





DISSERTATIO INAUGVRALIS
DE
QVERELA
INOFFICIOSI TESTAMENTI
FRATRIBVS VTERINIS HAVD
CONCEDENDA

ILLVSTR. ICTOR. ORDIN. AVCTORIT
VT ADITVM

AD
SVMMOS VTRIVSQUE IVRIS HONORES
SIBI APERIRET

DISCEPTATIONI ERVDITORVM PVBL
A. D. XXV. IVN. CIOCCCLXI
PROPOSITA

A
IOSIA LVDOVICO ERNESTO PÜTTMANNŌ
I. V. CAND. ET ADV

HALAE MAGDEBVRGICAE
TYPIS IOANNIS CHRISTIANI HENDELII VIDVAE.
M DCC LXVII.

(4)

DISSECTIO

DE

OVERELLA

IN OTTIGIOSI TESTAMENTI

TRACTATUS

CONGRUENTIA

IN VESTRIS OTTIGIOSI AVTORIT

TRACTATU

ET VESTRISQUE IURIS HONORIS

TRACTATU

A. D. 1711

RECTORIA

IOHANNES IUDOVICUS ERNESTO PATRIMONIO

ET V. S. S. S.

DE RECTORIA

IN HANNOVERIA

TRACTATUS

1711





DISSERTATIO INAUGURALIS
DE
QUERELA
INOFFICIOSI TESTAMENTI
FRATRIBVS VTERINIS HAUD
CONCEDENDA.

CAPVT PRIMVM.

§. I.



Querelam inofficiosi fratribus vterinis haud concedendam esse, defensori mihi non est animus exscribere ea, quae a BYNKERSHOECKIO, a) NOODTIO, b) SCHVLTINGIO, c) REINOLDO, d) aliisque hilarioris famae interpretibus, de origine & natura querelae dicta & repetita sunt saepius, ne actum agere, aut post

A 2

tot

a) BYNKERSHOECK *Obs. Iur. Rom. L. II. cap. 12.*

b) NOODT *ad Tit. D. de inoff. test.*

c) SCHVLTING *ad Val. Max. L. 7. c. 7.*

d) REINOLD *in Dissert. de causis, in quibus etiam nunc querela inoff. test. est necessar. Opusc. pag. 338.*



tot Homeros Iliada scribere velle videar. Dari querelam primo loco liberis, secundo parentibus, fratribus d-nique & sororibus germanis & consanguineis, quibus turpis persona antelata, hoc sciunt ipsi in iurisprudencia hospites, nedum intelligentes. Quum autem quaeritur, an vterini etiam fratres ad impugnanda fratrum testamenta admittendi sint, in diuersas scinditur partes senatus interpretum. Negant quidem CVIACIVS, e), RANCHINVS, f) REINOLDVS, g) ILL. BAVERVS, h) & complures alii. Neque vero desunt, qui contrariam tueantur opinionem, & ipsis etiam vterinis querelam inofficiosi testamenti largiantur, ex quibus WESTENBERGIVM, i) MARCKARTVM, k) HEINECCIVM, l) GRIBNERVM, m) & BOEHMERVM, n) magna profecto nomina, indicasse sufficiat. Cardo rei in eo vertitur, an *lex 27. C. de inoff. test.* qua fratres vterini a querela penitus arcentur, posterioribus constitutionibus sublata, aut ei obrogatum sit. Multa sane in utramque partem magna veri specie dici possunt. Equidem, in isto sententiarum diuortio, cum horum nemo,

Ὅσπερ ἐγγύστην, καὶ τένομα μνηστῆρα,

data opera de vterinorum querela exposuerit, ea, quae quam proxime mihi ad veritatem videntur accedere, proferam, eaque in re ita versabor, vt, praemissis ipsis *d. l. 27.* verbis, additaque

versio.

e) CVIACIVS *ad Nou. 84.*

f) RANCHINVS *de Success. ab intest. in Meerm. Thes. T. 3.*

g) REINOLD *loc. cit. §. 14.*

h) BAVERVS *in Dissert. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis §. 16.*

i) WESTENBERG. *ad Tit. D. de inoff. test. §. 16.*

k) MARCKART *Int. Rec. I. C. Lect. L. I. cap. 14.*

l) HEINECCIVS *ad Tit. D. de inoff. test. §. 51.*

m) GRIBNER *in Dissert. vtrum fratres instituta querela inoff. test. probare teneantur, se non fuisse ingratos §. XX.*

n) BOEHMEE *in Dissert. de querela inoff. test. fratr. consanguineor.*

versione graeca, primo sententiam confirmem meam, tela deinde aduerfariorum, ratione cum iuris, tum ope auxilioque graecorum interpretum, quos frustra illi in castra sua vocant, infringam.

§. II.

Verba legis sunt haec:

IMPERATOR CONSTANTINVS A.
VERINO.

Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur: Consanguinei autem, durante agnatione, vel non, contra testamentum fratris sui, vel sororis, de inofficioso quaestionem mouere possunt, si scripti heredes infamiae, vel turpitudinis, vel leuis notae macula adspersantur: vel liberti, qui perperam, & non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsecuti, instituti sunt: Excepto seruo necessario herede instituto. Dat. Id. Aug. Sirmii, Constantino A. V. & Licinio Caes. Coss.

Vertunt Graeci, o) vt est Graium ingenium, non optima fide:

Ἅδελφοὶ καὶ ἀδελφαὶ κατὰ διαθήκην ἀδελφῆς ἢ ἀδελφῆς κινεῖσθαι τὴν μέμνην, εἴαν οἱ γεγενημένοι κληρονόμοι ἀτιμοὶ ᾧσιν ἢ ἀτιμοὶ, καὶ ὁ δὲ ἀτιμία κληρονόμου ἀτιμία, ἢ ἀπελευθεροὶ μὴ μεγάλης ἐνεργεσίας τὸν ἴδιον ἀμειψόμενοι πατρῶνα: κατὰ δὲ δὲ ἀναγκαίαι γεγενημένα κληρονόμοι μὴ ἐναγέτωσαν. *Fratres & sorores agunt de inofficioso testamento fratris, vel sororis, si heredes scripti sint infames, vel turpes, etiamsi ex leuissima infamia, vel liberti, qui maximis beneficiis suum patronum remunerati non sunt. At contra seruum necessarium heredem scriptum non agunt.*

§. III.

Cum excogitata a prudentibus querela res fere ab arbitrio iudicii centumuiralis penderet, eoque rediisset, vt etiam remotiores, immo nullo sanguinis vinculo nexi, si de testante bene

A 3

le

o) BASILIC. 39. 56. Tom. V. p. 212.



se meritos, vel propensam eius in se voluntatem probassent, ad querelam admitterentur, vero videtur simile, uterinos etiam fratres testamenta interdum tamquam inofficiosa euertisse, & concessam fratribus fuisse querelam, licet turpis persona illis haud antelata esset. Sensim vero coarctata inofficiosa querela, exclusisque remotioribus, propiores tantum admittebantur, ita, ut iam VLPPIANVS scripserit in *l. i. D. de inoff. test.* *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 inanimibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent.* In quae verba, ut obiter hoc moneam, multis modis saeuit criticorum audacia. Sed bene habet, quod dudum vim maiorem abesse iusserit CORN. VAN BYNKERSHOEK, p) vir summus qui tamen & ipse praeter necessitatem *cognati enim proprie* mihi legere videtur. Per cognatos enim proprios intelliguntur cognati, qui sunt a latere ultra fratres, ut ipse BYNKERSHOEKIVS recte interpretatur. Neque abhorret isthaec appellatio a genio latini sermonis, cui emendatio potius Bynkershoekiana, qua loco *cognati proprii* i. e. *proprie* sic dicti, minus latine & parum eleganter ponitur *cognati proprie*, grauis est valdeque molesta. Quare hic etiam τὸ ἀδελφῶν ἐκτερον putamus, cum nulla sui parte ope VLPPIANVS criticorum indigeat, quorum quasi malorum medicorum tituli (proh nimium saepe!) remedia promittunt, pyxides venena portant. Equidem, summorum exemplo virorum, emendationes ingeniosas & modestas ineptis interpretationibus potiores existimo. Neque tamen sero, qui vbique in ore habent horrendum illud carmen, *vre, seca*, & quamuis leuiter laborantibus continuo praescribunt: *Recipe particulam non aut dele & lege meo periculo*, cum mitioribus plerumque remediis, si quae sunt, legum vulnera sanari possint. Sed e di-

ueriti-

p) BYNKERSHOEK *Obs. Iur. Rom. L. V. cap. 4.*

uerticulo, age, in viam redeamus. Quod igitur ad postrema
d. l. i. verba attinet, obseruare nos iubet BOEHMERVS, VLPIA-
 NYM non penitus querelae mouendae ius ceteris cognatis, qui
 ultra fratres sunt, denegare, quum tantum dicat, melius illos
 facere, si abstineant, propterea quod, etsi lege nondum a quere-
 la arcerentur, iam tum tamen rarius, & non nisi grauissimas ob
 causas victores abirent. Mox autem aditus ad inofficiosi testa-
 menti accusationem prorsus ipsis praecclusus est. Nouimus enim
 ex *l. 21. C. de inoff. test.* tempore Diocletiani & Maximiani *nemi-*
nem eorum, qui ex transuersu linea veniunt, exceptis fratre &
sorore, ad inofficiosi querelam admissum fuisse. Tandem Constan-
 tinus M. non solum vterinos plane exclusit, sed reliquos etiam
 fratres haud aliter admitti voluit, nisi turpis persona ipsis ante-
 lata esset, *l. i. C. Th. de inoff. test.* Non enim me poeniter illius
 sententiae, ante Constantinum sine discrimine fratribus quere-
 lam competiisse, siue turpi, siue non turpi herede scripto in tes-
 tamento fraterno praeteriti essent; id quod & BYNKERSHOE-
 KIO, *q)* BOEHMERO, *r)* MARCKARTO, *s)* aliisque placuit, frustra
 dissentientibus IAC. GODOFREDO, *t)* SCHVLTINBIO, *u)* NOOD-
 TIO, *v)* HEINECCIO, *w)* quos nuper inter Batauos AEG. GRAF-
 LAND *x)* secutus est. In *l. 6. pr. l. 8. §. 5. D.* nec non *l. 21. C. de*
inoff. test. nulla sane addita restrictione turpis personae, fratri-
 bus querela permittitur, argumentaque, quibus nituntur aduer-
 sarii, MARCKARTVS, *y)* quantum satis est, fregisse videtur. Ut-
 cumque

q) IDEM *loc. cit.*

r) BOEHMER *loc. cit.* §. 7.

s) MARCHART *loc. cit.*

t) IAC. GODOFREDOVS ad *L. i. C. Th. de inoff. test.*

u) SCHVLTING *loc. cit.*

v) NOODT *loc. cit.*

w) HEINECCIVS *de leuis notae macula* §. 14. & 15. in *Syll. Opusc.* p. 286.

x) AEG. GRAFLAND in *Diss. ad L. 27. C. de inoff. test.* Lugd. Bat. 1751.

y) MARCHART. *loc. cit.*



cumque autem sit, (nam de ea re nolim equidem cum quoquam altercari,) illud constat, Constantinum fratres vterinos prorsus a querela exclusisse. Audiamus ipsum in *l. 1. C. Tb. de inoff. test.*

IMP. CONSTANTINVS A.
AD LVCIVM VERINVM.

Fratres vterini ab inofficiosis actionibus arceantur: Et germanis tantum modo fratribus, aduersus eos duntaxat institutos beredes, quibus iniustas conſtiterit eſſe notas deteſtabilis turpitudinis, agnatione durante, ſine auxilio praetoris, petitionis aditus referetur. Dat. Id. April. Sirmio, Constantino, A. V. & Licinio Caef. Coſſ. (319.)

§. IV.

Quaerentibus autem, cur fratres vterini ſic penitus ab inofficioſi actione excluſi ſint, quum tamen Conſtantine germanis, turpi perſona praelata, querelam conceſſerit, praefo ſunt BOEHMERVS, 2) & AEG. GRAFLAND, a) qui hoc ideo factum eſſe dicunt, quia germani agnati eſſent, & legitimi ſucceſſores, *l. 2. C. Tb. de inoff. teſt. l. 2. C. Tb. de Apoſt.* vterini non aequae, de quibus AMBROSIUS Ep. 66: *Vterini fratres, id eſt, diuerſo patre, ſed eadem matre progeniti, cum agnationis ius habere non queant, ſed cognationis tantum titulo ſibi connexi ſunt, &c.* Aliam autem rationem ſuppeditat ILL. BAVERVS, b) hanc ſcilicet, quod inſigne opprobrium ex turpis heredis inſtitutione redundans non aequae vterinos, utpote alienae gentis nomen gerentes, atque germanos & conſanguineos, afficiat. Sed ſiue quis hanc, ſiue illam BOEHMERI & GRAFLANDI, rationem ſibi elegerit, ſiue denique vtramque amico foedere coniunxerit, perinde nobis erit, neque ideo nos de ſtatione noſtra deiectos eſſe putabimus.

§. V.

2) BOEHMER *loc. cit.*

a) GRAFLAND *loc. cit.*

b) BAVER *loc. cit.*

§. V.

Iam, antequam ad ipsam *l. 27. C. de inoff. test.* praecipuum nostrae fulcrum sententiae, perueniamus, non abs re erit, legi *l. C. Th. de inoff. test.* supra a nobis prolatae, *l. 3. C. Th. eod.* subiungere, quo melius pateant Triboniani, si Diis placet, flagitia, quibus tandem peperit *d. l. 27.* ita quippe interpolatam, vt iure ei illud Poëtae occinas:

Pars maxillarum tonsa est tibi, pars tibi rasa est,

Pars vulsa est, vnum quis putet esse caput?

Verba *l. 3.* ita iacent:

IDEM. A. AD CONCILIVM
BIZANICORVM.

Seruus necessarius heres instituendus est, quia non magis patrimonium, quam infamiam consequi videtur. Vnde claret, actionem inofficiosi fratribus relaxatam, cum infamiae adspergitur vitii is qui heres extitit, omniaque fratribus tradi, quae per turpitudinem, aut aliquam leuem notam capere non potest, institutus: Ita in hac quoque parte, si quando libertis heredibus institutis fratres fuerint alieni, inofficiosi actione proposita, praeualeant in omnibus occupandis facultatibus defuncti, quas ille perperam ad libertos voluerat pertinere. Dat. VII. Kalend. Aug. Coloniae Agrippinae, Pacatiano & Hilariano Coss. (332.)

Quid hic Tribonianus? Quae conuenere, ex *l. 1. & 3. C. Th.* transtulisse fertur in *l. 27. C. de inoff. test.* & contaminasse duas bonas leges, vt vnam faceret malam. Id autem vituperant factum interpretes, atque in eo disputant. Confuta est, inquit, *l. 27* ex laciniis *l. 1. & 3. C. Th.* solius prioris inscriptione & subscriptione retenta, inseruit Tribonianus *vel sorores*, loco germanorum scripsit *consanguinei*, addidit *vel non*, ita denique miseris interpolauit leges, vt ex manibus ipsius non aliter, quam ex pugna Cannensi, aut tamquam scalmus ex naufragio, elapsae videan-

B

videan-



videantur. Enim vero si qua in re, hic certe iniuria Tribonianum vapulare, dudum a MARCKARTO luculenter ostensum est. Acceperat enim Tribonianus a Principe suo potestatem, legibus & constitutionibus adiciendi, detrahendi, & in illis mutandi, quidquid e re esse ipsi videretur. *L. 1. §. 7. C. de V. I. E. Conf. de nou. Cod. fac. §. 2. & Const. de eo confirm. §. 3.* Quid igitur mirum, si id sibi datum negotii esse credidit, Imperatori vt placeret sua iuris compilatione, subinde legum verba ad mores sui faeculi inflecteret. Neque ego admodum mirarer, etiam si plus interdum aequo hac in re sibi sumfisset Tribonianus. Etenim, vt eleganter IUVENALIS,

*Nemo satit credit tantum delinquere; quantum
Permittas: adeo indulgent sibi latius ipsi.*

Sunt praeterea quaedam in his mutationibus adeo leues, vt iuxta nomen interpolationum mereantur. Quod enim Tribonianus addidit *vel sorores*, quodque loco *germanorum* scripsit *consanguinei*, in eo nihil noui constituit. Sorores enim nec a Constantino exclusae fuisse videntur, consanguineos autem Tribonianus ambiguitatis verbi *germanus* tollendae causa nominauit, vt recte MARCKARTVS, c) atque REINOLDVS, d) obseruarunt. Quod autem verbis *l. 1. durante agnatione* addidit *vel non*, hoc HEINECCIUS, e) & GRAFLAND, f) ideo factum esse putant, quia iam ab Imp. Anastasio discrimen inter suos & emancipatos sublatum fuisset. *L. 4. C. de leg. tut.* Mihi vero Tribonianus legis potius *15. C. de leg. her.* memor fuisse videtur, qua, lege Anastasii iusto, vt ait, incremento aucta, sanciuir, *vt emancipati filius & filia non solum in paternis bonis ad suorum similitudinem, sed etiam in fratrum*

c) MARCKART. loc. cit.

d) REINOLD in Exercit. de necessitate aduendi ad fontes, si quis in lect. Cod. rep. prael. feliciter versari velit §. 13. Opusc. p. 61.

e) HEINECCIUS loc. cit.

f) GRAFLAND loc. cit.

fratrum vel sororum suarum successione, aequo iure sibi inuicem succedant, & non secundum legem Anastasianam parte aliqua deminuta. De reliquis l. 27. interpolationibus, quippe huc non pertinentibus, satisque a REINOLDO & GRAFLANDO expositis, dicere, superuacuum esse existimamus.

§. VI.

Priores autem illae mutationes ideo a nobis repetendae fuerunt, ut his ipsis interpolationibus, laciniisque l. 27. assuris, quas Triboniano tantopere nonnulli exprobrant, ad sententiam nostram confirmandam utamur. Quod antequam faciamus, monere conueniens esse putamus, Iustinianum iam tum, quum l. 27. C. de inoff. testam. ad ius sui aevi inflexam Codici repetitae praelectionis insereret, fratres, sororesque, uterinos legitimus heredes reliquorum fratrum sororumque fecisse. Audiamus Imperatorem ipsum. Ait in l. 14. §. 1. C. de leg. ber.

Etiam unum gradum pietatis intuitu transferrī a iure cognationis in legitimam volumus successionem, ut non solum fratris filius & filia ad successionem patris sui vocentur, sed etiam germanae, consanguineae, vel sororis uterinae filius & filia soli, & non deinceps personae una cum bis ad iura auunculi sui perueniant: & mortuo eo, qui patruus quidem est fratris sui filius, auunculus autem sororis suae soboli, simili modo ex utroque latere succedant, tanquam si omnes legitimo iure veniant: scilicet ubi frater & soror superstitēs non sunt. His etenim personis praecedentibus, & hereditatem admittentibus, ceteri gradus remaneant penitus semoti.

Cuius legis subscriptioni, quae ita habet: Dat. V. Kalend. Decembr. post consulatum Lampridii & Orestis VV. CC. defunt, ut obiter hoc dicam, verba anno secundo. Prodiit enim anno P. C. N. 532. cui etiam recte ab ABR. WIELINGIO g) adsignatur. Eandem reperit & interpretatus est Iustinianus in l. 15. §. 1. C. cod. cuius verba, quae huc pertinent, ita habent:

B 2

Sed

g) WIELING in *Jurisprud. restit.* p. 101. *Ind. Leg. Cod.*



Sed nec fratrem & 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: ut secundo gradu constituti, & legitima successione digni reperti, aliis omnibus, qui sunt ulterioris gradus, licet legitimi sint, praecellant.

§. VII.

Iam nobis liceat ita rationes subducere. Quum Tribonianus *l. 27. C. de inoff. test.* mire interpolauerit, suisque aptatam temporibus Codici repetitae praelectionis inseruerit, quum verba *l. 1. C. Th. eod. Fratres uterini ab inofficiosis actionibus arceantur* in *l. 27.* transtulerit, quum illis etiam *vel sorores* addiderit, quumque haec omnia fecerit, postquam fratres uterinos iam legitimos heredes reliquorum fratrum esse iusserat, profecto non potest non voluisse, ut *d. caput 27.* legis polleret auctoritate, fratresque uterini ab inofficiosis querela penitus arcerentur. Quodsi *l. 1. & 3. C. Th. de inoff. test.* integras & illibatas in Codicem repetitae praelectionis transtulisset, dici forsiteren posset, hoc ideo ab eo factum esse, ut nihil penitus antiquitatis a nobis ignoraretur, non, ut vim iuris Constantini leges haberent, cum negari nequeat, Tribonianum quaedam ad ius antiquum pertinentia, nulla iuris noui mentione addita, retulisse, qua de re longae apud Tribonianomastigas querelae sunt. Nunc quum Tribonianus, veluti pictor aut statuarius, Iustinianaeae statuae Constantini caput adiunxerit, hoc est, quum variis *l. 27.* onerari laciniis. & ad iurisprudentiam sui temporis inflexam Codici repetitae praelectionis inseruerit, stultus fuisset, nisi hoc ideo fecisset, ut Contitutorio Constantini ab ipso interpolata pro lege valeret. Dū autem meliora, quam ut Tribonianum tam inhipidum fuisse persuaderi nobis patiamur!

§. VIII.

§. VIII.

Satis igitur, spero, ex iis, quae hactenus disputauimus, *legi 27.* sua constabit auctoritas, neque, nisi me omnia fallunt, quisquam dubitabit, secundum ius Codicis fratres vterinos ab inofficiosi actione penitus arceri. Iam, iacto fundamento causae nostrae certo ac solido, videamus, quibus aduersarii sententiam suam communitum eant praesidiis. Probandum autem illis est, *l. 27.* quod ad hanc quaestionem attinet, per legem aliquam posterioriorem esse abrogatam. Nos enim, quum hoc factum esse negamus, versamur in positione, ut aiunt, mere negatiua, cuius per rerum naturam directo nulla probatio est, *l. 23. C. de prob. l. 10. C. de non num. pec.* Age igitur, argumenta aduersariorum, quibus *l. 27.* abrogatam esse contendunt, paullo curatius consideremus.

CAPVT SECVNDVM.

§. I.

Quotquot fratres vterinos ad querelam inofficiosi admittunt, hoc quidem nobis concedunt, destitui se lege expressa, qua *l. 27. C. de inoff. test.* abrogata fuerit. Neque tamen ideo nullas sententiae suae rationes afferunt, & quum alia ipsis via non succedat, ad rationes legum confugiunt, indeque arma, quibus se defendant, depromunt. Primus eorum, quibuscum nobis res erit, in scenam prodeat IO. ORTW. WESTENBERG *a)* qui cum dixisset, secundum *l. 27.* germanis tantum querelam dari & consanguineis, subiicit: *Sed cum Imperator Nou. 118. cap. 4. omnino velit in omnibus successioneibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare, iure nouo vterinis querela etiam concedenda videtur.* Quae subdubitans ille scripserat, multo confidentius repetiit HEINECCIUS, *b)* *Sed posse tamen,*
B 3 inqui-

a) WESTENBERG *ad Tit. D. de inoff. test. §. 16.*

b) HEINECCIUS *ad Tit. D. de inoff. test. §. 51.*



inquiens, hodie & uterinos hanc querelam instituire, ducto ex Nou. us. cap. 4. merito existimamus. Id quod & Graeci videntur obseruasse. Basil. XXXIX. 56. Theophil. ad s. i. I. b. T. Harmenop. Promt. V. c. 2. Eadem fere sententia est 10. GVIL. MARCKARTI, c) qui & ipse nasum Rhinocerotis habet, & ita ratiocinatur: Caeterum fateor, ex analogia iuris noui Nou. us. cap. 4. verius esse, ubi uterini suo ordine succedere debent fratri uterino, eos quoque habere querelam praeteritos, & per indirectum & tacite legem 27. C. de inoff. test. esse abrogatam per Nou. us. quantum ad fratres & sorores uterinos attinet. Sed hos omnes superat BOEHMERVS, d) qui nulli pepercit operae, vt non fratribus solum uterinis, sed germanorum etiam liberis querelam inofficiosi vindicaret. Vtitur autem hic paullo aliis, ac superiores illi, argumentis. Scilicet ait, Tribonianum, uterinis iam per l. 14. C. de leg. her. cum consanguineis exaequatis, incaute legem Constantini in Codice reperitae praelectionis repetisse, quumque postea per Nou. us. omnis differentia agnatorum & cognatorum sublata, & ordo succedendi a Iustiniano mutatus sit, iura quoque fratrum in mouenda querela mutata esse, ex quibus denique concludit, 1) germanos hodie querelam mouere cum parentibus, 2) germanos eorumque liberos in mouenda querela excludere consanguineos, 3) uterinos denique cum consanguineis simul ad inofficiosi actionem admittendos esse. En tibi Lector *ἔυλον ὄνειρον!* Nisi seria Boehmeri oratio esset, simulque miser Tribonianus nullo suo merito varie ab illo laceffitus, facile crederem, lusum ipsi locumque, cum haec scriberet, fuisse. Sed, vt hoc bona pace manium BOEHMERI dicam, si qua perniciofa iuris scientiae est argumentandi ratio, eam esse puto, qua vir ceteroquin magnus ad propugnandam sententiam suam vsus est. Si enim ita in iurisprudencia ver-

sari

c) MARCKART *Int. Rec. Lect. L. 1. cap. 14.*

d) BOEHMER *de querela inoff. frat. consanguin.*

fari licuerit, breui fiet, vt tota pessumdetur. Nos quidem, postquam aciem instruximus, cum WESTENBERGIO, HEINECCIO & MARCKARTO, vt tempori parcamus, vna pugna decertabimus, qua depugnata deinceps cum BOEHMERO manus conferemus.

§. II.

Principio igitur, quod ad argumentum ex analogia iuris noui *Nou. us. cap. 4.* desumptum attinet, illud ex eorum numero est, quae optimis interpretibus fere semper lubrica & incerta visa sunt. Argumentis legum vti, opus est plenum aleae, in quo nisi admodum caute versamur, atque prudenter, facile fit, vt in deua delabamur, iurisque certi principia subuertamus. Equidem optarem, minus hac in re nonnullos indulgisse ingenio suo, ita enim multis, quid dico multis? innumerabilibus caremus interpretationum monstris, virorumque ceteroquin doctissimorum somniis. Sed non libet post SLEVOGTIVM, e) & AMSINCKIVM, f) in hunc campum exspatiari, exemplaue argumentorum minus recte subductorum coaceruare. Mihi quidem, si quale Iustiniano fuerit ingenium, confidero, nunquam videtur a iure, quod ante Iustinianum fuit, recedendum, nisi mutationem ab ipso factam esse, argumentis certis atque indubitatis possit demonstrari. Dudum enim animaduernerunt VINNIUS, g) WIELINGIUS, h) compluresque alii, numquam solere Iustinianum quidquam mutare ex iure antiquo, nisi cum expressa iuris abrogati mentione, & commendatione noui ab ipso conditi. Quid? quod tanta eius hac in re fuit ambitio, vt interdum nullo suo merito laudem noui iuris affectaret, & alienae

e) SLEVOGT in *Diff. de argumentis legum caute formandis.*

f) PETR. AMSINCK in *Diff. de Legum in corpore Iur. Iustinian. interpretat. Trai. ad Rb. 1743.*

g) VINNIUS *Sel. Iur. Quaest. Libr. II. cap. 20. §. 21.*

h) WIELING *Lect. Iur. Ciu. Libr. 2. cap. 51.*



alienae gloriae hereditatem cerneret. Sic quum in *Cap. fin. I. de nupt. se* effecisse scribit, vt liberi, ante dotalia instrumenta nati, postea dotalibus instrumentis compositis, in potestatem patris redigantur, addit: *Quod & aliis liberis, qui ex eodem matrimonio postea fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit.* Quae verba magnis viris negotium facefferunt, inter quos etiam sunt, qui monstri nonnihil hic latere, & emendatione opus esse existimant, propterea quod ferre nequeunt, sic liberis ex iustis nuptiis procreatis, quod suo iure habent, praebere. Sed si maioris Iustiniani, iuris noui conditoris nomen, beneficiorumque a se distributorum laudem summo studio affectantis, memores sumus, locus excitatus neque, tamquam desperatus, seponendus, neque falce critica refingendus esse videbitur. Sic etiam Iustinianum haud raro crambem bis coctam apponere, iuraque iam ante ab ipso constituta, nonnumquam adeo tamquam noua, proponere videas. Ita tamen in *l. 37. C. de inoff. test.* iam dixerat, quinquennium, quo querela inofficiosa perit, ab adita hereditate computandum esse, tamen, vt amat impense sua omnia, idem anno post in *l. 36. C. eod.* data opera repetit, nec vllam prioris constitutionis mentionem iniecit. Alia omnia quidem sentire IAC. VOORDAM, ¹⁾ me non praeterit. Nec is ego sum, qui tanto viro me opponere audeam. Non tamen nullas ab eo hac parte dissentienti causas me habere, in Observationibus Iuris Romani, quas dudum molior, & propediem fortasse exire patiar, in auxilium simul vocatis graecorum copiis ostendere conabor. Quare lubens eorum subscribo sententiae, qui neminem in iure ciuili feliciter versari posse dicunt, nisi veterum Istorum, Imperatorum, summorumque rerum administratorum ingenia & affectiones diligenter distinguat, & annotet, caueatque sedulo, ne scita veterum aut subtilius explicet, atque ipsi illi innenerunt, aut praeter ipsorum mentem temere trahat ad consequentias.

1) VOORDA *Electior. cap. XI.*

§. III.

Quae quum ita sint, quis credat, Iustinianum, quem tanta ambitione iuris noui a se conditi, & aboliti veteris laudem affectasse nouimus, in causa hac tam ardua nullam a se abrogatae, quod ad fratres vterinos attinet, *legis 27.* mentionem fecisse? & quomodo is, qui nonnumquam falso etiam noua beneficia praebuisse videri voluit, tantum fratribus vterinis indultum beneficium silentio praeteriisset? Cras credo, hodie nihil.

§. IV.

Sed audio illos, qui propter *Nou. us.* fratribus vterinis quere-
relam indulgent, ita ratiocinari; Quia Iustinianus *Cap. 4. Nou. us.* omne agnatos inter & cognatos discrimen sustulit, vterinosque consanguineis exaequauit, tacite *l. 27.* abrogasse, utque vterini etiam ad quere-
lam admitterentur, voluisse censendus est. Quare, ut melius pateat, quantum a veritate hoc argumentum distet, iuuat ipsa *cap. 4.* verba adscribere. Sunt autem haec:

*Nullam vero volumus esse differentiam in quacun-
que successione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur,
masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definiui-
mus vocari, siue per masculi, siue per feminae personam defuncto
iungebantur; sed in omnibus successionebus agnatorum cognato-
rumque differentiam vacare praecipimus, siue per femineam per-
sonam, siue per emancipationem, siue per alium quemlibet modum
prioribus legibus tractabatur, & omnes sine qualibet huiusmodi
differentia secundum proprium cognationis gradum ad cognato-
rum successione ab intestato venire praecipimus.*

Hic statim quilibet, nisi plane luscitiosus sit, non potest non videre, Imperatori, quemadmodum in tota Nouella, vnice de successione ab intestato sermonem esse. Quamuis enim dicat, in omnibus successionebus agnatorum, cognatorumque differen-
tiam cessare debere, ipsum tamen non nisi de successione ab

C

intesta-



intestato sensisse, satis luculento indicio sunt verba: *ad cognatorum successione ab intestato venire praecipimus*. Non oportet autem ius civile calumniare, neque verba captare, sed, qua mente quid dicatur, animaduerrere. *L. 177. D. de V. S. l. 65. D. de R. l.* Recte monet Celsus in *l. 24. D. de Leg. incivile esse, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere*. Certe qui aliter fecerit, ab similibus haud erit illi, qui domum venditurus auulsum ex illa lapidem in speciem circumferebat.

§. V.

In omnibus igitur successione ab intestato agnatorum cognatorumque hodie quiescit differentia. Haec mens est Imperatoris, & plus ne fiduculis quidem ex verbis ipsis extorqueri potest. Sed qui inde sequitur, ut uterini, quemadmodum suo ordine succedunt fratribus ab intestato, ita querelam etiam habeant praeteriti? Sane hoc ex *Nou. 18.* non magis probatur, quam ex tormentis veritas, nec Imperator, si hoc constituere voluisset, facturus hoc erat obiter, & sine solemni sibi iuris novi a se conditi commemoratione. Multum haec inter se distant, nec recte a successione ab intestato ad querelam argumentum ducitur. Haec constitutionibus ad certas personas restricta est, neque secundum regulas successione ab intestato ordinatur. Facile quidem Iustiniano fuit, admittere uterinos ad successione ab intestato, nullo facto testamento: multo autem difficilius, iisdem facultatem, testamentum rite conditum impugnandi, concedere, quod quia neque ab Imperatore vllibi sancitum, neque *legem 27.* contraria lege abrogatam esse deprehendimus, iure ipsis denegamus.

§. VI.

Sed nouo contra nos argumento insurgunt fratrum patroni uterinorum, quum dicunt, querelam competere secundum ordinem & ius succedendi ab intestato, ideoque conque-
rentes

rentes admittendos esse eo ordine, quo ad successionem vocantur. Quum itaque vterini consanguineis hodie exaequati sint, necessario inde fluere, nec illos a querela arcendos, sed simul cum consanguineis admittendos esse. Cui argumento ut ordine respondeamus, primo monemus, plus inde sequi, quam ipsi eius auctores eo probare conantur. Etenim si recte illi ratiocinarentur, dicendum foret, non vterinis solum, sed cuiuscunque gradus agnatis & cognatis proximis querelam competere, quum omnes ius succedendi ab intestato habeant: quod nemo tamen adhuc dicere ausus est. Iam quum, quae nimium probant, suspecta sint, si aduersariorum quoque argumentum suspectum dicimus, iure nostro facere videbimur.

§. VII.

Vtuntur autem aduersarii non solum argumento suspecto, sed plane etiam illos destituit ratio, propterea quod sumunt ad probandum, quod concedi ipsis nullo modo potest, querelam scilicet secundum regulas succedendi ab intestato ordinari. Nam ante Iustinianum quoque pater quidem fratrem consanguineum in querela, hic autem illum in successione ab intestato, antecedeat, quemadmodum recte a RANCHINO *k*) aliisque, animaduersum est. Longissime quidem ab his etiam discedit BOEHMERVS, *l*) liberisque deficientibus statim fratres ad querelam admissos fuisse contendit, propterea quod hi ante parentes succedebant. Sed mirari satis nequeo, qui eiusmodi quid viro tam docto, reclamante omni antiquitate, excidere potuerit. Enimvero sic solent nimis pertinaciter opiniones suas propugnantes feruire scenae, & non speciosa solum, sed interdum manifesto etiam falsa pro veris venditare. Contrarium autem eius, quod a BOEHMERO defendi diximus, patet non solum ex *l. i. D. &*

C 2

§. 1.

k) RANCHINVS *de success. ab intest. in Meerm. Th. Tom. 3.*

l) BOEHMER, *loc. cit.*



§. 1. I. de inoff. testam. in quibus statim post liberos parentes ad querelam vocantur, sed etiam ex *l. 14. §. 15. D. eod.* quibus convenienter Constantinus in *l. 28. C. eod.* *Sin autem mater contra filii testamentum inofficiosi actionem instituat, inquiri diligenter iubemus, utrum filius nulla ex iusta causa laesus matrem in nouissima laeserit voluntate, neque luctuosam ei & legitimam reliquerit portionem, ut testamento reuocato matri successio deferatur.* Sed nec illud silentio praetereundum est, Iustinianum ipsum filio, adoptato ab extraneo, ius quidem sui heredis dedisse in successione adoptantis ab intestato, querelam contra inofficiosi eidem denegasse *L. pen. §. 1. C. de adopt.* Egregie igitur falluntur, qui querelam vel ante Iustinianum sine discrimine secundum ordinem & ius successione ab intestato competuisse, vel hodie competere existimant, rectiusque, si quid video, calculos subducit RANCHINVS, m): *Id ergo concludamus, inquit, aliter succedi ab intestato nullo facto testamento, aliter facto quidem, sed reuocato per querelam: ac proinde fratres utrinque coniunctos succedere quidem simul cum parentibus, uterinos simul cum consanguineis, fratrum filios simul cum fratribus & parentibus nullo facto testamento, in querela autem & successione, quae inde fit, fratres utrinque coniunctos a parentibus excludi, uterinos a consanguineis, fratrum filios a fratribus & parentibus defuncti.*

§. VIII.

Nescio, an necesse sit, illis, qui argumento *Nou. 18.* ad vindicandam uterinis querelam abutuntur, hoc etiam in animum reuocare, iura noua laxiorem interpretationem haud recipere, immo nec legem generalem posteriorem priori speciali derogare. *Non est nouum,* inquit Paulus in *l. 26. D. de Leg. ut priores leges ad posteriores trabantur.* Sic in genere quidem constituit Iustinianus in *Nou. 15. cap. 3.* ut liberi a parentibus vel here-

m) RANCHINVS *loc. cit.*

heredes instituantur vel exheredentur. Recte tamen obseruauit CORN. VAN DER BURCH, n) obseruarunt & alii, id non pertinere ad casum specialem militis, qui non tenetur liberos suos instituere aut exheredare, sed cuius silentium pro exheredatione habetur. *L. 9. C. de inoff. test. §. 6. I. de exhered. liberor.* Praeterea neminem latet, haud temere statuendam esse legem, ut vocant, correctoriam, nec abutendum iure nouo ad fundamentum iuris anterioris offendenda & cencutienda. Quemadmodum abrogatio legum, quantum fieri potest, cauenda eui-randaque, ita nullo modo praesumitur. *L. 27. C. de test. l. 32. C. di appellat.* Nec sequitur, fecisse auctorem, quod facere eum potuisse, verosimile, vel etiam certum est. Aequo, si vniquam, loue iudicat ANT. SCHVLTINGIVS, o) *innumera*, inquit, *sunt, quae summa eum utilitate possent constitui, nec tamen ideo etiam introducta sunt; ac si liceat ita argumentari, hoc vel illud aliqua ratione nititur, ergo ita iuris est, quibus etiam priuatus noua iura introducere, & pro lubitu vetera posset labefactare, quo ipso nihil foret absurdus.* Quare hic etiam distinguendum esse arbitror inter haec duo, quae immane quantum differunt. Alterum est, an ratio aliqua excogitari possit, ob quam *L. 27. C. de inoff. test.* mutari debuisset: alterum, an reuera mutata sit, quod factum esse, probari nulla idonea ratione potest. Quae quum ita sint, ne illos quidem audiendos esse puto, qui nobis suum illud, *ces-ante ratione & legem cessare*, oecinunt, ac dudum a WIELINGIO p) & VOORDA, q) edoceri meliora potuissent. Causae quidem legum & rationes, quae anima legum sunt, diligenter

C 3

inqui-

- n) CORN. VAN DER BURCH *de exhered. & praeterit. liberor.*
 Cap. 3. §. 6.
 o) SCHVLTING in *Dissert. de transact. super controuers. quae exult.*
voluntate proficiuntur, &c. §. 11.
 p) WIELLING *Lect. Jur. Ciu. L. II. cap. 5.*
 q) VOORDA *Int. & Emend. Jur. Rom. Cap. I.*



inquirendae, simul tamen cauendum, ne vel nimis arroganter omnium nos rationem inuestigare posse existimemus, vel, vt eleganter CORN. VAN ECK, r) in manifesto legis certae, & rationis incertae conflictu, rationi primas deferamus. Etiam si igitur demus aduersariis nostris, querelam ideo olim vterinis a Constantino denegatam esse, quod agnati non essent, minime tamen inde sequeretur, eandem ipsis hodie, postquam cum consanguineis exaequati sunt, concedendam esse. Superfunt enim haud raro in legibus consequentiae, relicto licet principio, seu iure antiquo, ex quo originem traxerunt. Exemplum praebet ipsa inofficiosi testamenti actio. Erat illa olim ideo haud parum odiosa, quia testator emotae mentis fuisse fingebatur, querensque, hoc colore quum vteretur, cineres quasi testatoris mouere videbatur. Vnde quoque factum est, vt ad quinquennium quere-
rela adstringeretur. Iam quidem post *Nou. 15.* colore illo dem-
mentiae amplius non opus est. Quis vero nos ferat, si ideo querelam hodie non quinque, sed triginta demum annis praescribi diceremus? Hac argumentandi ratione si vti fas esset, omnia permissa forent arbitrio iudicis, lubrico & incerto, quo nihil reipublicae perniciosius est, nihilque magis reuellit vincula iudiciorum, & vtilitatis vitaeque communis.

CAPVT TERTIVM.

§. I.

Sed quum HEINECCIUS se praeterea Graecorum auctoritate tueatur, hic etiam scrupulus eximendus est. Non dicam, quod DONELLVS dicere solebat, se tum serio de sententia, quae sibi alias scrupulum non iniecerit, dubitare, vbi videat, Graecis eam placuisse, adeo sibi Graecorum interpretom omnia suspecta esse. Nec naeuos eorum hic commemorabo, quorum quatuordecim in vna de familia erciscunda tractatione obserua-
uit,

r) CORN. VAN ECK in Praef. ad Thef. Iur. Controvers.

uit, qui ceteroquin plurimum ipsis defert, 10. GVIL. HOFFMANN. a). Tanti potius a me Graeci fiunt, quanti nescio, an a paucissimis, quippe qui neminem in iurisprudencia Romana ad *diuini* peruenire, nec ad excellentis laudem Icti adspirare posse existimo, nisi praeter litteras humaniores, historiam, fragmenta veteris aevi, legum inscriptiones & subscriptiones, ceteraque, non artis quidem rabulariae, sed verae, nec simulatae iurisprudenciae adminicula, Graecos etiam in consilium adhibeat, iisque magistris veras legum constituere lectiones, & difficultates alias inextricabiles soluere didicerit. Idem tamen scio, Basilicorum compilatores saepe non percepisse legum mentem, & inde dixisse ea, quae iuri certissimo contraria sunt, planeque cum IAC. VOORDA b) existimo, in indaganda atque exponenda legum sententia, vbi de lectione haud dubitatur, nihilo plus valere Graecorum auctoritatem, quam cuiuslibet alius interpretis. Rationem si quaeris, Voordam audi. *Videre, inquit, illi potuerunt, atque significare etiam, quemadmodum scriptum fuerit in codicibus suis, procul dubio emendatis maxime, certe antiquissimis: quo vero sensu quodque fuerit scriptum, non magis potuerunt perspicere, quam qui vixerunt postea.* Adde aliam praeterea rationem. Scilicet nemo, cui Graeci vel parum noti sunt, ignorat, plurimum ipsos leges Iustinianas ex iure posteriorum Principum interpolasse, & ita quidem interpolasse, vt praefixis antiquorum auctorum nominibus noua sua iura lectori obtrudere haud dubitauerint. Quod ne imperitioribus temere dixisse videar, facile BYNHERSHOEKII, c) HOFFMANNI, d) IENSII, e) virorum doctissimorum, auctoritate me tuebor.

Quae

- a) HOFFMANN in *Meletemat. ad Pand. Diff. XI.*
 b) VOORDA *Elect. Cap. 5.*
 c) BYNHERSHOEK *Obt. I. R. Libr. VIII. c. 17.*
 d) HOFFMANN in *Meletemat. ad Pand. Diff. XXXI. §. 4.*
 e) IENSIVS in *notitia Basilicor. Stricturis ad Iustiniani Cod. & Pandect. praefixa.*



Quae quum ita sint, non video, quorsum ab HEINECCIO dicatur, Graecos etiam id percepisse videri, nec vterinis scilicet hodie post *Nov. us.* querelam inofficiosi denegandam esse. Etiam si hoc apud Graecos relatum legeremus, num recte inde colligeretur, eandem Iustiniani sententiam fuisse, & annon potius Graeci ex iurisprudencia sui temporis discrimen consanguineos inter & vterinos praeteriisse viderentur? Nos autem non de iure Graeco sed Iustiniano quaerimus. Valeat Graecorum auctoritas, & quidquid ex veteri iurisprudencia extra corpus iuris ciuilibis reliquum est, ad leges nostras interpretandas, ad eas subuertendas valere non debet. Qui aliter rationes ineunt, & reliquias illas iuris, quod ante aut post Iustinianum fuit, copiis Iustiniani opponunt, nae illi oppido falluntur, pessimeque consulunt iurisprudenciae. Possent haec sufficere ad infringendam Graecorum hac in re auctoritatem, qua ad querelam vterinis vindicandam HEINECCIUS vsus est. Sed vterius progrediamur, & male Graecos ab illo in partes vocari, paulo diligentius demonstremus.

§. II.

Ad locum Basilicorum, supra productum, quod attinet, haud intelligo, qui inde colligi possit, Graecos vterinis etiam querelam concessisse. Equidem haud diffiteor, fratres & sorores simpliciter nominari, non addito discrimine, consanguinei sint, an vterini. Enimuero hospes plane in Basilicis sit, necesse est, qui nescit, solere saepenumero Graecos omittere quaedam, & prolixioris textus compendium breui interpretatione facere. Nolo in re non dubia vti testibus non necessariis, aut exempla cumulando praeter operam etiam chartam sumtifacere. Si quis tamen dubitat, is HOFFMANNI *Meletemata*, doctum Iupiter librum & elegantem, adeat. Quid igitur mirum, si hic quoque Graeci fratrum obiter tantum mentionem fecerunt, limitationem neque addentes, neque aliquam esse negantes. Certe ipsi,

ipſi, loco ab HEINECCIO allegato, fratribus vterinis querelam neque concedunt, neque denegant, vnde ad ſummum hoc flueret, nec nos, nec NEINECCIVM vti Baſilicorum auctoritate poſſe. Ipſis Iuriſconſultis, ex quorum fragmentis Digefſta compoſita ſunt, haud infrequens eſt, vt vno loco perfunctorie indefiniteque tantum id tractent, quod leue aut aliunde ſatis notum putarent. Vnde ſaepe, quod vni legi deeſt, ex aliis ſupplendum eſſe, idque niſi fecerimus, pugnas concitari infinitas, eleganter REINOLDVS f) monuit. IVSTINIANVS etiam in *ſ. i. l. de inoff. teſt.* ſimpliciter ait: *Soror autem & frater, turpibus perſonis ſcriptis heredibus, ex ſacris conſtitutionibus praelati ſunt.* Nec ipſe tamen HEINECCIVS abuti his verbis, ad confirmandam ſententiam ſuam, auſus eſt.

§. III.

Eadem fere reſponſio erit ſuper loco THEOPHILI, verba excitata *ſ. i. l. de inoff. teſt.* ſic vertentis: g)

Ἀδελφὴ δὲ καὶ ἀδελφὸς ἀνατρέπουσι τῆνικαῦτα τὴν τοῦ τελευτήσαντος διαθήκην, τῶν ſκεπτῶν προτιμώμενοι, ἥνικα ἀσχερῶν ἐπέχρουτι οἱ γεγενημένοι πρόσωπον. — τῆτο γὰρ ταῖς θελαῖς περιέχεται διατάξει. ὥστε οὐν ἀνιόντες καὶ κατιόντες, ἐν ᾧ μὴ γεγονόσιν ἀχάριστοι περὶ τὸν τελευτήσαντα, κατὰ παντὸς ſκεπτε κινήσῃ τὴν de inofficioſo. ἀδελφὸς δὲ καὶ ἡ ἀδελφὴ κατὰ μόνων ἀσχερῶν πρόσωπων. *Soror autem & frater defuncti testamentum tunc ſubvertunt, ſcriptis heredibus praelati, quando heredes ſcripti turpem gerunt perſonam — hoc enim ſacris continetur conſtitutionibus. Itaque adſcendentes & deſcendentes, dum in defunctum ingrati non fuerint, aduerſus omnem heredem ſcriptum querelam de inofficioſo mouebuat: frater autem & ſoror aduerſus ſolas perſonas turpes.*

D

Sane

f) REINOLD. in *Diff. ad L. 23. D. d. R. I. §. 8.*

g) THEOPHILVS in *Paraphr. Inſt. p. 417. edit. Reitz.*



Sane quum IUSTINIANVS de discrimine confanguineos inter & vterinos nihil dixisset, nec erat, quod interpretis eius mentionem iniiceret. Sed quum vterque ad sacras constitutiones, legem scilicet 27. C. de inoff. test. huiusque fontem l. i. C. Th. eod. prouocet, debet etiam, quod apud Iustinianum & Theophilum legimus, secundum illas intelligi. Venit praeterea hic mihi in mentem, quod apud Celeb. REITZIVM *b)* me legere memini. Docuit scilicet limatissimi iudicii vir, paraphrasin THEOPHILI ante Nouellas, immo ante Cod. rep. prael. confectam esse, propterea quod THEOPHILVS nusquam, neque prudens neque imprudens, iura Institutionibus recentiora adduxerit. Quod si verum est, pater, quo iure, dicam an iniuria, THEOPHILO testimonium HEINECCIUS denunciauerit. Nam si paraphrasin THEOPHILI ante Codicem adeo repetitae praelectionis confecta est, non potuit profecto THEOPHILVS, argumento motus *Nouellae us.* multo post editae, vterinos ad querelam inofficiosi admittere.

§. IV.

Restat, vt HARMENOPVLVS quoque locum ab HEINECCIO excitatum proferamus. Postquam dixerat, *z)* adscendentes quidem & descendentes aduersus quemlibet querelam mouere, addit:

Οἱ δὲ ἐν πλαγίᾳ, ἢ κῆκ μόνον ἀισχρὸν ἐπόχων οἱ γεγραμμένοι κληρονόμοι πρόσωπον. *At, qui ex transuerso sunt, tum demum, cum scripti heredes turpem personam sustinent.*

Quae verba si simpliciter accipimus, rursus plus probant, quam HEINECCIUS ipse vult. Videtur enim inde sequi, vt non fratres tantum, sed omnes collaterales recte querelam instituant. Intellexit autem HARMENOPVLVS sine dubio illos collateralium, qui legibus ad mouendam querelam admittuntur, lectores

b) REITZIVS in not. Excurs. III. ad Theophil. p. 1054.

z) HARMENOP. Promt. V. c. 2.

Etioresque hac de re, tamquam aliunde satis nota, monere necessarium haud duxit, quum neminem vulgarium iuris principiorum tam inmemorem fore putaret, quin fratres tantum consanguineos intelligendos esse perspiceret. Scripsit praeterea HARMENOPVLVS Saeculo demum XIV. & ipse quoque plura ex iure recentiorum Principum addidit, quam ob rem magno adhibito iudicio eum legendum esse recte iudicat GREG. MAIAN-SIVS. k) Quae quum ita sint, nec HARMENOPVLVS nobis obest, nec, si obesser, auctoritas eius contra voluntatem Iustiniani, in l. 27. satis clare expressam, quidquam valeret.

§. V.

Iam probavi, frustra HEINECCIUM Graecis testimonium denunciaffe. Quodsi praeterea demonstraero, illos nostram potius firmare sententiam, ecquid erit pretii? Inueni autem in Scholiis Basilicorum locos duos, qui plane sunt principes. Prioris verba haec sunt. l)

Τῶν γὰρ ἐκ πλαγίου μόνος ἀδελφὸς δύναται τὴν δεινοφιλοσο κινεῖν — καὶ αὐτὸς δὲ ὅτε καὶ ὁμοπάτριός ἐστιν, εἴτε Φυλάξας τὰ δικαία τῆς ὁμαιμότητος, εἴτε καὶ μὴ. καὶ αἰσχρὸν ἐστὶ τὸ τῷ γεγεγαμμένου κληρονόμου πρόσωπον. αἰσχρὸν γὰρ γεγεγαμμένου προσώπου, εἰ καὶ μὴ ποδῆ τις ἐστὶν ἢ αἰσχρότης ἐν τῷ πράγματι, ἀλλὰ ψιλὴ εὐτέλεια καὶ ἀτιμία, δύναται τὴν δεινοφιλοσο κινεῖν κατὰ τῆς τῷ ἀδελφοῦ διαθήκης ὁ ὁμοπάτριός ἀδελφός. ὡς ἔστι μαθεῖν ἐκ τῆς κτ τῷ αὐτῷ βιβ. τίτ. Διατ. Ex iis, qui sunt a latere, frater de inofficioso testamento agere potest . . . si modo sit consanguineus, durante vel non agnatione, & turpis sit persona heredis scripti. nam turpi persona herede scripta, etiamsi re ipsa magna non sit turpitudine, sed leuis notae macula, consanguineus frater potest agere de inofficioso testamento fratris, ut constat ex 27. Const. eiusd. libr. & tit.

D 2

Poste-

k) MAIANSVS *Epist. V. s. p. 258.*l) BASILIG. *Tom. V. p. 224.*



Posterioris sequentia: m)

Τὴν δεινοφ οὐδεὶς τῶν ἐκ πλαγίου κινεῖ, εἰ μὴ μόνος ὁ ἀδελφός
καὶ ἡ ἀδελφή. καὶ τότε αἰσχρῶν γεγραμμένων κληρονομίων προσώπων
ἢ ἀπελευθέρου γραφέντος μὴ ἐνεργηθέντος τὸν ἀδελφόν τελευτή-
σαντα, εἰάν δηλονότι ἐμοπατρίοι εἴσι, Φησὶ γὰρ ἡ κ' διαταξὶς τῆ
παρόντος τι. ὡς οἱ ἐμομητριοὶ ἀδελφοὶ οὐ γυμνάζουσι τὴν μέμφω.
*Nemo eorum, qui sunt ex transverso, agit de inofficioso, praeter
solum fratrem & sororem, turpibus personis heredibus scriptis, vel
liberto non bene merito de fratre, videlicet si consanguinei sint.
Nam, ut ait 27. Const. huius tit. veterini fratres non agunt querela.*
Ex quibus profecto luce patet meridiana clarius, Graecas cohortes
a nostris potius, quam HEINECCII, partibus stare, & si quid
valent earum vires, non posse non nos superiores discere. Iam
iudicent, quibus ius suffragii est.

CAPVT QVARTVM.

§. I.

Reliquum est, vt BOEHMERO tandem satisficiamus, qua tamen
in re, postquam iam ante potiora delibauimus capita, paucis
defungemur. Scilicet, vt videator Oedipus, fingit aenigma, vbi
nullum est, oscitantiaeque accusat Tribonianum, qui, veterinis
cum consanguineis exaequatis, incaute legem Constantini in
Cod. rep. praet. reperierit, & antiquum discrimen retulerit, vnde
tandem concludit, aut asserendum, Tribonianum prorsus cor-
rupisse, & adulterasse doctrinam de ordine & iure mouendae
querelae, aut dicendum, legem Constantini ex mente Iustiniani
ad nona haec iura, quibus exaequatio consanguineorum & ve-
rinorum facta est, necessario accommodandam esse. Equidem
numquam oblocutor sum alteri: sed si dicere licet, quod sen-
tio, putauerim, eorum BOEHMERI argumentum, modo remotis
fallacis vires ipsius paullo accuratius inspiciamus, in fumum
esse abiturum. Iterum enim ponit, querelam competere secun-
dum

m) *Ibid. p. 265.*

dum



dum ius & ordinem succedendi ab intestato, eodemque ordine conquerentes admitti debere ad querelam, quo vocantur ad successiōnem. Sed hoc ipsum longissime a veritate distare, & nec iure antiquo argumentum a successiōne ab intestato ad querelam processisse, nec Iustiniano procedere, supra satis, opinor, demonstravi. Quare quum euersum semel sit *πρότρον* illud *ψεδδος*, cui BOEHMERVS doctrinam suam superstruxit, necesse est, evanescat omnis argumenti Boehmeriani vis, corruantque simul omnes, quas inde repetiit, consequentiae. Si querela ordinem successiōnis ab intestato sequeretur, admittendi essent, non vterini tantum, & germanorum liberi, quos BOEHMERVS admittit, sed omnes, qui ius succedendi ab intestato habent, dediscendumque, quod de cognatis, qui ultra fratres sunt, cum apud VLPIANVM in *l. 1. D. de inoff. test.* tum in *l. 21. C. eod.* relatum legimus. Quanta vero sic strages in iurisprudētia daretur? Neque vllam, saltem non idoneam, rationem habuisset IUSTINIANVS, quare filium ab extraneo adoptatum, ad successiōnem ab intestato admissum, a querela inofficiosi arceret. Praeterea si, qui succedunt simul ab intestato, etiam in querela mōuenda eadem iura habent, nō intelligo, cur BOEHMERVS ratione fratrum germanorum adhuc requiratur, ut turpis persona ipsis prelata sit. Succedunt enim illi simul cum parentibus ab intestato: quare in querela dererioris, ac parentes, conditionis esse debent? & qui sit, ut, ubi similia suadent BOEHMERI rationes, ipse non bene iunctarum discordia rerum semina proferat?

§. II.

Nec est, quod quemquam moretur exemplum ab ipso propositum, liberorum scilicet fratrum germanorum, fratrisque consanguinei, eodem testamento exheredatorum. At BOEHMERVS, si iuri antiquo insistere velimus, neminem querelam mōnere posse; non fratrum liberos, quippe qui in *l. 21. C. b. T.* a querela arcentur: nec consanguineos, utpote a fratrum liberis



in successione exclusos. Enimvero dudum hunc nodum soluit GER. NOODT *a*) & luculenter docuit, exclusis germanorum liberis consanguineum admittendum esse, cuius a sententia eo minus recedendum est, quod scimus, olim quoque fratrem quidem consanguineum exclusisse patrem in successione ab intestato, eundem tamen vicissim a patre exclusum esse in querela. Sic vero nec vterinos, testamento a consanguineo per querelam rescisso, simul ad successione admittimus, iterum moti argumentis viri summi, GER. NOODT, *b*) quibus eos, qui a querela remouentur, cum illo, qui admittitur, in eaque obrinet, ad hereditatem ex *Nov. us.* haud concurrere, abunde demonstrat.

§. III.

Nondum autem BOEHMERVM dimitto. Stomachum enim mihi mouet, quod ipse laudem ingenii quaerens TRIBONIANVM incuriae & oscitantiae accusauerit. Equidem saepe cum BALDVINO illos suauiter rideo, qui numquam dormitasse TRIBONIANVM, eiusque focios, existimant, & quiduis fingunt atque comminiscuntur potius, quam TRIBONIANI sui maiestatem imminuant. Sunt sane, dicam enim quod sentio, fremant omnes licet superstitiosi IUSTINIANI cultores, sunt inquam nonnulli in operosa illa iuris compilatione naevi, sunt παροράματα quaedam. Numquam profecto, licet concurrant omnes compilatorum defensores, & capita inter se conferant, factum infectum reddituri sunt, idque tantum abest, vt mirer, vt, si numquam lapsi essent homines, multo magis mirandum videretur. Fatetur hoc ipse CUIACIVS, rediuiuae pater iurisprudentiae humanioris, qui omnes iuris nostri partes optime perspectas, & veluti digitos suos in numero habuit, fatentur Romanae Themidos Antistites, BYNKERSHOEKIVS, SCHVLTINGIVS, HEINECIVS, & quidquid est hominum venustiorum. Quamquam igitur hanc sentiendi libertatem numquam mihi extorqueri patiar,

a) NOODT ad Tit. D. de inoff. test.

b) Idem loc. cit.

patiar, abhorret tamen animus ab infano illo antinomias & Tribonianismos venandi studio, nec vquam probavi, qui sumto hypercriticorum supercilio, quavis, non data, sed studiose quaesita occasione, dente Theonino in miserum saeuivnt TRIBONIANVM, tantoque magis sibi videntur sapere, quanto minus illum sapuisse dixerint. Haud absimiles sunt illi Aristarchi, vitioque creati censores, Alphonso X. Regi Hispaniae, qui satis impie dixisse fertur, si ipse creationi adfuisset, se mundum multo melius ordinaturum fuisse. Valeat etiam hic illud HORATII:

*- Vbi plura nitent in carmine, non ego paucis
Offendar maculis,*

gratulemurque potius nobis, quod iurisprudentiam, quam necesse erat diligere, qualiscunque esset, talem habemus, vt libenter quoque diligamus. Quare aegre molesteque fero, BOEMERVM etiam nomen inter Tribonianomastigas hic professum esse, praesertim cum res aliter salua esse possit, suaque iurisprudentiae etiam hac parte ratio constet.

§. IV.

Sed fingamus naeuum, & concedamus, non optime cohaerere hanc de successione ab intestato, & querela inofficiosi, doctrinam. Nostrumne ideo erit, hunc naeuum emendare, simulque aliam, scite licet & ingeniose fabricatam, nouam tamen, iurisprudentiam substituendo, negatam priuatis hominibus potestatem legislatoris inuadere? Quemadmodum critici officium non est, vt elegantiam verbis conciliet, sed vt integritatem restituat, sic nec interpretis est, quaerere de iure constituendo, de quo quaeri solet in consilio Principum, sed de iure constituto, in quo si nimium philosophamur, verendum est, ne inter rationales illos referamur interpretes, quibus dicam scripsit vir doctissimus, & limati iudicii RÜCKER, c) quosque ex aequitatis, quam sibi fingunt, dictamine saepissime aberrare a vero, & sensum

c) RÜCKER in *Prarf. ad Interpr. I. C.*



sum legibus ab auctoris mente plane alienum affingere videas. Cum Princeps non ita, ac nos, artis legum vinculis adstrictus sit, nae transgreditur is officium interpretis, qui, si quid minus recte in lege aliqua positum ipsi videtur, contemnere illud, & pro nihilo putare, sibi datum existimat. Habet etiam ius nostrum, vt eleganter GOTERID. MASCOVIVS, *d)* sua *παράδοξα* *ἑμάρτα*, haud secus, ac porticus Chryssippi, Crantoris, & Zenonis, quae ab interpretibus haud dissimulanda, multoque minus eneruanda sunt.

§. V.

En igitur, Lector beneuole, nostram de proposita quaestione sententiam, non legum tantum, sed Graecorum etiam interpretum auctoritate confirmatam. De vsu fori, cumulandisque rerum iudicatarum formulis, non est, quod magnopere hic laboremus. Vere scribit EDM. MERILLIVS, *e)* nihil tam incertum esse, quam niti rei iudicatae auctoritate, ipseque rationes meas ita compono, vt nihil vniquam doctorum opinionibus praelegibus deferam, satius existimans, ex ipsis potius Iuris Ciuilibus fontibus, quam ex commentatorum riuulis sapere. Iam supra tamen monui, hanc, quam defendi, sententiam, CUIACIO etiam, aliisque, non proletariae eruditionis interpretibus, placuisse. Ne autem displiceat ipsis, qui CUIACII, ceterorumque hominum, quos vocant, theoreticorum, auctoritate non multum mouentur, Pragmaticis, MENCKENIO *f)* testimonium denuncio, qui vsu etiam fori, saltem Saxonici, illam comprobari testatur. Ceterum si cui hac de re aliter videatur, per me licet, sententiaque sua steterit ille, ego mea. Recte enim dixit LABEO, suum quemque habere iudicium.

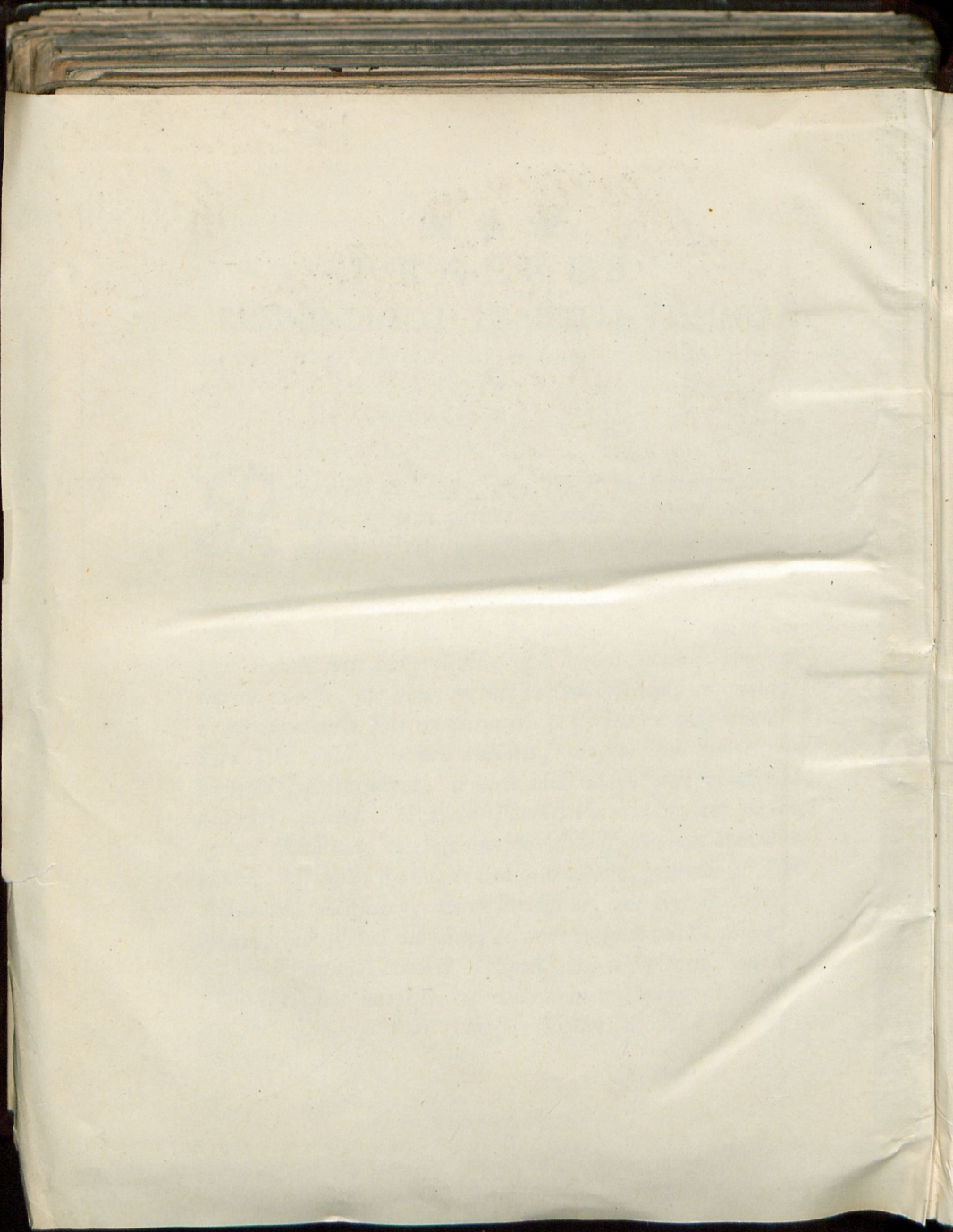
d) GOTER. MASCOVIVS in *Obs. Praeteritis institutus*, ad L. 3. C. de *inoff. test. quae est in Parerg. Goetting. Tom. I. p. 124.*

e) MERILLIVS *Part. II. Op. p. 163.*

f) MENCKENIUS ad *Tit. D. de inoff. test. §. 5.*







ULB Halle
007 114 605

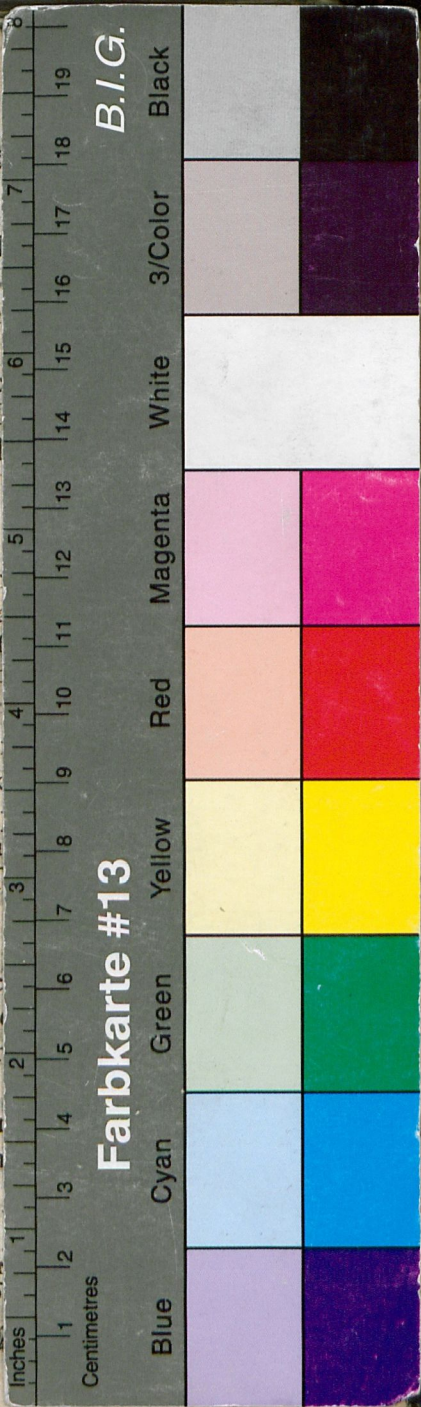
3



NO 18







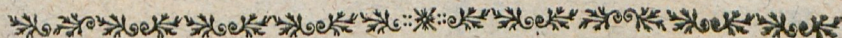
DISSERTATIO INAUGVRALIS
DE
QVERELA
INOFFICIOSI TESTAMENTI
FRATRIBVS VTERINIS HAVD
CONCEDENDA

139
Lipz 1761, 236

ILLVSTR. ICTOR. ORDIN. AVCTORIT
VT ADITVM
AD
SVMMOS VTRIVSQUE IVRIS HONORES
SIBI APERIRET

DISCEPTATIONI ERVDITORVM PVBL
A. D. XXV. IVN. CIOICCLXI
PROPOSITA

A
IOSIA LVDOVICO ERNESTO PÜTTMANNŌ
I. V. CAND. ET ADV



HALAE MAGDEBVRGICAE
TYPIS IOANNIS CHRISTIANI HENDELII VIDVAE.
M DCC LXVII.

(4)