Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-492856-p0001-2

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-492856-p0002-8

437. 5. 4.
1641, 7.
27

DISPUTATIO INAUGURALIS
DE

MISSIONE IN POSSESSIONEM EX TESTAMENTO

Secundum L. ult. C. de Edict. D. Hadr. toll.

Quam

DIVINA FAVENTE GRATIA

AUTHORITATE ET DECRETO Amplissimi Jureconsultorum ordinis in inclyta Argentoratensium Universitate.

Pro

SUMMIS IN UTROQUE JURE INSIGNIBUS, Privilegiis & immunitatibus Doctoralibus, Solenniter consequendis.

Publicæ censuræ subijcit

FRIDERICUS OTTO
Argentinensis Ph. M.

in auditorio Majore, mense
Augusto die 26.

ARGENTORATI,
Typis, JOHANNIS ANDREÆ,
Anno M. DC. XLI.

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-492856-p0003-3

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-492856-p0004-9

IN NOMINE

Domini nostri JESU CHRISTI ad omnes actus omniáque consilia semper progredimur.

L. 2. C. de Offic. præf. præt. Affri.

PROOEMIUM

ACcursium rectè beatos pronuntiasse possidentes *ad §. 2. vers. si tres vel plures* 2. F. 27. argumento sunt multæ illæ magnæque utilitates possidentium, quas referunt Dd. *in §. retinendæ J. de Interdict. l. naturaliter. §. nihil commune* 1. *ff. de acquir. posses. c. in pari de R. I. in* 6. *& l. in pari ff. de R: I.* Quarum non est minima, quod possidens ab omni onere probandi sit liber *l. cogi possessorem C. de petit. hered.* Idque penitus incumbat illi, qui contra possidentem experitur, qui si in probatione defecerit, possidens absolvatur *d. §. retinendæ* 4. *J. de interdict.* quamvis nihil probaverit *l. f. C. de R. V. l.* 2. *l.* 15. *& l.* 16. 23. *C. de pro-*

bat. l. 4. C. de Edend. c. ex literis de probat. Quo ſœpe fit, ut non jus, ſed probatio deficiat *l. 30. ff. de teſtam. tut.* atque ſub hoc Clypeo multa pereant. *ut ait Cyn. in l. 52. C. de Epiſcop. & Cler. n. 4.* Hinc ingentes quotidie de poſſeſſione ſolent eſſe lites & controverſiæ, quæ ſœpe ad cædes & vulnera & plagas procedunt, *Theoph. in Inſtit. pr. de Interdict.* Quibus decidendis, multa ſalutaria remedia, tàm jure Canonico, quàm jure civili comparata ſunt: ne ſcilicet propter commodum poſſeſſionis ad rixas & tumultus deveniant, quas Prætor ſua jurisdictione poteſt componere *l. 13. §. 3. verſ. æquiſſimum. ff. de uſufr. l. quidam 21. ff. de reb. credit. Cujac. in ϖ. C. de Interdict.* quorum non infimum eſt illud, quod de *miſsione in poſſeſsionem ex teſtamento*, ab Hadriano Jmp. primùm introductum, & poſtmodum à Juſtiniano confirmatum, novâque formâ condecoratum eſt. *L. f. C. de Edict. Divi. Hadr. toll.* quod ut diſputationi huic inaugurali deſtinarem, inque eo ingenij vires experirer, eo libentiùs faciliusque adductus ſum, quo uſus ejus eſt frequentior: neque enim multum operæ ponendum in re, cujus non ſit luculenta utilitas, *Sichard. ad rubr. C. de ſerv. fugit. n. 7.*

Ab

Thesis I.

AB ὀνομαλογία igitur incipiendo (*quod rectè me facturum exemplo Scaligeri 13. de caus. lat. ling. c. 136. puto, priusquam adipsam πραγμαλογίαν progrediar, quanquam in omni vel maximè in juris disciplinâ rerum quidem potior, verborum tamen prior habenda sit ratio arg. l. 1. §. 1. de susp. tut. arg. l. 1. pr. ff. de Iust. & jur. arg. l. 1. pr. ff de reb. cred. nemo enim res intelligit, nisi prius verba cognoverit, cum verba sint instrumenta, quibus res significantur l. 7. §. ult. ff. de suppel. legat. arg. l. si qui 4. ff. de condit. institut. l. 3. ff. de reb. credit.*) Vocabuli ipsius tùm derivationem, tùm ejusdem ambiguè sumpti distinctionem perpendemus.

II.

Derivationem quod attinet: *Missio* nomen verbale est descendens à verbo mitto, quod à meo deductum videtur, cum is qui mittitur, quasi meare vel ire jubetur, sic *in l. 1. §. 1. de Carbon. Edict.* Prætor jubet ire in possessionem, vel ut *Scal. de caus. lat. ling.* παρὰ τὸν μίτον id est, à filo deducit, quoniam qui mittit elongat, in qua significatione latissimè patet.

III.

Hinc resultat ὁμωνυμία vocabuli: *Mittere* in jure nostro aliquando rem aliquam vel etiam personam ab uno loco ad alium transferre vel amandare significat, prout mittere militem ad opus, legimus *in l. 12. §. 1. de re milit.* & mittere legatos, *in l. 4. §. f. de legation.* pariterque epistolam mittere, *in l. 32. ff. de donat.* Quandoque etiam mittere idem est quod remittere, ut *in l. 12. ff. de his quæ ut indig. aufer.* mittere causam ad Præfectos, est remittere: Vel etiam dimittere veluti *in l. 14. ff. de custodi & exhib. reor.* mittere custodiam est eam dimittere, & *in l. 2. pr. vers. et si princeps ff. de his qui not. infam.* mittere militem, notat eum ab exercitu dimittere. Frequentius tamen hæc vox conjungitur cum verbo possessionis, ut dicamus *mittere in possessionem* significatque aliquando jussum Magistratus, qui eunti in possessionem rerum possessarum custodiam tantùm atque observationem concedit *l. 9. §. 1. l. cum legatorum 12. ff. quib. ex caus. in posses. eatur Wesenb. in* ᾠ. *ff. de damn. infect. n. 6.* Is enim qui Prætoris decreto mittitur in possessionem alicujus rei ob causam quandam, non possidet, cum nomine tantùm alieno, velut custos rem detineat *d. l. cum legatorum. ff. quib. ex caus. in posses. eatur.*

eatur. Nec ullum aliud jus, præterquam pignoris habet. *l. qui legati §. C. ut in posseß. legat.* itaque dominum & possessorem expellere nequit, sed simul cum eo rem tenere, ut tædio perpetuæ custodiæ extorqueat ab eo quod petit *l. is cui §. pr. ff. ut in posseß. legat. l. 15. §. si quis 20. ff. de damn. infect. l. 3. §. f. de acquir. posseß. l. si duo 3. §. creditores 8. ff. uti possidet.* Notat etiam veram & plenam sententiæ executionem, quæ veniente postmodum reo & cautionem præstante non tollitur *l. 13. §. 3. C. de judic.* C. I. A. *Ex quib. caus. in posseß. eatur θ. 2.* jubeturque possidens esse Dominus *l. 15. §. 17. ibi fiunt domini & ibi constituto domino & §. 26. ibi dominium capere & §. 33. de damn. infect. l. 1. pr. de fund. dotal.* Wesenb. *d. loc.* Mitti etiam dicitur in possessionem venter ut alatur, *rubr. & l. 1. pr. & §. 1. 2. & l. 6. 7. §. 1. ff. de ventr. in posseß. mitt.* quæ missio non heredis jus tribuit, sed factum significat C. I. A. *de ventr. in posseß. mitt. θ. 1.* quo mora fit sequentibus *l. 30. §. 1. de acquir. vel omitt. hered. l. 2. §. 4. quis ord. in posseß.* Hoc loco mittere in possessionem rerum hereditariarum, est inducere in res hereditarias vi testamenti ut eas verè possideamus.

IV.

Absolutâ ὀνομαλογίᾳ, dispicienda venit πραγμαλογίᾳ, in qua hæc potissimum consideranda occurrunt. Definitio, causa & effectus, affinia & pugnantia, de quibus singulis breviter agamus.

V.

Ipsam *definitionem* aggredior. Definiri ita potest missio in possessionem ex testamento, quod sit inductio *arg. l. 3. ibi inductus* C. *ut in posseß. legat. l. ult. ff. de appel. recip.* heredis scripti *h. l. ult.* C. *de Edict. D. Hadr. toll. l. un.* C. *ubi de hered. ag. l. 56. ad SC. Treb.* per judicem competentem *d. l. f. ibi competenti judici & arg. l. ult.* C. *de reb. author. judic. posid.* in res hereditarias, quas testator mortis tempore possedit vel detinuit *d. l. f. vers. mittatur quidem,* vi testamenti nullatenus vitiosi *d. l. f. ibi testamentum ostenderit,* ut missus eas proprio nomine & affectione sibi habeat. Possessio enim propriè accepta, (prout eam hic accipi par est *h. L. f. ibi & possessio ei acquiritur*) est detentio cum animo sibi habendi. *per not. à Cujac. 9. Obs. 33.* C. I. A. *de acquir. vel am. posseß. θ. 4.*

VI.

Quare præmissis istis *causæ* hujus missionis in possessionem indagandæ sunt, qui modus cognoscendi & veritatis investigandæ Philoso-

phis

phis & juris Doctoribus non est infrequens. Et quidem causam efficientem nos facimus quadruplicem, remotissimam, remotam, propinquam & proximam.

VII.

Remotissima causa efficiens, si missionem hanc à sua origine repetimus, eamque genericè seu materialiter, non ut eam hodie habemus, sed quatenus simpliciter est missio quædam ex testamento, consideramus, non absurdè statuitur, Divus Hadrianus, qui L. Juliam vicessimalem, ab Augusto Cæsare, *referente Dione lib.* 55. cum ob maxima bellorum impendia quibus gravabatur, maximis pecuniis opus haberet, olim sancitam atque institutam, qua vigesima hereditatum exceptis ijs, quæ proximo genere junctis ac pauperibus morte aliorum, relinquebantur, in ærarium referretur, confirmans ei porro addidit: ut heres testamento scriptus, cum ante suum edictum adita hereditate posset capere propria autoritate possessionem rerum hereditarium à nullo possessarum, desiderans mitti in possessionem, intra annum vel statim mittatur, sed in earum rerum possessionem quas testator mortis tempore habuit. *Paul. lib.* 3. *sent.* 5. §. *sive falsum & seqq.*

VIII.

Ipse verò Justinianus, post Edictum istud quoad vicessimam ex L. Julia, ambages similiter & difficultates, quas scire non possumus *Gl. in L. f. verb. ambages C. de Edict. D. Hadr. toll.* sublatas *Giphan. ad L. ult. C. de Edict. D. Hadr. toll.* manente missione, *arg. l. f. ff. de appell. recip. Rubr. C. ubi de hered. ag.* novum jus, novamque formam de hac missione constituit, *in d. l. f. C. de Edict. D. Hadr. toll. C. I. A. in tit. testam. quemad. aperiantur. θ.* 7. propter quam novam formam missio hæc non amplius ex Edicto D. Hadriani, sed ex Constitutione Justiniani rectè fieri dicitur. *Cujac in ϖ. C. de Edict. D. Hadr. toll.* cum à formâ sit facienda denominatio. *Cont. lib.* 1 *disput. jur. civil. c.* 12. *vers. sextus modus. Mynsing. ad rubr tit. Inst: de donat.* quod voluisse etiam Justinianus videtur, dum verba *Ex Edicto Divi Hadriani*, quæ *in l. ult. C. de Edict. Div. Hadr. toll. & in l. quisquis C. quor. appel. recip. in Cod. Theodos.* addita erant, in suo codice subtraxit; quod & factum ideo opinatur *in l. filiam ff. ad SC. Treb. Cujac. ad Paul. recept. sent. lib.* 3. *tit.* 3. Justinianus ergò *causa efficiens* hujus missionis *remota* rectè ponitur.

IX.

IX.

Et cum in Constitut. *d. l. f.* facultas sit concessa, instituto scilicet heredi, ostendendi competenti judici testamentum, ex quo mittendus est in possessionem: heredem esse *causam* missionis in possessionem *propinquam* palàm est. Heredem autem, nullo sexus discrimine attento, *arg. l. 1. & l. pronuntiatio de V. S. Zuchar. ad l. ult. C. de Edict. D. Hadr. Toll. n. 49. & 59. ad fin.* accipere debemus, non illum, qui institutus solum testibus fidem facit de tenore testamenti, cum ostensio ipsius testamenti, non vero nudi tenoris requiratur, ut missio concedatur *d. l. f. C. de Edict. D. Hadr. Toll*: sed qui tàm in testamento solenni *i. e.* quod per scripturam factum est, quàm minus solenni *i. e.* nuncupativo in scripturam tamen redacto institutus est, *Sichard. ad L. ult. C. de Edict. D. Hadr. Toll. Herman Meyrer. tr. de testam. success. lib. 3. th. 11.* Quippe *d. l. f.* non præcisè testamentũ, quod in scriptis fit, desiderat, sed omnia, quæ in ea de testamento dicuntur nuncupativo in scripturam redacto conveniunt, quæ cum favorem heredum respiciunt, restringenda sunt neutiquam *l. cum quidam 19. de lib. & posth. ubi Gloß. ad hoc laudat d. l. f.* quam opinionem juvare videtur elegans *textus in l. f. C. de codicill.* ubi heres per nuncupationem se mitti in possessionem ex more petierit: ex more autem mitti interpretatur *Gl.* ex *d. l. f. C. de Edict. D. Hadr. Toll. Adde Menoch. tra. de adipisce. posses. rem. 4. n. 91.* qui hoc ad testamentum juxta *l. 2. C. de testam.* cujus scriptura intercidit extendit *Scaccia de appellat. q. 17. lim. 6. mem. 4. n. 9.*

X.

Qui vero per nudam nuncupationem est institutus, ad hoc remedium frustra confugit, cum *rubr. & L. 2. C. de Edict. Divi. Hadr. Toll. ut & rubr. C. ubi de hered. ag.* scripti heredis expressam faciant mentionem, & testamentum, ex quo petitur missio, judici sit ostendendum *d. l. f. C. de Edict. Div. Hadr. Toll.* quod de testamento in nuda nuncupatione consistente dici nequit. *C. I. A. in tit. testam. quemad. aperiantur. Th. 9.* Eædem rationes heredem quoque legitimum repellunt ab hoc beneficio, *Bach. 2. D. 25. θ. 1. lit. L.* etiam filium ab intestato succedentem, quamvis testes super intestati successione fuerint examinati. *Sigmund. Scaccia de appell. q. 17. lim. 6. mem. 4. n. 10.* ipsorumque testimonia in scripturam redacta; neque enim sufficit hìc quæ adest scriptura, sed requiritur ut huic remedio locus sit, conjunctim testamentum, quod & text *d. l. f.* disertè loquatur de herede instituto, reliquaque textus verba

verba missionem, quæ fit ex testamento unicè respiciant, & ad eam referri possint, quam sententiam communiter receptam esse *ait Valēt. Forster. lib. 1. succeß. ab intestat. c. 33. n. 1. ubi Marant, Roland. à Valle aliosque plures laudat.*

XI.

Ex asse verò vel ex parte quem institutum esse parum vel nihil quoad hanc missionem refert: nec de eo qui ex parte institutus est res indiget disputatione vel probatione, cum textus *in d. l. f.* clarè de eo disponat, clara autem ventilatione & discussione non indigent, *Arist. 2. q. 1.* cum sint probatio probata non probanda, nec super illis amplius quid quærendum *l. non aliter ff. de leg. 3. P. Friderus. de interdict. tit. 16. n. 17.* & heres in quota institutus non minus sit heres, ac is qui ex asse scriptus est. *l. quoties. C. de hered. Instit.* Subsistendum tamen videtur in eo, qui in re certâ scriptus est, nullo ipsi coherede dato, vel dato quidem, sed hereditatem repudiante, sed cum talis non minus sit heres, ac si ab initio solus esset heres scriptus *l. 10. ff. de hered. instit.* remaneatque heres detractâ rei certæ mentione *l. 1. §. si ex fundo. l. 9. §. 13. ff. de hered. instit.* & scriptus quoad totam hereditatem, ex quo vigore suæ partis reliquum ei accrevit, rectè dicatur *arg. l. 1. §. si autem ff. de hered. instit. Decius ad L. f. C. de Edict. Div. Hadr. Toll.* nihil est quod prohibeat, illum, qui dicto modo institutus est ad possessorium hoc remedium adspirare, quod verum etiam si in re minima quis sit institutus: quia causa testati trahit ad se causam intestati, ne quis moriatur ex parte testatus & ex parte intestatus, *l. 1. §. si ex fundo ff. de hered. instit. l. 7. ff. de R. I.* Secus in eo est, qui scriptus est heres in re singulari alio herede universaliter instituto adeunte sc: hereditatem vel neque adeunte neq; repudiante, sed adhuc deliberante *Ach. personal. tr. de adipisce. possess. n. 181. Zuchard. de mißio. in possess. n. 192.* habetur enim in re singulari institutus hic legatarij loco *d. l. quoties C. de hered. instit. Sichard. ad rubr. C. de Edict. D. Hadr. Toll.*

XII.

Filius pariter in suâ legitimâ institutus adire competentem judicem & ab ipso petere potest, ut in portionem sibi assignatam mittatur. *Herm. Meyrer tr. de testam. success. lib. 3 tit. 11. n. 10.* quia & ipse heres est, & ejus nomen obtinet, *Dauth. tr. de testam. in 4. substant. n. 279. & 5. requis. n. 392. Vicent. de Franch. in decis. Neapol. decis. 127. n. 1.* ipsiq; actio familiæ erciscundæ competit *l. 2. §. si quarta ff. famil. ercisc.* & petitio hereditatis *l. non est, C. famil. ercisc. Cravetta cons. 312. n. 4.*

XIII.

Non autem solùm is, qui primo loco institutus hoc beneficio gaudet, sed etiam substitutus, sive sit substitutus per vulgarem, sive per pupillarem sive exemplarem substitutionem, quia institutis illud competere certum est, quorum appellatione substituti continentur *l. 43. §. 2. l. 36. de Vulg. & pupill. substit. l. 2. §. 4. ff. de bon. posses. secund. tab.* quemadmodum omnis substitutio institutio dicitur, & institutionis nomen pro substitutione usurpatur *l. si pater 25. ff. de vulg. & pup. subst. Dauth. ad rubr. tit. ff. de vulg. & pup. substit. n. 8. l. heredis appellatione l. sciendum. de V. S.* Quod de substitutis quoque per vulgarem & pupillarem substitutionem tacitam dicendum est: licet enim in hâc verbis expressis substitutum non sit, quia tamen interpretatione legis vulgaris substitutio expressa facta pupillo, tacitam continet pupillarem, & pupillaris expressa tacitam vulgarem. *Menoch. lib. 4. de præsumpt. 35. per text. l. 4. ff. de vulg. & pup. substit.* quem textum utrumque casum complecti tradit *Ioh. Dauth. in repet. l. 1. ff. de vulg. & pup. subst. n. 18. & sq.* cum & illud quod vigore scripti apprehenditur scriptum quoque putetur, prout legi illud quod vi verborum expressorum venit *l. 1. ff. de his quæ in testam. del. Zuchard. tr. de miss. in posses. n. 234. Achill. Personal. de adipisc. poss. n. 185.*

XIV.

Si conditionis naturam inspicimus, quæ est, ut actum cui inserta est, suspendat *l. 44. ff. de man. testam. l. 37. de reb. cred* ita ut actus pendere dicatur *l. 60. §. 1. de condict. indeb.* ipse qui sub conditione est institutus ab hoc remedio removendus esse videtur, cum nondum sit heres, imò timendum ne unquam heres existat: quia deficiente conditione, institutio evanescit *§. 2. I. quib. mod. testam. infirm. l. f. ff. de condit. instit. Dauth. Tr. de testam. n. 284.* Hoc tamen non obstante sub conditione institutus se mitti in possessionem ex testamento petere potest: quoniam missio hæc comparatur bonorum possessioni. *l. f. C. de codicill.* quam institutum petere posse constat. *per l. 2. §. sub conditione de bon. poss. secund. tab. l. si quis instituatur 23. pr. de hered. instit. juncta l. 75. ff. de condit. & demon.* quia maxime interest instituti, bona conservari, proptereaque in possessionem mitti, ut valeat creditoribus satisfacere, quod procedit, si petat possessionem non suo, sed administratorio nomine *Giph. ad L. ult. C. de Edict. D. Hadr. toll. C. I. A. tit. quemad. testam. aper. θ. 8. n. 4.* unde & curator furiosi, tutor infantis, Episcopus, nec

nec non fiscus in possessionem ex hoc beneficio rectè mittitur *Bach. ad Tr. 2. D. 25. θ. L. lit. L. Achill. Personal. Tr. de adipisce possess. n. 233. & 240.*

XV.

Porrò quoniam heres heredis testatoris dicitur esse heres, secundum regulam antiquam *l. f. C. de hered. instit. l. 3. ff. de petit. hered. l. 65. 70. de V. S. l. 194. de R. I.* heredem heredis in classe quoque admittendorum ponendum esse ad remedium hoc, ratio suadet. *Sebast. Sap. de miss. in possess. n. 55.* Non autem intelligimus heredem heredis ex testamento tantùm venientem, verum & illum ab intestato succedentem ratione quidem non suæ personæ, sed illius qui scriptus est, ita tamen ut liquidò probet ultra testamenti exhibitionem, primum heredem primi testatoris hereditatem adivisse, & se heredem primi heredis esse, aliàs his requisitis non probatis non mittitur in hanc possessionem *Menoch. d tr. rem. 4. n. 242. & sq.* Unde apparet illud esse transmissibile *l. 1. §. hoc interdictum ff. quor. legat. Zuchard. tr. de missio. in possess. n. 245.*

XVI.

Quæ hactenus dicta sunt ad casum directò relictæ hereditatis pertinent: si per fideicommissum relicta sit hereditas quis missionem in possessionem consequi possit videbimus: Et heredem quidem fiduciarium rectè petere illam non est ambigendum, propter textum *l. 56. ff. ad SC. Trebell. ubi Gl. Bald. in L. f. C. de Edict. D. Hadr. Toll. Herm. Meyrer tr. de testam. succes. lib. 3. tit. 11. n. 12.* Quoniam vigore *d. l. f.* heredibus institutis indifferenter competere missionem hanc integrum est, & is cui fideicommissaria hereditas relicta est maneat heres, etiam post restitutionem hereditatis *§. 3. I. de fidei com.* ipsum enim heredem manere, qui semel heres extitit, nec per restitutionem desinere heredem esse, patet *ex l. 7. §. sed quod Papinianus 10. de minor. Anton. Mornac. in obser. ad lib. 24. digestor. in d. l. 7.* Fideicommissario vero universali cui verbo tantùm facta est restitutio, utile saltem hujus Constitutionis remedium concedi, asserit *Bart. in d. l. f. n. 9. Rutger. Roland. de Commissar. lib. 6. c. 4. n. 10.* quippe in hunc transeunt jura activa & passiva *l. facta pr ff. ad SC. Trebell.* & per hoc haud secus est, ac si ipse heres possessionem judice permittente ingredi poterit, modo fideicommissum testamento sit relictum. Si enim codicillis est relictum cessat hoc beneficium. *Practica Ferrar in form. libell. quo pet. hered. ex testam. §. non abolitum e. L.* etiamsi codicilli ante conditum testamentum fuerint facti:

isti namque codicilli non confirmati per subsequens testamentum, considerantur tanquam separatum quid à testamento, propterea que illam efficaciam non habent, quam testamentum *l. post legatum §. qui principale ff. de his quæ ut indig.* confirmati vero si sunt, non tamen codicilli, sed ipsum testamentum est ostendendum, cum ipsum confirmans non confirmatum consideretur *l. asse toto ff. de hered. instituen.* Quandoquidem etiam text. *d. l. f.* de testamento legitimè formato, quod sine ulla vituperatione appareat & depositione testium legitimi numeri sit vallatum, loquitur, non de codicillo, qui nec uspiam in jure nostro testamenti appellatione venit, sed semper ei opponitur *l. 1. l. 2. 7. l. f. pr. §. 1. 2. C. de codicill. & pluribus alijs textibus quos citat. C. 1. A. Qui testam. fac. poss. θ. 2.* nec ullam ordinationis solennitatem requirit §. *f. 1. de Codicill.* Quo facit etiam, quod ille qui scriptus est in codicillo censeatur ab intestato succedere *l. consiciuntur pr. de codicill. Cyn. ad l. f. C. de Edict. Div. Hadr. toll. n. 16.* hoc autem beneficium ab intestato succedentibus non competere supra dictum est. Unde apparet non eandem, ut *Menoch. de adipisc. posses. rem. 4. n. 192.* videtur in testamento & codicillis esse rationem, sed planè diversam: omniaque argumenta in contrarium allata solius textus vi posse repelli.

XVII.

Hæc non obtinent in fideicommissario, cui nec re nec verbis facta est restitutio, *arg. l. f. C. de codicill.* quia talis ante restitutionem nullum jus habet in fideicommisso *l. restituta. l. facta. ff. ad Sc. Trebell.* sed accipit demum per manum heredis, à quo accipere eum testator voluit. *Bach. 2. d. 25. θ. 1. lit. L. Rutger. Roland. de commissar. lib. 6. c. 4. n. 10.* Minus verò dubij est, eum cui re ipsâ jam facta est restitutio, frustra petere id, quod jam ante habet. *§. si res aliena I. de legat.* atque ita hoc remedium ipsi esse inutile. De fideicommissario singulari & legatario, quid sentiendum sit palam est: cum eorum natura ab heredibus sit penitus diversa, substantiaque ab ipsis differant. *Valent. Forster. de succes. ab intestat. lib. 1. c. 41. n. 1.* ut ejusdem eos, cum herede juris compotes esse, asserere, prorsus esset alienum, prout ipsis, illud competere rectè negat *Gl. in d. l. f. Zuchard. ibid. Valent. Forster. d. loc. n. 32. Herm. Meyrer de testam. succes. lib. 3. tit. 11. n. 17. Rutger. Roland. d. c. 4. n. 9.*

XVIII.

Judex competens aditus ab herede officium suum requisitum interponit, mittitque in possessionem, sicque omnis remotioris causæ opera-

peratio tandem effectum ſuum in hoc ultimo agente ſortitur, quo producto nihil agendum eſt reliquum: Quare neceſſe eſt judicem competentem *causam* miſſionis *proximam* conſtituere. Judex autem competens eſt judex loci ubi res hereditariæ ſunt ſitæ *l. cum unus* 12. §. 1. *ff. de reb. auth. judic. poſſid. l. un. C. ubi de hered. ag.* cum & aliàs ejus Præſidis ſit notio de poſſeſſione qui eam provinciam regit *l.* 2. *C. de interd. Cujac. in* ϖ. *C. ubi de hered. ag.* nec heredes in poſſeſſionem rerum hereditariarum alibi mitti, quam ubi illæ ſunt, petere poſſunt *Coll. Iur. Arg. de judic.* θ. 239. *Iul. Pac. in anal. Cod. d. tit. ubi de hered. ag.* Non tamen omnis hujus loci competens judex eſſe poteſt: ſed is qui mixtum habet imperium. *Salicet. ad L. f. C. de Edict. Div. Hadr. toll. n.* 8. Mittere namque in poſſeſſionem mixti eſt imperij *l.* 4. *ff. de jurisdict. l.* 26. *ff. ad municip. Weſenb. in* ϖ. *ff. de jurisdict. n.* 7. *Gilhauſ. in arb. jud. civil. c.* 1. *p.* 1. *de jurisdict.* §. 4. *n.* 21. *&* 22. Judicem verò intelligere debemus, non tantùm ordinarium, ſed etiam deligatum: poſſe enim eum, cui mandata eſt jurisdictio in poſſeſſionem mittere, non eſt in obſcuro *l.* 4. §. 1. *de off. ejus cui mand.* cum & aliàs ea quæ mixti ſunt imperij, cujus miſſionem in poſſeſſionem eſſe, modo dictum eſt, mandari dicantur & mandata jurisdictione tranſire *l.* 1. §. *f. de off. ejus. C. I. A. tit. teſtam. quemad. aper.* θ. 10.

XIX.

Hæc de *causa Efficiente* ſufficiant: de *materiali* jam dicendum venit: quam ex *d. l. f.* ponimus res, quæ teſtatoris mortis tempore fuerunt. Et res quidem cum *Vaud. lib.* 1. *q.* 33. *& Giph. ad L. f. C. de Edict. D. Had. toll.* accipiendas eſſe cenſeo, non tantùm corporales: ſed in corporales quoque, jura ſc: nomina, obligationes & actiones hereditarias, in quarum omnium poſſeſſionem vel quaſi venit is, qui per hoc remedium in poſſeſſionem mittitur. Si enim miſſionem quis cum *Gl. in d. l. f.* in corpora tantùm fieri dixerit, jura & reliquas res incorporales, vel vacuas interim vel poſſeſſioni heredis ab in teſtato concedat, neceſſe eſt, quod planè inconveniens eſſe videtur: propter pugnam, quæ eſt inter iſta duo teſtatum & inteſtatum eſſe *l.* 7. *ff. de R. l.* ſed alia tamen & fortior hujus aſſertionis, præſto eſt ratio: remedium hoc cum Edicto Carboniano magnam habere ſimilitudinem dubium non eſt, eo autem fieri miſſionem in jura etiam & obligationes, affirmat Juriscon. ſultus *in l. pen. ff. de Carbon. Edict.* à ſimili ductum argumentum, quid de hoc remedio ſentiendum ſit quoad res incorporales edocet. Nec ad rem pertinet, quod Interdictum Quorum bonorum, quo æque

poſ-

ſeſſionem rerum hereditariarum perſequimur, locum non dicatur habere in rebus incorporalibus *l. f. ff. Quor. Bonor.* cum interdictorum ea ſit natura, ut de poſſeſſione tantùm præcisèque ſint & dentur bonorum poſſeſſoribus § 1. *l. de interdict.* hæc verò miſſio licet æque poſſeſſionem rectè dicatur tribuere, non tamen prætorium ut illud, ſed civile quoddam eſt remedium & heredi datur, ad quem pertinet tota hereditas, quâ tàm jura, quàm corpora continentur *l.* 18. §. *f. de petit hered. l. pecuniæ* §. *hereditas de V. S. l.* 2. *C. de hered. vel act. vend.* & licet rerum corporalium propriè tantùm ſit poſſeſſio, Jura tamen etiam poſſideri vel ſaltem quaſi poſſideri ſcribuntur *l.* 2. §. 3. *ff. de precar. l.* 23. §. 2. *ff. ex quib. cauſ. maj. l.* 16. §. *fin. ff. de hered. petit.*

XX.

Mortis verò tempore fuiſſe teſtatoris hoc loco putandæ ſunt, non illæ tantùm, quarum is fuit dominus, ſed omnes quas tempore mortis poſſedit vel detinuit: veluti ſunt res pignoratæ, commodatæ, depoſitæ & locatæ, tales enim omnes largo modo alicujus, vel in bonis eſſe dicuntur §. *f. l. de Vi bonor. rapt. l.* 1. §. *hæc actio. ff. ſi is qui teſtam. lib. l. bonorum ff. de V. S.* quam acceptionem hujus loci eſſe omnimodo ponendum eſt: quia Jmperator *in d. l. f.* generaliter & ſine diſtinctione de rebus à teſtatore tempore mortis poſſeſſis loquitur, *Giphan. ad d. L. f.* & in hereditatis petitionem omnes iſtæ res venire ſolent *l. non tantùm* 19. *ff. de petit. hered.* licet propriè hereditariæ non ſint *l* 5. §. 10 *ff. ut in poſſeß legat.* cujus miſſio hæc veluti eſt præparatoria, *d. l. f. in fin. Giphan. ibid.*

XXI.

Neque in allodiales ſolum res, ſed feudales quoque miſſionem fieri Conſulti reſponderunt *Roland à Vall. conſ.* 98. *vol.* 3. *Nicol. Bellon. conſ.* 10. *Herm. Meyrer. tr. de teſtam. ſucceß. lib.* 3. *tit.* 11 *n* 2. *Vult. de feud. lib.* 2. *c.* 1. *n.* 24. quæ miſſio tàm agnato heredi teſtamentario *Roſenthal. c.* 12. *concluſ.* 12. *n.* 31. quàm filiæ à patre vel ſorori à fratre in teſtamento inſtitutæ, in poſſeſſionem bonorum feudalium, quæ à patre vel fratre poſſidebantur, etiam Domino & agnatis invitis, conceditur *c. inter filiam.* 1. *ſi de feud. defunct. Controverſ.* 2. *f.* 26. *Roſenthal, c.* 7. *concluſ.* 48. quamvis filiæ à feudi ſucceſſione regulariter excludantur, quoad hoc tamen remedium poſſeſſorium ſæpè præferuntur: ſed etſi agnati poſſeſſionem præoccupaverint, tamen filiæ remotis illis inpoſſeſſionem ſunt collocandæ *Roſenthal. d. c.* 7. *concl.* 49. quod omni dubio caret, quando non conſtaret, nec fœmina fateretur bona, in quæ mitti petit

eſſe

esse feudalia, sed huic solùm petitioni inhæreret, ut scilicet ipsa tanquam heres in possessionem mittatur *d. c. inter filiam cum sq. 2. F. 26.* si verò feuda esse revera constet, fœminæ immittendæ non sunt. Quod etiam ad reliquas transversalis lineæ fœminas, puta sorore Vasalli defuncti, & ad extraneam quoque personam ob rationis identitatem extenditur. *Decius cons. 424. col. 2.* tùm quia pro se habent præsumptionem, qua quælibet res allodialis potius, quam feudalis esse putatur, cum res feudalis quandam habere servitutem existimetur *Gl. in l. si cujus §. si ususfructus ff. de usufr.* quæ non præsumitur *l. altius C. de serv. & aq. Curt. sen. Cons. 75. col. 2. Francisc. Pfeil. in Consil. 62. n. 12.* tùm etiam quia ad hanc missionem sufficit res, qualescunque eæ sint, à defuncto mortis tempore esse possessas sive detentas *Alciat. Consil. 162. n. 2. Socin. Iun. Consil. 3. n. 36. Rol. à Vall. d. Consil. n. 30.*

XXII.

Fieri autem missionem in eas tantùm res quas testator tempore mortis habuit, non verò in illas, quæ mortis tempore ab alio legitimo modo detinentur, quamvis testatoris ipsius fuerint, dispositum est, cum ad tempus mortis revocetur aditio licet longo post mortem tempore sit facta *l. 193. de R. I.* & nemo sua possessione præsertim legitima sine causa privandus, missio namque hæc, quæ in favorem heredis est introducta in alterius injuriam fieri non debet, citra quam non fieret in bona à testatore mortis tempore non possessa *Giph. in Comm. Cod. ad l. f. vers. sancimus.*

XXIII.

Fit pariter missio in fructus, omnesque accessiones, quæ post mortem testatoris hereditati accreverunt: quia hæ omnes in petitionem hereditatis, cujus missionem hanc præparatoriam esse, positum est, veniunt, *l. 20. cum sqq. de pet. hered. Wesemb. in π. ff. de petit. hered. n. 11.* Nam omne quod acquireretur patrifam. si adhuc viveret, id necesse est hereditati acquiri *l. 33. §. f. l. 61. ff. de A. R. D.* ut sunt quæ per alluvionem ante aditam hereditatem accreverunt, nata editave ex rebus hereditarijs, ut fructus prædiorum, animalium fœtus, lac, pilus &c. *l. 20. §. 3. l. 25. §. f. & sqq. de petit. hered.* item emolumentum usucapionis à defuncto cœptæ *l. 35. §. 5. l. 40. l. 44. §. 3. de usucap.* quorum respectu heres adeundo hereditatem jam tum à tempore mortis successisse defuncto intelligitur *l. 54. ff. de acquir. hered l. 28. §. f. ff. de stipul. servor.* quamvis re ipsa non statim successerit *l. 63. in fin. ff. ad L. Falcid.* Quicquid

quid igitur accquiritur hereditati jacenti, ut ipsi defuncto acquisitum videri debet, cujus personam illa sustinet *l. hereditas ff. de Acquir. Rer. dom.* & pro Domino seu Domina habetur *l. non minus* 31. §. 1. *ff. de hered. instit. l. mortuo ff. de fidejuss.* eo scilicet usque donec delata ab herede sit quæsita: tunc enim defunctum repræsentare desinit, & in heredem omnia jura transfundit *l.* 1. §. *scævola ff. si quis in testam. lib. Ioh. Tavard. ad Tit. C. quor. bonor. n.* 11.

XXIV.

Ad *causam formalem* jam transeundum: ubi non erunt tantùm considerandæ, quæ formam ipsius missionis in se consideratam concernunt, sed paulo altius est repetendum, qua forma & ratione procedamus & experiamur coram judice, à quo petenda est missio, contradictore legitimo existente; Eo enim non existente, non opus est actione, longo processu, sed judicis tantùm officium imploratur, *Sichard. ad rubr. C. de Edict. D. Hadr. Toll. n.* 3. & instrumentum testamenti nulla in substantiali parte vitiati illicò paratam habet executionem *Bart. ad L. f. C. de Edict. div. Hadr. Toll. Herman. Meyrer. lib.* 3. *tit.* 11. *n.* 3. *Vmm. disp. ad proceß.* 23. *n.* 12. *Suarez. in l. post. rem judic. p.* 508. §. *adde quartum de Re jud. Mindan. de proceß. lib.* 2. *c.* 49. Nam cum tertia persona, in omni judicio necessaria, reus scil: seu contradictor *c. forus de V. S.* deficiat, ne quidem judicium dici potest, cum illud demum perfectum sit, quod omnibus partibus constat *l.* 1. *pr. ff. de O. I.* & absque tribus istis personis judice scilicet, actore & reo judicium non detur, *Muscat. in praxi civil. p.* 2. *Gloß. competens n.* 4. *Vmm. Disp. ad processf.* 1. *θ.* 3. *n.* 17. uti quoque visum est *Giphan. ad d. L. f. vers. sin autem.* ideoque judex nemine obstante seu contradicente recto pronoque tramite procedit, & pronunciat, mittitque scriptum heredem in ipsam quam petit possessionem rerum hereditariarum.

XXV.

Quod verò de instrumenti executione paratâ dictum est, de originali, non exemplo seu copiâ testamenti intelligendum esse, non estimandum, quam non probare explorati juris est *l.* 2. *ff. de fid. instrum. l.* 5. *C. de conven. fisc. deb. lib.* 10. *tit.* 2. *auth. si quis in aliquo C. de Edend. Vmm. Disp. ad proceß.* 17. *n.* 27. nisi forte ejusdem notarij manu scriptum instrumentum exhibeatur: cum enim originale penes notarium perpetuò esse debeat *c. quoniam contra de probat.* extmplo huic standum esse affirmat *Menoch. de Adipisc. posseß. rem.* 4. *n.* 654. *per l. f. C. de fid. instrum.*

Ach.

Ach. personal. tr. de adipisc. posses. n. 150. *Ioseph. Mascard. de probat. vol.* 2. *conclus.* 711. *n.* 8. quod intelligendum de exemplo seu copia, quæ est solennis & authenticata, secus vero in alia copia, quæ, ut dictum, non probat, ut ex eadem possessio detur *Herm. Meyrer. d. tr. de testam. succ. lib.* 3. *tit.* 11. *n.* 67. Exemplum vero authenticatum sufficiens est plenam facere fidem in judicio plenario, multò magis in hoc judicio summario *d. l. f.* C. *de fid instrum. Sebast. Sap. de miss. in posses. n.* 14. *&* 15. Quod Zuchardo quoque placet *tr. de missi. in posses. n.* 93. in Exemplo alterius notarij manu scripto, notario priore defuncto, vel certè impedito, *per c. cum Tabellio* 15. *de fid. instrum. Ioseph. Mascard. d. loc. n.* 9. *Covarruv. qq. pract. c.* 21. *n.* 2. *in f.*

XXVI.

Sed contradictore existente haud inermis seu sine actione in certamine legitimo judicioque apparebit, cum sine actione nemo experiri possit *l.* 6. §. *f. ff. de neg. gest. l.* 39. *eod. l.* 5. §. *pen. de præscript. verb.* quæ sola actio est jus, quo persequimur illud quod nobis debetur *l.* 51. *ff. de O. & A. pr. I. de act.* quare actio ipsi tribuenda est omnimodo, qua contra supervenientem contradictorem uti queat, quæ tamen condictio appellari nequit: quia condictiones sunt actiones personales §. 15. *I. de act.* ea autem actione de qua jam sermo est, non agimus cum eo, qui nobis est obligatus, quod personalium actionum seu condictionum est proprium §. 1. *I. de act.* sed hereditariarum rerum possessionem petimus ab ipso judice *d. l. f.*

XXVII.

Vnde tamen non sequitur ipsi nullam planè dandam esse actionem, prout quidam opinantur: Persequi enim eum extra ordinem rem certum est, quæ persecutiones extraordinariæ apud ipsos magistratus qui jurisdictioni præsunt instituendæ, latè & impropriè sumpto vocabulo actionis, sub ipso continentur *l.* 178. §. 2. *de V. S. quod etiam docuit Excellentissimus Dn. Dr. Locam. p. m. quondam Præceptor meus gratâ memoriâ nunquam satis recolendus in not. ad rubr. I. de act.* & hęc quidem persecutio, vel persecutio simpliciter ex *L. f. C. de Edict. Div. Hadr. Toll.* ut illa in *l.* 28. *ff. de Obl. & act. & l.* 18. *de accept.* vel persecutio possessionum, exemplo persecutionis fideicommissorum *in l.* 178. §. 2. *de V. S.* dici non absurdè poterit.

XXVIII.

Uti autem ipsa persecutio est extraordinaria: ita judicium quoque

ſummarium ſeu extraordinarium dicendum eſt, ordinarium enim dici non meretur, quoniam de poſſeſſione eſt, & more judiciorum poſſeſſoriorum, quorum pleraque ex interdictis dantur, celeriter & ſummatim expediendum eſt *l.* 1. C. *ſi de momen. poſſeß. fuer. appell. l.* 8. C. *unde Vi. l. f. ff. de appell. recip. vel non*, in quibus propterea abſque tela judicij & ſine longo ſuffiamine litis, ſola facti veritate inſpecta, celeriter & levato velo procedendum eſſe dicitur *l. ſi Coloni* 14. C. *de agric. & cenſit. lib.* 10. *Clem. ſæpe de V. S. Gail.* 1. *Obſ.* 7. *n.* 5. quod indifferenter verum eſt de omnibus judicijs poſſeſſorijs, quæ nullo excepto, ſummatim expedienda ſunt, *l.* 2. C. *ubi in rem act. l.* 3. §. *cauſæ ff. de carbon. Edict. l.* 1. §. *ſi ea quæ* 14. *ff. de ventr. in poſſeß. mitt. Frid. Mindan. de interdict. c.* 13. Quo poſito ſecundum juris analogiam, nec hoc, nec aliud ullum judicium poſſeſſorium ordinarium dici poteſt, quamvis diſtinctio poſſeſſoriorum judiciorum in ordinaria & extraordinaria ſit recepta *Gl. in l.* 1. *quor. bonor. Roland. a Vall. Conſ.* 8. *n.* 16. *Hartm. Piſtor.* 1. *q.* 45. *n.* 2. *Fach.* 8. *controverſ.* 15. quam etiam ſequi Cameram Imperialem teſtatur *Gail.* 2. *Obſ.* 7. *n.* 2.

XXIX.

Cum igitur hoc judicium ſit ſummarium & in illo ſine ſtrepitu & figura procedatur, libellum ſolennem in eo non eſſe neceſſarium conſequens eſt: nam ſufficit in ejuſmodi cauſis qualis qualis petitio *d. Clem. ſæpe de V. S. Marian. Socin. c.* 1. *n.* 22. *de libell. oblat. Achill. Perſonal. Tr. de adipiſc. poſſeß. n.* 58. *Scipio Gentil. lib.* 1. *de juriſdict. c.* 27. quod ſingulariter verum eſſe, ſi ex *d. L. f.* C. *de Edict. Div. Hadr. Toll.* quis ſe in poſſeſſionem mitti deſiderat tradit *Giphan. ad d. L. f. verſ. ſin autem. Vigilius ibid. n.* 50 *Obrecht. tr. de form. libell. c.* 6. *n.* 7. *Vmm. diſp. ad proceſſ.* 6. *θ.* 10. *n.* 43. quia nemo in jus vocatur, ſed hereditatis poſſeſſio à judice petitur *Obrecht. de loc.*

XXX.

Eadem ratione, nec citatio, nec juramentum calumniæ, nec alia judicij ſolennia requiruntur, quæ etiam excludit celeris expeditio, quam hoc judicium deſiderat *l. f. ff. de appellat. recip. vel non* C. I. *A. in tit. teſtam. quemad. aper.* θ. 12. *Obrecht. tr. de juram. calum. c.* 8. *n.* 24. *Gail.* 1. *Obſ.* 6. *in pr. & n.* 3.

XXXI.

Quoniam vero probationes ſunt jurisgentium C. I. *A. de probat.* θ. 4. & per hoc in nullo judicio omitti debent, actorisque eſt intentionem ſuam probare *l.* 2. *l. ab ea parte* 5. *ff. de probat*, heredem ab omni onere

pro

probandi relevare, ratio non patitur. Habet autem is probationem suam fundatam in testamento non abolito *Roman. Consil.* 235. *n.* 7. *per Gloss. in l. cum falsum l. heres institutus ff. de acquir. hered. facit. l.* 2. *C. de Edict. D. Hadr. Toll.* pro quo militat præsumptio *l. generali C. de SS. Eccles. Bald. Consil.* 4. *vol.* 4. Illudque validum & jure confectum præsumitur *l.* 2. *in f. ff. de his quæ in testam. delent. Menoch. lib.* 4. *præsumpt.* 5. *n.* 1. *Mascard. lib.* 3. *Conclus.* 1353 *de probat.* donec contrarium probetur *Petr. de Bellapert. tract. de missio. in posses. n.* 3. cum non sit credendum, quod quisquam genus testandi elegerit ad impugnanda sua judicia *l.* 3. *ff. de testam. milit.*

XXXII.

Aliam præterea præsumptionem pro se habet, qui judici ostendit testamentum, testatorem scilicet esse mortuum: quoniam testamenta non soleant dari heredibus, nisi testator sit mortuus *l.* 2. §. 4 *ff. testam. quemad aper.* quæ heredem ab ulteriore onere probandi relevat *l. sive C. de probat.* ita ut mortem testatoris ipse probare alia probatione non cogatur *Salicet. ad L. f. C. de Edict. D. Hadr. Toll. n.* 17. *& Sichard. ibid. n.* 24. *& sq.* ubi rationem quoque reddit diversitatis, quæ est inter petitionem hereditatis, in qua mors testatoris probari debet ab herede, & hoc judicium possessorium, scilicet, quod judicium petitorium, quale est petitio hereditatis, absorbeat penitus possessorium, hoc vero illi non præjudicet planè, sed momentaneum tantùm præjudicium adferat. *Gail.* 1. *Obs.* 7. *n.* 6. Et hæc quidem de testamento legitimè formato quale à Iustiniano *in d. L. f.* describitur, intelligenda sunt.

XXXIII.

Ad formam quoque hujus judicij seu processus referendum est, quod à sententia de hac possessione lata non liceat appellare. *Sigmund. Scaccia de appellat. q.* 17. *lim.* 6. *mem.* 4. *n.* 6. *Rota Romana part.* 1. *decis.* 659. *n.* 3. C. I. *A. in tit. testam. Quem. aper θ.* 12. *n.* 3. cum in universum cautum reperiatur ne in judicijs possessorijs appelletur *l. un. si de momen. posses. Cujac.* 1. *Obs.* 10. *Gail.* 1. *Obs.* 7. *n.* 7. quod tàm quoad devolutionis quàm quoad suspensionis effectum verum est. *Andr. Rauchb. part.* 1. *q.* 6. *Sigmund. Scaccia d. tr. q.* 17. *lim.* 6. *mem.* 4. *n.* 37. cujus rei ratio est celeritas, quam hæc judicia desiderant *l. f. ff. quor. appell. recip. vel non.* ne quod beneficio celeritatis inventum est, subdetur injurijs tarditatis *l.* 22. *C. Theodos. quor. appell. non recip. Cujac. in π. C. si de momen. posses. fuer. appell. Cunrad. Rittershus. lib.* 5. *diffr. jur. civil. & can. c.*

25. Et quia modicum tantùm & reparabile præjudicium in illis vertitur, quod in judicio petitorio reparari potest. *Marant. de ord. judic. art. 2. part. 6. n. 294. Fach. 1. contr. 75.* Quod de jure canonico non obtinet, quo ab omni gravamine etiam in possessorijs appellare permissum est *c. cum ad sedem de restit. spol. c. 1. de sequestr. fruct. & posses. c. 59. de appell.* Per sententiam tamen Canonistarum, tolli præcipuum effectum interdictorum, & impediri celeres reformationes, eamque facilitatem appellandi non minimam multiplicandarum litium causam esse dicit C. I. *A. de appell. recip. vel non θ. 4.* Remota igitur appellatione omnibusque frustrationibus amputatis, ut dicitur *in l. 3. C. quor. bonor.* ex legitimè formato testamento sententiaque lata, missio procedat, possessionemque heres testificatione publicarum personarum accipiat, *hoc est*, judex competens heredem manu etiam militari, si sit opus, aut certè adjunctis viatoribus in possessionem inducat *arg. l. qui restituere 68. ff. de R. V.* quam *formam ipsius missionis* esse tradit *Giphan. ad L. f. C. de Edict. Div. Hadr. Toll. vers. 1. circa finem.*

XXXIV.

Finis & Effectus hujus missionis est idem qui aliorum remediorum possessoriorum: transferre scilicet commodum possessionis in ipsum possidentem, de quo loquitur *Gajus in l. 24. de R. V. & Vlp. in l. 62. ff. de judic.* quod varium est & multiplex uti videre licet apud *Petr. Frider. Mindan. Tr. de mater. posses. c. 8. & 9. per tot.* nec persequi speciatim hujus est instituti. Utut vero possessionis magna sit commoditas, per hanc tamen missionem tertio non generatur præjudicium, qui si controversiam moveat in possessionem misso, res coram judice competente disceptabitur & ei possessio adjudicabitur, qui potiora jura ostenderit *d. l. f. Iul. Pac. in analys. cod. de Edict. Div. Hadr. Toll. n. 6.*

XXXV.

Pinguior tamen hujus missionis est effectus, quam aliarum similium missionum, quæ nudam tantùm detentionem & custodiam tribuunt, de quibus *in l. 1. ff. ex quib. caus. in posses. eatur.* per hanc autem vera & plena possessio heredi acquiritur, uti quoque fit per missionem ex Carboniano Edicto *l. 3. §. fin. l. pen. ff. de Carbon. Edict.* cui similem hanc nostram esse missionem supra dictum est; ratio cur harum duarũ missionum sit major quam aliarũ effectus, hæc est: quia istis duabus mittuntur illi, qui contendunt se heredes vel dominos: alijs vero, creditores vel non domini, quibus satis esse potest vel debet, si custo-

diam

diam rerum nanciſcuntur, ne à Dominis iſtæ res perdantur vel diſtrahantur *Giphan. ad d. l. f. C. de Edict. D. Hadr. toll. n.* 4.

XXXVI.

Ad Effectum etiam pertinet, quod ab hac miſſione vel ejus ſententia non liceat appellare *l. un. C. ſi de moment. poſſeß. appell. fuer. l. f. ff. de appell. recip. vel non. l. 6. C. quor. appell.* de qua re ſupra.

XXXVII.

Affinis huic miſſioni eſt miſſio ex Carboniano Edicto, quod utraque detur vera & plena poſſeſſio: diſſident autem in eo, quod miſſio ex iſto edicto ad inteſtati cauſam pertineat, ſcriptoque heredi non detur *l. 3. pr. & §. 2. ff. de Carbon. Edict.* miſſio autem de qua hic diſputatur, teſtamentarijs heredibus tantùm competat. Eam differentiam quidam etiam conſtituunt inter hanc ipſam miſſionem & illam quæ ex interdicto quor. bonor. datur: quam tamen refutat generalis conceptio formulæ interdicti *in l. 1. ff. quor. bonor.* quam leges codicis ad caſum ab inteſtato reſtringere fruſtra quis dixerit: cum eas ad facti ſpeciem accommodatas eſſe conſtet, & loquantur de petita poſſeſſione contra tabulas, quam ex teſtamento eſſe docet *text. in §. 1. I. de bon. poſſeß. Cujac. in ϖ. C. quor. bonor. C. I. A. in tit. quor. bonor. θ. 3.* Unde conſequens affinitatem, non diſſimilitudinem inter has duas miſſiones quoad cauſam teſtati & inteſtati ponendam eſſe, quæ quoad alia quoque inter illas reperitur: negari tamen non poteſt alijs modis illas inter ſe diſcrepare: veluti in eo, quod petens miſſionem ex interdicto probare teneatur ſe filium vel agnatum eſſe, quod onus probandi non incumbit ei, qui *ex L. f. C. de Edict. Div. Hadr. Toll.* mitti deſiderat Qui & ſecundum ea, quæ ſupra dicta ſunt, non tantum in res corporales, ſed incorporales quoq;, jura puta, obligationes & actiones mittitur, quod ſecus eſt in eo qui petit mitti in poſſeſſionem ex interdicto quorũ bonorum *l. 2. ff. quor. bonor.* Hic itidem interdicto uti poterit tantum contra eos, qui pro herede vel poſſeſſore poſſident, ut is qui petit hereditatem *d. l. 2. quor. bon. l. 9. & ſeqq. de petit. hered.* Mittitur verò quis in poſſeſſionem ex *d. l. f.* contra omnem etiam juſtum poſſeſſorem *per d. l. f. ubi quoque Giphan. in Com. Cod. ad §. ſin autem. C. I. A. in tit. teſtam. quemad. aper. θ. 13. plures differentias habet Gloß. ad d. l. f.*

XXXVIII.

Affinis quoque petitioni hujus miſſionis eſt hereditatis petitio,

Wesenb. in π. ff. de hered. petit. n. 14. sed diversa in eo, quod hæc sit remedium petitorium, illa possessorium, item quod hereditas ab herede instituto adiri possit clausis tabulis, quod secus est in hac petitione, quæ non nisi apertis & inspectis tabulis fieri potest, ut constet vitium in illis non apparere *d. l. f.*

XXXIX.

Contrarium missioni, quæ ad implorationem officij judicis contradictore non existente fit, est vitium aliquod visibile in testamento, quod scilicet primâ figurâ seu aspectu statim oculos incurrit: veluti si cancellatum *hoc est* inductum: vel abolitum *hoc est* deletum sit: delentur autem quæ lituris corrumpuntur: inducuntur quæ cancellis *arg. l.* 1. §. 1. *& l.* 2 *ff. de his quæ in testam. delent l* 22. *C. de solut.* quamvis abolitum etiam quacunque ratione cassatum & sublatum dici possit *l.* 1. *C. Comm. de legat.* quemadmodum testamentum abolitum legitur *in L.* 26. *ff. ad L. Corn. de falf.* Et generaliter etiam illa deleta videantur, quæ inducta vel cancellata sunt *d. l.* 2. Quod verò de cancellatione & abolitione, vel quolibet alio vitio & modo infirmante testamentũ dispositum est *Gl. in d. l. f. C. de Edict. Div. Hadr. toll.* refert & restringit ad vitium, quod in parte aliqua essentiali reperitur, in loco vero non essentiali repertum ejusmodi vitium missionem non remorari asserit, quam restrictionem seu limitationem Dd. communiter sequuntur *Iason. in l. si unus C. de testam. Sichard. ad d. l. fin. n.* 19. *Herm. Meyrer. d. tr. lib.* 3. *tit.* 12. *n.* 5. *Giph. ad h. L. f. pag.* 120. *Achill. personal. de adipisc. posses. n.* 123. quo facit *textus h. L. f. ubi dicitur testamentum non debere esse vitiatum in quacunque suæ formæ parte*: cum autem forma det esse rei *l. Iulianus* §. *sed si quis* 3. *ff. ad Exhib.* Constitutionem de vitio circa partem substantialem conceptam esse concludit: quod rationem habet, quia testamentum partibus essentialibus legitimè formatis constans, subsistere potest absque accidentalibus, quæ substantiam rei non ingrediuntur, nec partes ejus esse rectè perhibentur. *Cujac. ad l. si unus verb. item si pactus ff. de pact.* ideoque nec vitiosæ nocere substantiæ, & eam tollere poterunt, si adsint.

XL.

Neque perfecta definitio esse videtur formæ, quam *Alciat. lib.* 5. *paradox. c.* 16. *n.* 1. refert. & *Menoch. de adipisc. posses. rem.* 4. *n.* 719. qua forma dicitur esse, quæ seriem & ordinem rei tribuit: cum non omnia, quæ sunt formæ ad seriem pertineant, argumento institutionis, quam ad formam seu essentiam testamenti pertinere nemo ambigit *l. f. de jur. Codicill.*

Codicill. illa tamen seriem non curat hodiè, sed respuit, §. *ante heredis I. de legat.* nec omnis series seu ordo neglectus rem vitiat, existente etiam ordine arbitrario, cui maximè in testamento locus est, in quo dominatur voluntas testatoris, quæ ultimas voluntates tanquam regina regit, præferturque ordini scripturæ *d.* §. *ante heredis l.* 19. *pr. ff. de cond. & demon. l.* 77. §. 12. *ff. de legat.* 2. *Schneid. ad d.* §. *ante heredis. n.* 3.

XLI.

In congruum igitur est formam testamenti seu essentiam ejus in ordine seu serie constituere: Ordo tamen, qui à solenni legis forma pendet ab essentia removeri non potest *l.* 6. *de solut. l.* 2. §. *prius de vulg. & pup. substit. l.* 4. *C. de sent. & inter loc. Schneid. allegat. loc. n.* 5. cum ad solennitatem testamenti pertineat, quæ de essentia testamenti esse traditur *Bolog. in l. sciendum. n.* 4. *&* 7. *ff. de V. O. Ioh. Dauth. de institut. hered. n.* 400. Quare cum testamenti confecti tempus, & invocatio nominis divini, ubi consuetuto & stylus eam requirit, omitti non possit nec debeat juxta *Receß. Imp. Colon. Anno* 1512. *ubi in* §. **vnnd nach dem** *&c. ita legitur* **nemblichen daß im anfang / nach anruffung deß Göttlichen Namens/von dem alle gutthat kompt** *Chilian König part.* 3. *proceß. c.* 40. *Rosbach. in arte notar. lib.* 1. *c.* 10. ad formam essentialem utrumque requisitum referendum est, quo facto elisa est instantia *a Menoch. cit. loc.* contra dictam rationem proposita: quo ipso consitente recepta opinio de vitio in forma seu parte essentiali testamenti probanda est: cum in judicijs sit magna vis communis sententiæ: Unde vitium visibile circa solennitatem commissum impedire hanc missionem dicendum est. Quod fortius in institutione procedit, quæ caput & fundamentum perhibetur testamenti, & de ejus substantia est omnimodo *d.* §. *ante heredis I. de legat. l.* 10. *l. f. ff. de jur. Codicill. l.* 1. *pr. ff. de hered. instit. Vasq. de succeß. creat. lib.* 2. §. 16. *n.* 21. *Ioh. Dauth. de institut. hered. n.* 273.

XLII.

Circa quæcunque verò substantialia commissum vitium invisibile non statim & primo intuitu apparens, missionem in mora non constituit: Unde si quis se filium defuncti præteritum esse alleget, aut falsum vel in officiosum testamentum seu alio vitio subjectum, vel servus defunctus esse dicatur, tamen scriptus heres in possessionem mitti solet *l.* 2. *C. de Edict. Div. Hadr. Toll.* qui textus cum de inaspectalibus vitijs loquatur, omnemque impediendi missionem vim ipsis adimat:

& hæc

& hæc ipsa missio non in judicio, sed extra illud à prætore postuletur *Giph. ad d. l. f. §. sin a. pag. m. G.* 120. ubi non disputatur de viribus testamenti, sed tantum requiritur, ut scriptus heres judici competenti testamentum ostendat non cancellatum, neque abolitum, nec ex quacunque suæ formæ parte vitiatum *d. l. f. Ioh. Dilect. de art. testand. tit.* 11. *cautel.* 20. *n.* 4. nulli penitus exceptioni ab ejusmodi vitijs petitæ, licet statim & incontinenti probari possit, locum esse arbitror cum *Giphan. d. loc.* licet plerique Dd. in contrarium abierint.

XLIII.

Vitium igitur in parte accidentali testamenti commissum missioni non obstat, quod singulariter de legato tradit *Curt. Iun. in d. l. f. n.* 6. *Salicet ibid. n.* 10. quibus accidentalibus testamenti partibus legata accenset *Ioh. Dauth. de testam. tit. de accident. testam. n.* 464. cum testamento illa non insint, nisi addantur *l.* 1. *§. qui neque legaturus ff. de hered. instit.* Idem sentiendum de tutelæ datione, clausula codicillari, usufructu in testamento relicto, conditionibus adjectis & alijs, quæ salvâ testamenti substantiâ adesse vel abesse possunt *Bolog. in l.* 58. *ff. de hered. instit. n.* 9. & 10. huc etiam pertinent Constitutiones executorum, quas omitti posse extra dubium est. *Corn. Cons.* 76. *n.* 12. *lib.* 4. *Ioh. Dauth. d. loc. n.* 465.

XLIV.

Contraria itidem isti missioni est contradictio legitimi contradictoris. Est autem legitimus contradictor, qui cum ante missionem res hereditarias possideat, se opponit adversus novam heredis missionem in possessionem *C. I. A. in tit. testam. quemad. aper.* θ. 12. Ut enim legitimus quis sit & dicatur contradictor, possidere eum oportet omnimodo, *per d. l. f. verb. sive qui ante detinens contradicendum putavit*: nec possidere eum sufficit, sed necesse est, ut possessionis suæ possit justum allegare titulum ad dominij scilicet translationem sufficientem, utpote pro donato, pro emptore vel similem talem *Cyn. ad d. l. f. n.* 20. & *sqq. Rol. à Vall. Cons.* 78. *n.* 5. *vol.* 3. *Quid. Pap. q.* 132. Ideoque nec fideicommissarius universalis, qui non possidet est legitimus contradictor: licet in continenti probare sit paratus de jure suo: neque enim sufficit eum esse fideicommissarium, sed necesse est ipsi factam esse restitutionem ab herede de cujus manu ipsum oportet capere hereditatem *l. restituta. l. quamvis §.* 1. *ad Sc. Trebell. text. in l.* 1. *ff. quor. legat.* ante eam restitutionem nullum censetur jus habere in hereditate. *Menoch. de adi-*

pisc.

pisc. possess. rem. 4. *n.* 633. *Rol. à Vall. Cons.* 78. *n.* 14. *Iob. Dilect. de art. testand. tit.* 11. *Cautel.* 20. *n.* 5. Quod magis in legatario ob tituli singularitatem obtinebit *Menoch. d. loc. n.* 642. Executorem quoque legitimum non esse contradictorem dubitandum non est: quia & ille de manu heredis distribuenda capere debet *l. nulli. ubi Gl. C. de Episc. & cler.*

XLV.

Isti vero missioni, quæ ex sententia in judicio summario lata contradictore existente procedit contraria est exceptio, quam legitimus contradictor obijcit petenti missionem: quæ duplex est *dominij* scil: & *præscriptionis longissimi temporis* Et dominij quidem exceptio possidenti seu contradicenti competit, ipsique plenissimam securitatem præstat, si ex utroque latere temporis prolixitas occurrit *d. l. f.* ex latere quidem possidentis conjuncta cum bona fide justoque titulo, sine quibus usucapionem non procedere indubitati juris est § 1. *I. de usucap. l. un. C. de usucap. transfor. l.* 27. *ff. de usucap.* à latere verò petentis missionem diuturna negligentia intercedit, per quam quodammodo alienasse rem negligens censetur *l.* 28. *ff. de V. S.* Odio enim simul negligentis & favore possidentis usucapio censetur introducta *Salic. ad d. l. f. n.* 24. propterea ex utroque latere prolixitatem textus quoad hanc exceptionem requirit, qua prolixitate probata dominum esse possidentem ponendum est, cum per usucapionem dominium acquiri certissimum *l.* 20. *C. de pact.* Quo posito submovet heredem exceptione dominij, quæ æque datur si agitur interdicto adipiscendæ possessionis *l.* 3. §. 13. *ff. ad Exhib. C. I. A. de except. θ.* 49. cui hoc remedium est cognatum.

XLVI. & ult.

Exceptio vero longissimi temporis, cum ex una parte prolixitas temporis occurrit, sc: heredis vel possidentis: præscriptio namque longissimi temporis negligentia quasi alienantis, cujus solius odio causatur *l. si ex multis. ult. C. de annal. except. Salic. d. loc.* contenta, titulum & bonam fidem non curat, sed sine ijs procedit *l* 3. 4. 8. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann. Nov.* 119 *c.* 7. *l.* 1 *C. de annal. except. Rittershus. in different. jur. civil. & canon. lib.* 4. *c.* 13. *Wesemb. in ff. de usurp. & usucap. n.* 7. Alterutrâ ergo harum exceptione à contradictore probatâ, potiora jura ipsus habere censetur, cessatque missio in possessionem. Et si forsan paria jura alleget heres, nihilominus tamen possidens in sua possessione confirmandus est *C. I. A. in tit. testam. quemad. aper. θ.* 12. *n.*

 5. ipsius

§. ipsius enim tanquam possidentis meliorem conditionem *l. f. C. de R. V.* *l. si servum* 91. §. 3. *ff. de V. O.* negare nulla ratio patitur. Et hæc sunt, quæ succinctè de hâc materâ quotidianâ & nobili proponere volui.

DEO OPTIMO MAXIMO.

Immortales grates gratiasque agens, cui sit laus honor & gloria in sempiterna secula.

450

FRIDERICO OTTONI

Pro

Adoreâ, titulo, insignibus ac privilegiis in utroque jure consequendis disputanti.

Feliciter acclamat hoc anagrammate.

FRIDERICUS OTTO.
DOCTUS ERIT FORI.

SAcra Poësis habet, sic est! commercia cœli,
Et vati ex alto Spiritus ille fluit.
Impiger ad sophies fueras dum ductus ad aras,
Et sacra libaras prima favente choro.
Dispositis anagramma notis è nomine nudo
Ille FORI, cepi scribere, DOCTUS ERIT.
Sic animi nostri ducunt præsagia mentem,
Sic sua non oestro vera deesse vides.
Grator! nam jussit quod momen, nomen & omen,
Id nunc insomni sedulitate probas.
His meritis sanè dignus, quem civica laurus
Cingat, & egregio mater honore Themis.
Me monitore vigil sacraria pura Themistos
Lustrasti, ut juris consolidetur opus.
Hinc talem in primâ vidi te pube minatum
Qualis ERIT DOCTUS dicere Jura FORI.
Ut tu jura colis, sic te Themis ipsa veretur,
Jura cuique suum sic tribuisse vides.

Johannes Heinricus Schill
J. U. D.

FINIS.

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-492856-p0030-3

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-492856-p0031-9

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-492856-p0032-4

ULB Halle 3
005 714 745

VD17

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-492856-p0033-0

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-492856-p0034-6

437. 5. 7.
1641, 7.
27

INAUGURALIS
DE
IONE
SESSIO-
STAMENTO

e Edict. D. Hadr. toll.

iam
ENTE GRATIA

TE ET DECRE-
nsultorum ordinis in
ratensium Uni-
itate.

ro
QUE JURE INSIGNI-
nitatibus Doctoralibus,
onsequendis.

ure subijcit

US OTTO
is Ph. M.

ajore, mense
Aic r 6.
TORATI,
NIS ANDREÆ,

1. DC. XLI.

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-492856-p0035-1