





1721 6a⁷⁹
DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA

DE

Q V E R E L A
I N O F F I C I O S I F R A -
T R V M C O N S A N G V I
N E O R V M

QVAM

IN DVLTV INCLYTAE FACVLTATIS IVRIDICAE

IN REGIA FRIDERICIANA,

PRAESIDE

DN. IVST. HENNING. BÖHMER O. IC.

POTENTISS. REG. BORVSS. A CONSILII INTIMIS

PROF. IVR. ORD.

PATRONO SVO OMNI ANIMI SVBMISSIONE COLENDO

PRO LICENTIA

Summos in vtroque iure obtinendi honores, & priuilegia

DOCTORALIA

D. IANVAR. MDCCXXI.

H. L. Q. C.

eruditorum examini submittit

M. IOANNES PAVLVS *Türcke,*
ALTENBURGENSIS

HALAE MAGDEBVRGICAE,

Typis CHRISTIANI HENCKELII, Acad. Typogr.

DISERTATIO IN VARIOIS IURIDICIS

DE

QVIERE
IN OFFICIOSI ER-
TRAM CONSANGVI
NEORVM

QVAM

INDITTE INCLITAE FACULTATIS IURIDICAE
IN REGIA ERIDERICIANA

PRÆSIDI

DNIVST. HENNING. BOHMER. O. I. C.

POTENTISS. REG. BORVS. A. CONSILII. INTIMS.

PROF. IVR. ORD.

PATRONO SVO OMNIVM IURISCONSULTORVM COLENDO.

PRO LICENTIA

Summus in vtroque iure obtinendi honores, & privilegia

DOCTORATIA

D. IANVAR. MDCCXXII.

M. L. G. C.

Eruditorum examini submittit

M. IOHANNES PAVLVS BIRCH

ALTBVRGANSIS

HARLE. MEDICÆ. FACULT.

Typis Christiani Henckens, Act. Typogr.





DISSERTATIO INAUGVRALIS
DE
QVERELA INOFFICIOSI
FRATRVM CONSANGVI-
NEORVM.

§. I.



Constans plerorumque Communis doctrina de querela fra-
interpretum iuris est traditio, fra-
tres germanos & consanguineos soror-
trum.

resque querelam inofficiosi contra
fratris defuncti testamentum mo-
uere posse, si turpis vel lenis no-
tæ macula laborans persona insti-
tuta iisque prælata est, non item v-

terinos per *l. 27. C. de inoff. testam.* Quo planior vero
sententia huius legis primo aspectu esse videtur, eo ma-
ioribus subiecta scopulis deprehenditur, si paulo accu-
ratori examine eius intimas peruoluimus rationes.

Quid enim causæ est, quod excludantur *uterini*, qui ta- malis inno-
men paria cum *consanguineis* iura acceperunt in *Nou. 118.* luta dubiis.

A

Qua

Qua de causa tantum fratres querelam mouere possunt turpi persona instituta? & quanam talis est? quæ leuis notæ macula laborans? Denique num tantum hoc pertinet ad fratres *consanguineos*, an vero etiam ad *germanos*? Postulant hæc & similia dubia, vt paulo altius huius querelæ natales euoluantur, progressus ostendantur, & collato iure nouo tandem inquiratur, num adhuc hodie *consanguinei* h. e. eodem quidem patre, diuerfa tamen nati matre, ad hanc querelam admittendi, & vtrum *germanorum* & *consanguineorum* circa eam paria sint iura? quod nonnulli etiam in dubium vocant.

§. II.

Origo querelæ inofficiosa ex iure non scripto.

Querelam *inofficiosa* testamenti magis interpretatione prudentum & moribus inualuisse, quam lege scripta fundatam fuisse, argumenta a celeberrimis viris, CORNELIO VAN BYNKERSHOEK lib. II. obseru. iur. Rom. c. 12. IOANNE VAN DE WATER lib. I. obseru. iur. Rom. c. II. HVGONE DONELLO lib. XIX. c. 3. HOTTOMANNO disp. de quarta legitim. c. I. adducta euidenter ostendunt. Qui ad edicta prætorum, vel ad L. Gliciam cum GRAVINA de corrig. iur. ciu. lib. 3. §. 80. prouocant, omni idoneo destituuntur præsidio, quo causam suam instruant, nudisque coniecturis inanibus ducuntur. Videlicet LL. XII. tabb. testatoribus latissimam liberrimamque dederant potestatem de bonis suis disponendi. Decemuiri enim ita cauerant: *vti quisque rei suæ legasset, ita ius esto.* His verbis illimitatam potestatem, vltima voluntate disponendi, contineri, animaduertebant ICTI. Testis est POMPONIVS in l. 120. D. de V. S. verbis legis duodecim tabularum his: *vti legasset rei suæ, ita ius esto, latissima potestas*

FRATRVM CONSANGVINEORVM. 3

testas tributa videtur, & heredes instituendi, & legata & libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Videbatur hæc lex accommodata esse ad libertatem popularem, qua nihil prius nihil potius habebat populus Romanus. Rationes *dominii quiritarium* talem potestatem ciuibus indulgebant, & vires patriæ potestatis, nullis limitibus circumscriptæ, non poterant non insignes ad hanc licentiam accessiones facere, accedente imprimis antiquo testamentorum vsu, in *comitiis conditorum*, quo his publicam conciliabant auctoritatem, vt vel consensu ipsius populi valerent, quod indicat antiqua formula: *velitis inbeatis quirites* &c. Hoc modo condita testamenta admodum rata erant, vt ex capite *inofficiosi* rescindi haud possent, cum, si vel maxime humanitatem læderent, auctoritate tamen *comitiali* pollebant, & ita his temporibus talis rescissio incognita erat.

§. III.

Nihilominus hæc profusa & amplissima licentia testandi insignes producebat abusus, incommoda, iniuquitates, quemadmodum in genere nimia libertas ciu-
Abusus ex nimia licentia testandi.
 um magis obesse quam prodesse solet rebus publicis & priuatis. Agnouit id ipsum CICERO *lib. XI. epist. 12*, *Omnino est hoc populi. MAXIMEQUE NOSTRI, in eo potissimum abuti libertate, per quem eam consecutus sit.* Inde enim eueniebat, vt parentes sæpe maligne circa sanguinem suum inferrent iudicium, nouercalibus delinquentis instigationibusque corrupti, vt *ICtus* fatetur in *l. 4. D. de inoff. testam.* maxime cum iam *mystica* conde-
 re inciperent testamenta, quibus decipi poterant liberi, fratres, parentes alique, qui spem succedendi haberent.

A 2

Arbi-

Arbitrabantur ciues, se eos pro lubitu exheredare posse, quos & occidere poterant, vt PAVLVS in *l. ii. in f. de liber. & posth. hered. instit.* rationes subducit, vnde auctorior, olim sub republica libera ne quidem *quarta legitime* ius cognitum, sed vt *van. de WATER Lib. I. docet*, sub imperatoribus illud demum indroductum fuisse, quod quidem negat ANTON. CONTIVS *lib. i. lect. subseciv. c. 3.* putatque querelam eodem tempore, quo quarta legitima introducta est, inualuisse; sed sine solido fundamento. Eadem licentia effrenis nouum peperit abusum, quod legatis totum patrimonium exhaurirent, vt heredi præter inane nomen nihil amplius relinqueretur, facente ipso imperatore in *pr. I. ad L. Falcid.* Et quid dicam de fratribus, parentibus aliisque, quos necessitudo sanguinis ad successionem defunctorum vocabat? hos sæpe numero inhumano modo, contra pietatis officium, sine vlla iusta causa, a successione excludebant, hominesque pessimæ notæ sordidosque iis præferabant, vel ad minimum extraneos, a lege ad successionem non vocatos. Non peccabant hoc ipso quidem contra regulas *iusti*; *humanitatis* tamen regulas adeo violabant, vt quotidiana querelæ hac de causa fora personarent. Interim constabat, ratum esse debere, quod a regulis iuris non absolute deuiabat, nec id, quod *humanitati equitati*que aduersabatur, ad rescindendum testamentum idoneum aptumque esse.

§. IV.

Inde cogitatum de reuocandis testamentis iniqua rescindendi.

Tandem tamen, tot querelis de *inhumanis & iniuris* hisce *dispositionibus* emergentibus, magis *humanitatis* quam *stricti iuris* ratio habita fuisse videtur. Quamuis enim

FRATRVM CONSANGVINEORVM.

enim, prout dictum est, sola *humanitatis violatae* ratio ad irritandum actum sufficere haud possit, occasionem tamen praebere potest, vt, crescente nimium abusu, paulatim noua praesidia contra eum excogitentur, interpretatione prudentum adiuuentur, laudentur, commendentur & moribus tandem confirmentur. Inhumanum erat proximos immerentes praeterire & a successione arcerere cognatos: inhumanius parentes & fratres: inhumanissimum vero liberos. Pietatis & sanguinis vinculum hos ad successionem vocabat huius officium violabat, qui nihil tale meritos excluderat, & inde tale testamentum *inhumanum improbum & inofficiosum* ex merito vocabatur, quod quidem *iure stricto* validum ratumque, ^{sub colore} improbe tamen conditum erat. Hanc *impietatem* ^{gradum furoris moralis} *ICl* furori aequiparandam esse censuere, *nec enim atrabili solum* mens, sed etiam iracundia grauiore vel timore vel dolore mouetur, quo gene furere dicuntur homines, vt ait CICERO lib. 5. *Tusc. quest.* Quin quod quoduis scelus, & impietas furor moralis recte dicatur, si inordinatum & peruersum voluntatis pruritus intuemur. Id ipsum rursus CICERO orat. in *L. Pison.* his declarat verbis: *sua quemque fraus. suum facinus, suum scelus, sua audacia de sanitate & mente deturbat: haec sunt impiorum furiae, haec flammæ, haec faces.* Inde interpretatione prudentum paulatim obtinuit, vt talia testaments impia, quasi a furioso facta, dicerentur, & eorum rescissio a centumuirili iudicio, quod de hereditatibus ius dicebat, vrgeretur, & suadente singulari aequitate, nonnunquam impetraretur, vt *ius strictum* ex *humanitati* temperaretur. Praesto sunt eiusmodi exempla apud VALERIVM MAXIMVM lib. VII. 2. 7. ^{quod exemplis declaratur,}

quæ declarant, impia talia testamenta auctoritate centumviris iudicii rescissa fuisse. Tale testamentum inhumanum M. Anneius a patre præteritus apud centumviros rescidit, quod quidem auctoritate Pompeii magni, eius signatore, nitebatur; sed *artissimum*, ait VALERIUS, *inter homines procreationis vinculum, patris simul voluntatem, & principis viri auctoritatem superavit.* Simile quid constituit AVGVSTVS in TETTIO, quoniam Tettius in proprio iure procreato filio summa cum iniquitate paternum nomen eiurauerat, vt locum VALERII emendat LIPSIVS. Pari ratione Terentius a filio exheredatus rescisionem testamenti obtinuit. *Mouit Pisonem prætorem, patria maiestas, donum vite, beneficium educationis: seu aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus quod cum patre septem fratres IMPIE exheredatos videbat.* Alia huius farinae improba testamenta adducuntur a VALERIO *cit. l. c. 8.* quæ tamen rata mansere, quod hi, quibus iniuria facta erat, eam æquo potius ferre animo quam iudicio contendere mallent. *Æbutiæ tabulæ plene furoris fuisse dicuntur, in quibus alteram filiam instituit, alteram vero sine vlla iusta causa exclusit, quas hæc tamen impugnare recusavit, eo se ipsa indigniorem iniuria ostendens quo eam equiore animo sustinebat.* Non leuis enim videbatur iniuria liberis aliisque heredibus illata, si hereditas lege debita, sine vlla iusta causa, iis adimeretur, quam naturalis charitas commune votum parentum & sanguinis necessitudo iis deferrebat. *l. 8. pr. de inoff. testam.* Pompeius Reginus testamentum fratris præteritus erat, *instituti vero heredes nequa sanguine patrio pares, neque proximi: sed & alieni & humiles: vt*

non

non solum flagitiosum silentium, sed etiam prelatio contumeliosa videri posset, nihilominus tamen multum ac diu inter assentes indignationi suæ amicos quæstus quod ad hæc iudicium attinuit, cineres fratris quietos esse passus est, victoriam sine dubio obtenturus, si contendere voluisset.

§. V.

Inde natales suos querela inofficiosi testamenti accepit, inde sine dubio dicta, quod inique exclusi aut præteriti conquererentur de iniuria sibi facta, de testamento contra pietatis humanitatis & officii regulas condito, imo de ipso furore maroli defuncti. Hunc in finem hoc colore utebantur exclusi, quasi defunctus non fuisset sanæ mentis, cum testamentum condidisset, & eo sub obtentu rescissionem testamenti impetrabant ex æquo & bono. Pedetentim hæc querela in meliorem formam redacta & variis aucta legibus, vt non amplius ab arbitrio centumuirilis iudicii dependeret simpliciter, sed ex legum auctoritate & circumscripta forma subsisteret.

§. VI.

Hac constituta, restricta paulisper fuit facilitas admittendi querelas hæc, cui nimium quandoque indulgisse, videntur centumuiri ex quadam cerebrina æquitate, ceu nonnulla exempla apud VALERIVM lib. 7. c. 8. docent. Obseruat id ipsum quoque IOANNES VAN DE WATER c. 1. c. 12. & eousque, ait, profusa iudicum sub primis imperatoribus in admittendis querelis facilitas se porrexit, vt sanguine remotiores, imo nullo sanguinis vinculo nexi, si de testante se bene meritos vel propensam eius voluntatem licet nudis & vix seriis verbis aliquando prolatam rite probassent, hereditatem insituti auocare potuerint. Nouus hic abusus,

Sæpius nimium ex æquitate cerebrina extensa a iudicio centumuirili.

EX

ex iudicum *cerebrina equitate* nonnunquam deductus legibus merito circumscribendus fuit. Paulo liberius arbitrium iudicibus, more iam inueterato, datum erat, quo non poterant non abuti, qui sub prætextu *violatæ humanitatis æquitatisque* amico gratificari volebant. Ad hos motus inordinatos compescendos necessarium fuit legum frenum, quo ad certos limites coerceretur iudicum audacia. Videtur autem primo querela tantum fuisse restricta ad heredes legitimos ab intestato, & quidem imprimis ad *proximiores*. Iam tempore *VLPIANI* ultra *fratres & parentes* querela rarius admittitur. Ita enim in *l. 1. D. de inoff. testam.* Sciendum est, frequentes esse inofficiosi querelas: omnibus enim tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent. Non absolute ius, querelam mouendi, denegat, ceteris consanguineis *ICTUS*, quin potius præsupponit, legem quidem prohibitiuam deesse, interim varias difficultates occurrere, quibus obsepti rarius eo tempore superiores in lite existerent. *Parcius* iam remotioribus querela indulgebatur, & non nisi concurrentibus singularibus æquitatis rationibus dabatur. Idem *VLPIANVS* in *l. 9. §. 6. d. inoff. testam.* posthumo etiam hanc querelam dari ait intuitu testamentorum eorum, quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in vtero fuerit mortis eorum tempore. Addit vero: *sed & cognatorum, quia & horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere*. Fratres nomine cognatorum intelligendos esse, communiter aiunt; verum quoniam etiam alios proximiores hac appellatione *ICTO* significare potuerit, ratio adducta docet, Tandem rescriptis principum adeo restricta,

Inde restringi
cepit.

FRATRVM CONSANGVINEORVM. 9

cta, vt remotiores ab illa exclusi fuerint. Tempore DIO- *ad fratres.*
 CLETIANI & MAXIMIANI enim vltra fratres nemo am-
 plius ad querelam admissus est, ceu liquido monstrat *l. 21.*
C. de inoff. test. anno 244. lata vbi ita: cum nemo eorum,
qui ex transversa linea veniunt, exceptis fratre & sorore, ad
inofficiosi querelam admittatur.

§. VII.

Illud olim parum referebat, quinam essent instituti, *Dabatur olim*
 honesti an turpes; sufficiebat, hos præter meritum esse *querela indi-*
 exclusos, quibus successio ex lege debebatur. Etiam *stincte contra*
 fratribus & sororibus *indistincte* hæc querela dabatur *quosunque*
 quamvis iniuria eo grauior & intolerabilior esset, si ho- *heredes scri-*
 mines fordidi, & turpissimi iis essent prælati, vt recte ob- *ptos.*
 seruant VAN DE WATER *cit. l. c. 12.* & HERTIVS *de fra-*
 tris Germani *querela adv. quosunque sect. II. §. 3.* Qua de
 causa in *l. 5. & 21. C. de inoff. testam.* non fit mentio turpium
 vel macularum personarum institutarum, quamvis
 de fratribus & sororibus vtraque lex disponat, cum eo
 tempore non illud, quis esset institutus? sed potius hoc
 quis præter meritum exclusus? quaerebatur. Nec enim
 satis fundata est coniectura IACOBI GOTHOFREDI *ad*
l. 1. C. Theod. de inoff. testam. arbitrantis, fratres non aliter
 ante CONSTANTINVM. admissos fuisse, quam si
 servus, vel extraneus vel non municeps institutus fuerit.
 Colligit hoc ipsum ex *l. 31. §. 1. D. de inoff. testam.* vbi Ictus
 ita: *quantum ad inofficiosi liberorum vel parentum querelam*
pertinet, nihil interest, quis sit heres scriptus ex liberis an ex-
traneis, vel municipibus. A contrario sensu inde concludit, *Etiã quoad*
 quoad fratres, multum interesse, quis heres scriptus sit, *fratres exclu-*
 quod horum non fecerit mentionem. Enimvero quod *sos.*

B

tan-

tantum *liberorum & parentum* mentionem fecerit Ictus, inde non statim fratres excludere voluit, ne dicam argumenta talia minus concludere. Aliud præsidium quaerit GOTHOFREDVS in l. 24. eod. quæ de fratre agente loquitur, supponitque casum. *si heredes scripti diuersi iuris fuerint* h. e. prout exponit GOTHOFREDVS si *liber cum seruo, cuius cum peregrino, municeps cum non-municepe* instituti fuerint. Eiusmodi vero personas diuersi iuris in cit. l. non necessario præsupponendas esse, iam obseruauit VAN DE WATER cit. c. 12. p. 71. cum *diuersi iuris* personæ recte dici possint *frater & extraneus*. Quid enim, si frater natu minor & extraneus fuerint instituti, fratre natu maiore excluso? Contra *extraneum* quidem obtinere poterit frater exheredatus non æque contra fratrem; cum per illius, non huius institutionem læsus fuerit, & inde euenerit, vt pro parte testatus & pro parte intestatus testator decessisse videatur. Diuersi enim iuris recte dicuntur qui *diuerso iure* gaudent, quales sunt *heredes legitimi & extranei* in hac de *inoffioso* doctrina Conf. l. 15. §. 2. d. *inoff. testam.*

§. VIII.

Querela competebat secundum ordinem & ius succedendi ab intestato.

Et primo quidem liberis.

Sicuti itaque querela hæc introducta est in fauorem eorum, quos lex ad successionem vocabat, a qua per *iniuriam* erant exclusi, ita simul liquet, eo ordine quoque conquerentes admissos fuisse, quo ad successionem vocati essent. l. 6. §. 1. d. *inoff. testam.* Nec enim de *iniuria* sibi facta conqueri poterant, qui ne quidem, tabulis non extantibus, succedere poterant, ideo, quod a proximioribus excluderentur. Inde prima causa sine dubio erat *liberorum suorum: emancipatis directo querela* non datur,

FRATRVM CONSANGVINEORVM, 11

barur, quod iure civili non succederent: beneficio prætoris tamen admitti poterant, accepta bonorum possessione *litis ordinande gratia*, qua demum ius succedendi ex iure prætorio consequiebantur, quæ suis minus necessaria erat, quod ab intestato a lege iam essent vocati. l. 7. l. 8. D. de inoff. testam. Prætor demum emancipatos reddebat capaces successione, & data *bonorum possessione* efficiebat, ne iis conquerentibus amplius obici posset, sibi nullam factam fuisse iniuriam per exclusionem, & consequenter locum querelæ haud esse. conf. AVERA-
 NIVS lib. 1. interpret. iur. c. 8. n. 14. sqq. Liberis deficientibus fratres statim admissos fuisse arbitror, quod hi ante parentes succederent, ut liquet ex pr. l. quib. non est permiff. l. f. C. comm. de success. post suos enim statim consanguini vocabantur, ut docet Ictus in l. 1. §. 9. de suis & legit. hered. Quoad parentes tamen erat quædam diversitatis ratio, utrum suus an vero emancipatus decessisset? illo decedente ab intestato: nullis liberis vel fratribus superstitis, ad parentes eius pertinebat peculium castrense & quasi castrense iure quodam postliminii. l. pen. §. 3. de castrens. pecul. Et hoc est, quod dicitur in l. 15. pr. d. inoffic. testam. quod etsi parentibus non debeatur filiorum hereditas, iure scilicet succedendi ordinario, turbato tamen ordine mortalitatis non minus quam liberis pie relinquere debeat, eo scilicet modo, quo bona filiorum pater olim capere poterat. Emancipato vero mortuo, pater exemplo patroni iure prætorio deficientibus defuncti liberis naturalibus, succedebat, l. 1. pr. D. si. à par. quis manumif. & ita exheredatus, accepta itidem bonorum possessione *litis ordinande gratia*, ad querelam admittebatur, eo tamen

Deinde fratribus & parentibus.

Admisso edi-
cto successo-
rio.

men ordine, quo iure pratorio vocatus erat, de quo vid.
tit. *I. de success. libert.* Hæc eadem ratio quoque faciebat,
vt *successorio edicto* locus esset in querela, si proximior
nollet aut non posset accusare. *l. 31. pr. D. de inoff. testam.*
VINNIUS *lib. 1. select. quest. c. 2.* Illustrat hoc PAPINIA-
NUS in *l. 14. D. eod.* exemplo patris, qui filium emanci-
pauerat, retento ex eo nepotem. Hic postea alio filio
fufcepto, duobus exheredatis, patre præterito, vita de-
cessit. Hoc casu *liberorum* causa præcedebat, & patris
intentio adhuc pendebat. Quod si enim contra filios,
probata ingratitude, iudicatum fuerit, pater ad que-
relam vocabatur, & suam intentionem implere poterat.
Hoc casu vero *iure proprio* querelam mouebat sequens:
quandoque etiam *iure transmissio*, si exheredatus, præ-
parata querela, decedebat, quam heres *ex persona defun-
cti* continuare poterat, *l. 6. in f. l. 7. D. l. 5. & l. 34. C. d. in-
off. testam.* licet alias *iure proprio* ad querelam admitti
haud potuerit.

§. IX.

Per querelam
inte. datur
succ. ff. ab
intestato.

Et ipsa quere-
la erat petitio
hereditatis.

Dictum est ex *l. 14. d. inoff. testam.* patrem, filio a
querela remoto, suam *intentionem* implere potuisse.
Quorsum vero hæc intentio tendebat? sine dubio *suc-
cessionem ab intestato* pro scopo habebat, a qua exhereda-
tus inique & sine iusta causa exclusus erat. Qui ergo
agebat, vnice hanc *successionem* intendebat, sicuti ab
agendo repellatur, cui omnis spes succedendi ab in-
testato ademta erat. Quæ cum ita sint, merito in ho-
rum castra transeundum esse iudico, qui hanc querelam
petitionem quandam hereditatis esse arbitrantur, negant-
que, hac querela tantum rescindi testamentum, & eo
re-

Argum. secundum in quod hic desit omnium successio tum ex testamento tum ab intestato.

RIVS MAXIMVS *lib. 7. c. 7.* & *contra pietatem, æquitatem & humanitatem* legitimo heredi prætextu tabularum hereditatem præripere intendat; imo eo respectu, quo testamentum *ut inofficiosum* arguitur, non est heres verus, sed iniquus hereditatis alienæ detentor. Id SEVERVS & ANTONINVS in *l. 1. C. eod.* fassi sunt constituentes, heredem scriptum perinde teneri, *ac si pro herede vel pro possessore possideret.* Aiunt porro dissentientes: *hereditatis petitionem esse vel ex testamento vel ab intestato;* ad neutram classẽm vero hanc querelam referri posse, non *ex testamento,* quo exclusus est actor: non *ab intestato,* quod successiois huius, tabulis extantibus, nulla ratio sit. Ego vero assero hanc petitionem sese fundare in *successione ab intestato vel bonorum possessione,* quod vel indeliquidum est, quia emancipati, antequam agerent, bonorum possessionem *litis ordinandæ gratia* impetrare cogentur, ut successiois ab intestato hoc modo capaces redderentur. Præterea qui agit, id ipsum *urgere,* quod tabulæ *furoris plenæ* sint, quodque per *iniuriam a* successione ab intestato exclusus sit; tabulis autem eiusmodi *furoris plenæ* extantibus, successio ab intestato in effectu non adempta videtur. Urgent porro dissentientes: alio ordine querelam dari & alio deferri successiois ab intestato: id vero, saltim iure veteri, quo hæc querela introducta est, falsum esse, supra iam observavi, ostendique eodem ordine dari querelam, quo ab intestato succeditur. Vtrum vero hoc ipsum iure nouo mutatum fuerit, ex infra dicendis apparebit.

§. XI.

Nouum argumentum quod

Speciosior hæc est obiectio, quod actori in hac querela

rela vincenti non adiudicetur hereditas, l. 6. s. 1. d. inoff. te-
in hac quere-
la non adiu-
dicetur here-
ditas vin-
centi,
 stam. nec qui totam querelam habuit, & in ea obtinuit, to-
 tam consequatur hereditatem l. 19. eod. id quod tamen fie-
 ri deberet, si querelæ huic inesset hereditatis petitio. Ego
 vero hoc argumentum inuertendum, & asserendum esse
 iudico, omnino in hac querela hereditatem ab intestato
 adiudicari, cum eam petat, euincat, vindicet. Hoc innuit
 Ictus in l. 7. §. 1. de hered. petit. vbi hæc duo coniun-
 guntur: *dicens suscepturum se de inofficioso testamento iu-*
dicium & petiturum hereditatem. Nec PAVLVS in l. 17. pr.
de inoff. testam. aliter philosophatur, quin potius præsup-
 ponit, per hanc querelam hereditatem adiudicari vi-
 ctori. Referam speciem ibidem propositam, quæ hanc
 illustrabit sententiam. Pater duos filios, quos tantum
 habebat, exheredauit, instituta eorum nouerca: alter
 eorum egit querela inofficiosi, & alter abstinuit. Quid
 si ergo ille obtineat? an victoria hæc quoque profit ei, qui
 querela abstinuit? Ratio dubitandi his continetur ver-
 bis: *quia rescisso testamento, alter quoque ad successionem*
vocatur & ideo vniuersam hereditatem non recte vindicasset.
 Vindicauerat itaque vniuersam hereditatem frater ex-
 heredatus per hanc querelam, eaque illi, si obtinebat, ad-
 iudicanda erat. Hoc innuit ratio decidendi hæc: *hic se*
obtinuerit, vtetur rei iudicatæ exceptione, contra fratrem sci-
licet, querelam haud mouentem, & tamen ex postfacto a
fratre victore hereditatem pro parte dimidio petentem.
 Quomodo enim hac exceptione vti potuisset nisi vni-
 uersa hereditas ei esset adiudicata a contumuiris? quod
 etiam indicant verba sequentia: *quasi contumuirum hunc so-*
rum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intesta-
tum

tum (defunctum scilicet, per adiudicationem hereditatis ab intestato) crediderint.

§. XII.

Explicatur l.
6. §. 1. d. inoff.
testam.

Neque vero contrarium colligi potest ex l. 6. §. 1. de inoff. testam. cuius species hæc est: *Si quis ex his personis que ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit*, (nam olim etiam amicos & benefactores quandoque egisse docet VALERIUS lib. 7. c. 8.) *nemo enim eum repellit* (licet adfuerit filius exheredatus, qui potuisset interueniendo enim repellere, id quod tamen neglexit, non animo repudiandi, sed quod forsitan aliter impeditus esset) & *casu obtinuerit*, quia centumuirorum arbitrium nimis laxum erat, ut quandoque casum pro amico admitterent. Quæritur iam quid iuris? an hereditatem retinere poterit, quam obtinuit rescisso testamento, per querelam? Id enim erat consequens victoriæ obtentæ, adeoque necessario præsupponi debet, ei hereditatem adiudicatam imo traditam fuisse. Quia tamen postea filius, quasi e somno excitatus, vindicat a victore hereditatem & sibi exceptionem *rei iudicatæ* non obesse posse, allegat, quæstio mota fuit quid iuris? Respondet ICRUS, non prodesse victori victoriam, sed *his, qui habent ab intestato successionem, num intestatum patrem familias fecit*. Neque enim *rei iudicatæ* exceptio ei opponi poterat, qui non egerat, nec victor hereditatem retinere, quod nullam succedendi ac intestato facultatem haberet, quin potius ea his restituenda, qui, postquam testator intestatus factus est, ab intestato succedere possunt. Neque porro præsidium dissentientibus præbet PAVLVS in l. 19. eod. cuius species hæc est: *mater decedens extraneum ex doctante heredem*

Explicatur l.
19. de inoff.
testam.

FRATRVM CONSANGVINEORVM. 17

redem instituit, filiam vnā ex quadrante, aliam præteritis: hæc de inofficioso egit, & obtinuit. Quæritur quomodo filie scriptæ succurrendum sit? Ratio dubitandi duplex erat, quæ filie scriptæ magnopere obstabat. Prima erat, quod filia præterita egerat contra extraneum & sororem, adeoque dici seu obiici poterat, eam, quæ ommissa est, etiam si totam hereditatem ab intestato petat, (quod per querelam ab ea motam fiebat) & obtineat, quia testamentum vt inofficiosum rescindebatur, solam habituram vniuersam successionem, quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem. Respondet vero Ictus: sed non est admittendum, vt aduersus sororem audiatur, agendo de inofficioso. Hæc verba ostendunt, sororem omissam tantum egisse de in officioso, & vt antecedentia declarant, totam hereditatem ab intestato ea querela potuisse, & obtinuisse. Ita vero intelligendam esse sententiam putat Ictus, vt tantum victoriam obtinuerit contra extraneum, non contra sororem, per cuius institutionem non erat læsa. Altera ratio, quæ filie scriptæ obstabat, hæc erat, quod adeundo hereditatem maternam ex testamento, censetur renunciaisse successioni ab intestato. Respondet vero recte Ictus: dicendum est, non esse similem, omittenti eam, quæ ex testamento adiit. Probat hoc ipsum eo argumento: nec enim, quæ ex testamento adiit, quod putat valere repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri, id quod in sequentibus vltius declarat, & tandem concludit: Ex quibus apparet non recte totam hereditatem præteritam, quæ de inofficioso agit, VINDICARE, cum rescisso testamento etiam institui e saluum ius sit adeunde hereditatis ab intestato. Sic itaque ex hoc

C

tcx-

textu plus quam manifestum est, executionem sententiae in querela latae esse *restitutionem hereditatis ab intestato*, nec necesse esse, ut duplici remedio hic agatur, *querela*, scilicet, ut remedio quodam *preparatorio*, & *hereditatis petitione*, cum haec illi insit, & executio in illa deficeret, ni statim absque vlllo nouo remedio in ipsam hereditatem illa possit fieri. Haec velideo plenius explananda fuere, ut constaret, hanc querelam non tantum operari, id quod insigne nobis argumentum praebit in querela a *fratribus consanguineis* mouenda.

§. XIII.

Frates uterini a querela exclusi.

Quia vero supra §. 6. *inf.* iam obseruatum est, per *l. 21. C. de inoff. test.* anno 294. latam, querelam ultra fratres & sorores in linea transuersa non fuisse extensam, specialius nunc indicandum est, quid postea per nouas leges circa querelam fratrum immutatum vel declaratione quadam illustratum fuerit? CONSTANTINVS in *l. 1. C. Theod. de inoff. test.* declarationes duas addit, quarum altera ex iure antiquo fluxit; altera vero nouum plane ius constituit. Per primam *fratres uterinos* ab inofficiosi querela arcuit, non alia de causa, quam quod essent *cognati*, de iure ciuili a successione legitima, quae solius *agnationis* rationem habebat, prorsus exclusi, cum tamen non aliis querela competeret, quam quibus *successio ab intestato* attributa est. Ceterum quamuis *uterini fratres* ex edicto praetoris, *unde cognati*, succedere possent, ea tamen successio iis ad querelam mouendam non proderat, quia, omnibus demum agnatis deficientibus, huic edicto locus erat. *pr. 1. de success. cognat.* Quia vero

Quod successio legitima iis esse denegata.

ro post fratres germanos, agnatorum nulli ad querelam admittebantur, qui tamen *fratres vterinos* in successione precedebant, nec *vterini* audiendi erant, si vel maxime, agnatis omnibus deficientibus, ex *edicto prætoris* bonorum possessionem impetrare potuissent, si defunctus intestatus decessisset.

§. XIV.

Eandem constitutionem quoque IUSTINIANVS *Iustinianus in hac constitutione Constantini quedam immutavit* in Codice repetita prælectionis & quidem in *l. 27. de inoff. testam.* repetiit, verum, more Triboniano vsitato, in quibusdam immutavit. Primum est, quod *sororum vterinarum* quoque mentionem fecerit, easque ab inofficiosi querela repellendas esse voluit: vt ut enim etiam *sororibus* concessa sit querela per *l. 21. C. eod.* id tamen intelligi duntaxat poterat de his, quæ ab intestato succedere poterant, quales erant *germane*, h. e. eodem patre nata, quo mediante *consanguinitatis & agnationis* ius consequerantur, & sic quoque successione. §. 3. *l. de legit. agnat. success.* Ceterum *sorores vterine* eo ipso iam exclusæ erant, quo *fratres vterini* repulsi. Secundum est, quod *germanos* hic vocet *consanguineos*, cum in genere agnati *consanguinei* vocentur, §. 1. *l. de legit. agnat. success.* quæ diuersa appellandi ratio tamen interpretibus iuris nouam dubitandi ansam præbuit, de qua mox dicam. Denique vltimum, quod hic quidem commemorandum esse arbitror, concernit clausulam in *Cod. Theod.* relata: *agnatione durante*, quæ eo tempore necessario addi debuit, quod tota succedendi ratio ab *agnatione* dependeret, qua per capitis diminutionem, etiam minimam, sublata, successio quoque euane-

evanescebat, & consequenter ius mouendi querelam contra testamenta inofficiosa. Hanc clausulam immutauit TRIBONIANVS in l. 27. tit. & loco eius hanc substituit: *durante agnatione vel non*, quod ideo factum esse, iudicat IACOBVS GOTHOFRED. in not. ad cit. l. C. Theod. quia differentia agnationis & cognationis iam sublata fuerint. Id vero omnino erroneum esse vel indeliquet, quod per totum Codicem fere in plerisque adhuc hæc differentia supersit, & in successione attendatur, quodque ea demum in nou. us. sublata fuerit. Ipse Imperator in §. 1. l. de success. cognat. ius antiquum adhuc recenset his verbis: *Agnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege XII. tabb. inter legitimos non habentur, sed a prætore tertio ordine vocantur.* Vnicam ex iure nouo, post CONSTANTINVM introducto, addidit limitationem: *exceptis solis tantummodo fratres & sorores emancipatis, non etiam liberis eorum, quos lex Anastasiana cum fratribus integri iuris constitutis vocat ad legitimam fratris hereditatem.* conf. l. 4. C. de tut. legit. l. 11. C. de legit. hered. THEOPHILVS in paraphr. græc. ad tit. de success. cognat. §. 1. Hæc sine dubio ratio fuit, quæ mouit imperatorem, vt secundum legem Anastasianam hanc clausulam quoad fratres & sorores immutaret, postquam successioni fratrum, ex iure quodam speciali & mero privilegio, agnatio per emancipationem sublata nullum amplius adferret præiudicium. Substitit ergo adhuc IUSTINIANVS in regula a primordio huius querelæ usitata, quod eo ordine & iure querela competat, quod succeditur ab intestato, vt tamen quoad fratres quædam restrictio adiecta sit.

§. XV.

§. XV.

Hanc restrictionem nouiter induxit CONSTANTINVS M., eaque ipsa prorsus nouum ius constituit. Fal-
 lere enim GOTHOFREDVM, fratres ante hunc impera-
 torem non contra quoscunque institutos heredes hanc
 querelam mouere potuisse existimantem, iam supra ob-
 seruauimus. Hanc uero facultatem demum fratribus ade-
 mit CONSTANTINVS, eosque tum demum audiendos
 esse censuit, si instituti illisque praelati, *quibus iniustos*
constiterit esse notas detestabilis turpitudinis. Non quidem
 olim inde testamenta *improba & inofficiosa* habita fuisse;
 par tamen est credere, eo maiori illa fuisse exposita
 odio, si abiecti, sordidi nefandique nebulones heredibus
 ab intestato fuerent in successione praelati, & ita eo facilius
 rescissa ceu declarant exempla apud VALERIVM MA-
 XIMVM *lib. 7. c. 8.* Ut uero facilitati, qua saepenumero
 centum uiri ad rescindenda testamenta ducebantur, oc-
 curreret Caesar, ad eum casum restrinxit querelam, qui
 auget iniuriam fratribus illatam, & omnem pro heredi-
 bus scriptis & testamentorum vigore fauorem tollit,
 Quid enim iniquius est, quam, naturali succedendi ordi-
 ne posthabito, maleferiati homines & dedecore publico
 ad sperfos heredes scribere, odio publico expositos foue-
 re, atque talem iniuriam fratribus illatam relinquere in-
 ultum? Repetit eandem declarationem IUSTINIA-
 NVS in *cit. l. 27.* sub nomine CONSTANTINI & con-
 tra tales tantum heredes querelam admisit, *qui infami-
 vel turpitudinis vel leuis nota & macula adpersi sunt.*

§. XVI.

Sine dubio TRIBONIANVS hanc formulam hau-
 sit *Quinam leuis
 nota macula*

adspersi di-
cantur.

notare quid?

An impera-
tor respexerit
ad legem pa-
pam pop-
pam.

fit ex *l. 3. C. Theod. de inoff. testam.* in qua repetit, fratribus querelam tantum permissum esse, cum heres infamie aspergitur vitiiis, omniaque fratribus tradi, que per turpitudinem vel aliquam leuem notam capere non potest institutus. Infamia quinam laborent, noto notius est. Ast *notare quid?* leuis nota quæ fuerit, paulo obscurius. Dicebantur olim censores *notare*, quia in famibus & dedecore publico adspersis in censualibus tabulis notam apponebant, vt ignominia eo illustrior fieret vid. *LI V. lib. XXXIX. c. 42.* Inde *nota turpitudinis, nota leuis vel macula nota leuis* ignominiam & infamiam olim denotabat. P. Furium CICERO erat. pro *C. Rabin.* vocat hominem omnibus insignem *notis turpitudinis.* Catalinam vario maculatum scelere *Orat. I. in eundem* ita depingit; *que nota domesticæ turpitudinis non iniusta vitæ tuæ est? quod priuatarum rerum dedecus non hæret infamie.* Idem *orat. pro P. Sextio* meminit *notationis censoris,* & *orat. pro Cluent.* infamem censoriæ seueritatis *nota inuri* ait. Leui ergo nota maculati dicuntur, quibus cohæret dedecus infamiæ vel turpitudinis. Ceterum quia CONSTANTINVS in *cit. l. disertis* addit verbis, omnia fratribus esse tradenda, *que per turpitudinem aut aliquam leuem notam capere non potest institutus,* infamiam dubitandi id ipsum præbuit, vtrum Imperator his verbis primario respexerit ad L. Papiam Poppæam, qua interdicta coniugia Senatoribus, cum libertina, eaque muliere, quæ ipsa cuiusue pater materue artem Iudicram facit, vel fecerit, vel quæ palam corpore quæstum fecit, quia etiam hæc iis imposta est pœna: *ne hereditatem, que eis lege obuenerit, legatumue ipsi coniuges, neque inter se quicquam caperent.* vid. GOTHOFRED. in *quat. fontib.*

tib. iur. civ. p. 276. Enim vero quo minus in hanc transire possim sententiam sequentes obstant rationes: 1) quia hac ratione lex CONSTANTINI tantum ad eos esset restringenda, qui interdicta eiusmodi & probrosa iniissent matrimonia, quippe qui demum hereditatem capere non poterant, id quod generalitati verborum repugnat: 2) quia si ad eos lex esset restringenda, qui ob L. Papiam poppæam nihil ex testamento capere possunt, querela inofficiosi nequidem fratres indignissent, quin potius tales heredes pro non scriptis fuissent habendi: dicuntur enim *incapaces*, qui ex testamento capere non possunt, quorum institutio nullius est momenti: 3) nequidem anno 332. quo CONSTANTINVS constitutionem illam in *L. 3. C. Theod. de inoff. testam.* edidit, vsus aliquis legis Papia poppææ superfuisset videtur, reuocatus demum anno 336. in *L. 1. C. de natural. liber* 4) verba *cit. l. 3. omniæque fratribus tradi. quæ per turpitudinem aut aliquam leuem notam capere non potest institutus*, ad effectum querelæ, qua rescinditur testamentum, pertinent, quia, rescisso testamento, institutus hereditatem capere non potest: 5) non necesse fuisset *libertorum* speciatim facere mentionem, quippe cum quibus disertis verbis matrimonium inire lege Papia poppææ vetitum erat. De his vero vel ideo dubitari poterat, quod inter *infames* proprie loquendo referri non possent; interim, quia ex pristina seruitute, vnde manumissi erant, nota adhuc quedam iis in hærebat, iniquum visum fuit CONSTANTINO, eos fratribus præferri, maxime, quod hoc seculum libertis admodum inimicum fuerit, vt docet GOTHOFREDVS in *comm. ad cit. l. 3.*

§. XVII.

§. XVII.

*Quidam ad-
huc hodie ger-
manos contra
quoscunque
querelam
concedunt.*

Quoniam vero CONSTANTINVS tantum ger-
manos ad hunc querelam contra scriptos turpes heredes
admisit, easque IVSTINIANVS in l. 27. cit. *consanguineos*
vocaui, quidam in eam prolapsi sunt sententiam, vt
hanc nouam constitutionem tantum ad *consanguineos*
strictè dictos restringendam, *germanos* vero, vtrumque
parentem communem habentes, contra *quoscunque* he-
redes admittendos esse crederent. Primus, quantum ego
quidem memini, fuit B. HERTIVS, qui anno 1705. *de fra-
tris germani querela inofficiosi aduersus quoscunque* disseruit
& *sect. II.* hanc sententiam defendit. Præmittit, olim fra-
tres contra *quoscunque* querelam mouere potuisse, quod
supra etiam euitum: addit, CONSTANTINVM quidem fra-
trum *germanorum* querelam restrinxisse, & turpibus per-
sonis institutis eos tantum præferre voluisse; credit ta-
me *germanorum* appellatione venire eos, qui eodem ger-
mine nati sunt, et si non eadem matre, idque TRIBONIA-
NVM, vt omnis errandi causa euitaretur, bene animadu-
ertisse & hac de causa pro *germanis* substituisse *consanguineos*,
maximo, vt ait, argumento: *si ad fratres ambilaterales hæc l. 1.*
D. Theod. de inoff. testam. pertinuisset, illum non exstincturum
fuisse fratres germanos, sed cum iis coniuncturum fuisse con-
sanguineos. Inde potro colligit, fratres germanos, h. e.
ex eodem patre & eadem matre natos, adhuc secundum
ius antiquum admittendos esse ad querelam contra
quoscunque, quod respectu horum nihil immutatum
reperiatur, omnisque mutatio strictè capienda sit, præser-
tim cum *germani* prærogatiuam in successione habeant
præ *consanguineis*. Eandem sententiam anno 1713. ample-
xus est IOANNES VAN DE WATER *lib. 1. obs. 12. nul-*
la

la HERTII præeuntis facta mentione, cuius dissertatio similis argumenti forsan ipsi ignota fuit. Interim ferre iisdem argumentis utitur, docetque antiquitus fratribus querelam concessam fuisse, quæcunque demum persona, siue honesta, siue turpis, heres fuisset scripta; nihil vero quoad *germanos* immutasse CONSTANTINVM, sed per *germanos* in l. 1. C. Theod. de inoff. testam. significasse consanguineos, idque colligi posse ex clausula subiecta, *agnatione durante*, tantum *consanguineis* non *germanis* applicanda; omnem demum scrupulum exemisse TRIBONIANVM in l. cit. 27. & *consanguineos* tantum memorasse.

§. XVIII.

Huic sententiæ communis interpretum schola re-^{Id quod refuta-}fragatur, cui ego etiam subscribo. Supra obseruavi, ^{tatur.}vsque ad tempora CONSTANTINI illibatam fuisse obseruatam regulam, ut secundum ordinem & ius succedendi ab intestato querelæ locus esset, ut tamen tandem ultra fratres non amplius fuerit admissa. Quia vero omnis successio olim in iure *agnationis* fundata erat, merito fratres *germani* & *consanguinei* ius prorsus æquale in successione obtinere debebant, cum æque agnati essent *consanguinei* ac quidem fratres *germani*, & vinculum, respectu matris diuersum, hic minime obseruari deberet. Cum ergo æquo iure succederent *germani* & *consanguinei*, æquali quoque iure frui debuerunt in querela mouenda, quam olim quidem aduersus quoscunque, sed per legem CONSTANTINI demum aduersus turpes heredes scriptos mouere poterant. Quod ergo ius CONSTANTINVS *germanis*, & IVSTINIANVS *con-*
D sanguini-

Quinam germani dicantur.

Et consanguinei.

sanguineis dedit, illud iis præscripsit, qui eodem ex germani nati erant, non habito respectu matris. Dicuntur utique fratres *germani* etiam hi, qui eodem patre, licet diuersa matre, nati sunt, verum non tantum, sed illi etiam, qui eadem matre nati sunt. Similiter fratres *consanguinei* etiam vocantur, qui eodem patre nati sunt, siue eandem siue diuersam matrem habuerint. Docet hoc ipsum euidenter IUSTINIANVS in §. 1. *I. de legitim. agnat. success.* his verbis: *Itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui & CONSANGVINEI vocantur: nec requiritur an etiam eandem matrem habeant.* Similiter CAIVS lib. 2. *instit. tit. 8. §. 3.* consanguineos vocat de uno patre natos, & VLPIANVS tit. 26. idem confirmat: *si sui heredes non sunt ad consanguineos, i. e. fratres & sorores ex eodem patre.* Nec minus PAVLVS lib. IV. *sent. tit. 8. §. 17.* *Consanguinei sunt, ait, eodem patre nati, licet diuersis matribus.* Promiscue ergo in iure germani & consanguinei appellantur, & sicuti recte eodem patre nati, licet diuersis matribus, germani vocantur; ita quoque fratres recte dicuntur *consanguinei*, qui patrem & matrem communem habent. Neque enim vinculi materni ratio habebatur, vbi folius agnationis seu *consanguinitatis* ius successionem ordinabat, adeoque hoc intuitu fratres agnati vocabantur *germani* & *consanguinei*, non habita ratione matris. Quin quod aliquando coniunguntur maioris certitudinis gratia, vt in §. 4. *I. de legitim. agnat. success.* ibi: *sed etiam germane consanguinee, vel sororis utriusque filius & filia.* Quæ cum ita sint, facile liquet, nec CONSTANTINVM tantum de iis germanis, nec TRIBONIANVM in l. 27. *cit.* duntaxat de iis *fratribus consanguineis*,

sanguineis, qui diuersas habent matrès, intelligi posse, cum idem prædicatum fratribus bilateralibus etiam competat, & eadem ratio eo tempore adhuc fuerit in fratribus siue vno tantum siue duplici vinculo iuncti fuerint. Neque enim ea prærogatiua, quam *HERTIVS* vrget, huc referri potest, quæ demum per *nou. 118.* introducta est, quippe quæ eo tempore adhuc ignota & extra praxin constituta fuit. Neque denique clausula *durantie agnatione*, quam *VAN DE WATER* in suas trahit partes, solis *consanguineis*, diuersa matre natis, applicari potest, sed fratribus *agnatis* communis est, atque tempore *CONSTANTINI* etiam in *germanis* stricte dictis locum inueniebat, si emancipati essent, quippe quo actu *agnatio* perimebatur. Breuiter: *consanguinei* cum *germanis*, quatenus stricte distinguuntur eo tempore adhuc paria iura in successione & querela mouenda habebant.

§. XIX.

Neque vero *IUSTINIANVS* discrimen aliquod eo tempore introducere potuit, quo constitutionem *CONSTANTINI* codici suo primo, anno 528. publicato, infereret, cum vniuersa succedendi ratio adhuc a iure *agnationis* dependeret, & hinc est, quod fratres & sorores *uterinos* ab hac querela remouerit, cum *uterini* eo tempore nondum concurrerent ad successionem, quo *codex iustinianus* publicaretur. Qua de causa, cum institutiones demum ex hoc codice sint interpretandæ, etiam §. *1. I. de inoff. testam.* secundum *l. cit. 27.* intelligendam esse concludunt interpretes de fratribus & sororibus *germanis* seu *consanguineis*, non *uterinis*, præsertim cum ad *constitutiones sacras* prouocet, quæ *uteri-*

Tempore primi codicis iustinianus non potuit non uterinos excludere.

nas excludunt, quam sententiam paulo post exami-
nabo.

§. XX.

*Tribonianus
in immutan-
dis iuribus
varias indu-
xit difficulta-
tes.*

Non tamen semper sui memor fuit TRIBONIA-
NVS: prout hominibus, ad quæuis immutanda, corri-
genda & putatiue emendanda pronis, contingere solet.
Talem enim TRIBONIANVM fuisse, ipse PROCOPIVS
de bello pers. indicat, afferitque apud ipsum iura fuisse vena-
lia, & nundinationi legum deditum quotidie pretio refixisse alias,
alias fixisse, prout e re erat & vsu desiderantium. Proinde meo
iudicio haud errauit FRANCISCVS BALDVINVS, faci-
nora TRIBONIANI in legibus immutandis adhibita his
depingens verbis: *Vbi ius dare, dicereque serio voluit, re-
petitum ex antiquis legum tabulis & prudentum Romanorum
commentariis, neque illarum neque harum acumen peruidit
semper: & sententiam aliquando parum assecutus esse viden-
tur. Quid dicam de audacia atque etiam inconstantia in ve-
terum legum verbis immutandis? quid de ea (vt breue faci-
am) confusione, qua tanquam malus coquus multa iura mi-
scuissè dicitur. Vera hæc esse, quæ BALDVINVS de in-
constantissimi hominis moribus adtulit, vel ex hac do-
ctrina de fratrum querela inofficiosi colligere licet, in
qua insigne confusionis specimen edidit.*

§. XXI.

*Postea admi-
sit etiam ad
successionem
Tribonianus
cum fratri-
bus germanis
vterinus.*

Videlicet voluisse TRIBONIANVM principis iu-
ris veteris insistere, cum *codicem iustinianæum* publicaret,
vel inde manifestum redditur, quod constitutionem
CONSTANTINI in quibusdam secundum iura recen-
tiora immutauerit, eamque ad legem ANASTASII ad-
aptauerit, qua fratres emancipati a successione haud re-
puli

pulsi fuere. Post primum hunc codicem ipsimet TRIBONIANVS circa successione[m] plura innouauit, & imprimis fratres uterinos eorumque liberos ad successione[m] cum germanis eorumque liberis admisit. Edita est hæc constitutio anno 532. & sic eo tempore, quo nequidem institutiones publicatæ erant, quæ demum anno 533. lucem aspexerunt. Vnde non mirandum, quod institutionibus non tantum, sed etiam codici reperiite prælectionis qui anno 534. promulgatus est, hæc noua constitutio de successione uterinorum inserta fuerit, vid. §. 4. I. de success. agn. legit. & l. 14. §. 1. C. de legit. hered. Ita vero edixit Imperator: etiam unum gradum pietatis intuitu transferri a iure cognationis in legitimam volumus successione[m]: ut non solum fratris filius & filia ad successione[m] patru[m] sui vocentur, sed etiam germani consanguineæ vel sororis uterinæ filius & filia soli - - scilicet ubi frater & soror supersites non sunt. Quodsi hi supersites erant, fratrum sororumque liberi haud succedebant, neque enim iure antiquo ius representationis obtinebat; teste CAIÖ lib. 2. instit. tit. 8. §. 6. Ceterum verba vltima dictæ constitutionis: scilicet ubi frater & soror supersites non sunt, intelligenda secundum antecedentem dispositionem. Quodsi enim filius uterinæ sororis ex gradu cognatorum ad gradum agnationis translatus est, & sororem ipsam i. e. matrem, quæ gradu præcedit filium, ad eundem gradum transferri necessum est, ut recte rationes subducit ACOSTA ad §. cit. 4. Ipse imperator postea anno 534. in l. f. §. 2. C. de legit. hered. hunc intellectum constitutioni præcedenti, dedit, & ita sanciuit: sed nec fratrem vel sororem uterinos concedimus in cognationis loco relinqui;

cum enim tam proximo gradu sunt, merito eos sine ulla differentia, tanquam si consanguinei fuerant, cum legitimis fratribus & sororibus vocandos esse sancimus.

§. XXII.

*Nec tamen
expresse que-
relam fra-
trum ad hoc
nouum ius ac-
commodauit.*

Quæ cum ita sint, merito magnopere demiran-
dum est, post has constitutiones fratres sororesque vte-
rinos adhuc exclusos fuisse a querela inofficiosi, nec
TRIBONIANVM legem CONSTANTINI, quam alias
in aliis immutauit, ad hæc noua iura *expressis verbis*, vt
omne dubium tolleretur, accommodasse. Serio enim
ipsemet doctrinam iuris veteris in admittenda querela
asseruauit & obseruauit, quod indicat clausula: *agnatio-
ne durante vel non*. Et nihilominus tamen, postquam
vterinos fratres sororesque *consanguineis* in successione
exæquauit, discrimen antiquum inter *vterinos & consan-
guineos* in querela non sustulit, sed incaute constitutio-
nem CONSTANTINI, iam in codice primo Iustinia-
neo quodammodo immutatum, in codice repetita præ-
lectionis repetiit, antiquumque discrimen retulit. Quan-
tum ego quidem auguror, TRIBONIANVS, cum hæc
iura noua conderet, & *vterinos* cum *consanguineis* exæ-
quaret, non videtur memor fuisse constitutionis Con-
stantinianæ, prout fieri solet his, quibus animus varie-
tate rerum est distractus secundum vulgatum illud:

Pluribus intentus minor est ad singula sensus.

Emendauit quidem in plurimis codicem primum, ad-
modum informem, & multa confusione & contradi-
ctione refertum. Enimvero plura adhuc in emendata
reliquit, quæ corrigi & emendari necessario debuere,
cum ipsius & fociorum eius vires facultatesque huic ne-
gotio

gotio non sufficerent. Aut ergo asserendum est, *TRI-*
BONIANVM prorsus corrupisse & adulterasse doctri- *Verum tacite*
nam de ordine & iure mouendæ querelæ, a qua confu- *& per conse-*
sione tamen se alienum esse, ipsemet declarauit in sape- *quentiam.*
adducta clausula: *durante agnatione vel non:* aut vero di-
cendum, legem *CONSTANTINI*, ex mente ipsius im-
peratoris, ad noua hæc iura, quibus exæquatio *consan-*
guineorum & *uterinorum* facta est, per necessariam con-
sequentiam accommodandam esse sicuti ipse *TRIBO-*
NIANVS eam ad legem *ANASTASII* accommodauit,
id quod probabilius est. Ex hac forsitan ratione in §. 1,
l. de inoff. testam. generatim *fratres & sorores* ad hanc
querelam admisit imperator, quod nullum eo tempore
superesset discrimen inter *consanguineos & uterinos*, & ad
sacras constitutiones prouocauit, quæ non tantum *l. 27. C. d.*
inoff. testam. sed etiam *l. pen. & ult. C. de legit. hered.* si-
gnificant, cum si tantum *cit. l. 27.* iutellexisset, vel vni-
us tantum constitutionis, pro more, mentionem fecis-
set. Neque vero inde argumentum solidum & strin-
gens desumi potest, quod constitutionem *CONSTAN-*
TINI in Codice secundo haud expresse correxerit, &
ad iura nouiter eidem inserta accommodauerit; id e-
nim per incuriam factum fuisse negari nequit. Acce-
dit, etiam in codice leges posteriores corrigere priores,
ut sic *chronologia* legum accurata habenda sit ratio. Hoc
qui negare vel in dubium vocare ausus fuerit, eum ad
doctrinam de *usucapione & prescriptione longi temporis* ab-
legamus, in qua vsque ad *IUSTINIANI* tempora insi-
gnis iurium obseruata est diuersitas, quæ tamen postea
IUSTINIANO sunt exæquata. vid. *l. vn. C. de trans-*
form.

form. vsucap. Et tamen tot constitutiones, antiqua discrimina referentes, in codice nostro supersunt, quæ sine summa absurditate post hanc exæquationem amplius applicari nequeunt. Plura alia specimina hanc thesion declarantia dari possent, si id necessarium esse crederem.

§. XXIII.

*In nou. ius.
ordinem suc-
cedendi ad-
modum mu-
tauit Iustinia-
nus.*

*Et imprimis
quoad fra-
tres.*

Non vero substitit in hac iurium correctione TRIBONIANVS, sed in *nou. ius.* successionem ab intestato in plurimis articulis immutauit, & fundamenta iuris veteris, in ea vitata, quoad collaterales profus sustulit. Aliquoties enim obseruatum est, successionem olim soli agnationi fuisse innixam, qua deficiente, demum iure prætorio cognati vocati sunt. Et quia per querelam inofficiosi actor id vnice agit, vt ostendat, se per iniuriam summamque iniquitatem esse a successionem exclusum, euidens est, secundum ordinem huius successionis eam moueri debuisse. *l. 6. §. 1. D. de inoff. testam.* Qui enim nullam succedendi spem ab intestato habebat, ille nec iniuriam accepisse dici poterat, nec si vel maxime casu obtinisset, fructu victoriæ suæ gaudere valebat. Hoc vero discrimen inter agnationis & cognationis ius sustulit IVSTINIANVS in *nou. ius. c. 3.* & simul in querela fratrum non leues induxit difficultates. Videlicet quoad fratres hoc nouiter constituit, I) vt cum ascendentibus concurrerent, quatenus ex vtroque parente coniuncti defuncto fuere: II) deficientibus ascendentibus, primi ad hereditatem vocentur fratres & sorores, ex eodem patre & eadem matre nati, imo & fratrum sororumque germanorum prædefunctorum liberi iure representationis: III) his quoque deficientibus, demum fratres uni-

unilaterales h. e. qui ex vno parente coniuncti sunt defuncto
sive per patrem solum, sive per matrem, admitterentur. ad-
eoque etiam fratrum germanorum liberis tantum existi-
stentibus postponerentur: Denique IV) vt in poste-
rum omnis differentia agnatorum & cognatorum quiesce-
ret. Hoc modo insignis immutatio iurium antiquo-
rum facta. Nam a) germani & consanguinei stricte dicti,
qui olim eadem in successione iura habuere, prorsus di-
uersa acceperunt iura: ß) fratrum germanorum liberi
prælati sunt fratribus consanguineis defuncti, qui olim
postponebantur: λ) olim consanguinei cum germa-
nis parentibus præferebantur; iam vero germani qui-
dem simul cum parentibus concurrunt, sed consanguine-
i prorsus a parentibus defuncti excluduntur: δ) vte-
rini cum consanguineis exæquati sunt, quos quidem IV-
STINIANVS iam in l. f. §. 2. C. de legit. hered. exæquauit,
sed tamen in hac vouella demum post fratres germanos
eorumque liberos ad successionem vocauit.

§. XXIV.

Hac metamorphosi introducta, necessario quoque *Ordo in fra-*
fratrum consanguineorum iura in mouenda querela, quæ a *trium consan-*
successione ab intestato dependent, mutari & transformari *guineorum*
debuerunt. Quamuis enim IO. HENRICVS FVCHSIVS *querela simul*
in diss. de impugnat. testam. fraterni per querel. inoff. c. II. §. 8. *quoque muta-*
nullam immutationem hic agnoscere velit cum SICHAR-
do ad l. 27. C. n. 5. de inoffic. testam. & ille quidem existimet,
validum a successione ab intestato haud posse duci argu-
mentum ad querelam inofficiosi; hic vero urgeat, quod
iura noua, quæ discrimen inter agnationem & cognationem
fustulerunt, sint intelligenda de successione intestata, cum

E

hic

hic versemur in successione testamentaria; vtriusque argumenta tamen parum ponderis habere videntur. Ad primum enim quod attinet, supra tum ex origine, tum ex progressu huius querelæ vsque ad tempora IUSTINIANI ostendi, omnino validum ducendum esse argumentum a successione intestata ad hanc querelam. Huius primum fundamentum erat, quod his, qui ab intestato succederent, iniuria facta esset per iniquam & improbam exclusionem, *l. s. pr. D. de inoff. testam.* adeoque absurdum esset, si hi de iniuria facta conqueri vellent, qui ius succedendi haud haberent. Obseruauit id accurate FRANCISCVS CONNANVS *lib. 9. comm. iur. ciu. c. 9. n. 1.* afferens: *Hoc tamen in omnibus istis generatim dicendum est, ut hanc demum habeant actionem, si ab intestato erant successuri: quod si ii, qui primo vocantur ad successionem, nolint agere, aut non possint, sit locus iis, qui secundo gradu sunt, & ita deinceps vsque ad eos, quibus ius querelæ lex dedit.* Neque enim alia ratio excogitari potest, quare consanguinei cum germanis simul ad querelam olim admissi, veterini vero repulsi, quam quod illi quidem olim iure agnationis coniunctim succederent; hi vero agnatis existantibus, nullum successionis ius, ne quidem iure pretorio, habent. Alterum argumentum, quod SICHARDI est, itidem robore suo destituitur. In querela vnice intenditur successio intestata, imo ipsa querela nihil aliud est, ut supra obseruauit, quam *petitio hereditatis, qua petitur hereditas ab intestato, aut certe res ad causam intestati reditura est, testamento in officioso pronunciato, ut recte ait HVGON DONELLVS lib. XIX. c. 8.* Addit vero satis notanter: *Proinde qui ordo, quæue successio ab intestato inter liberos, paren-*

FRA TRVM CONSANGVINEORVM. 39

parentes, fratres defuncti futura esset, eundem ordinem, eandemque successionem inter istos esse oportet ad querelam inofficiosi mouendam, quod & placuit. Cum ergo iure nouo ordo succedendi prorsus immutatus sit, consequens est, vt idem quoque ordo in querela mouenda hodie obseruari debeat.

§. XXV.

Quod si itaque fratrum consanguineorum ius circa querelam mouendam hodie intuemur, eius causam de-
 teriore factam fuisse fatendum est. Nam 1) si parentes & fratres in testamento tantum præter meritum exclusi, hi quidem iure nouo simul querelam mouere queunt, cum paria & æqualia prorsus iura in successione ab intestato habeant, modo tamen intuitu fratrum turpes personæ fuerint scriptæ; consanguinei vero ad hanc querelam simul concurrere non possunt, quia cum fratribus germanis hodie non amplius simul succedunt. Eo ordine enim querela datur, quo succeditur, prout edicti successorii, quod etiam hic locum habet, postulat ratio. vid. l. 14. & l. pr. de inoff. testam. II.) Si frater germanus exheredatus est cum consanguineo, solus germanus hodie querelam mouet, quod rursus edictum successorium postulat. LAVTERBACH de inoff. testam. §. 21. III.) Si fratrum germanorum liberi vna cum consanguineo defuncti fratre exclusi sunt a testatore, soli fratrum germanorum liberi ad querelam admittuntur, quia paria cum germanis iura in successione acceperunt, & præterea consanguineis præferuntur. Iure veteri id minime admissum fuisse noui. Expresse in l. 21. C. de inoff. testam. dicitur: fratris vel sororis filii testamentum inofficiosum frustra dicunt. Enimue

Proinde hodie cum parentibus germani non consanguinei querelam mouent.

Germani hodie excludunt consanguineos. Fratrum germanorum liberi excludunt consanguineos.

ro dispositio hæc antiquum succedendi ordinem præsupponit, quo fratrum liberi cum fratribus defuncti haud admittebantur, imo *consanguineis* illi postponebantur. Iam vero ordo immutatus est, & fratrum germanorum liberi *consanguineis* prælati, adeoque sicuti illi paria cum fratribus germanis acceperunt iura in *successione*, pari iure quoque admitti debent ad *querelam*. Ni enim ad iura noua ordinem *querelam* mouendi accommodaueris, male cohærentem iuris prudentiam effeceris. Finge scripsisse aliquem in suo testamento turpem personam heredem, exheredasse vero fratrum germanorum liberos & *consanguineum* immerentes, neuter sane *querelam* mouebit, si iuri antiquo insistere velis. Neque enim fratrum liberi agere possunt, quibus denegata est iure veteri *querela* per *l. 21. cit.* multo minus *consanguinei*, qui quidem admitti possent per *l. 27. C. de inoff. testam.* verum fratrum liberi eis obsistunt, qui eos a *successione* excludunt. *Quicumque autem*, ait LAVTERBACH ad *tit. de inoff. testam. §. 21. aliquem excludit a successione, etiam excludit illum a querela*. Fac enim, *consanguineum* egisse & testamentum rescidisse, inaniter & frustra egit, quia ipsi victoria prodesse non possent, sed iis qui ab intestato succedere possent, quia intestatum patrem familias fecisset *l. 6. §. 1. d. inoff. testam.*

An *consanguinei* hodie adhuc *querelam* habent.

§. XXVI. Denique IV. si soli *consanguinei* & *uterini* adfunt, a defuncto vero exclusi, grauior ratio dubitandi exsurgit: α) vtrum adhuc hodie *consanguinei* admitti debeant? β) si admittendi, vtrum soli, an vero cum iis *uterini*? γ) si soli admittendi, vtrum victoria *consanguineorum* *uterinis* proffit, vt simul ab intestato succedant? Primum quod attinet membrum, contra *consanguineos* pugnare videtur, quod olim ideo cum.

cum *germanis* admitti fuerint ad querelam, quia paria cum iis
 iura succedendi habebant consanguinei. Immutato vero
 hoc iure, & consanguineis post fratrum germanorum libe-
 ros collocatis, querelam quoque amisisse videntur, præfer-
 tim cum exæquati sint iure nouo *veterinis*, quibus querela
 denegata est. Verum nihilominus consanguineis ius sal-
 uum mansisse autumo. Generatim constitutum est, quere-
 lam fratribus & sororibus concedendam *l. §. l. 21. l. 27. C. de*
inoff. testam. præter illos vero neminem eorum, qui ex trans-
 uersa linea veniunt audiendum esse. Quamuis itaque, post
 fratres germanos eorumque liberos in successione collocati
 sint, ius querelam mouendi tamen retineri potuerunt, modo
 fratrum liberos simul ad querelam admittamus, prout antea
 demonstrauimus. His enim exclusis, non possunt amplius *consan-*
guinei ad querelam admitti, cum admodum inconueniens sit
priorem in successione a querela arceri, & *sequentem* demum
 admitti, quod iuris ratio non permittit. Et tamen hanc in-
 conuenientiam probat *LAVTERB. ad tit. de inoff. testam. §. 21.*
 & plura *arodæara* adfruit. Negat fratrum germanorum libe-
 ros ad querelam iure nouo admittendos; consanguineos ta-
 men adhuc admittit; rursus tamen negat, hos cum germanis
 coniunctim iure nouo agere de inofficioso posse, ex hac ra-
 tione, quod *quicumque aliquem excludit a successione ab inue-*
stato, etiam illum a querela excludat. Ita vero in propria sæuit
 viscera; cum enim fratrum germanorum liberi successione
 consanguineos excludant, merito quoque eosdem arceri a
 querela debent, vt antea iam obseruauimus. Si ergo hodie *fra-*
trum germanorum liberos, in successione priores, exclusis a
 querela, simul repellis *consanguineos*, in successione postero-
 res: si vero, prout ratio iuris noui poscit, eos querelæ quoque
 participes facis fratrum *consanguineorum* iura quoque illiba-
 ta conseruas. Sed reuerentia iuris veteris adeo plerorumque
 occupauit animos, vt malint absurdorum cumulum augere,
 quam coherentem tradere iuris prudentiam.

Verum veterini hodie ad querelam cum consanguineis admitti possint.

§. XXVII. Alterum membrū quod concernit, *ueterinos cum consanguineis* simul ad querelam admittendos esse censet HOTTOMANNVS *disp. de quarta legitimaria c. 2 §. 13.* (quæ *tom. I. oper. eius p. 686. exstat*) ex hac ratione, quod quia IVS TRI-
NIANVS in nou. u. g. eam differentiam *ueterinorum* in successione ab intestato iustulerit, probabilius sit, eam hoc casu quoque sublatam esse. Iam olim etiam AZO ad *tit. C. de inoff. testam. n. 13.* hanc sententiam amplexus uideatur; præmissis enim iure veteri de exclusione *ueterinorum* subiungit: *Hodie forte non distinguuntur consanguinei ab ueterinis.* Nec alienus ab hac sententia uidetur DONELLVS *cit. l. ubi ordinem successorii edicti* format secundum ius nouum, eum que ad querelam mouendam applicat. Neque enim hodie ad ius antiquum amplius prouocari potest, quod ideo excludebat *ueterinos*, quia prorsus non succedebant, nisi deficientibus omnibus agnatis iure prætorio. His uero iure nouo cum *consanguineis* extratis, idem ius quoque quoad mouendam querelam habere deberent, sicuti olim quoque *consanguinei cum germanis* ideo idem ius in mouenda querela inofficiosi habebant, quod pari iure ab intestato succederent. Qua de causa quoque idem dicendam arbitror, si soli tantum *ueterini* adsunt, quia iure nouo *iure consanguineorum* frui debent, sublato illo discrimine, quod olim ius antiquum ex ratione *agnationis* inter *consanguineos & ueterinos* induxerat. Hæc si uera sunt, uti omnino sunt, a tertia quæstione eo facilius abstinere possumus, quæ iam otiosa est, & per se cessat. Equidem plerosque interpretes huic secundum ius nouum efformata dispositioni reclamare noui; noui tamen etiam, ueritatem non ex auctoritate docentium sed ponderibus rationum æstimandam esse. Proinde antequam ritus claudam, dissentientibus generatim illud CICERONIS *lib. I. de legib. commendo: an tu is es, qui in disputando non tuum indicium sequeris, sed auctoritatem aliorum pareas?* & ita sedato animo, finem huic meditationi impono.

S. D. G.

ULB Halle
003 133 117

3



Retro ✓





1721 6a 79

DISSERTATIO INAUGURALIS IURIDICA
DE
QVVERELA
INOFFICIOSI FRA-
TRVM CONSANGVI
NEORVM

QVAM
IN VLTVA INCLYTAE FACVLTATIS IVRIDICAE
IN REGIA FRIDERICIANA,
PRAESIDE
DN. IVST. HENNING. BÖHMER O. IC.
POTENTISS. REG. BORVSS. A CONSILII INTIMIS
PROF. IUR. ORD.
PATRONO SVO OMNI ANIMI SVBMISSIONE COLENDO
PRO LICENTIA

summos in vtroque iure obtinendi honores, & priuilegia
DOCTORALIA
D. IANVAR. MDCCXXI.
H. L. Q. C.
eruditorum examini submittit
M. IOANNES PAVLVS *Türcke,*
ALTENBURGENSIS

HALAE MAGDEBVRGICAE,
Typis CHRISTIANI HENCKELII, Acad. Typogr.

