perventura sit, exclusis scriptis heredibus, qui alioqui ex testamento iisdem rebus intervenientibus venturi essent. Justinianus autem liberis dumtaxat prospicere voluit ne his noceret exhereditatio, non consulere aliis contra scriptos testamento heredes. Postremo ut ex dictis liquet, non fuit ei propositum tollere inofficiosam querelam, sed priorivem atque expeditiorem eam viam facere; unque potissimum rei afferre remedium, ne scilicet liberi exhereditati aut præteriti ob difficultatem probandi se semper officiosus fuisse parentum hereditate excederent. Cum ergo duplicem effectum exhereditatio iure veteri habeat, unum hunc, ut absolvat internam testamenti paterni solemnitatem, ut ne nullum sit ob præteritionem, ad quod sufficere factam esse etiam iniusta sit; alterum ut exhereditatum submoveat ab hereditate, ad quod insuper exigitur ut facta sit iustus de causis; posteriorem effectum tantum Justinianus restituerit voluit, priori in suo statu relicto. Sive igitur nulla causa à testatore expressa sit, sive aliqua quæ tamen non sit ex his quæ d. Nov. 117. cap. 3. continentur, aut ex iis quidem, sed in cuius probatione heredes deficiat: utiliter & cum effectu exhereditatus de inofficioso hodieque ager, & postulat ut testamentum rescindatur, resque redigatur ad causam intestati.

4. Idemque erit si liberi præteriti sint ab iis scilicet parentibus quorum præteritio pro exhereditatione est, ut matris & avi materni, licet causa adjecta non sit; & falsum est quod plerique pro vero nobis obtrudunt; præteritionem maternam pro exhereditatione amplius non haberi, sed ex hac causa æque nullum esse

testamentum ac si pater præterisset, nisi præteritioni addita sit causa ingratitudinis; necessitatem quodammodo exhereditandi contra rationem juris illic introducentes ubi non est suitas, l. 11. de lib. & post. l. 4. §. 2. cont. tabb. Ita concludimus cum Fulgos. & Don. in d. aut. ex caus. Vigl. ad rubr. lic. Duar. cap. 3. ad hunc tit. Cujac. ad Nov. 18. Fachin. 4. contr. 9. Vasq. lib. 2. de succ. creat. §. 20. n. 162. & seqq. Perez ad Cod. de lib. præter. n. 13. Gudel. lib. 2. de jur. nov. cap. 4.

5. Argumentis quæ pro contraria sententia afferuntur ex his quæ dicta sunt nullo negotio occurrere potest; & sunt pleraque ex eorum genere quæ Græci ἀντιεπιδικάζουσι vocant, id est, quæ in ipsos auctores retorqueri possunt. Postremo maiori pretii sunt quæ illi putant esse maximi, quale est quod sexto loco adducit Bachovius, frustraneam ajens esse eam actionem in qua actor non potest succumbere &c. Ergo frustrata est quod postumus ait infantibus exhereditatis, §. 2. huj. tit. l. 33. §. 1. C. hoc tit. item ex constitutione Justiniani l. 50. C. eod. liberis omnibus exhereditatis, non addito, quia ingrati fuerunt, actio de inofficioso datur: quoniam nunquam non possunt vincere. Considerare debuerant non frustra esse quod leges testamentum consistere volunt, ut saltem his casibus quos modos commemoravi incidentibus voluntas defuncti exitum habeat. Eiusdem ponderis est argumentum quod Bachovius producit vice corollarii, nempe legitimam relinquendam esse liberis titulo institutionis. Ne sit relicta isto titulo; an propterea sequitur testamentum ipso iure nullum esse? Sed de eo plura inferius. VIEN. Apud nos tam pater quam mater liberos exhereditare debent cum elogio, sive expressa exhereditationis causâ, quæ si expressa non fuerit testamentum nullum est, l. 10. tit. 7. Part. 6. ubi communis opinio quam hic impugnat Vinnius adprobata est. Vide Gomez lib. 1. var. cap. 11. & quod magis est, dum liberi parentes & ascendentes exheredant, debent alteram ex causis addere ut testamentum teneat, l. 11. tit. 7. Part. 6. quare postumus, nec impubes, modo non sit pubertatis proximus, exhereditati non possunt, ut supra monuimus. ADDIT.

Inductum est] Verbum inducere plurimum refertur ad jus non scriptum, aut ad id jus quod ex interpretatione prudentum profusius, l. 2. §. 5. de orig. jur. l. 32. de legib. l. 29. de lib. & post. l. 2. de vulg. & pup. Unde

existimare licet querelam inofficiosi testamenti non lege aliqua scripta introductam esse, sed moribus aut, quod probabilis est, interpretatione Consultorum. D. Cujacius lib. 2. obi. 21. ex lege Glicia eam deducit; sed hoc ideo probabile non est, quoniam nullis certis personis nominatim potestas experiendi hoc iudicio concessa fuit, l. 1. hoc tit. à lege autem si foret, certæ personæ expressæ essent quibus hæc actio competeret. Adhæc, si lex aliqua de hoc iudicio lata esset, nihil opus fuerat colorem aliunde quaerere cuius præteritum testamentum quasi ab homine non sanæ mentis factum evertetur: quippe quod tunc vigore & auctoritate solius legis rescindi oportuerit. Color autem iste dubium non est quin inventus atque excogitatus sit ab iis à quibus alia id genus commenta & fisiones omnes manarunt, hoc est à Jurisconsultis. Denique si lege aliqua hoc iudicium constitutum esset, proculdubio mentionem illius legis fecisset Val. Max. lib. 7. cap. 7. VIEN. Adde quæ eam in rem disputavimus in Antip. Rom. lib. 2. hoc tit. §. 5. edit. nov. nam in priore secuti eramus sententiam summi Cujacii. HELIX.

Ut de inofficioso agere possint] Pro eodem Jurisconsulti dicunt agere, queri de inofficioso; argere, accusare, dicere inofficiosum: quæ legentibus passim in tit. hujus argumenti occurrunt, ut & nomina querelæ, actionis, accusationis; nullo tamen nomine frequentius hoc iudicium designatur quam querelæ.

6. Estne ergo querela & ipsa actio, an remedium aliquod ab actione separatim, sive imploratio tantum officii iudicis nobilis, ut loquuntur, eo pertinet ut testamentum rescindatur, quo rescisso demum agi & hereditas peti possit? Non est quod dubitemus affirmare quod tot locis manifeste traditum esse, querelam ipsam actionem & petitionem esse, perque eam sic impugnari testamentum ut simul vindicetur hereditas. Qui dicit inofficiosum, eum Papinianus ait hereditatem petere, l. 8. §. 8. hoc tit. Scævola, petitionem hereditatis exercere, l. 20. eod. Paulus l. 21. §. ult. eod. ait per querelam inofficiosi evincit hereditatem. Ulpianus vindicari facultates, l. 27. §. 3. eod. Triphonius l. pen. in fin. cont. tabb. filium exhereditatum ex causa querelæ inofficiosi movende adpiti ad petitionem hereditatis. Justinianus hereditatis petitionem ex nomine de inofficioso constituit, l. 34. C. eod. Pute quoque est, quod is qui querelam

moturus est agnoscere debet bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. in pr. ff. cont. tabb. l. 2. C. eod. Hoc enim non alio pertinet, quam ut is qui ex causa inofficiosi hereditatem petit heredes esse videatur; quamquam in suis hæc possessio non est necessaria, d. l. 7. ut nec aditio, l. 14. de iur. & legiti. de quo consule Vigl. in rubr. & §. 2. hoc tit. Duar. cap. 8. ad hunc tit. Govean. 1. var. lict. cap. 5. Vasq. lib. 3. de succ. rerol. ad l. 2. C. eod. Vaud. 2. quest. 24. Don. 19. comm. cap. 3. Interpretes comm. & cum his Scharck. in rubr. C. hoc tit. n. 3. existimant querelam esse iudicium preparatorium quo aditus patet ad iudicium universale sui petitionem hereditatis, sicut actio ad exhibendum preparatoria est rei vindicationis; atque ita duo hic esse iudicia, quorum alterum scilicet querela præcedat, alterum petitio hereditatis sequatur: quod falsum est; nam ipse titulus inofficiosi causa est ex qua vindicatur hereditas, l. 3. C. de pet. hered. neque duo hic iudicia sunt sed unum, quo & testamentum impugnatur & simul petitur hereditas; sicut per actionem usucapionis rescissoriam & usucapio rescindi petitur & simul res vindicatur: de quo sub §. 5. Inst. inf. de adimib. Plane etsi querela quoque petitio hereditatis est, in multis tamen differt à petitione hereditatis simpliciter, de qua post tit. de inoff. test. in n. & Cod. generalis titulus datur, quæ hic congerere nimis longum foret. Duo solum argumenta refellam quibus effici videtur querelam inofficiosi hereditatis petitionem non esse. Primum tale est: Petitio hereditatis datur solus adversus eum qui cum heres non sit pro herede pro possessore possidet; nunquam adversus heredem eumve qui pro herede sit, bonorum scilicet possessorem aut fideicommissarium, l. 9. cum seqq. de her. par. At querela datur adversus heredem scriptum, contra fideicommissarium, l. 1. C. hoc tit. contra præteritum qui accipit bonorum possessionem contra tabulas, pen. cont. tabb. Respondeo, scriptum testamento inofficioso heredem, heredem non esse, utique cum eo agi tantum qui heres non sit, ut pote scriptus ab eo qui testamenti factionem non habuisse iudicatur, l. 17. §. 1. hoc tit. & proinde eum teneri quasi pro herede aut pro possessore possideret, ut diserte rescriptum est de eo cui ex testamento inofficioso restituta est hereditas, l. 1. C. eod. Alterum est huiusmodi: omnis petitio hereditatis aut ex testamento sit oportet aut ab intestato, l. 11. &

3. de her. pet. querela autem inofficiosi ex neutra causa est; non ex testamento, quia datur iis qui testamento exclusi sunt; non ab intestato, quia quamdiu testamentum extat causa intestati non est locus, l. 39. de adq. hered. Sed patet ex responsione ad objectionem precedentem querelam inofficiosi esse petitionem quamdam hereditatis ab intestato, quia præteritur color dementia testatoris uti & revera si iudex contra testamentum pronuntiaverit res ad causam intestati redit, retroque versus perinde omnia habentur ac si hereditas numquam adita fuisset, l. 6. §. 1. l. 21. §. 2. hoc tit. Set igitur hæc sententia, querelam etiam ipsam esse actionem, & nimirum speciem quamdam petitionis hereditatis, qua vindicatur hereditas tamquam ab intestato deleta ex causa inofficiosi testamenti, cum qua sententia fere vi ipsa convenit quod Joann. Fab. & alii hic notant, posse querelam cum petitione hereditatis cumulari. Obiter addo, & per modum contradictionis seu exceptionis querelam induci posse, veluti si exheredatus sit in possessione hereditatis & heres scriptus hereditatem petat, l. 8. §. 13. cod. adeoque liberum etiam esse exheredato simpliciter petitione hereditatis experiri, deque titulo expientem reponere se queri de inofficioso, atque ita querelam inducere per modum replicationis. Paul. 4. sent. 5.

Aut inique se exheredatos aut inique præteritos] Rursus hæc duo conjungit, exheredare & præterire, ut paulo ante, & Marcellus l. 3. cod. nimirum quia non exheredatus solum sed etiam præteritus de inofficioso agere licet; præteritus scilicet ab iis parentibus quorum præteritio vim exheredationis habet. Et igitur horam alterum, exheredatos, nemo est qui non videat ad patrem referri; alterum, præteritos, ad matrem & avum maternum.

7. Quod ideo iterum hic moneo, ut appareat nullam esse causam cur Interp. vulgo ex eo quod auct. ex causa C. de lib. præter. generaliter & indistincte ab Inerio concepta est hoc modo, Ex causa exheredationis vel præteritionis irritum est testamentum quantum ad institutionem, cetera namque firma manent; collegunt id jus ad præteritionem quoque paternam pertinere, ut quamvis tale testamentum ab initio nullum sit etiam jure novo, tamen hoc jure d. mutat nullum esse quoad institutionem, non quoad cetera capita, puta legata, libertates, donationem tutorum; atque hactenus etiam in proposito jus vetus mutatum,

l. 1. l. 17. de injust. rupt. cum similib. Etenim animadvertere debuerat Justinianum in Nov. 115. cap. 3. unde dicta auct. summa est, non aliter loqui quam hoc ipso loco. Sancit enim non licere patri vel matri liberos suos exheredes facere aut præterire, nisi forsam probabuntur ingrati &c. quæ prædicta propriis subjectis attribuenda sunt, ut exheredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire; quemadmodum hoc loco alterum proprie ad patrem, alterum ad matrem referri constat. Liqueat hoc ex eo quod d. Nov. cap. 5. aperte proficitur, hoc solum sibi propositum esse ut injuriam exheredationis & præteritionis à liberis avertat. Jamvero injuria ea proprie est, quæ vel exheredatione vel ex præteritione infligitur quæ vim exheredationis habet, l. 8. in pr. hoc tit. l. 4. vers. quod si fuisset C. de lib. præter. Præteritis à patre cum effectu non inferbatur injuria, quippe qui testamentum nullum dicebant; exheredatis & matre præteritis inferbatur, quæ etsi vindicabatur iudicio de inofficioso, tamen si legitima portio quovis titulo relicta fuerat, quantumvis liberis obsequentissimis injuria illa manebat. Cui rei occurrere voluit Justinianus, atque ea de causa constituit ut non sufficeret in posterum ad excludendam querelam legitimam quolibet titulo relictam esse; sed necesse esset liberis vel heredibus insituti vel exheredari. Ceterum quia illata per exheredationem aut præteritionem injuria satis tollitur rescissa institutione, sufficere etiam ei visum fuit institutionem solam rescindendam ceteris capitibus, cum olim querela omnia resideret. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua causa testamentum aut ab initio nullum aut rumpitur agnatione sui heredis, aut per bonorum possessionem contra tabulas evectur; neque ad eam produci sine insigni liberorum lesione potest. Atque hanc sententiam Azoni & plerisque Veterum probatam fuisse testatur Jason in d. auct. ex causa n. 1. sequitur Cujac. in l. 17. de injust. rupt. Govean. in l. 1. de vulg. & pup. n. 27. Wesemb. ad §. 5. Inst. de exher. lib. Diss. vulgo DD. & ex recentioribus Duar. in tit. de injust. rupt. cap. 3. Don. in d. auct. n. 6. & 7. Connan. 9. comm. 8. Sunt qui interesse existimant utrum præteritio ignoranter à patre facta sit an scienter; illo casu totum testamentum corrumpi nisi adjecta sit clausula codicillaris; hoc autem sive posteriore casu legata & fideicommissa firma manere; quæ sententia præjudicis cu-

riatum supremæ jurisdictionis robur accepit. Ant. Fab. Cod. suo de lib. & post. definit. 1. Christian. vol. 4. decis. 9. & probatur D. Tuldeno in comm. hic cap. 1. Ceterum vide quæ sup. n. 5.

8. Hoc colore quasi non sana mentis fuerint] L. 2. l. 5. §. 1. l. 11. hoc tit. ac proinde quasi testamenti factionem non habuerint, l. 17. §. 1. cod. Unde etiam est, quod cum contra testamentum pronuntiatur esset nihil ex eo testamentum valebat, l. 8. §. pen. d. l. 13. l. 28. cod. Quæsitus autem hic color fuit, ne sani hominis testamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis XII. tabb. quæ liberam aduqueque potestatem testandi patrifam concedit, l. 120. de verb. sign. Maxime autem liberis hoc colore iniquitatem exheredationis tegere convenit ob vercundiam. Bartolus in d. l. 13. putat colorem istum dementiae jam non amplius prætexi posse, quia demens videri non potest qui filium ex justa causa exheredit; præsupponit enim non aliter querere locum esse. Sed ut ita sit, quid si falsum sit eorum? quod præsumitur si ab herede non probatur. Numquid falsam causam obijcere filio immerenti contra officium pietatis prope furiosus hominis esse videtur? Plane dicendum hodie est colorem istum furiosus tantum præteriti ad rescindendam institutionem, quod testamenti principale est, cum cetera capita tamquam à sano homine facta beneficio novæ legis conserventur, d. auct. ex causa. Ita contra Bart. Viglius & Myns. hic disputant. VINN. Cum ipse Vinnius fateatur quæsitum fuisse hunc colorem ne sani hominis testamentum contra auctoritatem legis XII. tabb. impugnari videretur; consequens omnino esse videtur, ut is color hodie cesset. Olim licebat parentibus impune liberos & præterite & exheredes scribere; nullaque prodita erat actio qua liberi testamenti paterni impugnarent, quamvis iniquissime esset hereditate exclusi. Id cum durum videretur JCTis, callide reperere modum juvandi injuste exheredatos. Cum enim furiosorum testamenta non valerent, impugnabant tabulas tam inhumani parentis tamquam ab homine emota mentis factas: eam autem demeritiam colligi posse existimabant ex filii morigeri exheredatione vel præteritione. Si itaque colore illo opus fuit quia nulla actio legis prodita erat: hodie sane eo non erat opus, postquam hæc querela legibus probata est. HERN.

Non quasi vere furiosus sit] Cujus testa-

mentum inofficiosum arguitur, quasi demens, non vere demens dicitur, l. 2. l. 5. §. 1. hoc tit. nam qui filium immerentem exheredit, patrem qui præterit prope à furioso abesse fingitur, eo quod non sentiat nisi se esse injurium cum liberis aut parentibus injuriam facit. Quod vero testamentum à vere demente factum est, id inofficiosum accusari non potest, quia nullum est; factum quippe ab eo qui testamenti factionem non habet; ac proinde hoc non attentio recta succeditur ab intestato.

Non ex officio pietatis] Καὶ τοῦτο τῆς φύσεως ἐχρῆδι ἰσχυρῶς ἀπάλαις τῶν πατέρων, τοὺς φιλοῦσιν τὸν υἱὸν &c. Ἰπτανque deierem naturam, exuit nomen patris &c. quod prope à furore abest.

## TEXTUS.

## Qui de inofficioso agunt.

1. Non autem liberis tantum parentum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam liberorum parentibus. Soror autem & frater turpissimi personis scriptis heredibus ex sacris constitutionibus prælati sunt. Non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur & sorores cognati nullo modo aut agere possunt aut agentes vincere.

LL. 1. 2. & 3. tit. 8. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

- 1 Qui liberi de inofficio agere possunt.
- 2 Cur placeat etiam parentibus querelam dari, & quibus quando detur.
- 3 Contra rationem juris tam veteris quam novi esse videri, quod statim post liberos ad querelam admittantur parentes; quam difficultatem pauci cernant.
- 4 An jure novissimo fratres una cum parentibus ad querelam admittendi; aut illis saltem proit bonum victoria.
- 5 An fratres uterini hodie cum consanguineis concurrere debeant, aut his vincantibus illi quoque ad successionem ab intestato venire.
- 6 An spiritus in questione proposita pro turpissimis personis habendi.

1. Non autem liberis tantum] Querela inofficiosi testamenti primo competit liberis; & merito, quoniam prima eorum causa est in successione ab intestato; utpote quibus ratio naturalis quasi lex quædam ratia parentum hereditatem addit, vel

velut ad debitam successionem eos vocando, l. 7. de bon. damn. daturque liberis omnibus cuiuscumque sexus aut gradus sint, & tam emancipatis quam in potestate constitutis, l. 7. hoc tit. l. 8. in pr. cont. tabb. item qui numquam in potestate fuerunt, §. ult. Inst. sup. de exher. lib. tam adoptivis quam ex nuptiis quaesitis, servata tamen distinctione l. pen. C. de adopr. In impubere adrogato speciale est quod queri non potest, quia quartam habet ex constitutione D. Pii l. 8. §. 15. hoc tit. Datur & legitimatis per §. 2. Inst. inf. de her. qua ab int. Nov. 89. Datur non tantum liberis iam natis verum etiam postumis, & tam alienis quam suis, l. 6. in pr. eod. §. 17. huj. tit. in fin. ubi plura. Illud pene supervacuum monere, querelam competere iis liberis dumtaxat qui jus succedendi habent; nam qui non habent, cum iis neque legitima debeat, de inofficioso queri non possunt. Proinde liberi illegitimi, sive vulgo quaesiti, sive nati ex concubina patris testamentum inofficiosum non dicunt, de matris autem agere possunt, l. 29. §. 1. eod. Vid. Bart. Salic. Castr. in l. pen. C. ad senat. Offic. Ex privilegio est, quod de inofficioso testamento militis nemo queri potest, l. 8. §. 4. l. 27. §. 2. ff. eod. l. 9. l. 24. C. hoc tit. Doctores plerique in d. l. 9. tradunt, hodie etiam militum testamenta querelae esse obnoxia, & ita usu servari. Autum. ibid.

1. Liberos parentibus Post liberos secundo loco querela datur parentibus. Nam etsi parentibus non deberet filiorum hereditas propter votum parentum & naturalem erga filios charitatem; turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus quam liberis pie relinquendum debet, ut bene & pie Papinianus in l. 15. hoc tit. Id autem hanc habet sententiam: etsi naturae ordo parentumque affectio & votum hoc sit ut liberi supervivant & succedant parentibus, atque idcirco non sic parentibus, quos sola ratio miserationis admittit, liberorum debeatur hereditas, uti liberi parentum, quos admittit natura simul & commune parentum votum, ut idem Papinianus scribit in l. 7. §. 1. unde lib. tamen turbato ordine mortalitatis, id est si contingat liberis prius ex hac vita evocari & praepostera atque immatura morte abripi vivis adhuc parentibus, rationem pietatis seu miserationis exigere ut ne parentes a lucuosa liberorum suorum hereditate excludantur. Ex quo porro intelligimus, contra officium pietatis facere liberos qui pa-

rentes suos sine causa exheredant aut praeterunt, atque ob eam causam parentibus quoque actionem de inofficioso dari. Datur autem parentibus itidem omnibus sive masculis sive feminis, l. 1. & 14. §. seqq. ff. eod. l. 17. C. eod. qui modo ad successionem liberorum vel legitimum jure vel honorario venturi fuissent: de quo statuendum ex iis quae de liberis dicta sunt. Exheredari sint parentes an praeteriti nihil interest; nam haec in linea adierunt & collateralium non differunt. Ceterum ut effectum habeat exheredatio aut praeteritio, tutumque sit testamentum ab expugnatione, cum elogio hic quoque faciendum est, & vel una saltem ex causis ob quas parentes exheredari aut praeteriti permittit Justinianus testamentum inserenda, Nov. 115. cap. 4. Causae autem hujusmodi admittit octo tantum, quae ordine enumerantur d. cap. 4. §. 1. & seqq. nimium pauciores hic causae sunt quam in liberis, propterea quod parentibus multa conceduntur in liberos quae a liberis in parentes commissa poenam merentur.

3. Illud difficultate non caret quod parentes statim post liberos ad querelam admittimus, sive veteris juris rationem consideramus sive novi Justiniani. Nam ante novellam Justiniani legem fratrum prior atque potior in querela quam parentum causa fuisse videtur, arg. l. 4. C. de bon. qua lib. l. 2. C. ad Tertyll. l. ult. C. comm. de succ. int. Inst. sup. quib. non est perm. fac. testam. in pr. veri, si vero: quibus locis ad successionem ab intestato demum post fratres patrem vocari legimus. Jam vero ratio juris postulat omnino, ut quo quisque ordine ad successionem a lege vocatur eodem ordine admittatur ad querelam, per quam res ad causam intestati redigitur; quo enim quisque potiore jure est in casu successionis, eo majorem exheredatus aut praeteritus patitur injuriam. Pac ergo, verbi causa, Titium cum patrem & fratrem haberet utroque praeterito heredem instituisse in bonis castrensis: quid tam absurdum est quam si dicamus patrem solum queri de inofficioso posse excludere fratre hereditatem consequi ad quam testamentum non factu solus frater venisset excluso patre d. pr. veri, si vero sup. cit. quib. non est perm. fac. testam. Ego non dubito quin à posterioribus Principibus istud constitutum sit, non animadvertentibus quae inde consecutura esset veteris juris perturbatio. Nam si de jure quod in  $\pi$ . relatum est quaratur, filiusfam. heredem ab intestato habere non poterat,

sed pater jure peculii bona quae filii fuerant (alia autem quam castrensis & quasi castrensis non erant) occupabat, l. 2. l. 9. de castr. pec. Quod si filius de his bonis, quod ipsi permittum erat, testamentum fecisset id testamentum querelae non erat obnoxium; atque id jus etiam Justinianus confirmavit l. ult. C. hoc tit. Ceterum sustulit Nov. 115. cap. 4. in pr. ut verba illa in quibus habent testandi licentiam manifeste ostendunt. In successione autem filii emancipati pater manuissor praeferebatur defuncti fratribus, & omnino jure patris potior erat, ut mirum non sit in querela quoque fratrum praefatum fuisse: quae omnia à me copiosius tractata sunt sub §. ult. Inst. inf. de leg. agn. success. Mater ex senatusconsulto Tertylliano ad legitimam hereditatem liberorum vocata fuit, ita tamen ut fratres consanguinei matrem excluderent, §. 3. Inst. inf. de sen. Tertyll. Unde sequi videtur eos etiam ad querelam ante matrem admissos fuisse. Nihil tamen definio.

4. Novissimo jure, postquam placuit fratres defuncti una cum parentibus admitti ad hereditatem, Nov. 118. cap. 2. dicendum videtur etiam simul eos cum parentibus admitti ad querelam; aut si hoc minus placet dicam fratres saltem admittendos parente repudiante, utique si turpis persona instituta sit: quippe cum tunc ex sua persona frater querelam movere possit. Ut est, illud extra controversiam positum esse debet, victoriam parentum fratribus quoque prodesse, cum nulla sit ratio cur rescisso testamento & re ad causam intestati deducta fratres excludantur. Et ita quoque sentiunt Joann. Faber. Ang. Baro & Mynsing. hic, licet aliud Viglio & D. Tuldeno ad tit. de hered. qua ab int. cap. 8. videatur, putantibus hoc pacto fraudem legi fieri, sed falso; cum maxime sit ex sententia legis ut fratres una cum parentibus ab intestato succedant, d. Nov. 118. cap. 2. Neque novum est ut quis aliquid commodi propter tertium percipiat quod per se ipse non habuisset, l. 55. de adquir. hered. l. 10. §. ult. cont. tabb. l. 3. in fin. quae res pign. dar. l. 10. quemadm. serv. amitt. l. 5. §. 2. ad senat. Tertyll. VINN. Nostri legis sicut liberi parentibus, ita parentes liberis necessario succedunt; itaque querelae inofficiosi non fratribus aut sororibus defuncti, sed sibi locum faciunt, l. 1. tit. 8. lib. 5. Recop. ADDIT.

Soror autem & frater ] L. 1. ff. hoc tit. l.

21. C. eod. Fratres autem & sorores hic intelliguntur germani aut consanguinei sive  $\mu\alpha\tau\epsilon\rho\upsilon\sigma$  nam uterini ab actione inofficioso contra testamentum fratris aut sororis penitus arcentur, l. 27. C. eod.

5. Hodie vero cum fratres uterini in successione concurrant cum fratribus consanguineis, consequens est ut etiam in querela cum iisdem concurrant, aut saltem viventibus illis simul ad successionem intestati veniant.

6. Turpibus personis ] D. l. 27. C. hoc tit. l. 3. C. Theod. eod. Itaque fratribus querela datur non simpliciter ut praeteritis sed ut postpositis turpi personae, atque adeo odio scripti heredis. Cum autem turpis persona definiatur à Constantino, quae vel turpitudinis vel infamiae vel veluti nota macula aspergiatur, d. l. 27. quaesitum est de spuris, num & illi talium personarum numero habendi. Spirituorum causam cum DD. comm. defendunt Gabriel Palaec. traft. de nobis spurisq. lib. c. 55. & seq. Hartm. Pistor. lib. 1. quaest. 30. n. 26. & seq. D. Tulden. hic c. 3. quia, ajunt, neque jure infames sunt, neque ipsi quidem admiserunt quod existimationem eorum laedat apud bonos viros: crimen autem patrum nullam maculam filio inspicere posse, l. 26. de pen. natiuitatem quae vitio aut culpa veri nemini potest poena esse non debere: undecumque homines nascuntur, si parentum vitia non scelerant, honesto esse. Augustin. cap. undecumque dicit. 56. Ceterum ut haec vera sint, negari tamen non potest quin labe aliqua & macula spuris adheret, non quidem ex facto sic nascentium, ceu poena, inusta; sed ex vitio ac defectu natalium contracta: unde eos opprobria per omnem vitam comitantur quo nullo modo elui possunt, ut scribit Plutarch. lib. de educ. lib. vixque est ut defendi possit, eum qui ex vulgiva Venere & improbatu genitibus omnibus conjunctione natus est, qui nec nomen nec familiam nec patrem habet, pro integra & legali persona, ut loquuntur, habendum esse: quae de re eleganter disserit Vir doctissimus Arsenius lib. 2. de Repub. c. 2. sect. 113. Illud equidem minime concedo quod Covar. 2. de spons. 8. n. 11. Card. Tusc. concl. 454. n. 17. statuunt, meretricem quae postea nupsit pro persona infami habendam non esse, propterea quod praecedens dedecus purgetur matrimonio. Non enim aboleatur turpitudi quae postea intermittitur, l. 43. §. 4. de rit. nupt. utique manet

net adhuc litura prosticitur quondam pudicitia; et excluduntur à fratre, qui vel levis notæ macula adsparguntur. Penitentia quidem & vice emendatio abolent delicti notam coram Deo, at non in hujus sæculi tribunalibus, l. 65. de furt. l. 5. de vi bon. rapt. Ut autem turpis persona instituta sit, non tamen statim frater ad querelam admittitur. Quid enim si ipse eadem turpitudine qua heres scriptus laboret? Nihil hic habet frater quod heredi objiciat, arg. l. 11. C. hoc tit. l. 47. sol. matr. Removet præterea fratrem & ingratitudo ex tribus causis expressis Nov. 22. c. 47. easque causas opponi ab herede & probari sufficit, etiamsi à testatore objectæ non fuerint. Nihil enim juri veteri in hoc derogatum est. Guelin. de jur. nov. lib. 2. c. 8. VINN. Ast spurius tamen haud intelligi in l. 27. C. hoc tit. singulari dissertatione de levis notæ macula demonstrari à nobis meminimus. HEIN.

Ultra fratres & sorores &c.] Cognatus qui sunt ultra fratrem Ulpianus in l. 1. hoc tit. hortatur ne se sumibus inanibus ventent, eo quod in lite de inofficioso obtinere spem non habeant. Ex quo explicandum est quod Justinianus hic simpliciter ait, eos nullo modo agere posse aut agentes vincere; item quod Dioclet. & Maxim. rescribunt in l. 21. C. eod. neminem eorum qui ex transversa linea veniunt, exceptis fratre & sorore, ad inofficiosi querelam admitti: nimirum non admitti, agere aut agentes vincere suoque jure testamentum evertere non posse si exceptio iis objiciatur non competens querela. Plane enim si egerint & nemine forte eos repellente obtinuerint, testamentum jure rescissum manet, tempe proximi ab intestato auferunt, l. 6. §. 1. eod. Similem superioribus questionem peperit consuetudo Justiniani, Nov. 118. cap. 3. ubi cum fratribus defuncti ad successionem admittit fratrum demortuorum filios; de hac autem questione idem quod de præcedentibus iudicium esto V. NN. Est hoc ex jure novo invento, ut videtur, postquam portio legitima invecita est. Jure enim antiquo & alios agnatos cognatosque remotiores, immo & amicos extraneos inofficiosi querelam insituisse clarissime patet ex Valer. Max. lib. 7. cap. 6. Conf. Antiq. nostr. Rom. hoc tit. §. 7. HEIN.

## TEXTUS.

## Qui alio jure veniunt de inofficioso non agunt.

2. Tam autem naturales liberi quam secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possint. Nam qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt de inofficioso agere non possunt. Postumi quoque qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.

Vid. l. 6. tit. 8. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

1. Quam rationem habeat quod qui alio jure venire possunt ad querelam non admittantur.
2. Cur parenti manumissorii querela detur, cum contra tabulas petere possit.
3. Quando postumis querela necessaria; & nam idem adhuc bodie.

Secundum nostræ constitutionis divisionem] Intelligit constitutionem que extat in l. pen. C. de adopt. cujus crebra in hisce libris mentio, §. 2. Inst. sup. de adopt. §. 5. Inst. sup. de exher. lib. §. 1. tit. prac. §. 14. Inst. inf. de her. que ab int. Significat autem ex sua constitutione eos dumtaxat liberos à patre naturali in adoptionem datos queri de inofficioso patris testamento posse, qui dati sunt personæ non extraneæ, puta avo aut proavo materno. Illud sæpe monuimus, perpetuum esse in jure nostro, ut cum liberi naturales opponuntur liberis adoptivis per eos significantur liberi ex justis nuptiis procreati, l. 1. §. 6. unde lib. l. 1. §. 2. de suis & legit. sup. tit. Inst. de adopt. in pr. §. 2. Inst. inf. de her. que ab int. quamquam matris testamentum etiam naturalis illegitimi, adeoque spuri inofficiosum dicunt, l. 29. §. 1. hoc tit.

1. Qui ad hereditatem &c. alio jure veniunt de inofficioso agere non possunt] Hoc credibile est introductum esse ut quoad heredi possit salvo jure exheredati aut præteriti excusationi testantium parceretur, quos querela dum quæsito colore cæcitatem mentis obtendit, revera nec humane nec pie fecisse

## DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

cisse arguit. Etque querela remedium extraordinarium ac subsidiarium; cujusmodi concedi non solet ei qui communi & ordinario auxilio munitus est, l. 16. de minorib. Proinde querelam nullum ruptum aut irritum dicere potest inofficiosum non dicit, nisi forte justa causa sit dubitandi; alio remedio æque cautum sit agenti; tunc enim eligere licet, l. 8. §. 12. hoc tit. fac. l. 7. §. 3. de dolo; & si quis exempli gratia nullum dixerit nec obtinuerit, non prohibetur postea de inofficioso queri, l. 16. & ibi Sîchard. C. eod. Pari ratione liberi emancipati præteriti quia jure honorario ad bonorum possessionem contra tabulas admittuntur de inofficioso agere non possunt, l. 23. eodem.

2. In summa, de inofficioso agere non potest nisi qui omni alio auxilio tum civilium tum prætorio destitutus est: quam ob causam querela inofficiosi ultimum dicitur adiutorium, l. ult. ver. nam cum ultimum C. de lib. præ. in præ. h. d. Theoph. Sed hic jam querit aliquis, cur igitur patri a filio emancipato præterito querela datur inofficiosi, cum bonorum filii possessionem contra tabulas petere possit? tit. ff. si à paren. quis man. In promptu responsio est, hanc bonorum possessionem non dari patri tanquam patri, sed tanquam manumissorii & patrono; nam emancipatus à parente in ea causa est ut in contra tabulas bonorum possessione liberti exitum patiat, l. 1. in pr. d. tit. ut patronus igitur contra tabulas agit; ut pater, querela inofficiosi. Et longe diversa est ista bonorum contra tabulas possessio ab ea à qua excluduntur exheredati, & similes exheredatis, præteriti, l. 8. in pr. contr. tabb. quæ ad parentes non pertinet, sed tantum ad liberos à patre præteritos & maxime emancipatos, l. 1. & passim d. tit. Considerandum quoque est, bonorum possessionem que ad exemplum patroni patri datur, non esse remedium ejusdem potestatis nec æque plenum ac querela; cum querela totum testamentum rescindat, bonorum autem ista possessio constricta tantum partis plerumque detur, l. 3. si à par. quis man. Nocere autem parenti non debet, quod jura patronatus habeat, cum sit & pater, ut disputat Jurisconsultus d. l. 1. §. ult. eod. & translaticium apud nostros est, posse cum ordinario remedio concurrere extraordinarium, quoties hoc pleniore est atque expeditius. Plane qui de inofficioso aduti erant accipiebant quidem

etiam bonorum possessionem, sed eam que litis ordinandæ gratia querentibus erat necessaria, ut justo titulo niti & hereditatem petere viderentur, l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. in pr. hoc tit. Ceterum ea bonorum possessio sine re & effectu erat; neque enim ideo scriptis hereditibus bonorum possessio auferrebat, l. 2. C. eod. cujus rei etiam supra meminimus ad §. pr. hujus tit.

3. Postumi quoque qui nullo alio jure] Constat jure veteri liberos omnes exheredatos pari hac in re conditione fuisse, ut nec jure civili nec prætorio testamenta parentum turbarent, unamque tantum illis superfuisse querelam inofficiosi testamenti, l. 8. in pr. cont. tabb. Idque ita erat, sive causæ ingratitudinis testamento adscriptæ essent sive non essent: sive constaret liberos ingratos non fuisse, sive constaret nec ingratos quidem esse potuisse; ideoque in infante quoque exheredato valebat testamentum, necessariaque erat exheredatio inofficiosi querela: quod jus à Justiniano quoque confirmatum, l. 33. §. 1. C. hoc tit. Postumo non tantum exheredato verum etiam præterito valebat ab initio testamentum; sed præteritus alio jure veniebat, quia nativitate ejus rumpebatur testamentum; exheredatus non rumpebat, sed ad rescindendum testamentum non ei minus quam ceteris liberis exheredatis querela opus erat. Hoc iterum jus confirmavit Justinianus l. 30. §. 1. C. eod. & hoc nostro §. Pro exheredatione reputamus etiam eam præteritionem que à matre aut avo materno facta est, §. ult. Inst. sup. de exher. lib. Ceterum non persistisse in eo jure Imperatorem; totumque hoc abrogasse, Nov. 115. c. 3. plerisque interpretum nostrorum visum fuit, qui sic ratiocinantur: Si ex diff. Nov. testamentum ipso jure nullum est, cum liberi in quos cadere potest ingratitudo exheredati sunt sine expressione justæ causæ ingratitudinis: multo magis ubi nulla esse potest exheredationis causa, ut in infante & postumo, testamentum his exheredatis nullum erit, ut agnatione postumi rumpeatur; ac proinde cum alio jure ex d. Nov. veniant, ad querelam non debent admitti. Mihi vero contra videtur sententia ista constitutioni Justiniani plane adversari. Jubet quidem Justinianus liberos exheredari justis de causis, easque adscribi; ceterum non in testamentum ab initio constet, sed ut si contra factum sit rescindatur, nec exhereditatio nocet; caveturque nominatim, nec nocet solis

liberis, non ut aliis ea possit: quod futurum est si testamentum non rescindi sed nullum esse dicimus. Quomobrem statutum etiam post *d. Nov. dummodo liberi, quicumque erunt, rite sint exheredati secundum formam juris veteris*, quamvis nulla sit causa exheredationis aut non sit adscripta, jus antiquum manere, & querelam solam exheredatis dari, etiam postumum & infantibus. Pluribus argumentis quibus hæc sententia stabiliter usus sum ad *pr. hujus tit.*

## TEXTUS.

## De eo cui testator aliquid reliquit.

3. *Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitus à testatoribus testamentum reliquum est. Quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin vero quantumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescent, id quod eis deest utque ad quartam legitimam partis replatur sicut non fuerit hereditum, boni viri arbitratu debere eam compleri.*

Vid. l. 5. tit. 8. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

1. *Jus vetus, & quatenus ab eo paulatim recessum constitutiombus Justiniani.*
2. *Actio portionis legitima, & an ea quoque ad parentes & fratres pertineat.*
3. *An ut auctori & minui legitima potest, ita & in totum tolli.*
4. *Si minus legitimam reliquum, qua actione quod deest petatur; & quibus rebus ea actio differat à querela inofficiosi.*

**I**N hoc loco explicando multum opere Wesemb. posuit, alii, ut Vigl. Myns. Hotom. leviter tantum eum perstrinxerunt. Difficile sane reddit crebra juris mutatio. Veteres juris auctores putaverunt testamentum in quo debita legibus portio iis qui queri possunt relicta esset pro inofficioso aut contra pietatem factio habendum non esse. Certum ut id ab expugnatione immune esset totum legitimam, id est quartam integram debite portionis ab intestato ex judicio defuncti eos habere voluerunt, sive in hereditate sive in legato aut fideicommissio, l. 8. §. 6. & §. 8. *hoc tit.* Si minus reliquum esset querela iis non denegabatur, nisi judicium

defuncti agnitione relicti aut quavis ratione comprobasset, *d. l. 8. §. 10. l. 10. §. ult. l. 12. l. 22. l. pen. §. 3. & A. l. ult. eod. Plane si expresse in hoc aliquid datum fuisset ut in quartam haberetur neque id quartam æquaret, boni viri arbitratu repleri poterat, l. 25. eod. Paulus quoque *lib. 4. seni. §. scribitur*, filium ex minore parte institutum, cui fratres coheredes dari sint, jure desiderare ut portio debita suppletur citra inofficiosi querelam; unde simul apparat adfectus extraneis securus fuisse. *Fac. l. 3. C. hoc tit.* Illud omnino certum est, quando testator nominatim cavisset, ut si minus reliquum esset suppletio ad modum quartæ fieret, tunc cessante querela id ipsum boni viri arbitratu heredem supplere debuisset, l. 4. C. *Theod. eod.* Illud igitur hic apprimè notandum, olim ita jus fuisse, ut non tam ipsa exhereditatio ut præterito querelæ faceret locum, quam quartæ sive legitimæ portionis per exheredationem ut præteritionem ademptio: atque hinc evenisse, ut & si cui exheredato pars legitima relicta esset à querela repelleretur; & his qui ex minore parte quam quæ legitimam conficeret heres institutus esset datis coheredibus, admitteretur ad querelam, ut perspicue probat dicti. locus Pauli, & Ulpiani quoque in *d. l. 8. §. 9.* quod quia in principio omisum est hic annotare libuit. Videamus nunc quatenus Justinianus ab hoc jure recesserit ea constitutione cuius hic meminim, & quæ extat in *l. 30. C. hoc tit.* Is vetera jura intacta servari expresse voluit, id est, querelam inofficiosi locum habere cum nihil exheredatis aut præteritis testamentum reliquum est, §. 1. *d. l. 30. & l. seq.* At si ei qui queri poterat aliquid reliquum sit vel in hereditate vel in legato aut fideicommissio, id satis Imperatori visum est ad excludendam querelam confirmandumque testamentum; jubetque hoc casu id quod deest usque ad portionem legitimam suppleri, licet testamento adjectum non fuerit ut boni viri arbitratu suppleretur, *d. l. 30. in pr. quod etiam repetit l. 31. & aliquot seq. C. eod.* & exprimit hoc §. Loquitur generaliter, proferturque se hoc constituisse ut amputaret innumerabiles occasiones subvertendi ultimas hominum dispositiones, atque in eo respexit ad verecundiam naturæ. Ac proinde Wesembecio assentiendum non est, qui arbitratu in una tantum specie, cum scilicet nominatim aliquid in quartam seu pro legitima reliquum est, correctione constitutionis & suppletioni locum esse; sin autem simpliciter quid*

relictum sit, queri etiamnum exheredatis licere, nec dicti. constitutionem refragari. Alia constitutio Imperator sancivit, ut etsi quis relictum aut inter vivos sibi donatum ut id ei in quartam imputaretur post obitum defuncti agnovit aut retinuerit, non idcirco tamen impediretur actione expletoria id quod legitimæ deest persequi; nisi agnoscens addejecit nullam sibi superesse de repletione questionem, l. 35. §. 2. & 3. *C. hoc tit.* Novissimo jure non tam debite portionis per exheredationem ademptio quam ipsa exhereditatio per se querelam inducit: adeo ut quamvis quartam liberi & parentes habeant, si tamen immeritam reperiantur exheredati, conquiritur non prohibeatur. *Nov. 115. cap. 3. 4. & 5. De quo accuratius sub §. ult. infr. hoc tit.*

*Ad verecundiam naturæ.* Ne scilicet temerè quæ irreverenter liberi prosiliant ad impugnanda ac rescindenda testamenta parentum, quorum ut persona ita & voluntas sancta iis esse debet; & in universum ut aliorum quoque pudori consulatur, nec tam crebra sit occasio suprema hominum judicæ everterendi tamquam impia atque inhumana, quæ sito colore ac pretextu furiosis, *d. l. 30. in pr. C. hoc tit.* Nam si cujus testamentum inofficiosum dicitur dementiæ videtur insulari: ejus certe opinio lædètur & pudor sugilatur. *Plin. 5. epist. 1.* Igitur post introductam actionem ad supplementum, neque institutus in parte aliqua hereditatis, neque iis quibus exheredatis per legatum aut fideicommissum aliquid reliquum esset, quantumvis minus legitima portione, querela amplius competit; sed iis solum quibus nihil omnino reliquum erat neque in hereditate neque in re alia, *d. l. 30. & l. seq. C. eod.* Nemo vero putet, si testator filio quem in potestate habet aut habuit præterito, quartam partem, verbis causa, legaverit, prohiberi constitutione Justiniani testamentum nullum dicere, aut bonorum possessionem contra tabulas accipere; nam ad ea tantum parum testamentum constituto pertinet, quibus filii in potestate constituti aut emancipati legitime exheredati sunt, ut alio remedio attentari aut infirmari non possint quam subsidiario querelæ, §. 2. *præc.*

*Ad quartam legitimam partem.* Legitimam partem hic vocat totam illam portionem quæ jure legitimæ successionis ex bonis defuncti liberis, parentibus, fratribus debetur. Plerumque tamen ipsa quarta ad quam in proposito repletionem fieri vult legitima dicitur; item debita portio & debitum bonorum sub-

sidium, l. 8. §. 11. *ff. hoc tit. l. 5. C. de inoff. don. Græcis τὸ ἰσχυρὸν κληρῶν (legitima pars)*

2. Atque adhuc hodie quarta passim appellatur, nimirum quia jure antiquo quarta pars fuit ejus quam dixi portionis, scilicet quæ ad eum qui queritur pertentura fuisset si patetiam. intestatus decedisset, l. 8. §. 6. *eod.* Quo primum tempore aut qua lege modus hujus portionis sic definitus sit, non liquet. Justinianus quantitatè auxit in liberis, proque quarta substituit tertiam, in liberis pluribus quatuor etiam semissem, *Nov. 18.* quod augmentum etiam ad parentum legitimam ratione trientis pertinere statuunt comm. DD. *hic & in auth. novissima C. hoc tit. Grass. §. legitima quest. 9. & Magister apud Harmen. lib. 5. tit. 9. §. 14.* Nonnulli etiam ad fratres totum incrementum proportionaliter portunt: quos sequitur Fachin. 4. *constr. 28.* quamquam neutrum horum aut inscriptioni tituli, aut præfationi constitutionis aut rationi constituentis mentive convenit; neque temere admittenda videtur extensio, cum utriusque major sit ratio liberorum. Neque vero verbis generalibus quibus clauditur *cap. 1. dist. Nov. 18.* comprehenduntur parentes & fratres, sed diverse liberorum personæ designantur, videlicet filii, nepotes, pronepotes, postumi omnes, tum in paterna tum in materna linea, adeoque in hac etiam liberi naturales, uti titulus aperte significat, & bene observavit Vandus *lib. 1. var. quest. 50. Vinn.* Jure Hispanorum legitima liberorum sunt omnia parentum bona, quinta eorum parte demta; legitima vero parentum sunt omnia liberorum bona, tertia eorum parte exempta, l. 12. *tit. 6. & l. 1. tit. 8. lib. 5. Recop. ADDIT.*

3. Porro hæc constitutio Justiniani occasione DD. dedit quærendi, utrum quemadmodum legitimam auctori & minui lege civili potest, ita possit & in totum tolli. Vulgo sic censent, liberorum & parentum legitimam mutari tantum posse, tolli non item; fratrum posse & tolli, utiturque hoc argumento, quod juris nature, fratribus ex sola dispositione jure civitate. *Myns. 4. obi. 43. & 6. obi. 44. Gail. 2. obi. 122. Covar. in d. d. decretal. p. 2. cap. 8. §. 6. n. 5. Grass. §. legitima quest. 2. Chifflet. de port. leg. cap. 3. Schneid. hic n. 10.* Sed primum insubtile est, quod questionem proponunt de ipsa legitima; siquidem quod legitima proprie & formaliter dicitur, nempe certa illa & definita quantitas, cum sit

ex jure civili, eodem jure quoque tolli potest, id est, sanciri ut nomine legitimæ non amplius talis portio sed alia veniat; ideoque potius de jure succedendi in universum querendum fuerat. Quod etiam ipsos sensissis excisimo, sive quod res ipsa ostendit, cum legitimam aut humanis legibus tolli non posse, id sic capiendum est, quatenus in legitimam insunt alimenta necessaria. Nam utriusque supra est tolli potest non repugnante natura. Deinde male in proposito parentes liberis exaquant. Tota igitur disputatio & questio huc redit, an lege civili effici possit ut ne liberi parentibus, parentes liberis, fratres fratribus succedant; idque duobus modis intelligi potest: primo, an effici possit ut non succedant omnino, id est, etsi quis ex his personis inestatus decederit: secundo, an posito quod ab intestato succedant à successione ista excludi possint per exheredationem aut præteritionem. In utroque alia liberorum, alia parentum & fratrum ratio est. Et ad primum quod attinet, perspicue palam esse liberis naturæ lege parentum deberi hereditatem. Ratio naturalis, inquit Paulus Jurisconsultus, quasi lex quadam tacta liberis parentum hereditatem addicit, velut ad debitam successione eos vocando, l. 7. de bon. damnat. Cui simile est quod Plutarchus in libello elegantissimo de proli amore scriptum reliquit, liberis hereditatem ut sibi debitam, *as églaava*, expectare. Sanguini honorem reliquit, ait Val. Maxim. de Q. Hortensio, qui filiam sibi minus probatam heredem scripserat, lib. 5. cap. 9. Papinianus in l. 7. in fine unde lib. scribit, liberis parentum hereditatem deberi propter naturam simul & parentum commune votum: id est, liberis sequi hereditatem partim ob præcisum debitum naturale, partim ex conjectura naturali, qua parentes creduntur id velle ut liberis quam optime prospectum sit: nimirum creduntur parentes liberis, ut corporis sui partibus, non tantum de necessariis sed & de his quæ ad vitam suavius honestisque transigendam pertinent quam uberrime voluisse prospectum. Quæ cum ita sint, lex civilis efficere non potest ut liberi in totum & simpliciter à successione parentum excludantur. Ceterum non est iniquum ut hic tribuatur aliquid rationi civili & studio familiarium conservandorum, ac propterea alii aliis potiore conditione in successione censeantur, & masculi feminis, agnati liberis emancipatis, & liberis in successione matris anteponantur, dum

ne liberi fraudentur necessariis alimentis quæ præcisæ naturæ debentur. Parentes vero, quos ad bona liberorum non naturæ & liberorum commune votum sed sola ratio miserationis admittit, d. l. 7. in fine unde lib. l. 15. in pr. de inoff. test. facilius excludi possunt. Nam & ante senatusconsultum Tertullianum mater non admitebatur, & post id senatusconsultum eam excludunt fratres consanguinei, & parentibus omnibus aliquando fratres prælati, non consanguinei tantum, verum etiam uterini, l. 4. C. de bon. qua. lib. l. 2. C. ad senat. Tertull. & apud nos in parte Hollandiæ australi altero parente mortuo parens superstes excluditur à successione liberorum à cognatis per defunctum parentem, juxta illud quod vulgo dici solet, *Paterna paternis, materna maternis*. Similiter & fratres vero veri à successione possunt admissis aliis, sicut pater olim non tantum ut manuissor, sed etiam ut pater in successione filii emancipati fratribus prælati fuit, quæ de uberius agemus inf. lib. 3. Inst. tit. 1. §. 3. seq. De altero sic censeo, posse tale jus consueti uti parentes & fratres quævis ad successione ab intestato vocationem, impune præteriri aut summoveri possint; neque necesse esse his aliquid pro legitima aut in alimentam relinquere, nisi lex aliqua humanam iubeat: quippe cum hæc non sic parentibus & fratribus uti liberis debeantur; sed tantum ratione officii & commendatione pietatis. Neque verum est quod post DD. vulgo Mys. 6. obs. 44. asserit, parentum legitimam ita causam habere radicatum in jure naturali ut lege humana tolli nequeat. Liberorum vero legitima civili lege in totum tolli nequit, hoc est, jus civile efficere non potest ut liceat parentibus liberis suos sine justa causa à tota sua successione repellere, ad quam lex naturalis quasi debitam & quidem præcisæ ratione alimentorum eos vocat, arg. d. l. 7. de bon. damn. junct. l. 6. de just. & jur. add. Oswald. Hillig. in lib. 19. comma. Don. cap. 4. & ibi allegat. Paul. Bus. ad l. 8. §. si quis mortis n. 11. §. seq. hoc tit. Grot. 2. de jur. bell. & pac. cap. 7. n. 4. §. seq.

4. Repletur ] Qua vero actione repletio eius quod deest petetur, utrum actione ex testamento, an qua alia, puta petitione hereditatis aut judicio familie eriscunda, aut potius conditione ex lege Justiniani? Et si quidem filium ponimus exheredatum adscripto legato, certum est actionem familie eriscundæ aut petitionem hereditatis hic com-

pe-

petere non posse. Probabiliter autem defendi potest agi posse ex testamento, & quod deest tanquam legatum peti, maxime si testator id suppleri juserit; quamquam etsi nihil dixerit idem probari potest, quasi id potius voluerit quam testamentum rescindi. At si institutus sit filius, quod a & excludenda querelam hodie necessarium esse docemus §. ult. infr. hoc tit. hic si ex parte aliqua hereditatis institutus sit, poterit & petitione hereditatis & judicio familie eriscundæ nomine supplementi experiri, quia scilicet pro parte heres est; si institutus sit in re certa, quod eodem loco ostendimus nunc sufficere ad excludendam querelam, hic non videtur locus esse judicio petitionis hereditatis aut familie eriscundæ, sed tantum actioni ex testamento; quoniam qui certæ rei heres scriptus est dato coherede, legitarij loco habetur, l. 13. C. de her. inst. Ceterum dubitationis omnis tollendæ causa tutius fortassis erit admittere conditionem ex lege: quod etiam crebrius placuit. Vulgo conditionem hanc actionem ad supplementum vocant, notanque triplicem inter eam & querelam de inofficioso differentiam. Prima est, quod querela tacitum inter quinquenni ab adita hereditate computandi exinguitur, l. 8. §. ult. §. 1. §. ff. hoc tit. l. 16. §. 4. §. pen. §. 2. C. eod. hæc actio sive conditio ex lege ut favorabilis perpetua est, id est durat annos triginta, qui terminus est actionum omnium in personam, l. 3. C. de præscr. 30. ann. Altera, quod querela (quippe qua instat est actionis injuriarum, l. 8. in pr. hoc tit.) excepto casu d. l. 34. C. eod. in heredem non transmittitur nisi præparata; actio hæc etiam non præparata transeat. Tertia, quod qui agnoscit quod sibi testamento relictum esse querelæ renuntiasset intelligitur, l. 10. §. 1. l. 12. in princ. eod. non autem huic actioni ad supplementum, l. 35. §. 2. C. eod. Primam differentiam non admittit Barolus, sed reliqui omnes admitterunt, testibus Vigl. Mys. & Wesemb. hic. Gail. lib. 2. obs. 120.

## TEXTUS.

Si tutor cui nihil à patre relictum pupilli nomine legatum acceperit.

4. Si tutor nomine pupilli cujus tutelam gerebat ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil erat ipsi tutori relictum à pa-

tre suo: nibilominus poterit nomine suo de inofficio patris testamento agere.

L. 13. tit. 7. & l. 6. tit. 8. Part. 6.

## TEXTUS.

Si de inofficioso nomine pupilli agens succubuerit.

5. Sed si è contrario pupilli nomine cui nihil relictum fuerat de inofficioso egerit & superatus est, ipse tutor poterit sibi in testamento eodem legatum relictum est non amittit.

Vid. l. 5. tit. 8. Part. 6.

## COMMENTARIUS.

1. Efficitur agnitionis & oppugnationis iudicii defuncti.
2. Hæc efficitur ad eos non pertinent qui ex necessitate officii alieno nomine agnoscunt aut impugnant.
3. Collatio juris veteris & novi, atque in hac parte differentia.

1. Qui iudicium defuncti agnoscit, puta quod sibi datum est percipiendum, hoc ipso testamento comprobare intelligitur & querelæ renuntiare, l. 8. §. 10. l. 10. §. 1. l. 12. l. 23. §. 1. l. pen. §. 3. §. 4. l. ult. ff. hoc tit. l. 8. §. 1. C. eod. l. 5. in pr. de his que ut indigni. Acque ex contrario qui voluntatem defuncti impugnat ut inofficiosam, is legatum sibi relictum perdit & id fisco vindicatur, quasi indigno ablatum, d. l. 8. §. 14. Nec interest utrum quis nomine proprio iudicium agnoverit inofficiosumve dixerit an alieno, dummodo id fecerit sponte nec ulla necessitate officii cogente, veluti si advocacionem præbuerit, d. l. ult. in pr. Cui non obstat, quod filius patroni qui advocacionem accusatori liberi præstitit non repellitur à bonorum possessione liberi, l. 14. §. 9. de bon. libert. nam jus bonorum possessionis liberi quod patrono & liberis eius ex edicto competit, non aliter patronis aut liberi ejus amittunt quam si ipsi liberum accusaverint. Quod intelligitur ex ratione qua Jurisconsultus dicto loco utitur; neque enim, inquit, advocatus accusat. Legatum vero amittit advocatus exheredatus, non quia accusare testamentum intelligitur, sed quia accusacionem operâ juvando intelligitur.

im-



improbare iudicium defuncti; quod satis esse visum est ad amissionem legati advocato relicti ab eo quem furiosus arguit. Cur vero non similiter placeat, cum qui legatum accepit non admitti ad arguendum testamentum falsum aut non iure factum, & qui non iure factum contendit nec obtinuit non repellatur ab eo quod meruit, l. 5. in pr. & §. 1. de his que ut indigni. Hanc rationem reddit Papinianus l. 24. eod. tit. quoniam qui testamentum iure factum negat de iure disputat, non impugnat aut accusat iudicium. Vinn. Sed hęc recte intelligenda: Qui testamentum iure factum negat de iure disputat, an scilicet ea sint observata solemnia quę jus exigit; non autem impugnat iudicium eo colore quod testator fuerit emotę mentis, adeoque nec illa injuria adficiat defunctum quem admocum ule qui inofficiosi insinuit querelam. HEN.

2. Quod si quis ex necessitate officii ea quę diximus fecerit nomine alieno, excusatus est. Exemplum hoc §. proponitur in tutore; sed ad omnes hoc pertinet qui ex officio alios defendere aut agentes consilio & opera sua iuvare tenentur; ac proinde etiam ad advocatum cui clientis causam agere publice incipit, arg. d. l. 5. §. 23. de his que ut indigni. Sive igitur tutor, cum ipse exheredatus esset a patre, legatum petierit aut perciperit ex testamento nomine pupilli cuius tutelam gerit, sive è contrario pupilli exheredati nomine de inofficioso egerit & victus sit: neque hoc casu quod ad se attinet testamentum improbase, neque illo probasse intelligitur; sed hęc fecisse ex necessitate officii & fide quę excusata esse debet; ac proinde illo casu non prohiberi suo nomine de inofficioso agere, hoc casu legatum sibi relictum petere, l. 30. §. 1. hoc tit. l. 22. de his que ut indigni. Similis priori casus est in l. 26. C. de adm. tut.

3. Porro autem quod ante diximus, agnitionis iudicii defuncti hanc vim esse ut querela amittatur, hoc etiam pertinet ad petitionem reliqui. Sed tenor juris antiqui novis subinde constitutionibus mutatus est: quod miror neminem Interpretum hoc loco annotasse. Olim quacumque in re iudicio defuncti agnitio & querela amittebatur & jus petendi reliqui, non solum in heredis institutione, sed etiam in legato; sive id tantquam sibi legatum exheredatus peteret, sive relictum alii illius nomine peteret defenderet, sive relictum a legatario acciperet,

aut etiam aliquid caperet mortis causa; nec referebat per se caperet an per alium, per textum supra allegatos. Constitutionibus Justiniani nihil quidem mutatum in institutione heredis, sed si is qui queri potest heredem scriptum pro herede agnovit, puta res hereditarias ab herede emendo conducendo, aut solvendo quod defuncto debuit; cuius generis item est si quid conditionis implenda causa ab herede accepit (quibus omnibus factis heres scriptus pro herede agnosceat, l. 8. §. 10. l. 23. hoc tit.); querelam & jus petendi quod sibi relictum aut quod reliquum est perinde amittit ut iure antiquo. In legato vero prioribus Justiniani constitutionibus jus vetus hæcenus immutatum, ut quicumque alias queri potuissent, hoc ipso excludantur quod legatum illis relictum sit, quamvis illud non agnovissent; ceterum accepto eo quod relictum est, ad supplementum ejus quod legitimę deest agere possunt, l. 30. cum seqq. C. eod. Itaque jam non agnitio legati, sed ipsum legatum querelam excludat. Novissimo autem iure ad excludendos a querela liberos & parentes iterum agnitio legati desiderati cepit, si nihil in titulo institutionis relictum esset, salva tamen si quid supplementum, Nov. 115. cap. 5. D. Tulden. de cap. 5. & 6. Ut igitur semel complectar omnem juris veteris & novi in hac parte differentiam, triplex discrimen observetur. Primum hoc est. Olim si minus legitimę relictum esset, licebat repudiato legato agere de inofficioso: hodie non licet, sed legato admissio agitur ad supplementum. Secundum est. Olim agnitio legati, etiam rei minima, excludat non tantum querelam sed omnem etiam petitionem reliqui: hodie ita querelam excludit ut salva maneat ejus quod legitimę deest petitio; nisi agnosceat profiteatur se relicto contentum de reliquo questionem renuntiare, l. 35. §. pen. & ult. C. eod. Postremum est. Olim qui rogatus erat legatum alteri restituere, non prohibebatur eo agnito & restituito de inofficioso queri: hodie quiescente querela id onus subducitur, proinde quasi ad modum legitimę nec restituere jussus sit, l. 10. in fin. ff. hoc tit. junct. l. 32. C. eod. Quod si quis in eo quod alteri relictum erat voluntate defuncti approbasset, puta advocacionem prestando ut aliis modis, placebat olim cessare querelam, quasi iudicio defuncti etiam in institutione comprobato: quippe quę sublata, ut tunc jus erat, ce-

tera quoque corruerant, l. pen. §. 3. l. ult. in pr. & §. 1. hoc tit. junct. l. 9. ff. de test. tut. l. 14. C. de fideicom. Verum commutata est ratio juris posteaquam placuit rescisso quoad institutionem testamento legata posse consistere, aut, ex causa C. de lib. præ. Hoc enim iure posito dicendum omnino videtur sola legati quod alii relictum est agnitione non comprobari institutionem heredis, arg. l. 10. C. de prob. ac proinde non prohiberi eum qui in alieno legato iudicium agnovit de inofficioso suo nomine queri, ut bene disputat Don. 19. comm. 6.

## TEXTUS.

## De quarta legitimę partis.

6. Igitur quartam quis debet habere ut de inofficioso agere non possit, sive iure hereditario sive iure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in iis tantummodo casibus quorum mentionem nostra facit constitutio, vel aliiis modis qui in nostris constitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut si unus fuerit sive plures quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit: ut ea pro rata eis distribuatur, id est, pro virili portione quarta.

## COMMENTARIUS.

1. Refellitur insignis quorundam error.
2. Iure & Cod. querela locum non potuisse legitimę quocumque titulo relicta.
3. Jus novum a veteri discrepare in casu quo quid inter vivos donatum est ea contemplatione ut in quartam abeat.
4. Iure novissimo legitimam titulo institutionis relinquendam; & quomodo hoc accipiendum.
5. Quid intersit titulo institutionis legitimę relinquatur, an quo alio.

1. Intolerabilis eorum error est qui ex hoc §. colligunt filium etiam non legitime exheredatum, modo ei quocumque titulo legitimę relicta esset, iure antiquo queri debuisse de inofficioso, nec alio iure ad bona patris venire potuisse. Quid enim certius quam prætérito filio qui erat in potestate testamentum ipso iure nullum fuisse; emancipato prætérito datam bonorum pos-

sessionem contra tabulas? Nec eo minus pro præterito habebatur, testamentumve nullum erat aut per bonorum possessionem everti poterat, quod quarta debita portiois aut etiam multo amplius præterito legata fuerat. Nam utrum filium præteritus esse necne, non ex legati datione sed ex institutione aut exheredatione æstimabatur, omnesque præteriti censebantur qui neque heredes instituti erant neque ut oportet exheredati, §. 12. Inst. tit. de her. que ab int. Itaque quod Ulp. ait in l. 8. §. 6. hoc tit. secure cum testari qui mortis causa filio quartam donavit, non sic accipiendum est, posse patrem isto casu secure filium præterire, sed posse secure exheredare, hoc effectu ut & testamentum iure consistat nec per querelam rescindatur. Atque ex hoc iure nihil mutavit Justinianus; tota enim hęc disputatio, ut apparet, pertinet ad liberos quibus iure civili & præterito a patris hereditate exclusis unicum remedium superest, querela inofficiosi; ac proinde non ad alios, respectu patris, quam qui legitime exheredati sunt matris enim & per matrem ascendendum præterito pro exheredatione reputatur, ut sæpe dictum est.

2. Sive iure hereditario sive iure legati &c.] In explicatione huius tituli excusata esse debet ejusdem rei incultio. Iure veteri liberis exheredatis aut præteritis non tam ideo querela dabatur qua exheredati aut præteriti erant, quam quod per præteritionem aut exheredationem privati quarta seu legitima portione. Eã autem relicta, ut nulla amplius censebatur iniquitas, ita cessabat querela, manebat efficax exhereditatio & firmum testamentum. Cui exhereditatio ut querela excluderetur, non tantum si quarta relicta foret titulo hereditario, sed etiam si titulo legati aut fideicommissi. Et qua mortis causa donationes legatorum instar obtinent, l. 17. in fin. de mort. cau. don. sup. tit. Inst. de donat. §. 1. placebat etiam, si quis ei qui queri poterat quartam mortis causa dedisset, eum secure testari, d. l. 8. §. 6. quod jus in Codice suo, item Nov. 18. c. 1. unde aut, novissima C. hoc tit. Justinianus integrum reliquit; novissime vero ab eo recessit Nov. 115. cap. 3. & 4. Ceterum de eo plura inferius.

3. Vel inter vivos iis tantummodo casibus &c.] Si quid inter vivos simpliciter donatum fuerat, etiam si quartam adquiret, per hoc non excludebatur querela; contra vero si hac con-

templatione datum erat, ut in quartam haberetur, l. 25. hoc tit. Hoc abrogavit Justinianus ea constitutione cujus hic meminimus, nimirum l. 35. §. 2. C. eod. Sanxit enim, ut si quid liberis à patre inter vivos donatum sit, etsi ea lege ut hoc in quartam reputent, atque adeo ut renuncient querelæ, & renunciant, nisi tamen patris iudicium post mortem ejus agnoverint, aut cum scriptis heredibus transerint, manere nihilominus jus integrum testamentum patris arguendi, nec pactum cum patre factum nocere liberis, qui ex sententia Papiniani meritis magis ad obsequia paterna provocant quam pactionibus adstringendi sunt. D. Cujacius putat, intelligi l. pen. §. 1. C. de collat. ubi Justinianus sancit ut duobus casibus donatio simplex in collationem veniat, si ea lege à patre facta sit ut conferatur; si facta sit in compensationem dotis aut donationem propter nuptias quam unus è liberis accepit: ex quo colligit Cujacius donationem inter vivos duobus istis casibus in quartam imputari. Sed vitiosa omnino est hæc collectio, atque è diametro pugnat cum d. l. 35. §. 1. C. hoc tit. Ac tamen verum est omnia quæ in quartam imputantur in collationem venire, non idcirco tamen è converso quæcumque veniunt in collationem computantur in quartam: quod perspicue ostendit d. l. pen. in pr. C. de collat. ut adeo eadem lege quam Cujacius adducit refellatur ipsius collectio. Et nimirum collatio facilius admissa est ut æqualitas inter liberos in successione ab intestato servaretur, quam filii hereditarij exclusio à querela: quem ob casum Justinianus expresse noluit per donationem inter vivos, licet ea conditione factam ut in quartam computaretur, filium à querela excludi, nisi iudicium patris post obitum ejus agnovisset, d. l. 35. §. 1. C. 2. C. hoc tit.

Vel aliis modis qui in nostris constitutionibus] Hæ constitutiones fortassis priori Codici inserat fuerunt; in posteriore enim, quem solum habemus, nulla Justiniani reperitur constitutio quæ huc pertineat; nisi dicimus, verbum nostris irreptitum esse & delendum. Sane Cujac. & Hotom. id non agnoscunt, & à plurimis liberis abesse testatur Pacius. Fac igitur hic ita scriptum esse, aliis modis qui constitutionibus continentur. Quinam ergo isti modi sunt præter legatum, fideicommissum & donationem mortis causa, quibus liberi quarta à parentibus accepta constitutionibus à querela repelluntur? Dos & donatio propter nuptias, quam utramque cum Leo conferri à

liberis jussisset, l. 17. C. de collat. utramque etiam in quartam imputari præcepit Zeno, l. 29. C. hoc tit.

4. Novissimo jure, ut supra meminimus, tota hæc ratio mutata est. Nam ex Nov. 117. sap. 3. & 4. non sufficit ad excludendos à querela liberos & parentes legitimam eis quovis titulo relictam esse, sed ut testamentum ab omni oppugnatione tutum sit necesse est ut boni liberi & parentes honorentur legitimam habeant quam aut instituti sint aut juste à successione summo. Patet hoc primum ex d. Nov. cap. 3. ubi Justinianus expressissimis verbis sancit, non licere penitus parentibus liberos suos præterire vel exheredes facere, nec si quovis titulo particulari eis reliquerint legibus debitam portionem. Deinde ex cap. 5. ejusdem Nov. ubi testatur hanc suæ Serenitatis intentionem esse, ut à liberis & parentibus injuriam exheredationis & præteritionis auferat. Adhuc non auferretur ista injuria, sed manet atque si adhuc liceat immerentes liberos & parentes exheredare aut præterire, etiamsi eis legitima titulo aliquo particulari reliquatur. Tunc solum nulla injuria manet, si aut instituantur aut meritis de causis exheredentur: unde DD. vulgo ajunt legitimam hodie titulo institutionis esse relinquendam, Clar. §. testamentum quest. 33. Grass. §. legitima quest. 37. At enim vero necesse non est ut institutio fiat in universa legitima, sed sufficit vel in particula aliqua assis, vel etiam ex rebus certis heredes nuncupatos esse aut institutos simpliciter, jus sive certis rebus esse contentos: quibus casibus etsi minus relicta portio legitima, cessat tamen querela & competit actio ad supplementum. Quod si quid aliud insuper relictum, id in legitimam imputatur secundum priores Justiniani constitutiones, d. cap. 5. Nov. 117. l. 10. cum seqq. C. hoc tit. cum contra jure verum etiam institutus queri non prohiberetur si ex institutione totam legitimam non obtineret, ut supra notatum à §. 3. At, inquit, hoc positò aberravit Justinianus à scopo suo. Nam ex vera ratione juris atque ipsius etiam constitutione Justiniani, qui certæ rei heredes instituitur est datus aliis coheredibus, aut qui simpliciter instituitur jussus est certis rebus deductis hereditatem restituere, non heredis sed legatarii loco haberetur, nullasque actiones hereditarias aut exercet aut excipit, l. 13. C. de her. inst. §. 9. Inst. inf. de fideic. her. Jam vero

vero si nihil refert legatum alicui detur an in re certa heres instituitur addito vero herede, nec magis hoc quam illo modo fiat ut heres sit, frustra Justinianus fuit existimans injuriam præteritionis aut exheredationis tolli, si modo heres quis nuncupetur vel ex re certa, vel simpliciter & certis rebus deductis rogetur hereditatem restituere. Nam si heres non fit, si nihil amplius ea res efficit quam si legatum accepisset, certe pro præterito habendus erit, quomodo ratiocinatur & Glossa in l. 29. ad Trib.

5. Ex quo etiam sequitur, inane esse, sine re atque effectu, quod factatur de honorifico titulo institutionis. Et fatendum est, hoc poscere rationem juris, atque oportuisse, si revera splendidiore ac lautiore titulo officiosos liberos ac parentes decorari volumus, constitui ut saltem in parte aliqua assis hereditarij licet minima, vel utique in ipsa legitima, quam pro oriente semisse aut quadrante nihil accipit vetat, heredes instituantur. Sed tamen Justinianus hoc non exigit, cui visum est satis tolli injuriam præteritionis pro solam heredis nuncupationem, eumque qui vel in re certa institutus esset justam causam non habere conquerendi, si esse præteritum: quod ne videatur sine ullo juris effectu constitutum, defendi potest cum Scharh. post Bart. Jas. & DD. in l. 13. C. de her. inst. eum qui in re certa institutus est, mixte cujusdam conditionis & nature esse, medietate inter heredem & legatarium: unde & heredis nomen retineat, & rem in qua institutus est propria auctoritate apprehendere possit; quodque præcipuum est, jus etiam accedendi habeat, hoc est, deficiente coherede simpliciter instituto ipse universam hereditatem solum consequatur, & perinde ac si ab initio solus ex re certa institutus esset; licet aliud videatur Ant. Fab. dec. 15. err. 5. D. Corn. Swanenb. tract. de jur. acer. cap. 8. Bartolus d. loc. ait, in re certa institutum rei ius respectu pro legatario censeri respectu personæ ipsius pro herede: quod satis Justiniano visum ad eum excludendum à querela. Vide Scharh. d. loc. n. 3. Gudel. lib. 2. de jur. noviss. cap. 7. Grass. §. hereditas quest. 8. n. 3. Decker. lib. 1. dist. 8. n. 21. Carstén. vol. 4. decis. 11. n. 5. & vol. 2. decis. 170. Bachov. vol. 2. disp. 12. obs. 1. Ut ea pro rata distribuatur] Itaque si unus sit filius, si habere debet quartam partem totius substantiæ, id est, tres uncias; si duo, singuli sesquanciam, & sic porro; ut virilis singulorum portio sic quarta ejus partis quam

ab intestato habitari essent, l. 8. §. 6. C. §. 8. hoc tit. Jure autem novissimo ex Nov. 18. cap. 1. si unus sit filius, si tertiam totorum bonorum partem habere debet, id est uncias quatuor si duo, singuli uncias duas; & ita deinceps; ut virilis singulorum portio sit triens illius partis quam ab intestato latari fuerant. Si vero plures sint liberi quam quatuor, semis singulis relinquendus, id est, dimidia ejus partis que jure legitime successione debetur. Quare si verbi causa sex erunt liberi, legitima singulorum erit uncia. VIII.

Leg. 5. tit. 8. Part. 6. etiam caveatur ut legitima relinquenda sit titulo institutionis. Sed quod ad hanc rem pertinet, leges Part. è jure civili, maxime ex Novellis Justiniani deprempæ, magna ex parte derogate sunt recentioribus nostrorum Principum constitutionibus, præcipue vero legibus in Comitibus Taurinis latis. Nam (1) legitima filiorum sunt omnia parentum bona, quinta eorum demta parte, de qua patens libere disponere potest etiam inter extraneos, l. 12. tit. 6. lib. 5. Recop. de residuo vero tertiam partem arbitrio parentis perimititur, ut de ea disponere possit inter liberos alteri eorum prælegando; & etiam omni restitutionis imponere, modo id fiat in favorem aliorum liberorum aut descendendum, & his deficientibus ascendendum, hisque etiam deficientibus collateralium, in omnium vero defectu extraneorum. Qui ordo præscribitur l. 11. tit. 6. lib. 5. Recop.

(2) Prælegatum sive melioratio tertiam partem bonorum, quam nos meliora del tercio appellamus, licet testamentum irritum fiat ex causa præteritionis aut exheredationis, si firma maneat, l. 8. tit. 6. lib. 5. Recop. ex qua lege juncta l. 11. tit. 4. lib. 5. Recop. deducet hodie testamentum rupto aut infirmato solum legitimam filium exheredatum aut præteritum adipisci, cetera firma manere, ut in exheredatione præcepit Justinianus Novell. 118. (3) Legitima parentum in hereditate liberorum modo hi filios nec descendentes non habeant, sunt omnia liberorum bona, tertiam eorum demta parte, de qua libera dispositio liberis reliquitur. Igitur parentes non jure aut injure exheredati sunt legitimam assequuntur, cetera firma manebunt; ne melioris conditionis ascendentes sint quam descendentes: hæc ex prædictis legibus pronò alveo fluunt, quæ si Interp. nostri animadvertissent, non tot difficultatibus & captionibus ex jure civili depremissis solum commentariis onerassent quam ad has potissimum rescandans Taurinæ Leges late sint. ADDIT.