



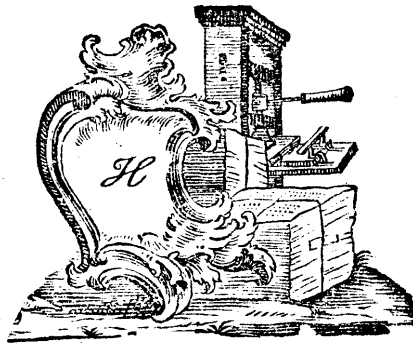






DISSERTATIONVM  
ATQVE  
PROGRAMMATVM  
CRELLIANORVM

FASCICVLVS VII.



---

HALAE AD SALAM  
TYPIS ET SVMTV I. C. HENDEL.

1777.

*Index diss. huius fasc.*

4491

- LII. *Legatum liberationis solutione spontea non extingui, ad L. XI. §. 13. D. de legat. 3. disputab.* Ioannes Gotthelf DEMISCH, Pretscha-Saxo. Viremb. d. Aug. 1742. pag. 1083
- LIII. *Observationes de poena silentii & conscientia delicti alieni; ad §. 5. nouiss. edicti long. clementissimi von gesetzmässiger Bestrafung des vorsehllichen Feueranlegens, Dresdae, d. 16. Nou. a. 1741. propositi defendit* Fridericus KODERISCHIVS, Laucha-Thuring. Ib. d. 29. Aug. 1742. 1103
- LIV. *De legato tacito & implicito, in quo legatarius non nominatus est, ad L. 3. §. 3-5. D. de liberat. legat. disputab.* Valentinus Augustus Marbach, Nisca-Saxo. Ib. d. Sept. eod. 1114
- LV. *De acre alieno uxoris viuac ex dote omnium bonorum exsoluendo, ad L. 72. D. de iure dotium. disp.* Io. Traugott ALBRECHT, Goriclicensis. Ib. d. Mart. 1743. 1134
- LVI. *De venditione rerum cum fundo adhuc cobaerentium, ad L. 40. D. de act. emt. vendit. disp.* Io. Paullus SCHROETER, Dresd. Ib. d. Apr. eod. 1153
- LVII. *De duobus fratribus in eadem lite partium aduersarum patrocini-um suscipientibus; disp.* Frider. August. KIESLING, Zittauiensis. Ib. d. Mai. eod. 1176
- LVIII. *Vtrum feudo legato eius aestimatio debeatur disp.* Io. David ZELLNER, Reibersdorffius. Ib. d. Iun. eod. 1184
- LIX. *Portionem stututariam marito ab uxore bona mente adimi posse, ad constit. elect. Sax. VII. P. III. disp.* Carolus Gottlieb HENNINGIVS, Freybergensis. Ib. d. Iun. eod. 1198
- LX. *Vtrum diuisio per sortitionem facta ob laesionem rescindi possit, ad L. 3. C. commun. utriusque iudicii, disp.* Carolus Mauritius Leopoldus VERDION, Martisburgensis. Ib. d. Sept. eod. 1214
- LXI. *Progr. inaug. de donatione rerum mortuarum, summos vtr. iur. hon. Ernest. Martin. CHEADENIO conferend. ind.* Ib. d. 24. Nou. eod. 1230
- LXII. *De diuisione nominum in iudicio familiae erciscundae interdum necessaria, ad L. 3. D. fam. ercisc. defendet* Gottlob Friedrich COITH, Schneeb. Misn. Ib. d. Dec. eod. 1234





### Juristische Schriften im Hendelschen Verlage.

- Heisler*, D. Phil. Iac. exercitationum academicarum ad diuerfas materias iuris pertinentium fasciculus, de annis 1750-1755. X. mater. continens, cum indice. 4to. 10 gr.
- Madibn*, D. Georg. Sam. exercitationum academicarum Halensium ad praestantiora maxime iuris ciuilis capita pertinentium, fasciculus; XIII. mater. continens, cum indice. 4to. 18 gr.
- Reuter*, D. Io. Hartw. exercitationes academicæ praestantiora maxime iuris ciuilis capita illustrantes. IX. mater. continens, cum indice. 4to. 9 gr.
- Siccama*, Sibr. Tetard. de iudicio centumuirali Libri II. iterum recensuit animaduersionibus & opusculis, argumentum illustrantibus auct. D. Car. Frid. Zepernick. med. 8vo. 1776. 21 gr.

LII.

# LEGATVM LIBERATIONIS SOLVTIONE SPONTANEA NON EXTINGVI.

AD LEGEM XI. §. XIII. D. DE LEGAT. III.

VITEMBERGAE, D. . AVG. A. Q S. P. EST. CIO IO CC XXXII.

§. I.

*Quo* quisque est vir melior, tanto magis, quod M. TVLLIVS affirmat a), *debitione* officii torquetur: &, si L. ANNAEVM SENECAM b) *au-* *Fauor li-*  
*diar, graue tormentum est, debere, cui nolis obligatus esse: vt duriora qui-* *berationis.*  
*busdam haec vincula, quam quibus corpus constringitur, videri possint. Qua-* *Quid inter*  
*propter merito fauemus magnificae illorum virtuti, qui hoc tormentum, non* *remissionem,*  
*debitio-* *donationem*  
*nis duntaxat, sed rogationis etiam c), debitoribus remittunt, & libe-* *trans-*  
*ralissimo genere beneficii, ἀντεπαγγέλτοι, secundum ISOCRATEM d), id* *actionem di-*  
*est, sponte, & non rogati, illos liberant, quos necessitate aeris alieni deuinctos* *scriminis in-*  
*& obnoxios tenebant. Enimvero, qui ita de aliis merentur, non solum copiis* *terst. Etiam*  
*amicorum & fortunis, sed etiam verecundiae, consulunt, qua omnes boni* *inuiti &*  
*dum aliis se molestos esse, & officio satisfacere non posse, sentiunt, aegerrime* *ignorantes*  
*afficiuntur.* *liberamur.*  
*Non facile*

Quod cum intelligerent *veteres*, qui, interpretatione iuris ciuilis, *mat-* *berationis.*  
*riam virtutis & studium honestatis mirifice auxerunt, receptum est, debitores* *Species singu-*  
*etiam inuitos & ignorantis, remissione, & facilitate creditoris, liberari posse.* *laris propo-*  
*Hoc enim POMPONIVS & GAIVS praeceperunt l. 23. & 53. D. de solut.* *nitur.*  
*Nimirum, quamuis, secundum eundem POMPONIVM l. 57. D. de oblig. &*  
*act. contrahi negotia, nisi a scientibus volentibusque, non posse videantur, ta-*  
*men, vt virtuti creditoris locus conspectior daretur, placuit, obligationem*  
*etiam ignorantibus & oblectantibus efficaciter remitti. Enimvero, cum rem*  
*suam dominus derelinquere, & ius suum deserere, non prohibeatur, ideoque*  
*nihil obtrudi possit inuito creditori; disputatione vix indiget, remissione iuris,*  
*quod creditori competeat, obligationem, quae respondet iuri creditoris, quasi*  
*so-*

a) C. I. C. ad Attic. XIV. ep. 13.

b) SENEC. de benef. II. c. 18.

c) SEN.

L. II. de benef. c. 2.

d) ISOCRATES ad demonic. c. 7.

soluzione imaginaria, extingui. Opportune igitur VLPIANVS l. 30. D. de *solut.* monuit, praetorem *denegare actiones*, creditori, qui accipere *noluerit* pecuniam debitam, quam debitor, paratus ad soluendum, *obtulisset*: cum hic etiam inuitus, *remissione* & repudiatione, *liberatus* videatur.

Quae cum ita sint, intelligetur, cur inter *transactionem*, & *donationem*, & *remissionem* debiti, discrimen aliquod admisit PAPINIANVS l. 12. §. 13. D. de *administ. & pericul. tutor.* Neque enim quilibet, qui *debitum remittit*, vel *donasse* censetur, vel cum debitore *transgessit*. Et in *donationibus* enim, & in *transactionibus*, inest plerumque aliquid, quod dignitatem beneficii corrumpit. *Transigimus* cum debitore, cum ipsi partem obligationis aut culpae *remittimus*, in causa dubia, ob periculum litis imminentis: vt debitor, *quasi iure quodam suo*, quamvis *dubio*, remissionem impetrasse videatur. *Donamus*, cum de nostro aliquid tribuimus alteri, vel *roganti* vel certe *consentienti*, & *gratias agenti*. d. l. 12. §. 13. D. de *administ. & peric. tut.* l. 55. D. de *oblig. & act.* *Debitum remittimus*, si de *iure nostro* liberaliter decedimus, & debitori, etiam non petenti, non solum debiti, sed subinde etiam rogationis, gratiam facimus, ipsumque vel inuitum & *ignorantem* liberamus. l. 53. D. de *solut.* Ex quo loco apparet, improprie a SCAEVOLA l. 28. §. 2. D. de *liberat. leg. donationem* appellari hoc legatum, quo testator fortis & vsurarum gratiam facit debitori, & vtrumque ipsi liberaliter *remittit*. Non enim *donasse*, sed debitum *remisisse*, videbitur testator.

Igitur ausim affirmare, *remissionem debiti* plerumque *plenior* esse beneficii speciem, in qua, vt supra comprobatum est, non *debitio* duntaxat, sed *rogationis* etiam, tormentum debitori, quasi dissimulato & abiecto iure nostro, remittimus, solumque ipsum beneficii sensu eiusque recordatione obstrictum retinemus. Iam enim debitor nobis non pecuniam, sed *gratiam*, debet.

Sed, quamvis *dissimilis* sit *debitio pecuniae* & *gratiae*, quod CICERO in oratione pro Cn. PLANCIO obseruat <sup>e)</sup>, tamen haec ipsa *gratiae debitio* quibusdam ita molesta est, vt malint pecuniam soluere, quam gratiam debere. Interdum enim, quod Caesari accidisse VELLEIVS PATERCVLVVS <sup>f)</sup> notauit, misericordiae munus dantis *pertinacia* corrumpitur, cum inuitos blande afficimus, & libentius *damus* beneficia, quam debitores nostri a nobis accipiunt: adeoque illos oneramus nostris officiis, quibus consulere & quos ornare volebamus.

Quapropter inuentum est aliud genus beneficii, in quo careat debitor *molestia* vel referendae vel habendae *gratiae*, & liberalitate nostra, absque villo suo incommodo, fruatur.

Ni-

<sup>e)</sup> CIC. pro Cn. Plancio, c. 28.

<sup>f)</sup> VELLEI. Patere. L. II. c. 52. n. 4.

Nimirum, post longam dubitationem interpretum, si **VLPIANO** fides est, l. 3. pr. D. de *liberat. legat.* tandem obtinuit, ut non solum a viuo creditore debitum remitti posset, sed etiam *suprema voluntate* debitori *liberatio* a testatore efficaciter relinqueretur. Qua re effectum est, ut ne pudor quidem debitoris onerari, neque gratia ab ipso cuiquam deberi videretur, cum *ne posset* quidem reddere gratiam creditori iam defuncto, & heres creditoris ipsum liberare etiam *inuitus* ex testamento teneretur.

Habes igitur perfectissimum genus beneficii, ab omni creditoris inuidia & accipientis molestia liberum, cum debitori *suprema voluntate liberatio legatur*. Quod ne interpretatione iudicum peruertatur, ita accipiendum est, ut, nisi manifesta sit voluntas testatoris, *legatum liberationis non facile extinguui* censeamus, & fructum remissionis, quantum fieri potest, ad debitorem peruenire patiamur. Cum enim generaliter, quod **PAVLLVS** monet, l. 47. D. de *obligat. & act. ad liberationem promiores*, quam ad condemnationem, esse debeamus; si *liberatio* debitori legata est, dubitare non possumus, voluisse testatorem, ut nisi ipse voluntatem mutauerit, *fructu* quodam sui *beneficii* debitor ornetur. Igitur nec facile credemus testatorem a voluntate benefaciendi discessisse.

Res habet aliquam difficultatem, cum viuo *testatori, postea exsolutum est debitum*, quod ipse debitori *remiserat*, in tabulis supremæ voluntatis. Plerique omnes clamitant, *solutione extinguui legatum liberationis*. **TERENTIO CLEMENTI** enim obsequuntur, qui, l. 21. pr. D. de *liberat. leg.* si id, quod mihi *deber*, inquit, tibi legauero, *tuque illud mihi solueris, extinguuitur legatum*.

Sed pignore certarem, neque **TERENTIO CLEMENTI** neque reliquis magistris nostræ artis, placuisse, *qualibet solutione*, nisi luculenta sit voluntas testatoris, qualibet solutione, inquam, perimi *legatum liberationis*. Imo vero certius videtur, nisi mutatio voluntatis appareat, etiam *repeti & condici* posse, quod exsolutum sit a debitore, cui antequam solueret, liberationem legauerit testator. Ita certe **VLPIANO** visum est, qui, lege XI. §. 13. D. de *leg. 3.* „si quis, inquit, nomen debitoris exegerit, quod per „*fideicommissum* reliquit, *non tamen hoc animo, quasi vellet extinguere* „*fideicommissum*, poterit dici, *deberi*. Cum enim quidam nomen debitoris „*exegisset*, & pro *deposito* pecuniam habuisset, putavi, *fideicommissi* „*petitionem* superesse: praesertim, quia non ipse exegerat, sed *debitor ul-* „*tro pecuniam obtulerat*: quo offerente, non potuit non accipere. Paul- „*latim* igitur admittemus, etsi rem comparauerit hac parte pecuniae, quam „*non hoc animo* exegit, ut *fideicommissarium* priuaret *fideicommissio*, posse „*fideicommissi petitionem* superesse.,

Habes verba *VLPJANI*. Sed de sensu & intellectu postea constabit. Ante aliquot annos quidem, a *ICtis Vitembergensibus* tractabatur eiusmodi species, in qua poterat dubitari, vtrum *voluntaria solutione extinctum sit legatum liberationis*. *I A V O L E N V S* *T E R E N T I O* impuberi pecuniam legauerat, quam pater eius *I A V O L E N O* ex cambio debuerat, sub usuris. Tutores *T E R E N T I I*, vt pupillum difficultate aeris alieni & onere usurarum liberarent, *obtulerant* pecuniam creditori *I A V O L E N O*. Hic quidem primo cunctatus accipere, ne festinarent, cum ipse non exigeret pecuniam, monuerat tutores. Frustra. Crediderant enim ad officium suum pertinere, vt darent operam, ne pupillus sub usuris pecuniam deberet. Igitur soluerant inuito fere *I A V O L E N O*, qui illam in rationes suas inter accepta retulerat, & in rem familiarem conuerterat nummos a tutoribus *T E R E N T I I* solutos. Mortuo *I A V O L E N O*, & tabulis apertis, poenitebat tutores festinationis suae & intempestivae sedulitatis, qua *T E R E N T I V M* pupillum onere usurarum liberare cogitauerant. Igitur proponebatur: vtrum repeti possint nummi exsoluti, qualinon extinctum sit legatum? Respondimus *mensē Septembri*, anno *MDCCCXXXIII*. *superesse repetitionem, & deberi T E R E N T I O legatum*. Exhibebo ipsam formularem responsi:

Hat H. F. von S. in seinem letzten Willen, Hannß Siegmunden von W. 1200. Thlr. an demjenigen Capital, so er auf einen von dessen Vater ausgestellten Wechsel bey ihm zu fordern gehabt, dergestalt legiret, daß ihm solcher Wechsel zurückgegeben, und das rückständige Capital nicht gefordert werden solle, und es will Zweifel entstehen, ob mehrermeldeter H. S. von W. nunmehr, nachdem die ihm erlassene Wechsel-Schuld bey Lebzeiten des Testatoris bereits abgetragen worden, die ihm legirten 1200. Thlr. beständiger Weise verlangen könne? nach mehrerem Inhalt des uns zugesickten Berichts und derer Beylagen.

Ob nun wohl in angeregtem Vermächtniß das Absehen auf die verscriebnen und damahls noch rückständigen 1200. Thlr. welche der Legatarius abzuführen verbunden gewesen, hauptsächlich gerichtet worden, mithin dasselbe vor ein legatum liberationis anzusehen, welches, wenn der Testator solche Schuld-Forderung bey Lebzeiten selbst erhoben, ordentlicher Weise hinweg fällt, und ohne Wirkung ist,

§. 21. I. de legat.

l. 7. §. 4. D. de liberat. leg.

demnach, da der von S. oberwehntes Capital von denen Vormündern wirklich angenommen, auch in seine Rechnung gebracht, und nicht absonderlich aufbehalten, oder zurück geleyet, daß angeregtes Vermächtniß nunmehr erloschen, es das Ansehen gewinnet.

D. a. b.



D. a. b. die Bezahlung überführter Schuld, Post dem Erbläßer von des von W. Vormündern freywillig angebothen worden, bey welcher Bewandniß dergleichen legatum, auch nach beschehener Zahlung, wohl gefordert werden kan;

Cum, si testator non exegerit, sed debitor ultro obtulerit pecuniam, quam non potuerit non accipere; fideicommissi petitio superfit,

l. 11. §. 13. D. de leg. 3.

dahingegen dasjenige, so ex §. 21. I. de leg. und l. 7. §. 4. de lib. leg. angezogen werden, nur von dem Falle, wenn der Testator die außenstehenden Posten dem Schuldner abgefordert, und von ihm eingemahnet, oder die Veränderung seiner Willens, Meynung sonst zu erkennen gegeben, verstanden werden kan; folglich solches auf obgedachtes Vermächtniß um so viel weniger zu erstrecken, als der animus adimendi legatum so schlechterdings in denen Rechten nicht vermuthet wird,

l. 3. §. 7. D. de adimend. vel transfer. leg.

dahero, daß der Testator das ihm bezahlte Capital lediglich aus dieser Ursache, weil ein Gläubiger die ihm angebothene Zahlung anzunehmen sich nicht entbrechen mag, mithin ex necessitate iuris, und keines Weges in der Meynung, dem von W. das ihm beschiedene legatum zu entziehen, in Empfang genommen, wohl zu glauben stehet,

So erscheinet daraus so viel, daß der von W. daferne seine gewesene Vormünder ihre Vorgeben, daß sie dem Testatori das Wechsel Capital freywillig angebothen, vermittelst Endes bestärcken, die legirten 1200. Thlr. der beschehenen Zahlung ungeachtet, aus des von S. Verlassenschaft zu fordern wohl befugt, W. R. W.

Dabimus hoc dignitati nobilissimi & luculentissimi huius beneficii, vt de illo argumento diligentius tractemus, & rem ab initio, ex certissimis artis nostrae praeceptis, repetamus.

## §. II.

Sed, primo quidem, meretur obseruari, olim non satis conuenisse inter interpretes, vtrum *liberatio* debitori in suprema voluntate vtiliter relinqueretur. VLPPIANVS enim, l. 3. pr. D. de *liberat. leg.* iam demum, ait, certum esse, id est, post variationes quasdam, & longam veterum dubitationem, *receptum* esse, vt possit debitori *liberatio* legari. Si quaeris causam dubitandi, illam VLPPIANVS alio loco, l. 1. pr. D. de *lib. leg.* interpretatus est. Mouebat enim veteres, quod debitores adhuc essent *domini* illarum rerum, quas debent creditori. Sed constabat, *rem suam nemini vtiliter legari.* d. l. 1. D. de *lib. leg.* Praeterea iuris civilis regula, quam VLPPIANVS l. 35. D. de *reg. iur.* tradidit, obfata dicebatur. Haec enim, *olim dubitatum an liberatio legari possit. Hodie, quid prodest legatario, vtiliter legatur. Liberatio etiam quasi fidei commissi*

*reddito chi-* negotium eodem genere, quo colligatum esset, *dissolui*, postulabat. Qua-  
*rogapho, re-* propter, cum sola creditoris *voluntate contrahi* non posset *obligatio*, ne  
*linqui potest.* *dissolui* quidem posse eius voluntate videbatur. At vero postea inualuit,  
 omnia, *quae meliorem legatarii conditionem facerent*, vtiliter legari posse;  
 vt, non tam *iuris subtilis* regulam, quam *voluntatem* testatoris, & legatarii  
*utilitatem*, spectaremus. Hinc admissa etiam legata, in quibus *res sua*  
*domino* relicta esset, si quaedam ad dominum *commoditas* ex legato perue-  
 nire posse videretur. Certe IULIANVS l. 86. §. 4. D. de *leg. 1.* valere le-  
 gatum ait, si superficies illi, cuius in solo constituta sit, legetur: Quam-  
 vis enim soli sit *dominus*, tamen hoc ipsum consequi, vt seruitute superficiei  
 liberetur, & superficiem lucrifaciat: & propter hanc commoditatem videri  
 vile legatum. Ex hac causa etiam receptum est, vt *necessitas reddendae*  
*rationis* administratori efficaciter remitteretur. l. 18. C. de *fideicommiss.*  
 quamvis nihil ad administratorem transferretur hoc legato: satis enim bene-  
 ficium accepit, quod difficultate reddendae rationis liberatus est. g)

Quae cum ita essent, secundum IULIANVM; dubitari non potuit,  
 quin illa, quae debentur, *remitti* possent testamento: cum placuerit, vt  
 vel *tota* obligatio, vel si ita visum esset, etiam *pars* obligationis, legato  
 efficaciter extingueretur. l. 7. pr. D. de *liberat. leg.*

Imo vero obrinuit, vt etiam debitor creditori, quod ipsi debet, vtili-  
 ter legare, & *exceptionem*, qua ipse aduersus creditorem tutus esset, re-  
 mittere posse videretur: cum sufficeret, hac voluntate testatoris meliorem  
 fieri conditionem creditoris. Ita enim ARISTO, IULIANVS, atque VL-  
 PIANVS l. 28. D. de *leg. 1.* l. 7. §. 2. D. de *leg. 3.* & l. 13. D. de *lib. leg.*  
 tradiderunt: quod etiam RAEVARDVS obseruauit. h)

Dicemus igitur, valere legatum *liberationis*, si quaedam debitoris in  
 illa re commoditas versetur: nec referre, quod non eodem modo tollatur  
 obligatio, quo antea contracta est; cum sit expeditum, iure creditoris re-  
 misso, extingui obligationem, & heredes, secundum defuncti voluntatem,  
 compelli posse ad debitorem liberandum.

Discederem ab hoc loco, nisi vnum adiciendum esse videretur, quod  
 VLPPIANVS monuit, l. 3. §. 1. D. de *liberat. leg.* aliquando etiam, *factis*  
 duntaxat a testatore relinqui liberationem, vt heres. debitum exacturus, *ex-*  
*ceptione* repellatur. Huc imprimis pertinet, si quis decedens, id est, proxi-  
 me moriturus, *chirographum reddat* debitori. Apparet, neque *inter vi-*  
*uos*, reddito chirographo, confestim debitum extingui, cum plerumque,  
 praeter chirographum alia subsit causa obligationis; neque *mortis causa* re-  
 missum videri debitum, cum vltima voluntas *solemnitatem* aliquam, aut certe  
 quinque testium praesentiam, & praeterea verba testatoris luculenter ex-  
 pressa

g) V. Praefes, de tutore aneclogisto.

h) RAEVARD. de reg. iur. c. 13. op. T. I. p. 164,

pressa, desiderare videatur. Interim manifesta est subinde voluntas testatoris, *remittere* debitum volentis, dum chirographum reddit debitori. Igitur VLPPIANVS ait, *exceptionem* debitori competere, si heres debitum, quamuis reddito chirographo, ab ipso petere auderet: cum *quasi pro fideicommissio* valeat voluntas testatoris, qui chirographum reddidit debitori suo. d. l. 3. §. 1. D. de *lib. leg.*

Vides non *verum* aut *proprium* subesse fideicommissum, quandoquidem nec heres rogatus est a testatore, nec solennitates adhibitae, cum chirographum debitori redderetur. Sed cum fauor liberationis & aperta voluntas testatoris mouerent interpretes, placuit, hoc casu *fingi fideicommissum*, & ex illo, debitori *exceptionem* dari aduersus heredes creditoris.

Idem IULIANO etiam placuit, in alia specie, quae l. 3. §. 2. D. de *lib. leg.* proponitur ab VLPPIANO. Finge enim, testatorem TVLLIAE dedisse chirographum, a debitore MAEVIO conscriptum, sed hac lege, vt MAEVIO debitori illud redderet post mortem suam. Finge porro, TVLLIAM obtemperasse voluntati testatoris, & chirographum MAEVIO restituisse. IULIANVS respondit, videri debitum MAEVIO remissum. d. l. 3. §. 2. de *lib. leg.* Quamuis enim neque legatum sit, nec fideicommissum, tamen, cum ex *facto* dati & redditu chirographi luculenta sit voluntas testatoris, placuit, *quasi ex fideicommissio*, debitori *exceptionem* dandam esse, aduersus heredes creditoris.

Sed de his quidem *fideicommissis vtilibus* & impropriis, seu *quasi fideicommissis* alio loco copiosius a nobis tractatum est. <sup>1)</sup> Enimuero etiam aliis in causis, si propter manifestam *aequitatem* legatum, alias *inutile*, sustinendum videretur, tollendae difficultatis causa, veteres *fingebant quasi fideicommissum*. l. 77. D. de *leg. 1.*

### §. III.

*Accepisti* igitur, *fauore liberationis* & supremae voluntatis, paulatim *Stricte* in-  
admissum esse, vt *legato debito* subinde obligatio extingueretur. Neque <sup>interpretatur</sup> ramen haec ita intelligenda sunt, vt *profusa liberalitate omne ius testatoris*, <sup>legatum li-</sup> <sup>berationis, ne</sup> quo debitorem obstrictum habuit, atque etiam illud, de quo non <sup>plus debitori</sup> <sup>remittatur</sup> <sup>quam de quo</sup> <sup>senferit</sup> <sup>re-</sup> <sup>stator.</sup> *testator*, *legata liberatione*, confestim dissolutum & abiectum censeamus. Enimuero, cum generaliter nemo *ius suum* facile dimittere, aut fructum *hereditatis* successoris eripere, & hereditatem diminuere omnino voluisse, *inter-*  
*dicetur*; quaestio *voluntatis* in illa causa in primis vertitur, si de *interpre-*  
*tatione legati liberationis* disputemus. Igitur ex ordine verborum, ex con-  
glutinatione orationis, ex affectione personarum, ex iis, quae circumstant,  
elicie-

1) vid. Praefes, de deposito, cum fideicommissio vtili, §. 2. sqq.

eliciemus, *de quo debito senserit testator.* Sed ex his si nihil appareat, non facile dicemus, extinctam aut *remissam esse obligationem.*

Et primo quidem, cum, *amore legatarii maxime,* beneficia in suprema voluntate relinquuntur, ita interpretabimur legatum, ut, nisi alia voluntas testatoris luculentis indiciis prodatur, soli duntaxat *legatario,* non etiam *tertio,* nisi legatarii interfit, *prodesse liberationem* iudicemus. Ex hoc fonte deriuatum est, quod CELSVS & POMPEIVS, itemque VLP IANVS l. 2. & l. 5. pr. D. de *lib. leg.* iudicarunt, si *fideiussor* legato *liberatus* sit, tamen *reum,* id est, principalem debitorem, ex sua obligatione nihilofecius teneri, atque ab herede conuenire posse: cum fideiussori duntaxat prospicere voluerit testator, & fideiussoris non interfit, vtrum debitor principalis teneatur. Idem etiam IVL IANO placuit, ut si duo simus *correi promittendi,* qui eandem obligationem susceperimus, & mihi soli consultum voluerit testator, mihi duntaxat proficit liberatio, *correus* in solidum conueniatur. l. 3. §. 3. D. de *lib. leg.*

Eodem iure vtimur, si *liberatio* debiti, quod filius contraxit, patri, qui debitorem in potestate habeat, legatur. Respondit enim IVL IANVS, l. 5. §. 2. de *lib. leg.* patri duntaxat de peculio actionem *pacto remittendam,* ne etiam filius liberetur, de quo non senserit testator.

Itaque sequemur defuncti *voluntatem,* ne quis *liberetur,* quam cui fructum *liberationis* prodesse voluerit testator. Contra igitur, si *interfit* legatarii, ut etiam *tertio* remittatur obligatio, ne, si ipse tantum liberatus sit, ex obligatione alterius, cui ipse sit obstrictus, necessitas solutionis legatario remissae, per ambages ipsi imponatur, dicemus, etiam *tertio prodesse liberationem,* ne obligatio *tertii legatario noceret.*

Quapropter, si *reus* obligationis gratiam fecerit testator, etiam *fideiussor* liberatur, ne, si fideiussor teneretur, hic quidem vel *mandati* vel *negotiorum gestorum* actione, a *reus* repeteret pecuniam solutam, adeoque debitori infructuosum esset legatum liberationis. l. 2. pr. D. de *lib. leg.* Igitur dicemus, tunc demum fideiussori non remitti obligationem, qua reus liberatus est, si *donandi animo,* aut *in rem suam,* fideiusserit, ut nequeat a debitore repeterere, quod ipse soluerit ex fideiussione. Hoc enim VLP IANVS etiam praecepit, l. 5. pr. D. de *lib. leg.*

Ita fere etiam de *correis promittendi* habendum est, ut, si illi sint *socii,* & *vnus* tantum *liberatus* testamento, *utroque* sociorum liberatus, & tota obligatio extincta videatur, ne legatarius, in *iudicio societatis,* perdat fructum quendam suae liberationis. Quod, video, etiam IVL IANO placuisse. l. 3. §. 3. D. de *lib. leg.*

Ex quibus rebus intelligitur, nisi manifesta sit voluntas testatoris, non temere liberalitatem eius *in alios,* de quibus ipse non senserit, proferri.

Sed

Sed hoc fere durius, quod ne *heres* quidem *debitoris* liberetur, nisi appareat testatorem de illo cogitasse, sed sola duntaxat *persona debitoris* tuta sit ex testamento, ne ab ipso debitum petatur. Si enim a *solo debitore* solutionem exigi prohibuerit testator, apparet, reliquos *exclusos* esse a fructu legatae liberationis. Quare, si non addit *correus*, quem testator excludere his verbis voluisse videatur, *heres debitoris exclusus* videbitur, ne & ipse liberatus sit debito, sed ut *heres*, post mortem *debitoris*, efficaciter conveniatur. Igitur inspiciendum, *in rem*, an *in personam*, exclusis reliquis, conceptum sit legatum. Si enim *totam obligationem* remiserit heredi, Es solle dem Schuldner dasjenige, so der Testator von ihm zu fordern habe, hiermit erlassen seyn, nemo dubitabit, non debitorem duntaxat, sed etiam *heredem legato* comprehendi: sin *heres* testatoris a *solo debitore* pecuniam exigere prohibeatur, Daß der Erbe von N. die Schuld-Post, damit er ihm verhaftet, nicht fordern, noch ihm damit beschwerlich fallen solle, dicemus, solam *debitoris personam* liberari. Hanc certe distinctionem video POMPONIUM secutum esse, l. 8. §. 3. & 4. D. de *liberat. leg.* Ita enim ille: „tale legatum: *heres meus* a LUCIO TITIO ne petito, ad *heredem* Lucii Titii non transit: quoties enim *personae cohaeret* id, quod legatur, *toties ad heredem eius non transit*, si non cohaeret, transit. Sin *verba liberationis in rem sint collata*, pro eo est, quasi *heres a debitore, eiusque herede, petere prohibeatur.* „

Habes primum obicem, qui legato debiti opponitur, ne quisquam liberetur, *de quo non senserit testator.* Sed aliis etiam modis *constringitur* liberatio legata. Est enim proxima inspectio, ne ipse legatarius *alia obligatione* liberetur, quam de qua appareat, testatorem cogitasse. Eo pertinet inprimis, quod *quacunq; remissa obligatione*, secundum POMPONIUM & VLPPIANUM l. 8. §. 6. & l. 9. D. de *liberat. leg.* *dolus malus non remissus* censeatur. Quomodo enim dici possit testatorem etiam de *dolo malo* cogitasse, cum haec talia *ne facere quidem posse* videamur, secundum MARCIANUM, l. 20. D. de *condit. instit.* Quapropter, si quid *dolo malo* admiserit debitor, poterit ab herede conveniri, quamvis ipse *heres* cum ipso *agere* prohibitus sit testamento, d. l. 8. §. 6. D. de *liberat. leg.*

Non multum ab hoc recedit, quod, *pignore legato*, sola *obligatio pignoris* remissa, non etiam ipsum *ius crediti* extinctum, censeatur. IULIANUS enim atque VLPPIANUS, l. 1. §. 1. D. de *lib. leg.* ita rem interpretantur, ut nihilominus debitum ab illo peti possit, cui pignus sit legatum, nisi ostendatur, *aliam* fuisse testantis voluntatem.

Sed quid de patre *debitoris* faciemus, qui pro filio *debitore fideiussit*, si illi *liberatio* a creditore sit relicta. Apparet *duplicem* parentis esse obligationem, alteram, quam *fideiussione* pro filio contraxit, alteram, qua *de peculio*

ex obligatione filii tenetur. Quam igitur dicemus obligationem remissam hoc legato? Et primo quidem certum est, *ex ordine verborum* & orationis iudicandum esse, vtrum patrem *omnino liberare* voluerit testator: hoc enim, si apparuerit, *ex neutra* obligatione vtiliter conuenietur.

Deinde, si hoc ostendi non possit, secundum IULIANVM l. 5. §. 4. D. de *lib. leg. durior* obligatio, ex qua solidum debetur, videbitur remissa: ideoque vt *fideiussor*, non vt *pater*, liberandus est, vt de *peculio*, propter filii obligationem conueniri possit: nisi alia fuerit voluntas testatoris.

Extremo non omittendum est, legatum *liberationis*, quamvis *generaliter* conceptum, de illis tantum nominibus accipiendum, quae *ante conditum testamentum* contracta sunt a testatore.

Si enim SCAEVOLAE obtemperemus & ipsam rationem audiamus, vix cogitare potuit testator de illis debitis, quae nondum nata fuerunt, cum legaret liberationem l. 28. §. 1. & 2. D. de *lib. leg.*

Sed magis disputatione indiget, si testator, *nouatione post testamentum facta*, priora debita, quibus debitorem in testamento liberauit, cum posterioribus confuderit, & vtraque vna summa comprehenderit, non mutato testamento, an non liberatio etiam in posterioribus debitis prodesse videatur. Faciamus enim, debitorem centum debuisse, cum liberatio ipsi a creditore legaretur. Faciamus porro, debitorem postea *mutuum* cum testatore contraxisse, ex quo quadraginta deberentur. Fingamus, debitorem postea stipulatione vtramque summam, & quam ante debuerat, & quam post testamentum coepit debere, vtramque, inquam, summam, vna stipulatione comprehendisse, & se centum quadraginta soluturum spondisse. An dicemus ipsum legato ab vtroque debito absolui? Et possit hoc tentari, cum *nouatione* vtrumque debitum confusum videatur. Imo vero facilius defenderetur, iam quidem a neutro debitorem esse liberatum: neque a veteri, quia illud nouatione sit extinctum, neque a posteriori, quia de illo non cogitare potuerit testator, cum legaret liberationem. Sed idem ille, quem antea laudauimus, SCAEVOLA respondit, si in eadem *voluntate* manserit testator, *prius duntaxat debitum* remitti. l. 31. §. 5. D. de *lib. leg.*

Extremo maximam difficultatem habet, quod PAPINIANVS ait, generaliter in legato liberationis, videri testatorem illud duntaxat remississe debitori, *quod manserit in obligatione, donec tabulae* aperirentur: ideoque, si quid *ante apertas tabulas* exsolutum sit, illud repeti non posse. Ita enim ille l. 24. D. de *lib. leg.* Sed hanc difficultatem deinceps diluemus.

§. IV.

*Sed*, vt plenius intelligatur, non *qualibet solutione* extinguui legatum *liberationis*, ab instituto non alienum erit, exponere, quis sit *fructus & effectus* beneficii illius, quo *debitum remittitur* in testamento. Effectus legati liberationis. Non solum debitori exceptio

Et *primo* quidem *DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS*, l. 17. C. de *fideicommiss. manifestum* esse, aiunt, *exceptionem* debitori ex *voluntate* de- sed etiam actio competit ex hoc legato. Liberandus est debitor vel  
*suacri* competere, si heres petierit debitum, a quo testator ipsum iussit libera- facto vel acceptilatione.  
 ri. Hoc *PAPINIANO* etiam, & *MODESTINO*, itemque *VLPIANO*, l. 3. §. 3. & l. 22. D. de *liberat. legat.* placuit, vt, si *liberatio* debitori re- gato. Lib-  
 licta sit, aut testator *peti* debitum noluerit, debitor *exceptione* vti possit. debor vel

Habes *primam* commoditatem debitoris ex legato *liberationis*, vt *exceptio* *tutus esse* videatur. Sed his finibus non coercetur testatoris liberalitas, qui necessitatem crediti soluendi debitori voluit remitti. Etiam *actio* debitori, vti ex aliis legatis, ita ex relicta *liberatione*, competit, vt *liberetur*, & fructu remissi debiti plenissime vtatur. Hoc enim & *POMPONIVS & IAVOLENVS*, & *VLPIANVS*, & *MODESTINVS* tradiderunt. l. 3. §. 3. l. 4. l. 6. l. 20. pr. D. de *liberat. leg.* Luculentissime *PAPINIANVS*, debitorem non solum *exceptionem* habere, sed etiam *fideicommissum petere* posse, ait, vt ab herede *liberetur*. l. 22. D. de *liberat. leg.*

Igitur *agere* potest debitor, vt *liberetur*: quandoquidem eius interest, vt non solum ab *actione* heredis tutus sit, sed vt *pignora* etiam & *fideiussores* liberentur, denique vt ipse, luculenta *probatione*, aliis possit fidem facere, se liberatum esse, & nullis obligationis vinculis teneri, nulli obnoxium esse necessitate aeris alieni exsoluendi.

Sed opportune *IULIANVS* monet, interesse, *quo modo* liberari velit debitor, si debitum ipsi sit remissum. Interdum enim, vt *acceptilatione* liberetur, *peti* posse, interdum *pacto* duntaxat ipsum liberari & dimitti. l. 3. §. 3. & l. 5. pr. §. 1. & 2. D. de *lib. leg.* Nimirum *acceptilatione*, & *AQVILIANA stipulatione* inprimis, *plenissime*, vt constat, debitor a creditore liberatur.

Haec enim perinde liberat, secundum *VLPIANVM*, ac si *solutione* obligatio perempta esset. l. 7. §. 1. de *liberat. leg.* l. 5. & 6. D. de *acceptil.* Aut, si quid, vt *MARCIANO* videtur, inter *solutionem & acceptilationem* interest, certe *satisfactum* creditori videbitur per *acceptilationem*, vt omne ius actoris extinguatur. l. 49. l. 52. & l. 54. D. de *solut.* Contra vero, *pacta* cum strictius accipienda sint, & vix, ultra verba pacipientium, extendantur, apparet, *pacto* aliquem modo plenius, modo minus plene, & prout pacipientibus placuerit, ab obligatione liberari, vt vel illa *tota*, vel *pars* obligationis, remittatur, & vel *sola* persona debitoris, vel *heredes* etiam, & *pignora*, & *fideiussores*, & vel in *perpetuum* vel *ad tempus*, liberentur. Quae cum ita

sint, *voluntatis quaestio* est, de quo genere liberationis fenserit testator. Si enim *in rem* conceptum sit legatum, ut supra observatum est, *acceptilatione* opus est, ut tota obligatio extinguatur, & omnes liberentur, quos debitoris interest ex obligationis vinculis dimitti: *sin personae* duntaxat consuli voluerit testator, aut sub conditione, aut ad tempus actio remissa fuerit, quod *VLP- IANVS & POMPONIVS* in *acceptilationibus* fieri non posse l. 4. & 5. D. de *acceptilat.* docuerunt, *pacto* duntaxat liberabitur debitor. ne vel tertio profit liberatio, vel plus debitori, quam, de quo testator cogitauerit, herede invito, remittatur. Hoc enim *IULIANVS & VENULEIVS* diligenti observatione definiuerunt. l. 3. §. 3. l. 5. pr. §. 1. & 2. D. de *lib. leg.* l. 31. §. 1. D. de *nouat.*

Ex his, quae adhuc dicta sunt, intelligetur, legatum liberationis non tantum *exceptionem* parere, sed etiam *actionem*, qua petit debitor, ut vel *acceptilatione*, vel *pacto*, liberetur. Neque tamen, ut *verbis* tantum dimittat debitorem, ab herede peti potest, sed etiam, ne qua alia ratione fructum liberationis interuertat, efficaciter conuenietur. Igitur, si *quid retineat* heres, quod propter debitum contractum *retineri* potuisset; non solum ad *liberandum* debitorem, sed etiam ad *reddendum*, quod retinuit, actione ex testamento compelletur.

*PAVLVS* quidem l. 16. D. de *lib. leg.* eiusmodi speciem tractauit, in qua heres, etiam, quae retinuit, reddere compulsus est. Si enim conductori, quidquid illum ex conductione dare facere oporteret, remisit locator, *PAVLVS* ait, *NERVAM ATILICINVM* respondisse, heredem, qui iure loca- tionis aliquid *retineret*, ex testamento obligatum esse, ut restitueret legatario, quidquid ipse ex loca- tione, contra supremas tabulas, retinuisset. l. 16. D. de *lib. leg.* Haecenus igitur *agi* potest ex legato liberationis.

## §. V.

*Is, cui li-  
beratio lega-  
ta est, inter-  
dum etiam  
reperere po-  
test, quod  
heredi credi-  
toris per er-  
rorem solu-  
tum est. Fal-  
sa demon-  
stratio non  
nocet lega-  
tario.*

*Actione* igitur uti potest debitor, cui debitum testamento remissum est, non solum ad liberationem consequendam, sed ad reddenda etiam, quae pro- pter debitum testamento extinctum ab herede *retinentur*. d. l. 16. D. de *lib. leg.* Sed, ut supra observatum est, non aequae facilis est praetor, in conditio- ne concedenda, si iam *solutum sit* debitum, a quo liberatio relicta erit debi- tori. Si enim *TERENTIUM CLEMENTEM* audiamus, vix *repetitioni* locus erit, si *solueris* debitum, quod tibi sit *remissum* testamento. l. 21. pr. D. de *lib. leg.*

Sed, ne quid nos perturbet, species diuersae seiuuendae sunt, ut de singulis distinctius & certius constituamus. Prima erit inspectio, si debitor *he- redi creditoris*, qui *liberationem* ipsi legauerat, *soluerit*, defuncto testatore, quod ipsi fuerat remissum. Et certum est, etiam *reperi* interdum posse, quod

*he-*



*heredi, post legatam liberationem, solutum est, si ille inique acceperit solutionem, & manifesta sit voluntas testatoris.* IULIANVS quidem eiusmodi speciem l. 7. §. 5. D. de *lib. leg.* proposuit, in qua soluti repetitio datur debitori. Vt ecce, faciamus, quod quis filium *impuberem* instituat heredem, sed impuberi det substitutum, in illum casum, vbi ante pubertatem decesserit impubes. Faciamus porro, substitutum legatis onerari, & iuberi testamento, TITIVM debitorem *liberare*: faciamus praeterea, filii impuberis tutores nihilominus debitum exigere a TITIO, ipsumque compellere *ad solutionem*: quia forte credant, relicta a substituto, non a pupillo peti posse, vel, quia separatim obsignata sint, quae ad pupillum pertinerent, vt ignorent tutores, debitori legatam esse liberationem. Iam videamus, si impubes decesserit, & hereditas peruenerit ad substitutum, an TITIVS *repetere* a substituto possit, quae heredi impuberi, cum ignoraret sibi remissum esse debitum, soluisset. IULIANVS ait, *non euanescere legatum, sed substitutum actione ex testamento teneri, vt restituat debitori, quod exegerit pupillus: hoc enim habere rationem, cum manifesta sit voluntas testatoris, d. l. 7. §. 5. D. de liberat. legat.*

Eandem rationem sequemur, si a primo herede quidem, sed sub *conditione*, liberatio relicta erit debitori. Finge igitur, *pendente conditione*, heredem *praeoccupasse*, vt cum TERENCE CLEMENTE loquar, & debitum exegisse, priusquam existeret conditio, sub qua debitum remissum esset: an dicemus *repeti* solutum posse? Et VLPPIANVS quidem, itemque TERENCE CLEMENS, l. 7. §. 7. & l. 21. §. 2. D. de *lib. leg. ex testamento actionem* manere, & solutum repeti ac condici posse, aiunt: cum in arbitrio heredis esse non debeat, vt exactione intemptiua efficeret, quo minus, quandocunque existente conditione, fructus legari perueniat ad debitorem. d. l. 21. §. 2. D. de *liberat. leg.* quod video etiam MARCELLVM in specie non absimili obseruauisse. l. 5. §. 2. *in fine*, D. de *liberat. leg.*

Idem dicemus, si heres, *post apertas tabulas*, a debitore, cui debitum *remissum* esse non ignorauerat, illud exegerit, quod hic debuerat defuncto. PAPINIANVS enim ait, *hoc dolo esse proximum*, adeoque debitori dandam esse *repetitionem*. l. 24. D. de *liberat. leg.* Enimuero expedium est, quamuis *vere debitum* solutum sit, & *iusta* causa fuerit soluendi, tamen, cum *existente conditione res redierit ad non iustam causam, repetitionem* quandoque debitoribus concedi. l. 1. §. 3. D. de *condict. sine causa*.

Itaque apparet, legatariam, cui debitum remissum sit, non solum *ad liberationem* efficaciter agere aduersus heredem creditoris, sed ipsi etiam *ad reddenda* illa, quae post liberationem relictam heredi e soluta sunt, *actionem ex testamento* dari, si appareat, *heredem, aduersus voluntatem defuncti, debitum a debitore exegisse*. Sed vniam tamen, quam supra tetigimus,

difficultatem PAPINIANVS nobis obiicit. Hic enim, d. l. 24. D. de *liberat. leg. quidquid ante apertas tabulas solutum sit heredi*, negat *repeti* debere: cum testator de illo tantum, quod *vsque ad apertas tabulas* in obligatione *manserit*, cogitasse videatur.

Fateor, rem perturbari a PAPINIANO. Parum enim abest, quin existimet, quidquid, *sine dolo malo heredis*, ipsi *solutum* sit a debitore, *repeti non posse*. Sed salua res est, si memineris, ex hac duntaxat ratione PAPINIANVM denegasse *repetitionem*, quia testator de illo, quod solutum fuerit, & non manserit in obligatione, *non cogitasse videatur*. Ex ista enim causa, quam PAPINIANVS adiicit, intelligitur, etiam *in hac specie quaestionem voluntatis esse*, an de illo tantum, quod vsque ad apertas tabulas manserit in obligatione, *cogitauerit* testator. Sed haec *voluntas*, vt saepe diximus, ex illis, quae circumstant, & inprimis *ex ipsa figura verborum & orationis*, aestimanda est. Igitur si dixerit testator: *nihil peti a TITIO* debere, Es solle Titius, wegen desjenigen, damit Er dem Erblasser verhasstet, von dem Erben nicht in Anspruch genommen werden, facio cum PAPINIANO, vt nihil relictum videatur, nisi quod *manserit in obligatione*, vsque ad tabulas apertas. Satisfecit enim heres voluntati testatoris, si *actionem* debitori remisit post apertum testamentum, & de residuo ipsum non conuenerit, ob legatum liberationis. POMPONIVS certe docet, ex quibus *retentionem* quidem habemus, *petitionem* non habemus, ea si *soluta* sint, *repeti non posse*. l. 51. D. de *condict. indebiti*.

Atuero omnia alia dicemus, si *ipsa quantitas debiti legato sit expressa*, a qua heres debitorem liberare reneatur: vt puta, Es sollen Titio die verschriebenen 1200. Thlr. zu gute gehen, und erlassen seyn. Ausim affirmare, quod de hac specie postrema non senserit PAPINIANVS: cum appareat, testatorem de *tota quantitate* debiti *cogitauisse*, & debitori eius gratiam fecisse. Igitur tunc vtiliter reperetur, quidquid debitor ex illa quantitate soluerit heredi, quamuis nondum apertae essent tabulae supremae voluntatis.

Itaque dicemus, si totam *quantitatem*, luculenter testamento *expressam*, remitti voluerit testator, omne illud, quod debitor testatoris, post mortem eius, soluerit, actione ex testamento repetendum esse: neque PAPINIANVM l. 24. D. de *liberat. leg.* nobis aduersari, si appareat, quod de *tota quantitate* remittenda cogitauerit testator. Sed video, te nobis obiicere, quod *quantitatem* illam debitori non *simpliciter*, sed *quasi debitam*, remisit testator, adeoque hoc duntaxat, quod *manserit* in obligatione, non illud, quod *solutum* sit, *debiti* appellatione comprehendi videatur.

Verum enim vero totam *quantitatem* legato expressam, *quasi adhuc debitam*, remittere voluit testator. Itaque, quamuis tempore aperti testamenti non amplius debeat tota illa quantitas, cum aliquid interim, post  
mor-

mortem testatoris, debitor soluerit heredi: tamen, quasi *falsa demonstratione* adiecta, non vitiabitur legatum, sed totius quantitatis compendium ad debitorem pertinebit. Aperta enim est voluntas testatoris, qui noluit ex illa quantitate aliquid ad heredem, quamvis nondum aperto testamento, pervenire. Ita enim PAVLLO visum est, l. 25. pr. D. de *liberat. leg.* itemque SCAEVOLAE, l. 88. §. 10. D. de *leg. 2.* vt generaliter, *expressa quantitate*, quae quasi debita remittatur, quamvis non amplius sit debita, *quasi falsa demonstratione*, legatum non infirmari censeatur.

§. VI.

*Tractauimus*, quando ab herede repetatur, quod ipsi post mortem testatoris solutum est a debitore, qui ignorauerit, liberationem sibi legatam esse: superest, vt exponamus, *utrum repeti possit, quod ipsi testatori debitor soluerit*, post conditum ab ipso testamentum, quo debitum remisit debitori. Et in hac quidem specie vinci videmur omnium fere interpretum consensu. Vno enim ore pronunciant, *exactione testatoris legatum liberationis extingui*. Hoc certe VLP IANVS luculenter praecepit, l. 7. §. 4. D. de *liberat. leg.* qui, ita demum, inquit, *liberatio legata effectum habet, si non fuerit exactum id a debitore, dum viueret testator: ceterum, si exactum est, euanescit legatum.*

Vides, vix admitti, vt *repetere* possit debitor, quod viuo testatori numeravit, quamvis illud *remissum* sit suprema voluntate: quodcunque enim solutum fuerit, parum abest, quin *exactum* videatur. Imo vero apertius TERENTIUS CLEMENS, non tamen *exactionem*, quam *solutionem*, desiderat, qua legatum extinguitur. Ita enim ille: si id, quod mihi *deberes*, vel tibi, vel alii *legauero*, idque mihi *solueris*, vel *qualibet alia ratione liberatus a me fueris*, extinguitur legatum, l. 21. pr. D. de *liberat. leg.* vt intelligatur, *exactione solutionem* fere *qualemcunque* comprehendit. Praeterea, vt luculentioria sint exempla *liberationis*, IULIANVS etiam *confusione*, legatum *remissionis* infirmari docet, l. 21. §. 2. D. de *liberat. leg.* cum sufficiat ad legatum extinguendum, quacunque ratione, viuo testatore, aut ante tabulas apertas, extinctam esse obligationem.

Extremo, ne quis existimet, *morosa* demum *exactione* testatoris, & quae cum aliqua *indignatione* coniuncta sit, perimi legatum liberationis, abscisse SCAEVOLA, extingui legatum, ait, si *viuus* testator *recepit* debitum, a quo debitorem testamento liberavit, l. 31. pr. D. de *liberat. legat.* Hanc enim speciem SCAEVOLA proponit: „creditor debitori legavit, ita: Scio, „quidquid mihi, sub pignore hortorum, *debit*, ab heredibus meis dari volo: „quaero, *cum testator viuus a Scio aliquid recepit*, an id, ex causa legati, „peti possit. Respondit: secundum ea, quae proponerentur, *non posse.* „

Apparet igitur, denegari *repetitionem* debitori, si quid *repperit* testator ex illo debito, a quo liberationem legauerit debitori. Verum enim vero, non dimoueor a sententia, quam, supra, capite primo proposuimus, *non qualibet solutione perimi legatum liberationis*. Nimirum idem, qui nobis antea aduersabatur, IULIANVS, alio loco, generaliter, cum de interpretatione *liberationis legatae* quaeritur, inspiciendum esse ait, *quae testantis voluntas fuerit*, in testamento, l. 1. §. 1. D. de *liberat. leg.* Praeterea etiam SCAEVOLA, quem antea in contrariam partem inclinare ostendimus, in eadem fere specie, quam proxime tractauimus, *iudicem aestimaturum* esse, respondit, *utrum quantitatem potius quondam debitam, sed iam quidem exsolutam, an ius liberationis duntaxat, relinquere omnino voluisse* videatur. l. 31. pr. D. de *lib. leg.* Idem illud etiam in alio exemplo praecipit, ut, si *nouatione post conditum testamentum facta, extincta* sit prior illa obligatio, quam testator debitori remisit, tractari debeat, *an in eadem voluntate manserit* testator, & annon vetus illa quantitas, quam tempore testamenti legatarius debebat, legato nihilominus contineatur, l. 31. §. 5. D. de *liberat. leg.*

Extremo VLPIANVS, ut & cum hoc in gratiam confestim redeamus, l. 11. §. 13. D. de *leg. 3. ex animo* testatoris iudicandum esse, docet, an *repeti* possit debitum, quod viuus deinde *exegerit* testator. Si enim nomen, inquit, debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit, non tamen *hoc animo, quasi vellet extinguere fideicommissum*, poterit dici, *illud deberi*. d. l. 11. §. 13. D. de *leg. 3.*

Ex quibus rebus intelligitur, non statim *extingui* legatum *liberationis* *exactione* debiti, aut qualibet *voluntaria solutione*; sed ante omnia quaerendum esse, *quo animo* testator *acceperit solutionem* debiti, quod in testamento antea *remisit* debitori. Atuero *quaestionem* illam *voluntatis* ALEXANDER, quod supra a nobis obseruatum est, *arbitrio iudicis* permittit, ut ex ipsa figura legati, & reliquis quae circumstant, aestimetur, *quo animo testator fuerit*, cum vel *exigeret*, vel *acciperet*, *solutionem* l. 7. C. de *fideicommiss.*

Sed dices, superuacaneam videri *quaestionem voluntatis*, si testator *exegerit* legatum: cum ex ipsa re appareat, *voluntas adimendi*. Neque videtur dubitari posse, quin *voluntatem mutauerit* testator, qui *solutionem* vel *exegerit*, vel *acceperit* a debitore post testamentum conditum, cui illam ante in tabulis supremas voluntatis *remisisset*. Ais enim, haec inter se pugnare, testamento *remittere debitum*, & nihilominus *exigere* aut *recipere solutionem*.

Verum enim vero audaeter negauerim, *mutari* semper voluntatem, si quis *viuus* exigat aut accipiat solutionem debiti, quod antea remisit testamento.

mento. Habet interdum testator causas grauiſſimas, cur nolit *uiuſ* remittere, quod remisit *testamento*. Supra enim, capite primo, comprobauimus, multum interesse, a *uiuſ* remittatur debitum, an *suprema voluntate*. Nimirum *debitio* non solum *pecuniae*, sed etiam *gratiae*, quae defuncto reddi non potest, remittitur in testamento. Dicitur non potest, quantum iucundiora sint quibusdam beneficia, si videant, se pro illis gratiam non debituros, & donatori non obnoxios futuros esse. Contra, si debitum a uiuo remittitur, certe *gratia* debetur creditori. Sed recte SENECA <sup>k)</sup> obseruauit, quod *grauē tormentum sit, debere, etiam gratiam, cui nolis obligatus esse*: cum uiris honestis fere grauior sit debitio gratiae, quam profus referre nequeunt, quam *pecuniae*, quae exsolui potest. Enimvero, si TACITUM <sup>l)</sup> itemque Q. CURTIUM, <sup>m)</sup> audias, quaedam beneficia, a *uiuſ* praestita, *adinus*: eousque enim lacta sunt, dum videntur *exsolui posse*: ubi multum anteuenerunt, *pro gratia odium redditur*: ideoque secundum SENECAM <sup>n)</sup> tutius est, quosdam non offendere, quam demeruisse: cum argumentum nihil debentium odio quaerant, ipsosque infensissimos non tantum *post beneficia*, sed etiam *propter beneficia*, quandoque habeamus.

Quae cum ita sint, apparet, testatorem aliquando posse *cauſſis idoneis* moueri, ut malit, dissimulato, dum uiuit, suo beneficio, post mortem demum de aliis bene mereri, & inuidiam sui beneficii, qua gratia & dignitas eius corrumpitur, declinare, & praeterea clientis sui *verecundiae* consulere, ne sensu huius beneficii aegrius & molestius afficiatur. Profecto enim, etiam proba ingenia, & quae optime a natura comparata sunt, facilius a *mortuis*, qui nullum ex liberalitate sua incommodum sentiunt, quam a *uiuſ*, debiti remissionem accipiunt & patiuntur: cum his quidem se molestos fuisse, suam indigentiam, quam plerique boni tegunt, proditam, suam inopiam misericordia dignam creditori suo uisam fuisse, ex ipso beneficio, cum pudore, & cum acerbissimo sensu calamitatis suae, suspicentur. Quapropter recte ARCESILAVS <sup>o)</sup> amico pauperi & aegro, sed *dissimulanti* paupertatem suam, & non confitenti, deesse sibi sumtum ad usus necessarios, *clam* succurrendum esse iudicauit, & puluino eius *ignorantis* succurrere, ut homo *verecundus*, quod desiderabat, *inuenire* potius, quam *accepisse* uideretur. Quanto diligentius enim humanam conditionem cogitamus, tanto circumspectius beneficia, quae aliorum infirmati, egestati, ignominiae, succurrunt, merentibus largimur, ut nota sint solis, quibus profint, & his etiam, si fieri possit, ignorantibus, & quasi per insidias, subinde offerantur.

Vides,

k) SENECA de benef. II. c. 18. l) TACIT. annal. III. c. 18. n. 3. m) CURT. VI. c. 8. n. 8. n) SENECA de benef. L. II. c. 24. n. 1. Id. L. III. c. 1. n. 1. o) SENECA de benef. II. c. 9. & 10.

Vides, quid mouere possit testatorem, vt *uiuus* accipiat solutionem, & dissimulet *remissionem* debiti, quam debitori *post mortem suam* destinauit. Sed accedunt alia, quae suadere possint, ne *uiuus* remittat debitum, cuius gratiam post mortem facere voluit debitori suo. Fac enim *necessitates repentinis* obuenerit, quae efficiant, vt testator iam quidem carere pecunia non possit, quamuis videat, post mortem suam, ab herede, sine eius incommodo, debitum remitti posse. Aut fingamus, debitorem *fortis facile* iacturam pati, sed *usuras & reditum* ex sorte, quibus ad necessitates vitae tolerandas opus habet, dum uiuit, negligere & abiicere non posse. Haec omnia efficiunt, vt, quamuis pertinaciter & perseueranter velit remitti debitum *post mortem suam*, *uiuus* tamen dissimulet voluntatem remittendi, adeoque vel exigat, vel accipiat solutionem.

Quapropter, quod SCAEVOLA ait, l. 31. pr. & §. 5. D. de *liberat. leg.* diligenter aestimandum est, *an non manserit testator in priori voluntate*, quamuis acceperit solutionem. Sed *voluntatem* ex multis rebus facile intelligimus. Eo pertinet, si appareat & probabile sit, testatorem per *oblivionem*, aut *inconsulto*, forte aliis rebus *occupatum*, & *cum non vacaret*, solutionem accepisse. l. 31. pr. D. de *liberat. leg.* Posset eodem etiam referri, si quis *aegre, & difficulter*, & *cum tergiversatione* aliqua, acceperit solutionem. Hoc enim in illa specie, quam capite primo, sub finem, proposuimus, acciderat, quando quidem tutores pupilli, cui liberatio relicta erat, *renuenti* & fere inuito creditori, non tam obtulerant, quam potius *obtruserant*, solutionem.

Praeterea audiamus VLPIANVM, qui l. 11. §. 13. D. de *leg. 3.* tunc maxime *petitionem fideicommissi superesse*, ait, si nomen debitoris exegisset quidem testator, neque tamen attigisset pecuniam, sed *pro deposito* habuisset. Hoc enim indicio proditur, quod non tam debitum, quam quantitatem potius debito comprehensam, voluerit legare, & hanc ideo seruauerit & custodiuerit, vt ad legatarium post mortem eius perueniret.

Imo vero, si vel *attigerit* testator pecuniam solutam, & *praedia comparauerit ex illa parte pecuniae*, tamen, secundum VLPIANVM, dicemus, *pote* posse pecuniam; inprimis, si testator non *exegerit*, sed debitor *ultra obtulerit* pecuniam, quam, *ipso offerente*, non potuit non accipere testator d. l. 11. §. 13. D. de *lib. leg.*

Ex hoc loco apparet, *voluntaria solutione* debitoris, & *ultra oblata*, nisi probetur voluntatis mutatio, *non extingui legatum liberationis*. Videtur enim *ex necessitate iuris* accepisse, & *non potuisse non accipere solutionem*. Sed haec talia, quae *necessario* a nobis sunt, non ita accipienda sunt, ac si discefferimus a priori voluntate: cum hoc demum ex illis, quae *sponte* sunt, efficaciter intelligatur.

Atuero negas forte, esse aliquam *necessitatem*, quae testatori imponatur, ut accipiat pecuniam *oblatam*: cum *remittere* debitam pecuniam *offerenti* omnino potuisse videatur. Sed ex his, quae adhuc disputata sunt, non obscurum erit. testatorem, nisi *usuris* etiam carere, aut verecundiam debitoris onerare, velit, plerumque *non posse non accipere pecuniam oblatam*. Enimvero, secundum *VLP IANVM*, si debitor *offerret* pecuniam, creditor *nollet accipere*, huic quidem deinde praetor *denegaret actiones*. l. 30. D. de *solut.* Ideoque, nisi *usuras* etiam viuis *dimittere*, aut beneficium, testamento debitori destinatum, *prodere* & viuis indicare maluerit, *neccessario accipere debet pecuniam oblatam*.

Ex his autem, quae *neccessario* a nobis fiunt, ut diximus, *iudicium mutatae voluntatis* non elicitur, nisi mutatio ex causis aliis probeatur. *VLP IANVS* quidem exemplo *alienationis neccessariae*, qua res testatoris propria alii legata, ab ipso viuo in alium transfertur, exemplo, inquam, *alienationis neccessariae*, de qua proximo anto hunc locum articulo. l. 11. §. 12. D. de *leg. 3.* tractauerat, inprimis vitur, ut probet, non mutata censi voluntatem, si pecuniam *ultra oblatam* acceperit testator. Enimvero expeditum est, si rem suam, quam legauerat, *neccessitate urgente alienauerit* testator, tamen fideicommissum peti posse, nisi heredes *probauerint*, testatorem *adimere* legatum voluisse. d. l. 11. §. 12. D. de *leg. 3.* In his enim talibus, *coniectura voluntatis*, quod *PAPINIANVS* ait, iudicamus, etiam post alienationem neccessariam deberi nihilominus legatum. l. 78. §. 1. D. de *leg. 2.* Ex eadem certe causa *SEVERVS* atque *ANTONINVS*, si quis praedia *oppignorauerit*, quae alii legauerat, iudicauerunt, *non mutata esse voluntatem*, l. 3. C. de *legatis*: cum & *oppignoratio* quidem sit *alienationis* quaedam species, sed, talis, ad quam raro, nisi urgente *neccessitate* aliqua, deueniamus.

Igitur dicemus, *solutione voluntaria* accepta, *alienari* quidem *ius crediti*, quod debitori testamento remissum est, cum & ille, qui solutionem accipit, *ius actionis alienare* videatur, l. 25. C. de *administ. tut.* sed & hoc dicemus, hanc *alienationem esse neccessariam*, cum, *debitore pecuniam offerente*, illam *non potuerit non accipere* testator: hinc alienatione illa *neccessaria*, id est, dum solutionem neccessario accipit, & *ius crediti dimittit* creditor, non perimi legatum.

Vna tamen adhuc obstat difficultas, quam *VLP IANVS* etiam agnovit, d. l. 11. §. 13. D. de *legat. 3.* quod ipsum *ius crediti solutione extingui videatur*, ideoque *post solutionem* illud non amplius superfit, quod testator legauit aut remisit debitori. Constat autem inter omnes, legatum *rei interitu extingui*: quod *POMPONIUS* docuit, l. 36. §. 3. D. de *leg. 1.*

Habes difficultatem, sed quam facile expediemus. Nimirum si quantitas, quae debitori *remitti* debeat, sit definita testamento, dicemus, non tam *debitum*, quam potius *quantitatem* legatam esse debitori, quod supra a nobis obseruatum est. Atuero nemo dubitat, *quantitatem nunquam interire*. Neque hoc sine exemplo admittit VLPPIANVS. Occurrunt enim plures eiusmodi species, in quibus, quamuis *res ipsa* iam praestari nequeat, *aliud quid praestatur*, vt exitum habeat voluntas testatoris. Vt ecce, si ipse rem *emerim*, quam tu mihi legaueris, quamuis res mea mihi legari nequeat, tamen, secundum IULIANVM atque VLPPIANVM l. 34. §. 7. & l. 82. pr. D. de *leg. 1.* pretium, & quidquid mihi propter emtionem abest, debetur ex testamento, secundum voluntatem testatoris. Ad eundem modum, quamuis debitum, post solutionem, remitti nequeat, tamen quantitas debito pristino aequalis repetetur.

Eadem dicenda erunt, si quis tertio legauerit, quod alius deberet, vt, si debitor vltro testatori pecuniam obtulerit & soluerit, nihilominus legatarius eandem quantitatem, quam alius antea debuerat, interdum actione ex testamento impetrare possit. De hac enim specie in primis videtur VLPPIANVS cogitasse, l. 11. §. 13. D. de *legat. 3.*

## §. VII.

*Vsurae repeti nequeunt quas debitor exsoluit testatori postquam ipsi liberatio legata est.*

Satis credo comprobauimus, *repeti* posse *debitum*, a quo testator debitorem liberauit testamento, quamuis ipsi viuo debitor *obtulerit solutionem*. Sed haud paullo secius iudicandum erit de *usuris*, quas debitor exsoluerit testatori, postquam ipsi liberatio legata fuit testamento.

Enimvero non quidem dissimulauerim, legato *debiti* etiam *usuras*, tanquam accessionem quandam fortis, comprehendi. Hoc enim SCAEVOLA praecepit, l. 34. pr. D. de *leg. 3.* vt in legato debiti *alieni* cum forte etiam *usurae* debeantur. Sed & illud non ignoro, secundum VLPPIANVM, *usuras* fortis debitaе solutas, quamuis non promissas, & quae *retineri* a debitore potuissent, tamen, si modum *legitimum* non excesserint, *repeti* non posse. l. 26. pr. D. de *cond. indeb.* Imo vero supra comprobatum est, ideo plerumque *post mortem differri remissionem* debiti, vt testator *viuus usuris perfruatur*. Itaque, *coniectura voluntatis*, usurae testatori exsoluatae, propter *legatum liberationis nunquam repetentur*.





LIII.

OBSERVATIONES  
DE POENA SILENTII  
ET  
CONSCIENŦIAE DELICTI  
ALIENI.

AD §. V.

NOVISSIMI EDICTI LONGE CLEMENTISSIMI

Von geſezmäßiger Beſtrafung  
des vorſehlichen Feuer-Anlegens  
DRESDAE, DIE XVI. NOV. A. MDCCXXXI.

PROPOSITI.

VITEMBERGAE, DIE XXIX. AVG. A. Q. S. P. EST. MDCCXXXII.

§. I.

**O**ὐκ ἔστι κρείττον τοῦ σιωπᾶν οὐδὲ εἶ, quod ille apud STO- *Est & fide-  
BÆVVM* <sup>b)</sup> ait. Nihil certe plerumque πολιτικώτερον, nihil publice priuati- *tuta ſilentio  
que vtilius, quam cauto & fideli ſilentio illa perficere; quae ab aliis, verbo- *merces a).  
ſſima garrulitate, & magno apparatu, difficilius & impeditius adminiſtrantur. *Conſcientia  
Haec erat illa Attici eloquentia, de qua M. TULLIVS* <sup>c)</sup> ſe aliquid ſum- *delicti alie-  
ſiſſe ſcribit, cum ad verbosam hoſpitiſ narrationem tacuiſſet. CAIVS* enim *ni aliquan-  
do nocet. Ex  
delicto alie-  
no nemo fa-  
cile tenetur.*  
PLINIVS II. <sup>d)</sup> non minus eſſe oratorium fatetur, tacere aliquando, quam *no nemo fa-  
dicere: multisque ſe, capitſ etiam reiſ, fere magiſ ſilentio, quam accuratiſſima *cile tenetur.  
oratione, profuiſſe: & EPAMINONDAS* ille, Pythagoricſ praeceptiſ inſti-  
tutus, cum, inter aliaſ virtuteſ imperatoriſ, commiſſa inprimiſ diligentiſſimē *celaret.  
Haec denique eſt virtus illa heroica, cui maxime Hiſpanoſ quoſdam TACI-****

C 3

T V S

a) HORAT. III. od. 2. v. 25.  
Atticum L. XIII. ep. 42.  
in Epaminonda, c. 3.

b) STOBÆVVS f. 33. p. 221.  
c) PLINIVS, L. VII, ep. 6. n. 7.

d) CIC. ad  
e) NEPOS

TVS <sup>f)</sup> & TROGI POMPEII EPITOMATOR <sup>g)</sup>, etiam inter tormenta, immortuos testantur. Extremo haec ostendit, hominem, qui tacere possit, sibi imperare, & habere animum in potestate, & quid vtile dictu, periculofum euentu videatur, circumfpecto consilio aestimare posse.

Enimvero etiam ex Ictorum sententia, interdum, quod NASO <sup>h)</sup> ait:

— — — *gravis est culpa, tacenda loqui,*

& generaliter, inter priuatos, culpa est, secundum POMPONIVM, *imniſcere se rei ad se non pertinenti*, l. 36. D. de *reg iur.* cum turpe videatur, de aliorum negotiis, quae vix percontando & diuinando, quasi per transennam, oculo ambiguo perspicere possimus, garrulitate inconsulta fabulas narrare.

Quae cum ita sint, disputatione vix indiget, illos omnino, qui, contra datam fidem, etiam priuatorum *arcanas* rationes, quamuis per *leuitatem* duntaxat, aliis percontantibus renunciant, si damnum inde enascatur, coercendos esse, & de damno sarciendo efficaciter a laeso conueniri posse. Sed in illos inprimis, qui *dolo malo*, & studio nocendi, cum amicorum aduersariis, conspirant, & secretas opportunitates, sibi solis maxime perspectas, indicant; aut piratis, furibus, latronibus, sicariis, obcultos aditus & tempora, quibus commodissime noceri possit, per insidias ostendunt, in illos, inquam omnes, tanquam in *proditores*, seuerissimo supplicio animaduertendum est. Hos enim veteres *Germani*, quod TACITVS obseruat <sup>i)</sup>, *arboribus suspensos* enecabant: *Saxones crurifragio* plectebant. Ita enim *vetus auctor iuris prouincialis* 2. §. R. art. 13. Alle Mörder, und die den Pflug berauben &c. und Verräther und Nordbrenner, und die ihres Herren Botschaft werben zu ihrem Frommen, oder von eines andern wegen, die soll man alle Kadebrechen. Quod ne quis ad publicam proditionem duntaxat pertinere arbitretur, audiamus *imperatorem CAROLVM V.* qui art. 124. *ordin. crimin.* etiam *privatae proditionis* reos capite mulctari iubet. Welcher mit boshaftiger Verrätherrey mißhandelt, soll der Gewohnheit nach, durch Bierheilung zum Tod gestraffet werden: Wäre es aber ein Weibsbild, die soll man ertränken. Und wo solche Verrätheren grossen Schaden oder Aergerniß bringen mögte, als die so ein Land, Stadt, seinen eignen Herrn, Bettgenossen, oder nahe gesippte Freunde beträfe, so mag die Straf durch Schleichung, oder Zangen-Neissen, gemehret, und also zu tödlicher Strafe geführt werden. Certe maiores nostros, etiam ante Caroli V. tempora illius moris vestigia reliquisse B. RHENANVS <sup>k)</sup> obseruauit. Sed apud nos quidem, sapientissima lege

<sup>f)</sup> TACIT. *annal.* IV. c. 45.

<sup>g)</sup> IVSTIN. *histor.* Philipp. I. 44. c. 2. n. 3.

<sup>h)</sup> OVID. *de arte amandi* l. 2. v. 603.

<sup>i)</sup> TACIT. *de moribus German.* c. 12.

<sup>k)</sup> B. RHENANVS, *rer. Germanic.* l. 3.

lege constitutum est, ut, qui *privatum* exteris, *militiae* causa inprimis, prodiderit, Germanorum veterum exemplo, infelici arbori *veste suspendatur*.

Vides igitur, non solum qui *principem* aut rempublicam, sed etiam, qui *dominum*, *consanguineos*, aut alios prodiderit, ut in periculum incurrant, *poenam capitis* subire. Sed multo magis puniendi sunt, qui cum hostibus reipublicae vel consilia communicant, vel *arcanas rationes*, suae inprimis fidei commissas, ipsis *renunciant*, ut res publica ipsorum *proditione* perturbetur. Hi enim, secundum *VLPIANVM*, *perduellionis* rei sunt, l. 1. §. 1. D. *ad leg. Jul. mai.* Inprimis transugae, & *consiliorum* nostrorum *renunciatores*, quod *PAVLLVS* ait, aut viui exuruntur, aut furcae suspenduntur. l. 38. §. 1. D. *de poen.* aut certe, si *TARRVNTENO PATERNO* fides est, praecipue milites, *capite* plerumque puniuntur. l. 7. D. *de re milit.*

Igitur dubitare non possumus, fidem & silentium obstinata fide praestitum, non solum in plerisque causis *tutissimum*, sed etiam aliquando *necessarium* esse, & severissima lege nobis impositum, certe plerumque *innoxium* videri, & cum nullo periculo coniunctum. Imo vero ne quidem *delicti alieni*, inprimis iamtum perpetrati, sola *conscientia* quisquam facile contaminatur: ut quandoque, nisi quis testis esse iubeatur, tutius honestiusque sit, *silentio* illa tegere, quorum notitia attingimur, quam, cum nota improbitatis, temere proferre, quae cum aliorum damno & iniuria coniuncta esse videamus.

Nimirum generaliter receptum est, *ne quis ex delicto alieno puniatur*. l) Ne *uxores* quidem, quamvis plerumque *consciae* facinorum, quae a maritis perpetrantur, nisi & auxiliatrices fuerint, ex maritorum culpa puniuntur. *DIOCLETIANVS* enim & *MAXIMIANVS* l. 2. C. *ne uxor pro marito*, praeeperunt, ne sensus poenae, quam maritus meruit, ad uxorem perueniret: quod video etiam *SEVERVM* & *ANTONINVM* itemque *VLPIANVM*, denique & *CONSTANTINVM* probauisse, l. 1. C. *de vi publ. & priu.* l. 13. §. 1. D. *de donat. int. vir. & ux. eod.* l. 24. C. *eod.*

Igitur plerumque quidem nostra non interest, ut delictum ab aliis commissum *indicemus*: sed, quod supra obseruauimus, *culpa est*, se immiscere negotio *ad se non pertinenti*. l. 36. D. *de reg. iur.* & culpa quidem tanto grauior, quanto facilius *tacere* potuisses. Secundum *NASONEM* enim, m)

*exigua est virtus, praestare silentia rebus.*

Sed haec quidem quamvis certa omnino & extra dubitationem posita videri possint, profecto tamen aliquando non minor virtus est, *dicenda renunciare* & proferre in apricam lucem. Quoties enim vel *publice*, vel aliorum

l) *GAIL*, II. obseru. cam. 86. n. 2. sqq.

m) *OVID.* de arte am. L. II. v. 603.

rum, quibus *fide* & *officio* singulari obstringimur, interest, ne *delictum futurum* & nondum perpetratum ignoretur, toties *silentium* & *conscientia delicti alieni*, eiusque occultatio & reticentia, poenam certissimam merentur. Enimvero saepe periculosum est silentium:

*Euertere silentia amyclas,*

quod ait SILIVS *Italicus*, <sup>n)</sup> illasque in maximum periculum adduxit, quod lege cautum esset, ne aduentus hostium, illorumque consilia, ciuibus a quopiam *renunciarentur*. Hac enim re effectum est, ut improuiso *amyclae* caperentur. <sup>o)</sup>

Hoc est *prodere* rempublicam, & amicos atque coniunctos deserere, si illos non admoneamus, aut si *dissimulemus* illud periculum, in quo versentur, & perniciem, quae istis ab aliis paretur. Ita certe M. TVLLIO visum est, <sup>p)</sup> „qui, duo, ait, genera esse iniustitiae: vnum eorum, qui in-  
„ferant iniuriam, alterum eorum, qui ab iis, quibus infertur, *cum possint, sillam non propulsent*. Qui enim non defendit, nec *obstitit iniuriae, si potest*, „tam est in vitio, quam *si parentes aut amicos aut patriam deserat*. „

Igitur *fidem* fallit, & *proditionis* crimine polluitur, qui vel *patriae*, vel *amico*, vel *ciui*, non renunciat consilia hostium aut aduersariorum, qui perniciem aliquam & pestem machinantur. Imo vero, si ALEXANDRUM III. *pontificem* audiamus, hominem *occidit*, qui *cum posset* liberare, suo illum *iudicio* non liberauit. c. 6. §. 3. X. de *homicid. volunt.*

Haec quidem nobis in mentem venerunt, cum haud ita pridem, odio *incendiariorum*; ad depellendum illud periculum, quod isti moliantur, a *potentissimo Augusto nostro, optimo, felicissimo, patriae parente*, lege sapientissima caueretur, ut *omnes conscii*, qui non *prodiderint* incendiariorum consilia, ipsosque, ut conquiri possent, *indicauerint*, poena grauissima coercerentur.

His enim verbis conceptum est edictum: <sup>q)</sup> *Diesjenigen, welche von bergleichen Feuer-Anlegen Nachricht bekommen, und solches nicht so fort behörig anzeigen, noch zu Erlangung solcher rüchlsen Leute behüßlich sind, oder wenigstens alle diensame Mittel darzu an die Hand geben, sollen, ob sie schon an der That selbst keinen Antheil genommen, noch darbey impliciret gewesen, mit harten, und, nach Befinden, empfindlichen Leibes-Bestungs, oder Zuchthaus-Straffen angesehen werden.*

Sed,

<sup>n)</sup> SILIVS *Italicus*, Punic. L. VIII. v. 530.    <sup>o)</sup> SERVIVS ad virg. Aen. X. v. 564.    <sup>p)</sup> CIC. de offic. L. I. c. VII. al. 23.    <sup>q)</sup> Jbro Königl. Maj. in Pohlen, als Ebur, Fürstens zu Sachsen Mandat von gesetzmäßiger Bestrafung des vorsehligen Feuer-Anlegens, de dato Dresden, am 16 Nov. anno 1742. §. V.

Sed, cum iam quidem non vacet, modum iusti commentarii implere, iutabit, quali in transcurso, & extremis digitis duntaxat, indicare, *quando conscientia criminis alieni, eiusque reticentia, poenam mereatur.*

## §. II.

Ex his, quae supra disputata sunt, apparebit, si *honestatis* rationem habeamus, *non dissimulandum* esse delictum alienum, sed *indicandum*, atque prohibendum, ne ille, in cuius caput aliquid euditur, damno aut iniuria afficiatur.

Sed quae *honestatis* sunt, fere *non semper* & simpliciter, sed *pro virum nostrarum copia*, & tunc demum, cum *sine* nostro *maiori* incommodo praestari possunt, a vobis exiguntur. Quapropter durum videri posset, etiam in *leuioribus delictis*, quae non *publicam* securitatem, sed *commoditatem singulorum* potius, conuellant & perturbant, durum, inquam, videri posset, omnibus *consciis*, quamvis *societate* facinoris non contineantur, *necessitatem accusandi*, aut *indicandi*, cum magno ipsorum periculo, imponere, ut singulorum emolumentis & priuato compendio consulatur. Itaque in his quidem *delictis*, quibus *singuli* laeduntur, nisi cum illis *speciali vinculo* coniuncti simus, aut *exemplum* ad alios peruenturum *metuamur*, aut *lege singulari* aliud constitutum sit, plerumque *remittitur necessitas accusationis*, ut *solum* quidem *silentium* & sola reticentia poenam non mereri videatur.

De his enim fere *DIVI fratres*, & *DIVVS HADRIANVS*, itemque *DIOCLETIANVS* intelligendi sunt, qui l. 19. pr. & §. l. D. de accusat. & l. vn. C. ut nemo inuit. accus. rescripserunt, neminem accusare, aut plures reos facere, *inuitum* cogi posse. Sed hi quidem maxime de *accusatione solenni* praeceperunt. Eaedem tamen causae, ex quibus accusatio remitti solet, videntur in his talibus delictis etiam *denunciationis* & indicationis gratiam facere, ne quis inuitus ad illam compellatur. Et *laesum* quidem certe, quamvis furum vel ratiinam passus sit, etiam *CAROLVS V.* a necessitate denunciationis simpliciter absoluit: Ob ein Beschuldigter seine Habe, die ihm durch Diebstahl oder Raub entwendet worden, mit gutem von dem Thäter wieder zu wege brächte, darum soll er, in diesen und andern dergleichen Fällen, zu klagen wider seinen Willen, nicht genöthiget werden. Ordin. crim. art. 214. Idem video etiam *Saxonibus* olim placuisse: Ein jegli er Mann mag wohl seinen Schaden verschweigen, und nicht klagen, dieweil Er will. l. l. N. 63.

Igitur in *privatis* quidem delictis, non videtur *nocere conscientia* criminis, postquam necessitas accusationis remissa est extraneis, qui nullo nobis speciali vinculo tenentur. Sed noli existimare, prorsus *innocuam* esse delicti alieni *dissimulationem*. Nimirum, si natura illius criminis, cuius

quis *consciis* fuisse ostenditur, *socios* admittat, & auxiliares & opem aliorum desideret *suspicio societatis cum facinorosis inita* in illos merito conferatur, qui, cum consciis essent alieni facinoris, illud non indicarunt aut prohibuerunt. Illa enim omnia, quae *honestatis* ratio exigit, si a quoquam neglecta sint, facile *coniecturam facti illiciti* pariunt, & efficiunt, ut leuioribus etiam aduersus ipsum suspiciones admittamus. Plerique certe, quod M. TVLLIUS <sup>r)</sup> ait, qui quiescunt, dum aliis fit iniuria, non improbant, cum patiuntur, cum tacent, clamant, cum non prohibent, imperare etiam videntur. Praeterea non facile facinorosi cum aliis consilia conferunt, nisi quos eodem, quo ipsi, animo, esse intelligant, neque produnt aut ostendunt studium nocendi, nisi illis, quos sibi *adiutores* fore arbitrentur. Quae cum ita sint, *consciis* delicti alieni plerumque *suspicione societatis* onerantur, neque illam facile diluunt, nisi, se ex aliis innocentibus delictum alienum cognouisse, aut tempore delicti perpetrari a facinorosis seiunctos fuisse, aut illud etiam *dissuasisse*, comprobare possint. Ita certe ALEXANDRO III. pontifici visum est, qui c. 6. §. 2. X. *de homicid. volunt.* illos non carere *scrupulo*, id est, *suspicione societatis occultae*, ait, qui manifesto facinori non obuauerint. Sed INNOCENTIUS III. tamen diacono, qui cum consanguinei eius consilium abbatis occidendi inuissent, illud *dissuaserat*, quamvis non indicauerit, gratiam delicti fecit: cum societatis suspicionem admonitione sua decinasse videretur. c. 17. X. *de homicid. volunt.*

Ex eadem causa MAECIANUS TREBIVM GERMANVM recte cenfer etiam de *impubere* quodam seruo, qui, cum dominus occideretur, ad pedes domini cubuerat, sumfisse supplicium, quod ille caedem eius postea non prodidisset: ex hoc enim silentio, ait, intelligi facinoris societatem. l. 14. D. *de Scto Siluiano*. Quod video etiam IACOBVM MENOCHIVM <sup>s)</sup> obseruauisse.

Sed ira quidem de *merito silentio* habendum est, cum quis duntaxat *reticuit* delictum alienum. Ceterum, si etiam *celauerit* aut *occultauerit* facinorosos, aut in subsidiis steterit, videbitur *auxilium & opem* praestitisse, & ex suo delicto punietur. Agnouit hoc discrimen VLPIANUS l. 48. §. 1. D. *de furt.* & multum interesse credidit, virum quis furem *celet*, an duntaxat *non indicet*, cum, qui furem *rouerit*, furti non omnino teneatur, sed, qui *celet*, teneatur. Hoc est, quod MARCIANUS *receptatores* per se de puniri iubet, ac latrones: cum pessimum sit genus *receptorum*, sine quibus nemo diu latere possit: quare in pari causa habendi sint, qui, cum comprehendere latrones possent, pecunia inprimis vel parte rerum surreptiarum accepta, illos dimississent. l. 1. D. *de receptat.* Hoc etiam HONORIO &

r) CIC. orat. in Catilin. I. c. 8.

s) MENOCH. de arbit. iud. L. II. cap. 355.

& THEODOSIO placuit, vt rapina & conscientia rapinae eodem loco habeantur: cum, qui rapuit, & qui, conscius rapinae, rem raptam seruauerit, pariter omnimodo deliquisse videantur. l. 9. C. ad leg. Iul. de vi publ. & priuat. Ita etiam ALEXANDRO III. visum est, vt, qui illis, quos sciret esse sicarios, in sarcinis custodiendis ministerium praebuerit, poenam meruisse censeretur. c. 6. §. 4. X. de homicid. volunt. Eandem PAVLLVS rationem secutus est, qui, l. 40. pr. D. de poen. illum, qui hostem sciens susceperit, in insulam deportandum esse, iudicauit. Praeterea, qui seruos fugitios protegerit & occultauerit, quos sciebat, dominum suum domi occidisse, VLPRIANVS, lege Cornelia de sicariis teneri, ait. l. 3. §. 12. D. de Scto Silanian. & l. 3. §. 3. D. de incend. ruin.

Extremo, apud Saxones, *receptatores*, inprimis, qui partem rerum raptarum furtiuarumque acceperint, eadem, qua fures, poena coerceri, alio loco a nobis obseruatum est.

## §. III.

*Satis*, credo, comprobatum est, *conscios* delicti alieni, ex silentio suo, *suspectos* esse de criminis societate, & si *celauerint*, & occultauerint delictum, etiam *puniendos* esse: ceterum, in *priuat*is delictis, quibus *singuli* laeduntur quidem, neque tamen *magno* incommodo afficiuntur, vt supra ostendimus; *conscius* aliquando igitur oscitur, si non indicauerint periculum futurum. Sed hi tamen *honestius* faciunt, qui, cum possint, iniuriam aut periculum indicent, & ab innocentibus, depellant. Vt enim quisque est vir melior, ita facilius innocentibus, quam facinorosis, etiam cum suo quodam incommodo, officium praestabit. Quapropter gradus doli, aut culpa & negligentiae a iudice inprimis aestimandus est, vt expediat, vtrum *conscius* delictorum ignoscendum sit, an poena irroganda videatur.

Sed vix artinet monere, qui *ex fide data* obstricti sunt, vt commoda nostra augeant & amplificent *damna auertant*, daß sie Nachtheil und Schaden warnen und verhüten sollen, de silentio & conscientia delicti alieni, ex quo nobis damnum imminet, omnimodo teneri, & si non indicauerint, poenam effugere non posse. Igitur coniuges, parentes, liberos, famulos, clientes, vigiles, custodes, nemo dubitat, ad faciendum iudicium, & renuntianda aliorum consilia, quae nobis periculosa sint, obstringi. Non enim *dolo carent*, qui datum sibi negotium deserunt, & cum in fide ipsorum conqueuerimus, ab aliis nos circumueniri pariumur.

Et inprimis pertinent, qui *fidelitatis religione* ob feudum domino *directo* obligantur. Hi enim, quamuis domino seruitium alias non offerre, sed sibi indictum duntaxat praebere, debeant, tamen, si *sciant*, magnum ei *periculum* imminere, *ultra adiutorum* suum domino praestare obstringuntur 2 F. 26. §. licet. 2. F. 28.

Ex eodem fonte deriuatur, quod serui, ex Scto Silaniano, capitis sui periculo, *custodiam* domino non solum a domesticis, sed etiam ab extraneis, praestare teneantur, & secundum MARCIANVM atque VLPIANVM, si auxilium non tulerint, cum *conscii* essent, adeoque certe suo *iudicio* opem ferre *potuissent*, capite mulctentur. l. 1. pr. § 18. 26. & ult. D. de Scto Silan. l. 14. D. eod. In qua specie hoc singulare est; quod, propter *fidem* in dominum, ipsi domino quandoque resistere, & si manus sibi inferre cogitet, atque in se saeuat, concurrere, aliis hoc indicare, vicinos conuocare, & quacunque ratione *possint*, prohibere illud facinus debeant: sin *consci* dissimulauerint, & reticuerint, capite plectendi videantur. l. 1. § 22. D. de Scto Silan.

Non multum ab hac specie recedit, quod etiam in *adulterio*, quamvis hoc *publicum* delictum sit, *conscientia* & *silentium* quorundam puniatur. Enimuero omnes *adscendentes*, qui *sciuerint* filiam vel neptem adulterio pollui, si non prohibuerint, aut indicauerint, *adulterae hereditate excluduntur*. Nou. 134. c. 10. Nuper certe ICii Vitembergenfes, matrem, quae *conscia* facinoris filiae, vt cum pluribus rem haberet, permiserat, ad consultationem senatus Stralsundignsis, fugiendam censuerunt, inque illa causa CAROLO V. obsecuti sunt, qui parentes ex hoc delicto non solum infames esse, sed iustis etiam poenis affici, praecepit. O. crim. art. 122. & 123. Ideoque his rationibus vsi sunt: Dieweil, in Ermangelung einer besondern Disposition des kaiserlichen Rechts, der Vorschrift der peinlichen Halsgerichts-Ordnung billig nachzugehen, in dieser aber art. 123. daß solche Kuppler, welche auch frembde Personen zur Unkeuschheit verleiten, nach Gelegenheit der Umstände mit einer Leibess-Straffe wohl belegen werden mögen, ausdrücklich enthalten, und bey dieser Bewandniß, da dergleichen Verbrechen durch keinen Umstand beschwerlicher werden kan, als wenn so gar leibliche Eltern, welchen vor ihrer Kinder zeitliche und ewige Wohlfarth zu sorgen, nach denen göttlichen und menschlichen Gesetzen, obliegt, denen Kindern dergleichen Bosheit und Vergehungen wissentlich gestatten, unter denen willkürlichen Strafen die empfindlichste billig zu erwehlen ic. Sed *Saxones* quidem, constat, lenocinium illud, si lucri causa admissum sit, gladio vlcisci. Const. el. 29. P. V.

Neque *maritus* abest a culpa lenocinii, qui, cum *consci*us esset adulterii, non intercessit, c. 3. X. de *adult.* Imo vero etiam *internuncii* poena non carebunt. l. 37. C. ad l. Iul. de *adult.*

Sed *iudices* inprimis, quibus hoc maxime datum est, vt omnem peccatum etiam a singulis prohibeant, si delictum, cuius *consci*i fuerunt, non prohibuerint, aut certe vindicauerint, poenam certissimam effugere non possunt. l. 3. C. de *sepulch. viol.* l. 8. § 2. C. ad l. Iul. de *vi publ. & priu.*



Ita quidem de illis maxime delictis habendum est, quibus *singuli* praecipue laeduntur. Sed haud paullo secius fiet iudicium in quaestione delictorum, quae *atrocitas* vocantur, & vel *exemplo* inprimis *periculosa* sunt, vel ipsam *republicam* evertunt.

In his enim omnes omnino *conscii*, ad *indicandum periculum*, quod ad plures pervenire possit, abscisse obstringuntur. Sed, ut a *familia* ordiamur, a qua si non tuti simus, nihil securum esset, sed in periculo perpetuo omnes versaremur, non solum *parricidae*, sed secundum *SCAEVOLAM* etiam *frater* parricidae, qui *cognoverit*, & patri *non indicaverit*, supplicio afficientur, l. 2. D. *ad leg. Pompei. de parricid* Praeterea *MARCIANVS* atque *VLPPIANVS*, omnes omnino *conscios*, etiam *extraneos*, eadem qua parricidas, poena afficiendos esse, iudicarunt. l. 6. & 7. D. *ad leg. Pompei. de parricid.* \*)

De *latronibus* etiam supra observatum est, quod omnes *conscii*, qui illos iudici non indicaverint & obtulerint, corporis supplicio, ex arbitrio iudicis, secundum praecepta Romanorum puniantur. l. 1. C. *de his, qui latron.* Ad eundem modum, qui *homicidium* futurum non detexerit, & cum posset, innocentem periculo non liberaverit, *homicidii* reus iudicabitur, c. 6. §. 3. X. *de homicid. volunt.* Sed quanto infidiosius & perniciosius homicidium paratur, tanto minus absolvendi sunt, qui, cum illius delicti conscientia attingerentur, non omni humana op<sup>e</sup> obstitere. Hoc est, quod *VALENTINIANVS* ait, omnes *maleficos*, ab omnibus, qui de his aliquid *audiuerint*, aut illos deprehenderint, tanquam generis humani hostes, ad iudicem pertrahendos esse, poena mortis in *conscios* & *occultatores* constituta. l. 9. C. *de malefic.*

Propter idem fere periculum *conscii* & *spectatores digladiationum* atque *duellorum*, aliorumque delictorum, quae cum his comparari possunt, quamvis a societate criminis alieni sint, tamen in *Saxonia* inprimis, \*\*) si non confestim illa iudici indicaverint, carcere duriori, & quandoque cum *carena*, puniuntur.

In crimine autem *maiestatis* & *perduellionis* quanto maius momentum totius *reipublicae* vertitur, tanto rectius *conscios*, etiam *satellites*, & omnes ad quos de illa causa aliquid pervenerit, ad iudicium faciendum obstringimus, sia retulerint, supplicio afficimus. Hoc enim ab *ARCADIO* & *HONORIO* itemque *CONSTANTINO* constitutum est. l. 5. §. 6. & l. 3. C. *ad leg. Jul. mai.* Neque enim extimescimus diras a Baldo \*) coniectas in *Bartholomaeum*, quem ille, ob hanc sententiam, apud inferos torqueri, iudicavit. y)

D 3

Ex

\*) *MENOCHE*. de arbit. iud. l. II. cas. 355. §. 49 & 50. x) *BALD.* in l. bona fides, depositi. y) *ALCIAT.* parerg. l. III. c. 9.

u) Mandat wider die Selbst Rache.

Ex hac certe ratione VLP IANVS, illos, qui ex aliis causis ad mortem damnati sunt, non audiendos esse, censet, si dixerint, se habere, *quod ad principem, de ipsius salute & periculo, referrent*: sed tanto magis damnandos esse, *quod rem tam magnam tam diu reticuerint*, l. 6. pr. D. de poen. Illud vero non ab omnibus obseruatum video, quod IVSTINIANVS hanc iustam *diuortii* causam esse existimauerit, si *uxor, conscia delicti huius, marito illud non indicauerit*. Nou. 117. c. 8. §. 1.

Extremo, qui *falsam monetam* in aedibus suis cudi intelligere potuerit, nisi confestim ad iudicem hoc detulerit, aedium domino exiit, l. 1. C. de *falsa monet.* Sed haec, sufficiat, obiter duntaxat attigisse.

## §. IV.

*Inciendiario-  
rum crimen  
proxime ad  
crimen lae-  
sae maiesta-  
tis aecedit.  
Huius conscii  
merito pu-  
niuntur.*

Supereſt, vt de *inciendiariis* pauca obseruemus. Horum enim crimen *atrocissimum* est, sed *ambiguum*, vt modo ad hanc, modo ad illam, speciem delicti referendum esse videatur. Specialiter quidem *lege Cornelia de sicariis* lotati sunt, quorum dolo malo incendium factum erit. Quod MARCIANVS & PHILIPPVS docuerunt. l. 1. pr. D. ad leg. *Cornel. de sic.* l. 11. C. de his, qui accus. non poss. Quapropter *inciendiarii*, ex praeeptis Romanorum, capite plectuntur. l. 10. D. ad leg. *Cornel. de sic.* Sed, vt diximus *odiosissimum* genus est *inciendiariorum*: ideoque in simplici poena legis Corneliae veteres non substiterunt. CALLISTRATVS enim l. 28. §. 12. D. de poen. ita poenam capitis interpretatur, vt, si in ra oppidum, inimicitiae aut praedae causa, incenderint, plerumque *viui ex-  
urantur*: quod video etiam GAI O placuisse. l. 9. D. de incend. ruin. Sed VLP IANVS humiliores bestiis obiecit. l. 12. D. eod. *Germani*, Callitratum sequuntur. Die böshafftigen Brenner sollen mit dem Feuer vom Leben zum Tode gerichtet werden. *Ordin. crimin. Carol. art. 125.* Quod *Saxones* etiam receperunt. Apud nos enim nec aetas, nec gradus dignitatis, nec ignorantia, nec poenitentia, impedimento sunt supplicio, sed omnes incendiarii, qui decimum quartum aetatis annum attigerint, & qui ignem *dolo malo*, in oppidis aut ruri, aut vbiunque locorum, subiecerint, viui comburuntur. 2) Neque interest, orum sit incendium, an suffocatum & extinctum, sed, si ignis subiectus sit, quemcunque res exitum habuerit, supplicio locum damus. a) Enimvero etiam veteribus ita visum est, vt in illis facinoribus, quae rempublicam perturbant, maxime *voluntas*, non semper *exitus*, spectetur l. 14. D. ad l. *Cornel. de sicar.*

Et habet profecto rationem illa seueritas, cum non singulos duntaxat, sed vniuersos in periculum adducant, qui incendia faciunt. Neque enim dubitari potest, etiam *legis Iuliae de vi publica* reos esse, qui hoc crimine

rem-

2) Nouiss. mandat von vorseßlichen Feuer-Anlegen, §. 1. sqq.

a) Ibid. §. 2.

republicam perturbant. Enimvero incendia cum *tumultu & trepidatione publica* coniuncta sunt, quod *VLPIANVS* ait, l. 1. §. 2. *D. de incend. ruin.* Ideoque *MARCIVS*, illum certe, qui coetu, concursu, turba, seditione incendium fecerit, lege *IULIA* teneri docet. l. 5. *D. ad leg. Iul. de vi publ.* & generaliter, qui aliquem *armis* de possessione deicit, vim facere videtur. l. 3. §. 6. *D. eod.* Sed *armati* videntur, non solum qui *tela*, sed etiam qui aliud quid habent, quod nocere possit. l. 9. *D. eod.* ut non possit esse ambiguum, illum, qui ignem aedibus subiecit, cum *armis* vim fecisse.

Ne tamen quis existimet, *vim* duntaxat fieri incendio, obseruandum est, parum a crimine *maiestatis* incendiarios abesse. Quicumque enim aduersus *securitatem omnium* aliquid, *dolo malo*, moluntur, pro hostibus habentur, & lege *Iulia maiestatis* obligantur. l. 1. §. 1. *D. ad leg. Iul. mai.* Itaque, quisquis cum incendiariis conspirauerit, aut illorum consilia texerit & *reticuerit*, cum hostibus reipublicae conspirasse iudicabitur. l. 3. & 4. *D. eod.*

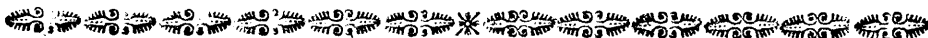
## §. V.

*Vides* igitur, quando conscii delicti alieni, ob silentium, & negligentiam, qua rempublicam in periculum inducunt, teneantur. Sed hi quidem *una* duntaxat *ratione excusantur*, si, cum scirent, *nec prohibere, nec indicare potuerunt*. Culpa enim caret, quod *PAVLLVS* ait, qui sciunt, sed prohibere non possunt. l. 50. *D. de reg. iur.* *VLPIANVS* quidem certe etiam seruos excusandos esse, ait, qui cum domino occideretur, ita clausi fuerunt sine *dolo malo*, ut erumpere & domino succurrere, aut facinorosos comprehendere, non possent. l. 3. §. 6. *D. de Sci. Silan.* Sed hi tamen postea facinus, si atrocius fuerit, *indicare*, & reos deferre tenebuntur. l. 14. *D. eod.* Neque tamen audiendus erit, qui, cum sciret facinus, & posset indicare, ipse sibi merum aliquem fingit, illoque se, ne indicaret, deterritum esse. committitur. Haud ita pridem *ICI Vitembergenses* incendiarum ultimo supplicio afficiendam iudicarunt, quae inest illis nimis se coactam & obrusam esse, iactabat. His enim rationibus utebantur: Ob wohl inquisition, daß sie anfänglich mit N. N. nach N. zu gehen sich verweigert, und von diesem, durch allerhand Bedrohungen, darzu genöthiget worden, zu ihrer Entschuldigung vorwendet:

D. a. d. dieselbige keine andere Drohungen, dadurch sie zu dieser Mißthat gezwungen worden, als daß N. N. bey ihrer anfänglichen Verweigerung, welchergeßalt Er, wenn Sie nicht wolte, die Ehrende selbst anstecken werde, sich heraus gelassen, in ihrer Aussage auf die Inquisitional- Articul anzugehen weiß, selches straffbare Vorhaben der Dorsigkeit anzuzeigen freygestanden und obgelegen, dahero aus ih-

rem eigenen Bekentniß, daß sie ohne den geringsten Zwang herein gewilliget, offenbar erhellet etc. So ist dem vörigen Urtheil billig nachzugehen.

Praeterea *cognati & affines proximi*, qui, quamuis *conscientia* criminis a quodam suorum suscipiendi attiogerentur, tamen illud indicare non ausi sunt, non quidem absoluantur, propter exemplum, sed mitius tamen puniuntur. Ita certe PAVLLVS de illo, qui *latronem* cognatum vel affinem conseruauerat, iudicandum esse censuit. l. 2. D. de *receptat.* DIOCLETIANVS etiam illi, *qui in domo facinorosi educatus* fuerat, pepercit. l. 17. C. de *his, qui accus. non pos.* quod nonnulli interpretes de omnibus, qui etiam in ciuili caussa *ad dicendum testimonium inuiti non compelluntur*, acceperunt. Sed in atrocissimis criminibus, ut in parricidio, perduellione, incendio cognatis parcere non aulim. SCAEVOLA enim etiam *fratrem* parricidii conscium, qui illud non indicauerat, supplicio afficiendum censuit. l. 2. D. de *lege Pompei. de parricid.* Et profecto debet nobis commendatior esse vniuersorum salus & publica securitas, quam caritas omnium rerum humanarum.



## IIV.

# DE LEGATO TACITO ET IMPLICITO

IN QVO

## LEGATARIVS NON NOMINATVS EST.

---

AD L. III. IV. V. D. DE LIBERAT. LEGAT.

---

VITEMBERGAE, DIE XXIX. AVG. A. Q. S. P. EST. MDCCXXXII.

---

## §. I.

*Beneficii nostri fructu collocantur.* *Non* minus diligenter *beneficia, quam pecuniae*, a viro sapiente, Has enim si vel minus idoneo debitori crediderimus, interdum, per opportunitates improuistas, etiam cum foenore recuperamus: *rimos peruenire debet.* *illa*, si immerentibus a nobis tribuantur, confestim proiecta sunt, & prorsus deperdita videntur. Ex agro enim pestilenti & maligno non solum gratia non reddetur, sed pro gratia etiam subinde iniuriam metemus.

Quae

Quae cum ita fiat, sapienter M. TVLLIVS, <sup>a)</sup> itemque L. ANNAEVS <sup>los pertinet,</sup>  
 SENECA, <sup>b)</sup> praeceperunt, *delectum* quendam meritorum cum cura maxi- <sup>quorum con-</sup>  
 ma habendum esse, ut sciamus, in quem beneficia dignissime a nobis con- <sup>templatione</sup>  
 ferantur. <sup>illud reli-</sup>  
<sup>Etum est,</sup>

Sed in illo *delectu*, opporune M. TVLLIVS <sup>c)</sup> obseruat, inprimis pro- <sup>quamvis non</sup>  
 spiciendum esse, ut *fructus* nostrae benevolentiae *ad quam plurimos perue-* <sup>sint nomina-</sup>  
*niat, & latissime dimanet,* & si fieri hoc possit, *profluat ad uniuersos.* <sup>ti.</sup>  
 Hunc enim modum etiam natura plerumque sequitur, ut solem *omnibus* ac-  
 cendat, & iisdem imbribus, non agros *singulos*, sed *uniuersitatem* quan-  
 dam agrorum confinium, quasi *communi beneficio*, foecundet.

Quare, dum collocamus beneficia, *duo* inprimis cogitamus: primo,  
*ne quid in indignum conferatur:* deinde, postquam *elegimus*, quibus a no-  
 bis consulendum esse videatur, dare operam solemus, ut nostrum benefi-  
 cium *quam plurimis prodesse possit*, & cum fructu vberissimo percipiatur.

Sed viramque illam hominum beneficiorum sollicitudinem diligentissime  
 subleuandam esse censuerunt veteres magistri artis nostrae, in illis maxime  
*beneficiis* interpretandis, quae *in suprema voluntate* a testatore relinquuntur.

In legatis enim *prima* inspectio est, quem *elegerit*, & de quo *senferit*  
 testator, ut *petitio* legati, quod VLPIANVS ait, non facile cuiquam, nisi  
*cuius contemplatione* illud relictum sit, & cui *honorem habere* voluerit de-  
 functus, concedatur. l. 11. §. 20. 21. 22. D. de leg. 3. Quare, secundum  
 IULIANVM, ne *correus* quidem debendi liberabitur, si mihi duntaxat testa-  
 tor consuli voluerit, & mihi soli debitum iusserit remitti: ideoque, in illa  
 specie, *facto*, non *acceptilatione*, liberandus est debitor, ne etiam *correus*  
 dimittatur, de quo appareat testatorem non sensisse. l. 3. §. 3. D. de liberat.  
*leg.* Imo vero, si quis *patri* duntaxat prospectum voluerit, ne *filio* qui-  
 dem proderit legatum: ut testatoris electioni & iudicio obtemperemus. l. 5.  
 §. 2. D. de liberat. leg

Habes *primam* testatorum prouidentiam, cui *interpretes* diligenter  
 obsecuti sunt, ne legatum ad alios perueniat, quam quos ipsi *elegerint*, &  
 quos ornare suo beneficio *voluerint* in suprema voluntate. Superest, ut de  
*altera* testatorum cura videamus, qua dant operam, ut *fructus plenissimus*  
 suae liberalitatis *ad quam plurimos*, de quibus ipsi *senferint*, & quos suo  
 beneficio dignos iudicauerint, ex legato deriuetur. Neque vero hanc officii  
 partem ICI neglexerunt. Placuit enim, quod IULIANVS & MARCELLVS,  
 & VLPIANVS docuerunt, si de *pluribus senferit*, & *pluribus honorem ha-*  
*bere* voluerit testator, quamuis *unum* sit legatum, tamen *plures ad legati*  
*per-*

a) CIC. l. de offic. c. XV. v. 147.  
 ff. c. 18. v. 63.

b) SENECA. de benef. L. IV. c. 28.

c) CIC.

*persecutionem admitti*, quoties appareat, quod *pluribus consulere cogitauerit* defunctus. l. 11. §. 20. D. de leg. 3. Quia re efficitur, ut interdum non ille duntaxat; cuius nomen in testamento scriptum est, sed etiam alius, qui non est nominatus in tabulis supremæ voluntatis, pro legatario habendus sit, & petere legatum possit, si eius contemplatione legatum reliquerit testator. l. 3. §. 4. D. de liberat. leg. Hoc iure imprimis vitur, si vel socio, vel debitori principali, liberatio debiti relicta sit: ut & alter socius, cuius nomen non scriptum est in testamento, & fideiussor obligatione liberentur atque ad petitionem legati admittantur, si illorum contemplatione relictum sit legatum. l. 3. §. 4. & l. 5. D. de liberat. leg. Imo vero, si quis id, quod ego debeam, creditori meo legauerit, quamuis mihi legatum non adscriptum sit, tamen admittar ad petitionem legati, & heredes compellere poterò, ut, quod ego debeam, exsoluant creditori meo, ex legato: cum mihi consulere voluerit testator. Ita enim IULIANVS, POMPONIUS, & MARCELLVS, tradiderunt. l. 3. §. 5. & l. 4. D. de liberat. leg.

Sed hoc quidem genus legati non incommode *tacitum & implicitum* dicemus, quod iste, cui legatum non adscriptum, sed cuius contemplatione, & in cuius honorem illud relictum est, petere ab herede potest, quasi nominatum ipsi adscriptum sit legatum. Sed videmur operæ pretium facturi, si de illo argumento diligentius tractemus.

## §. II.

*Quid tacitum, implicitum, & non expressum, appelleretur.* Sed primo quidem, ne quem forte offendat, quod legatum illud, in quo legatarius non nominatus est, implicitum & tacitum legatum appellemus, exponendum est, quid Ictis tacitum & implicitum dicatur. Quamvis enim non dissimulem, in legibus Romanis nunquam fere hoc legatum, in quo legatarius non nominatus est, nomine speciali designari, aut legatum tacitum & implicitum ab interpretibus iuris appellari, tamen rem ipsam, ut Pecunia tacita, supra obseruatum est, IULIANVS POMPONIUS, MARCELLVS, VLPPIANVS, l. 11. §. 20. sq. D. de leg. 3. l. 3. §. 4. & 5. l. 4 & 5. D. de liberat. leg. tradiderunt: & deinceps apparebit, huic speciei nomen legati taciti & impliciti imprimis conuenire.

*Expressa non expressa, non nocent.* Nimirum, ut de taciti appellatione ordiamur, non ignoro, interdum suspecta esse illa negotia, quae a Ictis tacita dicuntur. Hoc sensu apud MARCELLVM & GAIVM, & MODESTINVM, & IULIANVM, itemque VLPPIANVM, aliosque passim, tacitum fideicommissum appellatur, quod tacita fide, extra testamentum, in fraudem legis, incapacibus, clanculum relinquitur, dum fiduciarius, chirographo, aut domestica cautione, aut nuda etiam promissione, aut alia quacunque ratione, ad rem tertio, cui aliqui d relinquare legibus prohibitum fuerit, restituendam, testatori se obstringit.

l. 103. D. de leg. 1. l. 123. §. 1. D. eod. l. 10. D. de his, quae ut indign. l. 46. D. de hered. petit. l. 13. & l. 59. §. 1. D. ad l. Falcid. l. 17. §. 2. D. de usur. <sup>d)</sup> Sed haec talia in solis fere seruis, & filiis familias, quibus a domino aut parente praestandi *taciti fideicommissi* necessitas imponebatur, tantisper tolerata sunt, sed in ceteris, quia in *fraudem legis* relicta erant, animaduersione potius digna iudicata sunt, & fisco vindicata.

Non procul ab hac specie abest *tacita pactio*, quam & ipsam ΤΡΥΦΟΝΙΟΥS ait in fraudem edicti interponi. l. 50. §. 2. D. de bon. libert.

In his igitur & similibus quibusdam speciebus *tacitum* videtur, quod *clanculum* & *quasi per insidias* administratur, ut finem legis callida & occulta machinatione circumueniamus. Sed cum his quidem nihil commune habet *legatum tacitum*, quod *bona fide* relinquitur, & plenissimum est *favoris*, & interpretatione etiam in illos porrigitur, *qui non nominati sunt in testamento*.

Enimuero obseruandum est, non omnia, quae *tacita* dicuntur, etiam *suspecta* & *improba* videri, quamuis possint aliquando, si quid aliud accedat, parere omnino aliquam suspicionem. Nimirum illa etiam negotia, quae *absque solennitatibus*, & *pruatiim*, remotis arbitris subinde contrahuntur, *tacita* quandoque appellamus. Hoc sensu SCAEVOLA l. 47. §. 1. D. de pactis, *pecuniam tacitam*, apud creditorem esse dixit, quae *nulla* solenni cautione sit munita.

Ita M. TVLLIUS CICERO, apud A. GELLIUM <sup>e)</sup> cum domum in palatio emere vellet, & pecuniam praesentem non haberet, mutuam *tacite*, id est *clanculum*, sine cautione, a P. Sylla, qui tum reus agebatur, accepisse fertur: ne quis intelligeret, se pecuniam a reo accepisse.

Non alia fere significatione veteres *tacita senatus consulta* appellabant, quae in magnis necessitatibus, ne quid tempore non opportuno aliis renuanciari posset, *remotis omnibus*, etiam scribis & seruis publicis & censualibus exclusis, a solo senatu neri solebant, *absque publica ceremonia*, qua in negotiis publicis administrandis utebantur. IVLIUS CAPITOLINUS <sup>f)</sup> quidem in vita GORDIANI *senioris*, exemplum *Sciti taciti* seruauit, quod aduersus Maximinum, cum diligentissima cautione, factum, sed confestim quidem Maximino proditum & transmissum est, priusquam fere discederet senatus. Et quo loco intelligitur, & qua de causa, & qua circumspectione facta sint quandoque *tacita senatus consulta*.

Vides, *tacitum* subinde dici, quod remotis arbitris & solennitatibus *omissis* administratum est, sine nota fraudis & improbitatis. At vero ne cum

E 2

his

<sup>d)</sup> BARNAB. BRISSON. de form. L. VII. c. CXI VI. p. 638. Praeses, de fideicommissio vili, §. 3. p. 20. seq. <sup>e)</sup> GELL. noct. Attic. L. XII. c. 12. <sup>f)</sup> CAPITOLIN. in Gordianis c. 3. & 4.

his quidem speciebus confundendum est *legatum tacitum*, in quo *legatarius non nominatus* est. Hoc enim *solemniter* relinqui solet & aperte, *quamvis eius nomini non adscriptum sit legatum*, cuius contemplatione illud relinquitur a testatore.

Sed porro admonendum est, *tacitum* plerumque dici, quod non verbis, sed *quocunque indicio voluntatis*, declaratur. Hoc enim sensu PAPI-  
NIANVS cautionem legatorum *tacite*, in est, *quocunque indicio voluntatis*, remitti posse, ait, l. 77. § 3. D. de *condit. & demonstr.*

Sed illud maxime *indicium voluntatis luculentum* esse dicimus, *si quid vel dicatur a quoquam vel agatur, quod necessario cohaereat cum alio, quod tacite subintelligatur*. Haec enim talia dicuntur, *tacite inesse*. & *reipsa contineri*. Ita secundum POMPONIUM *inest* aliquando conditio legatis, si id, quod relictum est, pendeat a tacita conditione. l. 1. §. 3. D. de *condit. & demonstr.* Si enim *fructus* fundi cuiuspiam legentur, *inest* conditio tacita, si *fructus* aliqui nascantur. d. l. 1. §. 3. Eodem sensu MARCELLVS illud *inest* ait, quod, quamvis non expressum esset, ex ipsa re omnino intelligeretur. l. 47. D. de *condit. & demonstrat.* Ad eundem modum MODESTI-  
NVS *tacite*, ait, *intelligi*, quae ex ipso negotio descendant, quamvis nomi-  
natum non exprimantur in suprema voluntate. l. 52. D. *eod.* Eodem fere sensu PAVLLVS, si quis Romae promittat, alio in loco pecuniam soluere, *tacite tempus comprehendere* ait, quo perueniri in illum locum possit, ubi pecunia soluatur. Haec enim stipulatio, quamvis pura sit, *ex re ipsa* accipit dilationem. l. 73. pr. D. de *verb. oblig.* Et has quidem condiciones *tacitas* PAPI-  
NIANVS, l. 99. D. de *condit. & demonstrat. extrinsecus*, non ex testamento aut stipulatione, venire, id est, ex re ipsa & natura negotii descendere, ostendit, *cum tacite inesse videantur*. Eadem fere forma aliquando POMPONIUS *reipsa agi* quaedam, ait, & *intelligi*, quae, quamvis non speciatim *cauta* & promissa sint, ipso tamen negotio contineantur. l. 3. D. de *reb. cred.* Plerumque enim, quod *agitur*, id est, quod *tacite* intelligitur & *cum negotio naturaliter cohaeret* quamvis non expressum sit, pro *cauto* & promisso est habendum. d. l. 3. D. de *reb. cred.* Sed PAVLLVS quidem haec, quae *tacite ex ipsa natura negotii deducta* sunt, *per consequentias* intelligenda esse, ait, etiam si verbis non exprimerentur. l. 29. D. de *liberat. legat.*

Igitur, frequentatissima loquendi figura, *tacitum* dicimus, quod *subintelligitur*, quod factum aut dictum alterius *inest*, quod *ex ipsa re nascitur*, quod *naturaliter* cum dicto aut facto quodam *cohaeret*, quod *per consequentias* ex dicto aut facto cuiusquam *elicitur interpretatione*, quod ita cum altero *coniunctum* & conglutinatum est, *ut non possit non ille*, qui aliquid dixerit aut fecerit, *etiam de illo*, quod *tacite* continetur *cogitari*. Ita

cum



cum *sine media vnica & essentialia naturaliter* cohaerent, vt qui ad finem illum adspirauerit, & finem quaesierit, etiam de medijs omnino cogitasse & sensisse videatur. Ita qui seruum proprium instituit heredem, *tacite* serui libertatem directam dedisse intelligitur, quod ATTILICINVS & PAVLLVS & IVSTINIANVS obseruarunt, l. 5. C. de *necessar. hered. instituend.* pr. l. de *hered. instit.* cum non possit seruus, nisi data libertate, ad hereditatem peruenire.

Eodem modo ex *caussis effectus essentialis & necessarios*, ex *effectibus caussas*, ex *medijs essentialibus & vnicijs*, *fines* necessario connexos & *proprios*, elicimus interpretatione.

Quae cum ita sint, non incommode *legatum tacitum* dicemus, quod *legatario* quidem, ad quem testatoris beneficium peruenire debet, non adscriptum, *sed in quo tamen aliud quid constitutum est, ex quo appareat, testatorem legatum, contemplatione eius, cui illud non adscripsit, reliquisse.* Ita, qui *creditori meo, quod ego isti debeam*, legauerit, mihi videretur *legatum reliquisse*: ideoque petere possum ab herede testatoris, vt soluat creditori meo, meque liberet ab obligatione. Hoc enim & IULIANVS, & MARCELLVS, probauerunt. l. 3. §. 5. D. de *liberat. legat.* Idem fere dicendum est, si quis *reo liberationem* legauerit, pro quo ego *fideiusserim*: plerumque enim etiam *fideiussori* testator *tacite* videtur *legasse liberationem*. Neque enim non potuit testator de fideiussore etiam, quem pro reo intervenisse sciuerit, sensisse; cum non possit reus liberari efficaciter & cum fructu, nisi & fideiussor liberetur: qui, si heres ipsum soluere compelleret, solutum plerumque posset reperere a debitore mandati aut negotiorum gestorum actione. Ita enim IULIANVS respondet, l. 5. D. de *liberat. leg.* Item, si heres publicum. id est, *vectigal, & tributa*, pro me soluere iussus sit, quamuis mihi directe testator non adscripserit legatum, tamen expeditum est, ipsum non publicano, aut fisco, aut reipublicae, sed mihi, vt a publicano & fisco & republica liberer, *tacite* beneficium legasse. Itaque, secundum VLPIANVM, mihi inprimis actio dabitur ex testamento, vt heres pro me soluat vectigal & tributa, l. 11. §. 22. D. de *leg. 3.* Sed de his quidem speciebus, deinceps locus erit disputandi.

D. scederem igitur ab hoc loco, nisi mereretur obseruari, *tacita* subinde, *forma negante*, a IUSCIS etiam *non expressa* appellari. Sed plus intelligitur, cum *non expressa* appellamus. Haec enim non solum *non expressa sunt*, sed etiam *tacite subintelliguntur, quasi verbis expressa essent.* De his senserunt MODESTINVS, MARCELLVS, POMPONIVS, in notissima iuris regala: *quaedam expressa nocere, quae non expressa non nocerent*, l. 195. D. de *reg. iur.* l. 47. & 52. D. de *condit. & demonstrat.* l. 68. de *hered. instit.* Hoc enim, cum vulgo male intelligatur, ita accipiendum est; *quaedam non expressa, quae tacite intelliguntur, & ex speciali natura*

*negotii liciti descendunt*, non nocere, quae si *expressa & generaliter, sine restrictione*, constituta essent, omnino *nocere, & prohibita* videri possent. Quod habet rationem, cum possiat quaedam negotia, si *cum aliis coniungantur, utilia esse*, & vim aliquam nancisci, quae si *nuda & in se* duntaxat spectarentur, *inepta & ridicula* haberi possent. Res fiet clarior exemplo, quo POMPONIUS vitur in illo argumento, l. 68. D. de *hered. instit.* Nimirum, oppido *ineptum* esset, heredis institutionem generaliter a *voluntate tertii* suspendere: ut si quis dixerit: Caius heres esto, *si Titius voluerit*. Haec enim formula ostenderet, testatorem *non serio* hereditatem Caio reliquisse, aut certe sibi non satis constituisse in illa declaratione voluntatis. Igitur haec *expressa nocerent*, & vitarent institutionem, si heredis institutio simpliciter *in Titii voluntatem conferretur*: cum nominatio heredum debeat a *certa & deliberata* voluntate testatoris proficisci. Sed facilius toleratur illa incertitudo, si res, per modum conditionis specialis, a *facto* quodam Titii, quod & ipsum eadem *in eius voluntate* positum est, sed *facilius* tamen *sperari potest*, suspendatur. Ex. gr. cum dixerit testator, *Caius heres esto, si Titius uxorem duxerit, aut Capitolium adscenderit*. Quamvis enim hoc etiam a *voluntate* Titii pendeat, institutio valebit. Nam res quidem, confertur *in voluntatem* Titii, & tacite subintelligitur conditio, *si Titius volet Capitolium adscendere, & te heredem facere*; sed, quia facile *sperari potest*, Titium in illa re heredi obsecurum esse, *tacita illa & non expressa conditio voluntatis alienae heredi non nocebit*. d. l. 68. de *hered. instit.*

Apparet igitur, *tacitum & non expressum* plerumque quidem *subintelligi*, sed interdum tamen aliam vim habere, quam si voluntas testatoris verbis *expressa* esset. Imprimis uero obseruandum est, quod si quis illa, *tacite subintelligi*, possent, verbis luculentis *expresserit*, plerumque *plus dicere voluerit*, quam tacite subintelligeretur. Cum enim nemo *frustra* aliquid vel facere vel omnino dicere credatur, naturalis interpretatio est, *verba expressa*, quae alias *subintelligi* possent, vim pleniorum nancisci, quam si *tacite* duntaxat alia oratione fuissent comprehensa. Hoc sensu vero dicitur, *expressa* aliquando, quod GAIVS ait, *plus valere, quam non expressa*, l. 65. §. 1. D. de *leg. 1.* Ut ecce: si quis mihi fundum leget sub conditione, *si voluero*, videtur quidem aliquid adiecit, quod etiam *non expressum subintelligeretur*: cum nemini fere beneficium aut legatum invito obtrudatur. Sed, quia testator *expresse* hoc adiecit, ut fundum habeam, *si voluerim*, videtur *voluntatis declarationem luculentam & expressam*, quae alias non esset necessaria desiderasse. Igitur non transmittetur hoc legatum ad heredes meos, nisi ipse *visus declarauerim voluntatem* legatum adquirendi. d. l. 65. §. 1. D. de *leg. 1.*

Habes igitur causam idoneam cur illud legatum *tacitum* appellemus, in quo persona *legatarii* non quidem nomenclata est, sed tamen *subintelligitur*

tur, si ex natura legati cognoscatur, cui testator prospicere, & honorem habere voluerit, & cuius contemplatione reliquerit legatum.

Superest, ut de legati *impliciti* appellatione aliquid adiciamus. Videlicet *implicitum* iuris interpretes appellant, quod ita cum altero *coniunctum* & *connexum* est, ut penitus *cohaereat*, nisi diligenter se aretor. Ita, secundum SCAEVOLIAM, creditor & debitor, priusquam accepta & expensa computauerint & separauerint, dicuntur *rationem implicitam* habere, id est, *confusam* & *cohaerentem*, quae separatione indigere videatur. l. 47. §. 1. D. de pact. Eodem fere sensu PAVLLVS in seruo *statu libero*, cui libertas destinata esset, *implicitum* esse casum libertatis, aut, id est, libertatis spem ita ipsi cohaerere, ut ipsi eripi propemodum non possit. Igitur legatum *implicitum* dicimus, quod ita cum verbis testatoris cohaeret, ut non possit dubitari, quin de illo etiam senserit testator.

## §. III.

Ut igitur ex diuerticulo in viam redeamus, dubitari non potest, *legatum tacitum & implicitum* etiam ad *tertium* pertinere, cui non adscriptum est legatum, modo appareat, quod eius contemplatione illud reliquerit testator. Aperite enim VLPYANVS, l. 3. §. 4. D. de liberat. leg. verum est, inquit, non solum eum, cuius nomen in testamento scriptum est, legatum habendum, sed eum quoque, qui non est scriptus, si eius contemplatione legatum relictum sit.

Neque enim disputatione indiget, *legatarium cui nihil adscriptum est* testamento, sed in cuius honorem legatum a testatore relictum est, ex testamento posse, ac si nominatum ipsi legatum sit relictum. Res facile intelligitur ab exemplo. Faciamus enim, testatorem praecepisse, ut heres creditor meo, quod ipse debet, exsoluat. IULYANVS & MARCELLVS non dubitant, quin *utriusque* simus *legatarii*: & debitor, qui liberatur debiti solutione, & creditor, cui exsoluendum est debitum, cuius interdum interest, ut ipsi ab herede potius soluantur. l. 3. §. 5. D. de liberat. leg. Verum POMPONIUS ibi non subsistit, sed, *utrumque* etiam *agere aduersus heredem* posse, ait, ut debitum solvatur. l. 5. D. eod. Idem fere VLPYANVS in specie non absimili probavit. Proponit enim: *CAIVM* legauisse, ut heres *publicum* id est, vestigal & tributa, quae *TITVS* debuerit, exsoluat publicano. Dubitatur, *cui legati petitio*, seu actio ex testamento, concedenda videatur. Et publicano quidem adscriptum est legatum: sed, quia eius non interest, a quo tributa exsoluantur, nec probabile videtur, testatorem publicano honorem habere voluisse, plerumque publicano negabitur petitio legati. Igitur de *TITIO*, pro quo tributa exsoluenda sunt, dispiciamus. Sed huic quidem obstat, quod *ipsi non adscriptum sit legatum*. Respondit VLPYANVS:

Tuo

Titio petitionem legati competere, *pro quo*, id est, in cuius gratiam & honorem, relictum sit legatum. Sed addit, generaliter videndum esse, *cui prospectum voluerit* testator, & *cuius contemplatione* reliquerit legatum. l. 11. §. 22. D. de leg. 3. Eadem dicenda erunt, si testator mihi, quod ipse *sub fideiussore* debuit, legauit: fideiussor enim, de quo testator non cogitavit non potuit, *tacite* legato continetur. Igitur & *agere* potest fideiussor, ut heres debitum exsoluat. l. 49. §. 4. D. de leg. 1. Item, si fideiussor leget creditori, quod Titius debeat, pro quo ipse fideiussit: quamuis Titio legatum non adscriptum sit, tamen Titius habebit *ex testamento actionem*, ut creditori debitum ab herede fideiussoris exsoluatur. Hoc enim video IULIANO placuisse. l. 49. §. 6. D. de leg. 1.

Apparet igitur, perinde illi, cui *tacite* quid relictum sit, actionem ex testamento dari, ac si *nominatim* ipsi aliquid adscriptum esset: & eadem remedia *legato tacito* atque *implicito* accommodari, quae ex legato expresso competunt, aduersus illos, qui onerati sunt legato.

Ex eodem fonte deducitur, quod etiam *legem Falcidiam* ille pati debeat, qui agit ex *tacito* legato, quod ipsi nominatim non adscriptum est. Neque enim dubitari potest, quin ad illum hoc onus pertineat, ad quem commodum praecipuum spectabit ex legato. Itaque dicemus, si heres pro Titio soluere creditori eius iubeatur, Titium cui hoc legatum nominatim non adscriptum est, *agere* ex testamento quidem posse, sed heredem quartam Falcidiam, si illam non omnino saluam habeat, retinere posse. Hoc enim PAVLLVS & PAPINIANVS docuerunt. l. 13. pr. & l. 22. §. 3. D. ad leg. Falcid. Eadem dicemus si *creditor* Titii agat ex legato: nam & ipsi quarta detrahatur, quam a debitore postea recuperabit. Non multo secius iudicabimus, si *reo* liberatio relictata sit, & *fideiussor* agat, ad liberationem consequendam. Nam & fideiussor patietur Falcidiam, id est, quidquid propter Falcidiam, heredi creditoris adhuc debebitur, exsoluet, sed, quod exsoluit, actione mandati aut negotiorum gestorum repetet a debitore. Si uterque agant, manifestum est, cum *unum* sit legatum, *quartam* non nisi semel detrahendam esse.

In primis igitur desiderabimus, si quis *agere* voluerit ex *tacito* legato, ut appareat, *ipsi* testatorem *prospicere*, & *honorem habere* voluisse, *eiusque contemplatione* legatum reliquisse. Ceterum, si *tertio* eoque illud *profit* duntaxat, quod alteri legatum sit, sed testator de ipso non *senferit*, dicemus, illum non esse legatarium, adeoque a petitione legati repellendum esse.

Enimuero recte MARCELLVS obseruauit, quod plerumque eueniat, *multorum interesse & multis prodesse* illud, quod uni relictum est: sed *testatorem uni honorem habere voluisse*. l. 11. §. 20. D. de leg. 3. Sed aper-

te **Ulpianus** docet, *multum interesse, cui prospectum voluerit testator, & cuius contemplatione* legatum sit relictum: ideoque si heres *publicano* ve-  
*ligalia pro Titio* soluere iustus sit in testamento, tamen *publicanum repelli*  
 a petitione: plerumque enim, ait, intelligendum esse, quod *debitoris* causa  
 hoc reliquerit testator, *quamvis emolumentum etiam perueniat ad publica-*  
*num.* l. 11. §. 22. D. de leg. 3.

Igitur apparet, *non omnes illos, ad quos emolumentum aliquod ex le-*  
*gato perueniat, pro legatariis habendos esse,* neque omnes illos ad peti-  
 tionem legati admittendos, sed hos duntaxat, *quibus prospectum voluerit*  
*testator.* Hoc enim **Ulpianus** etiam alio loco, l. 3. §. 4. D. de liberat.  
*leg.* tradidit, ut non confestim ille, *ad quem commodum* aliquod perueniat  
 ex testamento, pro legatario accipiarur, sed tunc demum, si *eius contem-*  
*platione* aliquid fuerit relictum.

Nimirum, quod **L. Annaeus Seneca** obseruat, <sup>h)</sup> interdum *qui-*  
*busdam, etiam immerentibus,* damus beneficium: sed non *propter ipsos*  
*immerentes,* verum, quia haec est natura quorundam beneficiorum: *ut separ-*  
*rari immerentes a bene meritis* non possint. „Dii etiam immortales multa  
 „*ingratis* tribuunt, sed non tam *propter ipsos,* sed quoniam illa bona pa-  
 „*trauerant.* *Contingunt* autem *etiam malis, quia separari commode non pos-*  
 „*sunt.* Satius autem est, *prodesse malis propter bonos,* quam bonis desse  
 „*propter malos.* Itaque diem, solem, umbras, fontium haustus, vento-  
 „*rum statos status, pro vniuersis* comparauerunt: singulos excerpere nolue-  
 „*runt.* *Nec enim poterat fieri,* ut idem ventus bonis viris secundus, impro-  
 „*bis contrarius esset.* „

Igitur, ut Deus quaedam *in vniuersum* humano generi dedit, a qui-  
 bus nemo excluditur, quia improbi non poterant commode excludi; ita te-  
 statores quibusdam interdum emolumentum aliquod pariunt legato, sed non  
*propter ipsos,* verum, quod his, quibus consulere volebant, alia conditio-  
 ne beneficium dare non poterant, nisi quaedam utilitas etiam ad alios imme-  
 rentes ex illo perueniret.

Sed, hi quidem, *quibus noluit testator prospicere,* quamvis commo-  
 dum ex legato illis adquiratur, *non sunt legatarii,* adeoque ad petitionem  
 legati nunquam admittuntur.

Enimvero, opporune **Iulianus** monet, inspiciendum esse, *quid*  
*voluerit* testator, & quae mens eius fuisse videatur, dum relinqueret lega-  
 tum l. 5. §. 4. D. de liberat. leg. Interdum enim manifestum est, quod de  
 altero non senserit testator, quamvis ad illum aliquod commodum perueniat  
 ex testamento. Ut ecce: si quis *marito* vsum aedium legauerit: **Celsus,**  
 &

h) **Seneca**. de benef. IV. c. 33. & c. 28.

& TVERO, & VLPIANVS quidem non dubitant, maritum *non solum* ibi habitare posse, sed etiam cum *uxore*, cum *liberis*, cum *libertis*, cum *familia vniuersa*, &, quod PAVLLVS addit, etiam cum *clientibus* subinde, l. 2. §. 1. & l. 3. D. de *usu & habit.* Sed, quis credat, testatorem etiam uxori eius, & liberis, & libertis & clientibus *honorem habere voluisse*. Igitur his quidem *proderit* legatum, sed ipsi *non sunt legatarii*, neque ad petitionem legati admittentur, sed is duntaxat, cui vsus aedium relictus est a testatore. Quare conuenienter VLPIANVS l. 4. pr. D. de *usu & habit.* uxorem & liberos ius habitandi non habere, ait, nisi maritus ibi habitauerit, cui vsus aedium fuerit, relictus. Res est luculentior *in vidua*, vel *virgine*, cui testator vsum aedium reliquit. Haec enim nuptiis postea contractis, secundum POMPONIVM, etiam *cum viro & socero* ibi habitabit, quamuis de his non cogitare potuerit testator. l. 4. §. 1. D. de *usu & habit.*

Quae cum ita sint, vt adhuc comprobatur est, duo in primis obseruanda sunt, si de *legato tacito* quaeratur: & primo quidem, *vt eius intersit*, cui *tacite* legatum a testatore relictum esse videatur. Hoc enim IULIANVS atque VLPIANVS docuerunt. l. 49. §. 4. & 6. D. de *leg. 1.* Sed deinde in primis exquirendum est, *cuius contemplatione* relictum sit legatum. Aperte enim SEVERVS & ANTONINVS docent, si non appareat, *cuius respectu* aliquid dispositum fuerit in testamento, nullius esse momenti scripturam, sed quasi nudum & superuacuum praeceptum a testatore relictum merito contemni. l. 114. §. 14. D. de *leg. 1.* Igitur hunc demum admittimus ad petitionem, *cui prospectum voluerit testator*. l. 11. §. 22. D. de *leg. 3.*

Quare dicendum est, *legatum tacitum* quidem intelligi non posse, nisi *intersit legatarii*, qui non est nominatus; sed *non omnes illos, quorum intersit, & qui commodum capiant ex legato, legatum tacitum habere, & pro legatariis habendos esse.*

Neque vero haec sine fructu a nobis obseruata sunt. Multum enim refert, *virum quis sit legatarius*, an *commodum duntaxat capiat* ex legato alieno. Enimuero, *cuius contemplatione* legatum relictum est, quamuis ipsi non adscriptum sit legatum, *petere* legatum potest, etiam *mortuo illo*, cui legatum adscripserit testator. Ipse enim pro legatario habetur, cui per mortem alterius non eripitur legatum. Vt ecce: si creditori meo legatum sit a testatore, quod ego illi debeam, quamuis *mortuo creditore*, *petere* ab heredibus testatoris poterò, vt soluant debitum heredi creditoris: quia mihi maxime relictum est legatum. Contra, si *de me* testator *non cogitauerit*, quamuis commodum ad me perueniat, agere non possum, legatario defuncto, aut repudiante, quod ipsi est relictum. Neque enim vxor poterit vsum aedium petere, si maritus vel decesserit, vel auersatus fuerit vium aedium, qui ipsi est relictus.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, non difficile erit iudicare, vtrum & mortis causa capio pro tacito legato commode accipiatur. Enimuero, secundum GAIUM mortis causa capere videntur, quibus, propter mortem alterius, alicuius rei capiendae occasio obuenit, quamuis nihil ipsis sit legatum, aut alio nomine proprio relictum. Eo imprimis pertinet, si quis tertio, conditionis implendae causa aliquid dare iustus sit, vt ipse perueniat ad legatum aut hereditatem. Vt ecce: Titius heres esto, si CAIO decem dederit. Apparet, Caium mortis causa capere, si Titius ipsi decem dederit, vt hereditatem, hac conditione sibi relictam, postea nancisceretur. l. 31. pr. & l. 38. D. de mort. caus. donat. Et posset ad speciem defendi, etiam Caium, cui a Titio, conditionis implendae causa, decem dari debent, pro legatario haberi posse, cum hoc, contemplatione Caii, a testatore constitutum sit, vt ipsi decem a Titio darentur. PAVLLVS certe atque VLPIANVS, in quibusdam partibus mortis causa capionem cum legatis compararunt, vt is maxime mortis causa capere queat, cui & legari possit, nec plus cuiquam mortis causa capere liceat, quam ipsi directo legari potuisset. l. 9. & l. 35. D. de mortis caus. donat.

Verum enim vero, magis est, quod dicamus, mortis causa capionem non accipiendam esse pro tacito legato. Primo enim lego, quod illi seruo consulere voluerit testator, cui, conditionis implendae causa, aliquid dari voluerit ab herede suo. Si enim hic testatori animus fuisset, directo aut per fideicommissum, onerare heredem potuisset, vt Caio decem ab ipso soluerentur. Sed, cum hoc quodammodo a voluntate heredis suspenderit, apparet, non eius contemplatione imprimis, quod in legato tacito desideratur, sed tentandi heredis causa, a testatore constitutum esse, vt, si hic voluerit ad hereditatem adspirare, Caio decem soluerentur.

Deinde imprimis obseruandum est, decem illa, non ex hereditate testatoris, sed ex bonis heredis potius, ad Caium peruenire. Ideoque MAECIANVS obseruauit, ne heredi quidem in quartam Falcidiam imputari, quod ipsi, ab alio conditionis implendae causa, datum fuerit, secundum testatoris voluntatem. l. 30. §. 7. D. ad l. Falcid. Et generaliter, quod PAPINIANNVS atque VLPIANVS docuerunt, Falcidia interuenire non potest, si quid mortis & conditionis implendae causa capiatur, cum hoc ex bonis defuncti non profectum esse videatur. l. 44. D. ad leg. Falcid. l. 33. D. eod.

Sed luculenter IAVOLENVS negat testamenti causa illud acquiri, quod mortis causa capitur & conditionis implendae causa soluitur. l. 55. D. de condit. & demonstrat.

Imo vero apertius omnino VLPIANVS negat illum esse legatarium, cui heres, conditionis implendae causa, aliquid dare iustus sit a testatore. l. 8. D. Si quis omissa caus. test. ideoque, si heres malit ab intestato heredita-

ditatem possidere, quam conditionem hanc implere, ex edicto, quo *legatariis* subuenitur, *agere* non poterit, qui mortis causa capere debebat. d. l. 8. D. *Si quis omissi. caus. test.*

Ex quibus rebus intelligitur, isti, qui mortis causa capere possit, *prodesse* quidem illud, quod alteri sub hac conditione relictum sit, sed ipsum expectare duntaxat, non autem petere omnino posse, quod alter ipsi, conditionis implendae causa, dare iustus sit in testamento.

## §. IV.

*Socius in-* *Non* igitur obscurum esse potest, hoc demum legatum *tacitum* & *in-*  
*scribendum* *legat-* *PLICITUM* videri, cum testator aliquid reliquit, *quod cum utilitate alterius,*  
*tum tacitum* *cui nihil nominatim adscriptum est, ita cohaereat, ut non possit non de il-*  
*accipit, si al-* *lo cogitasse,* adeoque dubitari nequeat, *quin eius contemplatione reliquerit*  
*veri socio ali-* *quid reli-* *legatum.*

*Etum.* *Cor-* *Contra,* si manifestum sit, testatorem de illo, cui legatum quidem  
*reo debendi* *prodesse* possit, vel non cogitasse, vel, si de illo cogitauerit, tamen ipsi ho-  
*non semper* *norem* habere noluisse, sed illi potius, quem nominavit, prospicere omni-  
*prodest libe-* *no* voluisse, non fingi potest *tacitum* legatum, neque ille, cui legatum non  
*ratio alteri* *adscriptum* est, ad petitionem legati admitetur, quamvis emolumentum  
*correo vel-* *aliquid* ex legato, alii relicto, ad ipsum possit peruenire. Recte enim MAR-  
*Etat.* *CELLVS* atque *IULIANVS* itemque *VLPIANVS* obseruarunt, rem totam  
ex testatoris voluntate aestimandam, & ante omnia inspiciendum esse, *quibus*  
*prospicere voluerit,* & *de quibus senserit testator.* l. 11. §. 20. & 21. D. *de*  
*leg. 3.* l. 3. §. 4. & l. 5. §. 4. D. *de liberat. leg.*

Sed haud dubie *de illo* videbitur *sensisse*, cuius utilitates, cum emolumento illius, cui legatum adscriptum est, ita conglutinatae & connexae sint, ut ne possit quidem huic prospicere, nisi etiam illi consuluerit, & *neutri* praestetur plenum beneficium, nisi illud *utrique* relinquatur.

Ex his igitur praeceptis facile fuerit tractare de *legati taciti* exemplis, quae a veteribus proposita videmus. Et frequentissima quidem de *legato liberationis* quaestio occurrit, si *uni remittitur, quod a pluribus debetur.* In illo enim argumento *IAVOLENVS*, *IULIANVS*, *POMPONIVS*, *MARCELLVS*, *VLPIANVS*, copiosissimi fuerunt. l. 3. §. 3. 4. 5. l. 4. l. 5. l. 6. D. *de liberat. leg.* Et merito illa disputatio excitauit interpretum industriam, cum plerumque, quod *ARRIANVS* atque *PAVELLVS* aiunt, ubi *de reo liberando* agitur, faciliores ad *liberationem* esse debeamus. l. 47. D. *de oblig. & act.* Sed habet illud argumentum hanc difficultatem, quod *renunciationem iuris* conueniat legatum liberationis, & nemo temere ius suum dimittere & abii-  
cere



sere voluisse censeatur, ideoque prospiciendum sit, quod **ULPIANVS** ait, ne quis *contra testatoris voluntatem* liberetur. l. 3. §. 3. D. de *liberat. leg.*

Sed primo quidem de illo videamus, quod a pluribus *sociis* debetur, utrum, si vni debitum remissum sit, etiam *socius* legato conineri videatur. Et abscessisse quidem **PAVELVS** l. 29. D. de *liberat. leg. socium*, cui nominatim liberatio non relicta sit, & qui etiam per se non capax sit legati, tamen, *altero socio dimisso per consequentiam* confestim, ait, *liberari*. Nec minus luculenter **IULIANVS** *socium*, qui *cum alio socio* aliquid debeat, legata liberatione, non *pacto* duntaxat, sed *acceptilatione liberandum* esse, praecipit, *ut tota obligatio* acceptilatione extingatur, & ne alter quidem socius, cui legatum non adscriptum sit, compelli possit ad soluendum. l. 3. §. 3. D. *liberat. leg.*

Et in *uniuersali* quidem *societate omnium bonorum utilitates utriusque ita inter se cohaerent*, ut neutrius compendium ab emolumento alterius diuelli possit: ideoque, secundum **PAVLLVM**, & hereditas, & legatum, & donatum, & quod quacunque ratione acquisitum est, acquiritur *communio- ni*: sed *omne* etiam *aes alienum* de *communi* exsoluendum est. l. 3. §. 1. & l. 27. D. *pro socio*. Igitur, cum neutri possit aliquid detrahi, quin alter etiam damnum illud sentiat, cui tamen *prospectum* voluerit testator; si ille sciuerit, hos esse *socios omnium bonorum*, dubitari fere non potest, quin *utriusque contemplatione* reliquerit liberationem: ut utrique sint legatarii, & quod alteri nominatim relictum est, alteri *tacite* legatum esse videatur.

Sed res non caret dubitatione, si tantum *simpliciter* sint *socii bonorum*, utrum, quando vni quid legatum est, etiam de altero senserit testator. Inter hos enim, quod aiunt **QVINTVS MUCIVS**, **SABENVS** atque **ULPIANVS**, illa tantum, quae *ex quaestu* obueniunt, communia habentur, non hereditates, nec *legata*, nec donationes. l. 7. §. 11. D. *pro socio*. Imo vero, secundum **POMPONIVM**, ne illa quidem, quae *propter societatem* legata vel donata sunt, communicantur, sed haec duntaxat, quae *ex societate* & *quaestu* & *opera* subinde obuenerunt. l. 60. §. 1. D. *pro socio*.

Sed maxime *aes alienum*, ad quod legatum *liberationis* pertinet, secundum **PAVLLVM** & **PAPINIANVM**, nisi illud *ex quaestu & negotiatione* pendeat, *non venit in societatis rationem*, nec socius per socium aere alieno obligatur, nisi in communem arcam pecunias versas esse comprobetur. l. 12. & l. 82. D. *pro socio*.

Haec igitur si quis cogitauerit, videri possent non ita coniunctae esse *sociorum* rationes, ut neutri prodesse possit liberatio, nisi etiam socius in societatem legati admittatur. Quapropter dicendum est, *socius omnium omnino bonorum* nunquam non prodesse liberationem alteri relictam, cum inter illos omnia communicentur. Sed, ubi *simpliciter* *societas bonorum*

contracta est, tunc deinum, si aes alienum *ex quaestu & negotiatione* pendat, & pecuniae, quas debemus, *in arcam communem versae* sint, necessarium videtur, ut plane extinguatur obligatio, & utrique socii remittatur, ne alter, cui liberatio legata est, lucrum amittat. Ita enim accipiendum est praeceptum IULIANI, quod *socii* acceptilatione liberandi sint, ne ille, cui obligatio remissa est, ex alterius socii obligatione oneretur, & fructu careat legatae liberationis. l. 3. §. 3. D. de *liberat. leg.* Enimvero, secundum QUINTVM MUCIVM, lucra societatis cum socio non communicantur, nisi aere alieno & damnis antea deductis, l. 30. D. *pro socio*, & generaliter, quod PAVLLVS ait, omne aes alienum, quod manente societate contractum est, etiam districta societate, ab utroque est solvendum: ideoque, cum distrahitur societas, cautiones interponi solent, de futuris solutionibus, quae ex quaestu & societate debeantur. l. 2. & l. 38. D. *pro socio*. Igitur extorqueretur lucrum legatario, per compensationem, nisi & alter socius aere alieno liberandus esset ab herede.

Eadem dicemus etiam de *particularibus* & singularibus *societatibus*, ut, si aes alienum ad illam negotiationem, propter quam inita est societas, pertineat, etiam socio *prodesse* debeat alteri legata.

*Prodest* igitur *socio* subinde liberatio alteri relicta, si utriusque utilitas diuelli commode non possit. Sed utrum alter socius, *cui liberatio non adscripta est*, pariter *pro legatario* habendus sit, & agere possit aduersus heredem, quasi *ex tacito legato*, diligentius inspiciendum est. Supra enim comprobauimus, non omnes, *quibus prodest* alterius legatum, pro legatariis haberi, & ad petitionem legati *taciti* admitti. Nimirum ipse VLERIANVS sollicitè distinguit, ut socius tunc *pro legatario* habendus sit, *si eius contemplatione relictum* legatum sit. l. 3. §. 4. *in f.* D. de *liberat. leg.* Igitur videndum, an *etiam de altero socio cogitauerit* testator. Sed fateor, hoc in dubio *praesumi*, cum quilibet nosse debeat & soleat conditionem illius, cum quo contrahat. Neque tamen possumus dissimulare, aliquando occurrere quasdam species, in quibus manifestum sit, *quod testator ignorauerit societatem*; ut, si cum vno sociorum contraxit, qui suo nomine negotiari videbatur, aut, si vnus fidem secutus sit duntaxat, & vnum maluerit habere debitorem. In his igitur speciebus magis est, liberationem vni relictam etiam *socio prodesse* quidem, sed socium *pro legatario* non habendum esse. Neque haec sine fructu distinguuntur. Si enim appareat, *non contemplatione alterius etiam socii* relictam esse liberationem, ille *solus agere* poterit, cui legatum est adscriptum: ideoque, hoc quidem ante testatorem mortuo, ne alteri quidem proderit legatum: contra, si testator de viroque cogitauerit, superstes efficaciter petere poterit legatum, quamuis ipse non sit suprema voluntate.

Ita quidem de *sociis* habendum est, quorum alter legato alteri relicto *tacite* subinde continetur. Sed haud paullo secius fiet iudicium de duobus *correis*, qui eandem summam debent, & non sunt *socii*, sed separatis *rationibus* vtuntur. Enimvero etiam de his quidem expeditum est, *vnus solutione* etiam alterum confestim liberari: quod *VLPIANVS* obseruauit, l. 3. §. 1. D. de *duobus reis*. Certe *fictum* alterius alteri *nocere*, *POMPONIVS* respondit. l. 18. D. *eod.* An igitur dicemus, etiam liberationem alterius alteri *prodesse*? Sed hoc ego affirmare non ausim, cum *separatae* sint vtriusque rei *rationes*, & nihil negotii inter ipsos reos contrahatur. Imo etiam, secundum *PAPINIANVM*, ne *compensatio* quidem, quae *ipso iure* tollit obligationem, *proderit* correo, si vnus duntaxat possit compensare. l. 10. D. de *duob. reis*. Itaque, cum nemo credatur facile ius actionis suae totum abiicere, quod supra comprobatum est, & possit alteri debitum remitti, altero manente in priori obligatione, *VLPIANO* obsequemur, qui alteri non *prodesse* liberationem, ait, si vni duntaxat consulere voluerit testator. Itaque is solus, cui legatum a testatore adscriptum est, *pacto* liberandus erit, ne & *correus* aduersus defuncti voluntatem liberetur. l. 3. §. 3. D. de *liberat. leg.*

## §. V.

*Satis*, credo, comprobatum est, *tacite* legatarium a testatore designari, si ex ipsa legati & negotii natura possit intelligi, *de quo senserit* testator, *vetet* fundi & cuius *contemplatione* reliquerit legatum. Sed difficilior est disputatio, si *dum, aut vni* testator de *persona incerta cogitasse* videatur, adeoque incertum sit, quis *ex familia* ad legatum admitti debeat, cum nemo sit, a testatore *nominatus*. Hoc *beat, tacitum* enim vix exquiri potest, si *pluribus prodesse* queat voluntas testatoris. Tale *legatum* vix exemplum *MARCIVS* tractauit, l. 114. §. 14. 15. 16. D. de *leg. 1.* In *decur* illa enim specie testator heredi interdixerat, *ne alienaret* fundum suum. *quisse. Si par-* Dubitabatur, cui fundus ille, quem alienari prohibuerat testator, seruan- *ti ciuitatis* dus esset, & cui fundus *tacite* legatus videretur. Sed *aliquid reli-* *quit, tota ci-* *uinitelligitur.* *ANTONINVS* rescripserunt, ante omnia inspiciendum esse, *cuius respectu* hoc sit dispositum in testamento. Si igitur inueniatur persona, cui hac prohibitione alienationis consulere testator voluerit, illi quidem fundus *legato* *tacito* relictus est, ac si *nominatus* esset testamento: ideoque & *petitio* legati ex testamento isti comperet mortuo herede, Neque vero dubitari potest, quin heredis heres legitimus *tacite* a testatore intellectus videatur. l. 67. §. 5. D. de *leg. 2.* Sed faciamus, *heredem*, nouissimum gentis suae, non relinquere legitimum heredem. Imperatores censuerunt, si non inueniatur, *cuius respectu* alienationem prohibuerit testator, *nullius momenti esse* legatum, sed contemnendum esse, quasi superuacuum scripturam. l. 114. §. 14. D. de *leg. 1.*

Non dissimilis difficultas occurrit, si iusserit testator fundum simpliciter *in familia relinqui*, quod & ipsum admittit variam interpretationem. Et MARCIANVS quidem respondit, *eligendum* esse ab herede *unum* ex familia, cui fundus ille relinquitur: & heredem testamento pauuile, si vel *uni* fundum reliquisset. l. 114. §. 17. & 18. D. de leg. 1. Idcirco quicumque *ex familia* electus, secundum PAPINIANVM, non minus fundum *ex legato tacito* habebit, ac si *nominatim ipsi adscriptus* esset fundus *in primo testamento*. l. 67. §. 1. D. de leg. 2. Sed res quidem minus dubitationis habet, si adiecerit testator, ut heres, *cuicumque ex familia voluerit*, relinqueret fundum testatoris. d. l. 67. §. 5. D. de leg. 2. Sed *si heres neminem elegerit*, ad quem fundus perueniet ex voluntate testatoris? Et VALENS quidem auctor est, *omnes ex familia* admitti ad petitionem l. 94. D. de leg. 3. Quod video etiam PAPINIANVM probauisse, modo *ex pluribus diuersi gradus proximi* admittantur, cum hi quidem videri possint primo loco a testatore *inuitati* esse. l. 69. §. 3. D. de leg. 2.

Sed quomodo dicemus, testatorem de *uno* illo, aut de *omnibus* tacite sensisse, cum *ignorauerit*, quem heres *electurus* sit, aut qui post mortem suam aliquando in familia sua sint futuri? Imo vero videbitur testator *de omnibus* sensisse, & *fortuna*e permisisse, quem heres optione sua sit designaturus. Nimirum cogitatio *posteritatis*, de qua omnes optime speramus, occultis quibusdam faeculis aliquod in nobis studium accendit, ut interdum erigamur animo & concitemur, & longum quendam ordinem illorum, qui nos secutum sint, ante oculos ponamus, illosque quasi coram intueri, & imaginem in illis nostram obseruare videamur.

Itaque voluntati testatoris fiet satis, si vel omnibus vel *uni* fundus relinquitur, cum, *tacita representatione* temporis futuri, de omnibus sensisse videatur. Sed de hoc quidem argumento copiose alio loco a nobis tractatum est. <sup>2)</sup>

Ab eodem principio descendit, quod, si quid *parti ciuitatis* relictum sit, ad splendorem & ornatum, quod ad *totius reipublicae* compendium & vtilitatem pertinere videatur, VLPPIANVS censeat, illud *toti reipublicae* deberi, & ab illa peti posse: cum *non potuerit non de omnibus* testator *cogitare* in legato, quod ad omnium vtilitatem manifeste pertineret. l. 32. §. 2. D. de leg. 1. In hac igitur specie pars reipublicae, etiam illa, quae *non nominata* est in testamento, *ex tacito legato*, ad petitionem admittetur.

## §. VI.

*Si vero liberatio legata-  
tur fideiussor  
etiam libe.* *Accepisti naturam taciti legati.* Ex his enim speciebus, quas adhuc tractauimus, facile fuerit, de aliis exemplis iudicare. Sed subiiciemus pauca, quae veterum diligentiam exercuerunt. Re-

2) Praeses de his quae familiae relictas sunt. §. 2. sq. p. 7.

Reuertitur enim ad legatum liberationis, quod, propter maximum *randus est, fauorem*, interpretatione aliquando ad personas *non expressas* extenditur, *non contra-* ut supra est a nobis obseruatum. Et primo quidem de *fideiussore* videamus, *Filio libera-* vtrum illi *tacite liberatio relicta* videatur, si reus liberatus est legato. Et *to pater ple-* PAPINIANVS quidem respondet, si heres *reum*, testamento liberatum, *rumque libe-* ratnr, non omittat, & *fideiussorem* conueniat, huic *exceptionem doli*, propter *impro-* *bitatem* heredis, dari, cum liberatio debitoris fideiussori debeat prodesse. *contra. Si* l. 49. pr. D. de *fideiuss.* Sed ne credas, *fideiussorem* duntaxat *exceptione* li- *creditori,* berari. Enimvero cum *sciuerit* testator, fideiussorem etiam teneri, & si *quod Titius* hic soluere cogatur, reo non prodesse liberationem, qui actione mandati *illi debet, le-* aut negotiorum gestorum, ad reddendum illud, quod solutum est, a fide- *gatum sit,* iusso compelli potest; dubitari nequit, testatorem etiam de *fideiussore* libe- *utrique pro* *legatariis* *habentur.* *rando* cogitasse. l. 5. pr. D. de *liberat. leg.* Praeterea POMPONIVS ob- *seruat*, etiam *reum* agere aduersus heredem posse, ut reddat, quod solu- *tum est*, si, debitore liberato, solutionem a *fideiussore* exegerit, contra te- *statoris voluntatem*. l. 2. pr. D. de *liberat. leg.*

Igitur fideiussor *tacite* legato continetur: cum, qui vult *finem* neces- *saria* etiam media omnino voluisse videatur. Sed hoc *medium* est *necessarium* rei liberandi, ut & fideiussor liberetur. Vnam tamen speciem VLPIA- *nvs* excipit, si *reus* omni incommodo liberari possit, quamuis *fideiussor* compellatur ad solutionem: ut, si fideiussor *donationis causa* interuenerit, & reo ab initio *remiserit mandati & negotiorum gestorum actionem*. Item, si pecunia ad fideiussorem peruenerit, adeoque hic verus sit debitor, & peruersis officiis, cum ipse debeat, interposuerit personam debitoris. Enim- *vero*, cum *regressus* ipsi aduersus debitorem non pateat, reus efficaciter liberari potest, quamuis fideiussor conueniatur ab herede. l. 5. pr. D. de *liberat. leg.*

Sed non eadem dicenda erunt, si *fideiussorem* duntaxat testator libera- *verit* in testamento. Enimvero, si fideiussor *soluerit*, caret quidem dubi- *tatione*, reum liberari, ne idem bis a creditore exigatur. l. 39. D. de *fideiuss.* Sed aliter sentiendum, si *fideiussor liberetur*, non extincta prorsus obliga- *tione*. Cum enim & *pacto* liberari possit ab herede, & *pacta* etiam *in per-* *sonam* duntaxat concipi ab herede possint, reus obligatus manet, fideiussore *interim* dimisso. Ita POMPONIVS & IULIANVS responderunt. l. 2. pr. & l. 5. §. 1. de *liberat. leg.* Enimvero, secundum eundem IULIANVM, *pa-* *ctum* fideiussoris raro prodeit debitori, nisi *doli* forte exceptio ex illo pacto *debitori* concedatur. l. 25. §. 2. D. de *pactis*. Quod PAVLLVS ita accipit, *ut* si *in rem* concipiatur *pactio*, omnes, qui propter eandem rem obligati *sint*, dimissi videantur. l. 21. §. 5. D. de *pact.* Quae cum ita sint, dicemus, *vbi* testator fideiussori debitum ita remiserit, ut heres debitam pecuniam *prorsus* exigere non possit, daß dasjenige, wofür Caius sich verbürgert, nicht *asc. VII.* G gefesr

gefordert werden solle, pacto, *in rem* concepto, fideiussorem liberandam esse, & hoc pactum debitori etiam prodesse.

- Sed dispiciamus, si *plures fideiusserint*, & *vnus* sit a testatore liberatus, an reliquis prodest liberatio relicta. Enimuero, cum inter plures confideiussores idoneos *diuisa* sit omnino obligatio, quod SEVERVS & ANTONINVS, itemque ALEXANDER praeceperunt, apparet, *vnun duntaxat liberandum*, reliquos legato *tacite* non contineri, sed pro sua parte manere obligatos, quasi alter, qui liberatus est, *soluisset* partem suam, l. 3. & 10. C. de *fideiuss.*

Restat, vt de reliquis, quae ad hoc argumentum pertinent, breuissime exponam. Si ipse *fideiussor* creditori leget, quod Titius debet, pro quo ipse fidem suam interposuit, IULIANVS non dubitat, Titium legato *tacite* comprehensum esse, vt & ipse *agere* possit, aduersus fideiussoris heredes, ad pecuniam creditori exsoluendam, cum *ipfius contemplatione* legatum relictum videatur. l. 49. §. 6. D. de *leg. 1.* Imo vero, si fideiussor tertio aliquid leget, vt creditori illud soluat, quod debet Titius, pro quo testator fideiussit, debitor habebit actionem, vt soluatur, quamuis huic non adscriptum sit legatum l. 49. §. 7. D. de *leg. 1.* & secundum MARCELLVM atque IULIANVM, *utrique* erunt *legatarii*, & creditor & debitor, cum *utriusque contemplatione* hoc relictum videatur. l. 3. §. 5. D. de *liberat. leg.* Non solum enim plerumque creditoris interest, debitum, propter communitatem facilius exactionis, a legatario exsolui, sed inprimis debitoris, vt ipse liberetur. Quapropter *ex natura negotii intelligitur*, illum *tacite de debitore liberando cogitasse*.

Non multum ab hac specie recedit, si ipse debitor iubeat heredem suum soluere, quod ipse *sub fideiussore* debet creditori. Cum enim manifesta sit voluntas testatoris, vt debitum non a fideiussore, sed ab herede suo exsoluatur, adeoque appareat, ipsam *de fideiussore liberando cogitasse*, non solum creditor, sed etiam *fideiussor ex tacito legato* habebunt actionem, l. 49. §. 5. D. de *leg. 1.* cum & fideiussoris interfit, vt ipse liberetur. Quapropter, etiam si tertius creditori leget, quod ego *sub fideiussore* debeam, cum tertius ille *non ignorauerit* fideiussionem, etiam fideiussor ad petitionem *taciti* legati admitteatur, *ac si ipse in testamento nominatus esset*. l. 49. §. 5. D. de *leg. 1.* Extremo meretur obseruari, ne *filio* quidem prodesse *patris* liberationem, si huic quidem illud, quod *filius* debeat, legato sit remissum. Cum enim actio *de peculio* duntaxat remissa videatur, secundum IAVOLENUM atque IULIANVM, filius nihilofecius tenetur, nisi appareat testatorem etiam de filio sensisse. l. 5. §. 2. & l. 6. D. de *liberat. leg.* Neque enim dici potest, testatorem, cum patri actionem remitteret, *necessario* etiam *de filio liberando cogitasse*: quae natura est *taciti legati*.

Contra, *filio*, qui aliquid debet, *liberato*, plerumque patri etiam de *peculio* actionem remissam iudicamus. l. 5. §. 3. D. de *liberat. leg.* *Obligatio* enim *principali* debitoribus remissa, nisi aliud actum sit, etiam *accessiones*, & omnia obligatione ista enata sunt, plerumque remittuntur. l. 43. D. de *solut.* Et probabile est ad fidem, creditorem filii familias, dum huic debiti gratiam fecerit, etiam actionem de *peculio*, quae ex debito orta esset, in animo suo habuisse, atque adeo parenti *tacite* legatum liberationis reliquisse.

Animus erat, plura adiciere. Sed *nobilissimus Iuuenis*, qui hunc libellum publice defendet, post seipsum optime apud nos factam, iam quidem profectorem cogitat, & *Lipsiam* festinat. Quae res mihi recesitationem finiendi opusculi imponit, & mirifice animum concitat *Lipsiae* commemoratione.

Haec enim cogitatio, non solum *patriam*, illam iucundissimam, sed etiam imagines *summorum & incomparabilium virorum*, a quibus me multis & immortalibus beneficiis ornatum esse memini, inprimis, RECHENBERGIOS, MENCKENIOS *utrosque*, GRIEBNEROS,

*Omnes coelicolas, omnes supra alta tenentes,*

ostendit, quasi e longinquo. Sed horum quidem memoriam quoties recordatione repeto, toties mirifice commoveor, & agnosco felicitatem iuuentutis meae. Igitur cum bonis TE omnibus dimitto, *doctissime* MARBACHI. Neque enim minus te beatum senties, cum superstites videbis RECHENBERGIOS, RIVINOS, MASCOVIOS, *alios* complures, quorum salute incrementa litterarum & diuina artis nostrae inprimis continentur. Enimvero verbis quidem exprimere non possum quantum *illis*, quos nominavi, debeam, quas faces mihi subdiderint, quibus studiis accenderint mediocritatem illam mei ingenii, qua diligentia me, hominem admodum iuuenem, excitauerint, fouerint, ornauerint, protraxerint in lacem. Sed ad *hos* quidem virtus *Tua* & elegantissima doctrina, & ardor tui ingenii, quod *per triennium* Vitembergae acuisi, deique ipsae litterae & musae, *Tibi* adiutum parabunt. Hoc Tibi sufficere ad spem prosperrimi euentus. Vale.



LV.

DE AERE ALIENO

V X O R I S V I V A E

EX

DOTE OMNIUM BONORVM

EXSOLVENDO.

AD L. LXXII. D. DE IVRE DOTIVM.

VITEMBERGAE, DIE MART. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXIII.

PAVLLVS I. LXXII. D. de iure dotium.

*Mulier bona omnia in dotem dedit. Quaero, an maritus, quasi heres, oneribus respondere cogatur? PAVLLVS respondit, eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus eius conveniri non posse: Sed non plus esse in promissione bonorum, quam, quod superest, deducto aere alieno.*

§. I.

*Indignissime* decepit filiam suam *Saturio* ille, apud *PLAVTVM*, a)

*Dotis iudicium bonu cui, fide imprimis regitur ideo que restituio in integrum utriusque coniugis in casu dotis facile conceditur.*

cui, cum metu infamiae & repudii a pravis consiliis abstereretur, dotis consolationem illepide pater obiecit, atque ex hominum moribus persuasit, dum dos sit, nullum vitium vitio puellis verti. Neque enim cogitavit, quam foecdae & pestilentes de ipsa dote controuersiae sanctissima quandoque matrimonia perturbent, aut dos ista quam fertilis sit materia dissensionum, nisi dote ingenii & virtutis vxores defendantur. Sero illud sensit apud eundem *PLAVTVM* b) *Demaenetus*, qui, in necessitates durissimas delapsus, cum seruo dotali vxoris suae plus in manu esset, quam sibi, tandem, *accepi argentum* inquit, *dote imperium vendidi*: cum, in magna egestate, non suppeteret aliud consilium, quam vxoris defraudandae.

Imo vero cum in iudicium deducuntur illae de *dotibus vxorum* lites, tanto plus difficultatis habent, quanto diligentius illae controuersiae tractandae sunt, quae non iure subtili, sed *aequitate & bona fide*, quod vereres dice-

a) *PLAVT. Pers. act. 3. sc. 1. v. 59.*

b) *PLAVT. Alin. l. sc. . v. 74.*



dicebant, & moru quodam iudicis reguntur. Nimirum illa coniunctionis maritalis sanctitas, ille perpetuus conuictus, illa societas incommodorum, quae ab vxoribus ad maritos, a maritis ad vxores, perueniunt, illa rerum omnium communicatio, tam varias quotidie tamque inter se diuersas causarum formas pariunt, vt certa perpetuaque regula includi aut definiri commode non possint. Quapropter impeditior & fere perturbator est causa *dotium*, postquam placuit, illud inter maritum & vxorem de *dote* iudicium *boni viri arbitrio* inprimis contineri. Ita enim M. TVLLIO <sup>c)</sup> visum est, qui, dum de vbertate & sublimitate artis nostrae tradit. „Ictorum, ait, „prudentiam maxime in illis iudiciis desiderari, in quibus additum sit: ex „*bona fide*, aut, *vt inter bonos bene agier*: inprimis in *arbitrio rei uxoriae*, „in quo, *quid aequius sit & melius*, tractetur: in quo de *dolo malo*, de *fide* „*bona*, de *aequo & bono*, quid socium socio, *virum uxori, vxorem viro*, praestare oporteret, diligentissime & copiosissime disputandum esse videatur. „

Sed nostri quidem certe, inprimis LABEO, POMPONIVS, CELSVS, VLPIANVS l. 84. & l. 6. §. 2. D. de iure dotium, l. 21. D. solut. matrim. *doli exceptionem* semper dotis iudicio inesse tradiderunt, vt si alteruter circumuentus esse videatur, etiam maiori XXV. annis succurrendum, atque, propter *boni & aequi* sanctitatem, non permittendum sit, aut lucrari aliquem ex damno alterius, aut damnum sentire propter alterius lucrum & commoditatem. Ex eodem fonte deducitur, quod non solum vxor, sed etiam maritus quamuis adulta in illo sexu & aetate sapientia, si in *aestimatione dotis* laesus sit, aduersus mulierem in integrum restituatur. l. 7. §. 5. D. de donat. inter vir. & vx. l. 6. §. 2. D. de iure dotium. l. 6. C. solut. matr. Neque enim valebit pactum, quo efficeretur, vt dos apud maritum esset *sterilis* & infructuosa, quod MARCELLVS ait, l. 4. D. de pact. dotal. sed, secundum DIVI SEVERI constitutionem, prospiciendum est, ne, quod indignissimum censetur, mulier omnino dotem non habuisse videatur. l. 11. D. de pact. dotal. Quod video etiam POMPONIO & PAVLLO placuisse l. 1. D. solut. matrim. l. 71. D. de evict. l. 2. & l. 6. §. 2. D. de iure dot.

Denique, ex eadem causa, *in ambiguis*, quod idem PAVLLVS monuit, pro dote, respondemus l. 70. D. de iure dot. neque committimus, vt vel marito *fructus* dotis illatae aut promissae, vel vxori spes dotem & patrimonium recuperandi, alterutrius coniugis fraude & incuria interuertatur. Sed hoc tamen obseruandum est, incredibile illud studium, quo causa *dotium* defendebatur, quamuis ipsa respublica, libero:um causa inprimis, illud commendarer, aliquantisper temperatum esse, postquam IVSTINIANO placuit, *dotis* non esse *necessarias*, & matrimonia non *dotibus*, sed *affectu* maxime, coniungi, l. 11. C. de repud. Apud Germanos quidem certe *dotis* cura

olim remissior fuit, cum sufficeret, uxorem *armorum* aliquid ad maritum, nuptiarum causa, attulisse. Hoc enim certissimum vinculum, haec arcana sacra, hos conjugales Deos, in magna, illa paupertate veterum, arbitrabantur. <sup>d)</sup> Sed de his quidem deinceps locus erit exponendi.

## §. II.

*Dos immo-  
dica. Quod  
sit immodi-  
cum. Contra  
promissionem  
dotis immo-  
dicae vxor  
in integrum  
restituitur.*

*Igitur fauemus* quidem *dotibus*, non solum maritorum causa, sed ipsius reipublicae & imprimis *liberorum* cogitatione, quod ait POMPONIVS, l. 1. D. *solut. matrim.* & indignum iudicamus, uxorem, quae capitis suis familiam instruere & exornare possit, dotem *sterilem*, aut *mortuam*, quam MARCELLVS. l. 4. de *post. dotal.* & l. 7. §. 1. D. de *donat. inter vir. & dicat vxor vx.* appellauit, id est *dotem*, ex qua maritus *non fiat locupletior*, ad sustinenda onera matrimonii, quasi dicit gratia, afferre.

Sed, uti dotem *infructuosam* non facile admittimus, ita profecto sanctitas illa & *bona fides*. qua donis iudicium & matrimonia reguntur, *dotem immo dicam* & iusto largiorem non minus auersantur. Hanc immodicam *fimo* apud PUBLIVM TERENTIUM <sup>e)</sup> *dotem summam* appellauit, cum Ciresmes vitro venisset ad Simonem,

— — — vitream gnatam suam,  
cum *doxe summa*, filio uxorem vt daret.

Haud paullo luculentius *immodicum* interpretatur VLPIANVS, l. 15. pr. D. de *donat. int. vir. & vx. quod vires patrimonii excedat*: hoc enim *fatis immodicum* appellat. Eodem fere sensu *inurus* *immodicum* POMPONIVS accusat, quod quandoque Kalendis Martii aut natali die vxori datur a marito l. 31. §. 7. D. de *donat. int. vir. & vx.* Hoc est, quod PAVLLVS l. 12. D. de *impens. in res dotal. fact.* *impensas modicas, quae fructum fundi dotalis non absorbeant*, marito in matrimonio imponat: cum contra sint *immodicae*, quae dotem faciant *infructuosam*. Non dissimili forma *immoderatum* dixit VLPIANVS, quod *res proprias cuiusque exhauriat*. l. 24. §. 5. D. *solut. matrim.*

Sed apposite imprimis PAVLLVS, dotem *immodicam* omnino constitutam iudicauit, si dos, emergente *aere alieno*, *ultra vires patrimonii* promissa videatur, l. 43. §. 1. D. de *administ. & pericul. tut.* aut, secundum TERENTIUM CLEMENTEM, si plus nomine dotis promissum sit, quam valeant vxoris facultates, l. 61. pr. D. de *iure dotium*.

Itaque, vt in viam redeamus, non rata est dos *immodica*, quae *facultates mulieris excedit*, vxoris nomine marito constituta. Et primo quidem, si *curator*, vel generalis, vel dotis dandae causa constitutus, sciens, forte

per

<sup>d)</sup> TACIT' de morib. germ. c. 18.

<sup>e)</sup> TERENT. Andr. act. I. sc. I. v. 74:

per gratiam, amplius doti promiserit, quam copiae mulieris valeret, ipso iure nulla est promissio: cum videatur curator a dolo parum abfuisse, qui uxoris patrimonium dote immodica, non ut homines frugi solent, oneraverit. Ita certe TERENCEIUS CLEMENS iudicavit. l. 61. pr. D. de iure dotium. Neque enim iudicium bonae fidei, quae in dotibus maxime spectanda est, ferebat, aliquid dolo curatoris, aut per gratiam, admitti.

Sed paullo secius fiet iudicium, si a curatore ignorante, qui amplius de facultatibus mulierculae sperabat, bona fide, ultra vires patrimonii, quod antea opimum videbatur, sed postea emergente aere alieno deminutum apparebat, dos sponso sit promissa. Tunc enim, ne marito, qui mulierculam, nisi dotis auxilio commendabilem, non ducturus fuisse videatur, iniuria fiat, vtrinque ex bona fide rationes conferendae sunt: ut neque sponso incontinentius flagitet, quae praestari ab uxore non possunt, & uxor, constante matrimonio facta locupletior, reliquum dotis, a curatore promissum quod antea vires patrimonii excedebat, marito liberaliter exsoluat. Ita PAVLLVS commentatur, l. 43. §. 1. f. D. de administr. & peric. tut.

Imo vero, si ipsa etiam mulier, maior XXV. annis, dotem iusta mensura ampliorem per se promiserit marito, POMPONIUS auctor est, si circumuenta videatur, illi ex aequo & bono succurrendum esse, ne per lucrum mariti damnum patiarur. l. 6. §. 2. D. de iure dotium. Sed imprimis mulieri minori, in dotis constitutae modo, secundum VLPIANVM, subuenitur, si circumuenta ultra vires patrimonii, vel totum patrimonium, in dotem dederit marito. l. 9. §. 1. D. de minor. Quod video etiam DIOCLETIANO & MAXIMIANO placuisse. l. 6. C. solut. matrim.

Ne tamen res sanctissima, & quod PAVLLVS ait, l. 1. D. de iure dotium, ex voto ipsius uxoris perpetua, obtentu circumscriptionis dotisque immodicae subinde moueatur atque perturbetur, adeoque incertae sint mariti rationes, opportune ALEXANDER monet, non confestim restitutionis beneficium aduersus dotem vxoribus a praetore tribuendum, sed audita parte aduersa, & causis cognita, rebus omnibus excussis, vtrum uxor circumuenta videatur, statuendum esse: cum difficile sit, in bonae fidei negotiis fidem datam infirmare. l. vn. C. si aduers. dotem.

Quae cum ita sint, dicendum est, dotem immodicam, quae vires patrimonii excedat, dolo malo a curatore sciente constitutam, ipso iure nullam esse, & repeti confestim, vel bona fide promissam a curatore, vel ab ipsa muliere, quamuis maiore XXV. annis constitutam, si magna difficultas appareat, beneficio restitutionis in integrum, intra legitimum tempus, ad iustum modum reuocari. Vix enim attinet monere, si CELSUM audiamus, vbi quaeritur quanta pecuniae dos promitti possit, iustum fere modum ex facultatibus & dignitate uxoris ac mariti statuendum esse, quorsque

vsque ratio iusta patiatur. l. 60. D. de iure dotium, vt appareat, arbitrio iudicis laxiori in illa causa inprimis locum dari.

## §. III.

*Omnia bona in dote dari possunt. Favorabilis est dos omnium bonorum sed facile ex illa suspicio circumuentio- nis oritur vxor non difficulter in integrum restituitur ad- versus dorem bonorum omnium promissam.*

*Accepisti, promissionem dotis immodicae, inprimis si dolus cuiusquam interuenerit, vel ipso iure nullam esse, vel certe beneficio restitutionis in integrum subinde arbitrio iudicis, ad iustum modum, secundum facultates patrimonii & vtriusque coniugis dignitatem, reuocari. Sed illa demum videtur immodica, vt supra obseruatum est, quae ultra vires patrimonii promittatur, aut, cum plus sit in promissione, quam facultates vxoris valeant, l. 43. §. 1. D. de admin & pericul. tut. l. 60. & 61. D. de iure dotium. Hoc est, quod Chremes ille apud PUBLIUM TERENCEIVM f) se dotem, pro re sua, id est, ad iustum modum, pro facultatibus & dignitate vtriusque, filiae constituisse.*

*Duo talenta, pro re nostra, ego esse decreui satis.*

Quapropter, cum bona fides iustum modum desideret in dotibus constituendis, videri posset, dotem non solam illam, quae superet patrimonium vxoris, sed etiam hanc, quae maximam illius partem, vel tota etiam bona, exhauriat, immodicam videri.

Ita enim PROCVLVS ait, se rusticos quondam dicentes audiuisse, pecuniam sine peculio esse rem fragilem, & perire patrimonium, nisi semper aliquid supersit, quod praesidii causa reponatur. l. 79. §. 1. D. de leg. 3.

Quid igitur dicemus? An ferenda erit pactio, qua mulier bona sua omnia in dotem dederit marito? Videtur enim ad paupertatem vel potius egestatem & mendicitatem, peruenire, quae bona sua omnia dote exhauriat & nihil reliquum habeat, quo in magnis necessitatibus utatur: vt dubitari vix possit, vtrum, datis bonis omnibus, dotem immodicam constituisse videatur.

Verum enim vero, vel liberorum inprimis causa, quorum nimio voto, quod VLPPIANVS ait, l. 1. §. 3. & 8. D. de ventre inspic. parentes plurimi ducuntur, & quorum spe, secundum POMPONIVM, l. 1. D. solut. matrim. salus reipublicae & ciuitatis continetur, vel certe cogitatione dulcissimae coniunctionis & martialis concordiae, nihil per se vitii habere visa est conventio, qua marito ab vxore, nuptiarum causa, bona omnia subinde promittuntur.

Nimirum aliquando, ex ipsa iuris necessitate, bona omnia vxoris, dotis nomine perueniebant ad maritum. Haec enim lex erat nuptiarum, quibus mulier viro in manum, quod dicebant veteres, conueniebat, vt vxor pro filia-

*filiam familias* in potestate mariti versaretur, g) & se ac sua omnia permetteret marito. Audimus M. TULLIUM h) qui, *cum mulier*, inquit, *viro in manum convenit, omnia, quae mulieris sunt, viri fiunt, dotis nomine: ut nihil retinuerit mulier, si confarreatis maxime nuptiis in potestatem mariti concessisset.*

Atuero, non solum *iuris necessitate* imperante, sed saepe etiam *volentes*, caritate maritorum, quos propter dotem obsequentiores & meliores se nascituras arbitrabantur, & inprimis cogitatione liberorum, quibus nihil humano generi dulcius est, suo arbitrio *bona omnia in dotem* mariti sponte obtulerunt. Nulla frequentius *nubentes* formula in matrimonii repromissione utebantur, quam illa solenni: *me & mea omnia tibi trado, & permitto.* Sed hac quidem blandissima allocutione, ut res ipsa ostendit, *dos omnium bonorum* videtur comprehendi: quod GALLIUS etiam observat. i) Neque enim dubitari potest, his verbis ab uxore dotem *omnium bonorum* expresse constitui marito. Certe aliquando *per insidias & fraudem*, ut generis verba darent & conditionem tibiabus *inuenirent* soceri, se tibiabus *bona omnia* daturus esse, comminiscabantur. Ita Chremes ille, quem antea adduxi, apud P. TERENTIUM k) quamvis duo talenta *pro re sua* lufficere iam decreuiffet, tamen,

Ita dictu opus est, (inquit) si me vis saluum esse, &rem & filium:

*Me mea omnia bona dori dixisse illi — —*

— — Ut eius animum, qui nunc luxuria & lasciuia

Diffluit, retundam, & redigam, ut quo se vertat, nesciat.

Non attingam maiores nostros, quorum consuetudine uxores, nisi *regulam iuris* sui *pactione* corrupissent, *bona sua omnia* mariti curae & prouidentiae & vsui & administrationi permittebant. Ita enim illi: Wann ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt Er in seine Gewehr alles ihr Guth zu rechter Vormundschaft. iur. prou. Sax. L. I. art. 31. & L. III. art. 45. ut vix dubitem, quin illustri GAERTNERO nostro assentiar, qui commentatione erudita l) comprobauit, iure Saxonum, imo Germaniae, *communi* inter *dotem* & *bona paraphernalia* discrimen non admitti.

Sed, ut ad Romanos & *ius omnium commune* redeam, non habebant uxores, quae *bona omnia in dotem* dederant maritis, cur *facilitarem suam*

g) ULPIAN. fragm. tit IX. SERV. ad L. IV. Aeneid. h) CIC. top. IV. §. 23. HOTTOMANN. disputat. iuris ciu. de dotibus, c. 1. §. 5. i) GAIL. II. obseru. 82. n. 1. k) TERENT. heautontim. act. V. sc. 1. v. 69. fqq. l) GAERTN. diff. acad. distinctionem inter dotem & parapherna foris Germaniae non accommodandam esse. §. 5.

suam accusarent, aut de paupertate, ad quam illae dote data redigebantur, aut de circumscriptione aliqua omnino quererentur. Enimvero per maximam & sanctissimam coniunctionem, qua, quod T. LIVIVS <sup>m)</sup> ait, non solum corpora, sed etiam animos, sibi inuicem dare solent coniuges, diluitur suspicio mendicitatis, & egestatis illius, quam ex pacto illo liberali timere potuissent. Nimirum dotis causa perpetua est, secundum PAVLLVM, l. i. D. de iure dotium, & voto eius, qui dat dotem, ita contrahitur, ut semper apud maritum maneat, utque concordia illa rerumque omnium communicatio nulla poenitentia dissidione perturbetur. Ideoque recte THEODOS. & VALENT. vxoribus praecipunt, bonum esse, mulierem, quae se ipsam marito committat, res etiam suas omnes, qualescunque, nulla parte excepta aut retenta, eius arbitrio & potestati gubernandas tradere, & in voluntate eius spem plenam certissimamque collocare. l. 8. C. de pact. conuent. Nec minus commode IUSTINIANVS. l. 2. C. ne fideiuss. dotium dentur, vxorem, quae se ipsam marito credere iussa est, prohibuit, pro dote fideiussores exigere, ne causa perfidiae in matrimonio subinde generetur.

Quare apparet, non solum non improbasse veteres illam pactionem, qua bona omnia vxoris marito nuptiarum causa traderentur, sed etiam suauisse, atque commendasse: ut fauorabilis videatur illa conuentio, qua, nullo discrimine admissa, bona vxoris omnia communicantur cum marito.

Sed, ne diutius te teneam, aperte quidem PAVLLVS in lege illa 72. D. de iure dotium; quam tractandam suscepimus, proponit, mulierem bona omnia marito in dotem liberaliter dedisse, neque habet, quod accuset in illa pactione.

Et luculentius paullo ALEXANDER, nullo iure prohibitum esse, ait, foeminam bona uniuersa in dotem dare. l. 4. C. de iure dotium. Imo vero alio loco idem ALEXANDER laudat, aut certe non accusat, connubiale illud foedus, quo omnia bona in dotem data sint marito, modo non appareat, circumuentam esse mulierem in illa pactione, l. vn. C. si aduers. dotem. Sed abscissius IUSTINVS etiam parentibus permittit, ut possint filiam consentire, qui totam suam substantiam, nuptiarum causa, velint attribuerentur maritis. l. 7. C. de dotis promissione.

Quae res induxit ACCVRSIVM, ut, propter maximum fauorem huius pactionis, si qua foemina, sine dotis mentione, simpliciter nupsit marito, bona omnia in dotem data esse iudicaret. <sup>n)</sup>

Verum enimvero, quamuis non dissimulem, laudari a veteribus foeminas, quae, nulla suspicione commotae, se & sua omnia maritis liberaliter permittant; tamen, cum mulierum ingenium cogito, quod plerumque non

<sup>m)</sup> LIV. L. I. c. 9.    <sup>n)</sup> ACCVRS. ad legem: mulier bona omnia. 72. D. de iure dot. GAIL. II, obs. 32, n. 2.

non minus suspiciosum est; quam rapax, inuidiosum & alieni appetentissimum, si non aliud expresse actum est, in ambiguo non admittendam esse censeo praesumptionem, quasi mulier *bona omnia* in dotem dare voluerit marito. Recte enim veteres, dotis non modo constitutionem sed etiam illationem, *probendam* esse censuerunt: cum non credamus, facile mulieres profusa esse liberalitate in maritos. l. 1. 2. 3. C. de dote cauta non numerat.

Ex his igitur, quae adhuc disputata sunt, intelligitur, admitti & commendari *dotem omnium bonorum*, vti etiam *donationes bonorum omnium*, cum quibus dotes comparantur, l. f. C. de donat. ante nupt. inter homines ingenuos & suae potestatis, si non *inofficiosae* sint, tantisper tolerantur. l. 35. §. 4. C. de donat. Sed & illud expeditum est, *uniuersorum bonorum dotem non praesumi*.

Imo vero, si probata fuerit promissio *bonorum omnium*, tamen, quod supra obseruatum est, inter personas tam sancto vinculo coniunctas *fraudem & circumscriptionem* non quidem suspiciamus, sed audiendam tamen mulierem censemus, quae cum bona omnia in dotem dederit, se laesam esse dicat illa pactione. Aperte enim VLP IANVS, subueniendum esse, ait, mulieri, si *totum* patrimonium, *circumscripta*, in dotem dederit. l. 9. §. 1. D. de minor. Quod & ALEXANDER approbavit, vt, si *bona omnia* in dotem data sint, uxori, *caussa cognita*, subinde succurratur. l. vn. C. si aduers. dot. Sed hoc ne quis obiter dictum existimet, audiamus VLP IANVM, qui l. 3. §. 5. D. de minor. etiam *filiamfamilias* in dote *captam*, quamuis *pater* eius, aduersus quem non datur restitutio, de dote stipulatus sit, si illud aequum videatur, *restituendam* esse ait, cum in illa perturbatione animorum, nuptias vtrique anhelantium & spe felicitatem futuri temporis praecipientium, facile ingenium muliebri sublabi posse videatur.

#### §. IV.

*Comprobauimus, omnia uxoris bona*, nuptiarum causa, efficaciter quandoque transferri in maritum; & frugi esse uxores, quae nihil sibi retinent, aut magnopere appetunt, quod a rationibus mariti separatum esse videatur. Vnum quandoque obstabit marito appetentiori, quod suspecta sit interdum illa liberalitas & *bonorum omnium* translatio in muliebri ingenio, adeoque audienda sit *foemina*, quae se circumuentam & circumscriptam dixerit in illa pactione.

Sed neque *maritus* semper habet, quod gaudeat de *dote omnium bonorum* ab uxore sibi constituta. Scimus enim, etiam *onera* referri ad maritum. Nam PAVLLVS quidem, in l. 72. D. de iure dotium, a nobis poposita, si *mulier bona omnia in dotem dederit*, cum dubitatione quadam

feiscitatur & quaerit, *quīs oneribus respondere teneatur?* Quod vt expediamus, operae pretium tuerit, ante definire, *quid iuris maritus in dote habeat*, & quo iure haec in ipsum transferatur.

Et, primo quidem, vulgo notum est, individua rerum *fungibilium* vxoris, inprimis *pecuniam*, *irreuocabiliter* ad maritum peruenire, quamuis soluto matrimonio, post annum, iure communi, *tantundem* reddere cogatur. Enucleate GAIVS l.42. D. de iure dotium. res, quae numero, pondere & mensura aestimentur, in *dotem* datas, mariti, ait, esse periculo, quia *in hoc datae sint, vt eas maritus ad arbitrium suum distrahat*, & soluto quandoque matrimonio alias eiusdem generis & quantitates restituat vxori. Sed meretur obseruari, etiam si *nummos alienos in dotem* dederit mulier, postquam hi cum mariti nummis *permixti* sunt, vt *discerni non possint*, illorum dominium ad maritum pleno iure pertinere: & si distracti sint, nec dominium, nec vxorem, ne quidem *tacitae hypothecae privilegio*, individua nimirum persequi posse, aut illa repetere a tercio possessore, cui a marito exsoluti sint, sed soluto matrimonio tantundem recuperaturam a marito. Ita enim LAVOLENVS tradit, l. 78. D. de solut.

In his igitur rebus, expeditum est, nihil iuris, praeter repetitionem eiusdem generis & quantitatis, vxorem retinere: ideoque parum abest quin *onera* vxoris ad maritum, propter dotem rerum *fungibilium*, quas iure plenissimo acquirit, non pertinere videantur.

Sed ita quidem de dote *rerum fungibilium* habendum est. In speciebus & rebus *immobilibus* inprimis paullo adstrictior mariti & potestas, nisi *aestimatas* & certo pretio definitas, venditionis causa, vxor dedit marito.

PAPINIANVS enim docet, res *aestimatas*, marito traditas & in dotem datas, quamuis illas in vfu habeat mulier, iure domini confestim peruenire ad maritum, l. 69. §. 8. D. de iure dotium, quod & VLPPIANVS l. 7. §. 3. & l. 9. §. 1. D. eod. comprobauit. Contra, si *non aestimatas* sponsa dederit, *fundus dotalis* quidem *in bonis est mariti*, sed *dominium vxoris* quod ait TRYPHONINVS l. 75. D. de iure dotium. Imo vero explicatius IVSTINIANVS l. 30. C. eod. *legum duntaxat subtilitate* fingi, ait, quod haec talia ad *maritum* transire videantur, sed, si rei *veritatem* cogitemus, *naturaliter* illa in *vxoris dominio* manere, & soluto matrimonio ab ipsa *vindicari posse*. Ex hac causa fere SABINVS docuit, dotem *mulieri* *acquiri*, l. 33. f. D. de iure dotium, & VLPPIANVS, res in *aestimatas* meliores & deteriores fieri mulieris lucro, & periculo, l. 10. pr. D. eod. & alio loco, dotem, soluto matrimonio, *quasi proprium vxoris patrimonium* videri. l. 16. D. de relig. & sumt. funt.

Quae cum ita sint, *quo iure onera* de quibus PAVLLVS in lege nostra 72. D. de iure dotium, tantisper dubitauit, marito imponemus?

Sine



Sive enim *quantitatis* acceperit, sive etiam *species*, sed *aestimatas*, *dominium* illarum *irrevocabiliter*, adeoque titulo fere singulari, adquisiuit: sive corpora quaedam *non aestimata* ipsi data fuerint, res *naturaliter* manserunt in *dominio uxoris*. Verum enim vero, quid causae cogitari potest, cur propter res *suas*, quas dotis titulo plene adquisiuit, suscipiat *onera uxoris*: aut, cur propter res dotales *non aestimatas*, quae vere in *dominio* permanent, ipse *oneribus* respondeat, quae ad uxoris incommoda videntur pertinere?

Nimirum, ut dicamus, quod res est, distinguenda sunt *onera uxoris*, quae marito imponuntur. *Onera* enim intelligimus, quae ex *necessitate iuris* praestanda sunt, inprimis *aes alienum* a muliere contractum: & de his quidem etiam PAVLLVM in lege nostra, quam tractamus, sensisse, ex ipso responso eius intelligitur, in quo *aeris alieni* fecit mentionem, d. l. 72. in fine. D. de iure dotium.

Sed *aes illud alienum*, & omnia debita, quae *necessario* praestantur, vel *ante matrimonium* a muliere contracta sunt, vel *postea* nascuntur, postquam vxor, secutis nuptiis, res dotales *tradidit* marito. Et prius quidem de illis videamus, quae *ante matrimonium contracta sunt*. De his autem expeditum est, *maritum*, propter acceptas res dotales, *non teneri*. *Quantitates* enim, ut dicere occupauimus, & *res aestimatae* titulo fere *singulari* & *pleno iure* adquisiuit: *non aestimatae* naturaliter in dominio uxoris permanent, &, soluto matrimonio, ad ipsam reuertuntur.

Igitur, *quaecunque* tandem *res in dotem datae* fuerint, *generaliter* verum est, quod PAVLLVS ait, *maritum, quasi heredem*, a creditoribus uxoris *non posse conueniri*. l. 72. pr. D. de iure dotium.

Itaque dicemus, de *aere alieno ante matrimonium* contracto *maritum non teneri*. Luculenter enim GAIVS noster praecipit, ne illa quidem debita, propter quae fundus dotalis *hypotheca* oneratus est, a marito exsoluenda esse, sed neque ipsum, nec heredem eius, compelli posse, ut fundum dotalem liberet. l. 15. D. de iure dotium.

Cetera vero, quae *in ipso matrimonio* nascuntur, & *opem praesentem* postulant, a marito non solum *uxoris*, sed etiam *sui causa*, ut vxor ipsi sit integrior ornatioque, impenduntur. Imo vero sentiet, quod P. TERENTIUS ait, o)

*Quantum deuenerit ad ipsum mali.*

Non dicam de *uxoris funeratione*, de qua, si PAPTINIANVM audiamus, vir solus conuenitur, ut *de dote* praestet sumtus funeris, illosque deinde imputer mulieris heredi, ad quem dos deinceps reuerteretur. l. 17. D. de religiof. & sumt. fun.

Præterea impensas, quas ipsæ res dotales illarumque *refectio necessitate* quadam postulant, interim erogat maritus: sed per illas etiam ipsam dotis substantiam *minuit*, ut, eum dos repetitur, si impensæ pretium fundi superent, *fundus omnino desinat dotalis esse*: quod SCAEVOLA & PAVLVS obseruarunt. l. 56. §. 3. D. de iure dotium.

## §. VI.

*Dotis titulus non uniuersalis, sed singularis est.* Maritus igitur vxoris *oneribus* respondet, quæ *præsens necessitas* desiderat, & in fundum dotalem omnia *impendit*, quæ si non præstarentur, res peritura aut deterior futura esset, quod PAVLLVS docet. l. 79. §. 1. D. de verb. signif. Sed his quidem postremis, ut supra obseruatum est, ipsa dotis substantia non solum *minuitur*, sed aliquando etiam consumitur. l. 56. §. 3. D. de iure dot.

*Maritus fun- de verb. signif.* Quamquam vero dotes, ut diximus, *ipso iure necessariis* impensis *minoris pretio emere* *puuntur*, quod in *uniuersitatibus rerum* semper usu venit; noli tamen existimare, quod *dos* ipse, ad *maritum titulo uniuersali* transeat, quasi pro *bonorum est illa parte quota*, quæ dotis substantia & aestimatione continetur, *heres uniuersitas vxoris suæ* factus esse videatur.

*Maritus tamen, qui illam accipit non est heres vxoris viuæ nec a creditoribus eius conueniri potest.* Neque enim maritus, quamuis ex toto patrimonio centum sestertium, quod vxor possidet, viginti quinque acceperit, vxori *ex quadrante heres* factus esse censetur, neque a creditoribus mulieris, tanquam *heres ex quadrante*, efficaciter conuenietur.

Non ignoro, a quibusdam serio id actum esse, ut ostenderent, *dotem*, quæ sit *quasi separatum patrimonium vxoris*, quo non solum commoda & *iura* sed etiam *onera* contineantur, *per uniuersitatem* ad maritum peruenire. Videntur enim decepti esse verbis PAVLLI, qui l. 1. §. 2. D. de fundo dotali, & l. 62. D. de acquir. rer. dom. fundum dotalem aliquando *per uniuersitatem* transire, docuit: ideoque arbitrantur aestimandum esse, *quota pars* patrimonii vxorii rebus in dotem datis, & fundo dotali maxime, contineatur, ut pro illa parte *oneribus* vxoris respondere *aesque alienum*, ab ipsa ante nuptias contractum, durante matrimonio, maritus exsoluere cogatur.

Verum enim vero, pignore certarem, nunquam PAVLLO in mentem venisse, quod fundus dotalis semper *per uniuersitatem* ad maritum transferatur. PAVLLVS, in illis legibus, quas modo attrigimus, non tractauit, quo iure *maritus* fundum dotalem *acquirat* ab vxore; sed hoc duntaxat disputat, an *alienare* aut transferre possit res vxoriarum maritus. Et hoc quidem negat, ex communi omnium opinione. Vnum tamen monet, aliquando euenire, ut fundus dotalis, quem maritus *titulo singulari* adquisiuerat, si ipse moriatur, *per uniuersitatem*, ad *heredem* eius, (qui *titulo uniuersali* successerit marito) transeat, sed *cum suo tamen iure*, ut alienari non possit

ab hærede. Hanc mentem PAVLLI esse, ex ipsis verbis luculentis legis l. §. 2. D. de fundo dotali, & l. 62. D. de acquir. rer. dom. intelligitur.

Igitur ad maritum quidem *fundus dotalis* non transit per *uniuersitatem*, sed ad heredem eius, inter reliquas res hereditarias, *uniuersali titulo* transfertur, donec ab vxore repetatur.

Et qui possit defendi, maritum ab vxore dotem *uniuersali titulo* accipere, id est, cum *necessitate soluendi aeris alieni*, quod antea contractum sit, cum ne quidem *hypotheca* fundum dotalem liberare teneatur. l. 15. D. de dote praeleg. quod supra ex responso GAI I A nobis comprobatum est. Imo vero in dote *aestimata* inprimis, certum est, *venditione* quaedam dominium acquirere maritum. Quamuis enim *minoris* ab vxore emerit, si non *donandi* animo hoc factum sit, etiam constante matrimonio, secundum POMPONIUM, venditio subsistit. l. 31. §. 3. D. de donat. int. vir. & vxor. Sed nemo dubitat, quae *venduntur*, ad emtorem *titulo singulari* peruenire.

Quae cum ita sint, neminem VLP IANVS perturbabit, qui l. 1. §. 4. D. de dote praeleg. dotem, ait, impensis necessariis ipso iure minui: sed hoc non ad *singula corpora*, sed ad *uniuersitatem*, referendum esse. Enimvero posset dubitari, vtrum VLP IANVS, qui *dotem*, tanquam *uniuersitatem*, corporibus *singulis* opposuerit, de titulo *uniuersali*, quo *dos* ad maritum perueniat, cogitasse videatur. Sed primo obseruandum est, VLP IANVM non de illis dotibus, cum res *singularis*, vt fundus, aut species quaedam, nuptiarum causa affertur ad maritum, sed de his duntaxat, cum res plures, aut etiam corpora *integra*, quae constant ex diuersis capitibus, in dotem dantur, tractauisse. Deinde, si etiam *uniuersitates* quaedam, vt greges, aut merces in taberna, marito, dotis causa, tradantur ab vxore, non omnis *uniuersitas uniuersali titulo* transfertur cum *necessitate soluendi aeris alieni*, quod alius contraxit. Videmus quotidie a priuatis greges, aut merces in taberna, aut alias quascunque *uniuersitates vendi* per *auerfionem*, neque tamen emtorem onerari *aere alieno*, quo venditor sit obligatus, sed *uniuersitatem titulo singulari* transire ad emtorem.

Speciosius paullo & veresimilius fingi posset *uniuersalis* quidam *titulus*, si *tota* quaedam *species bonorum*, vt *omnes res mobiles*, aut omnia etiam *bona*, marito *in dotem* dentur ab vxore. De *bonorum* enim *appellatione* AFRICANVS docet, illam, sicut *hereditatem*, non res *singulas*, sed *uniuersitatem* quandam & *ius successionis* demonstrare. l. 208. D. de verb. signif. ad quem locum diuinus ille ALC IATVS <sup>p)</sup> copiose commentatur.

Verum enim vero, ne *bona* quidem, quamuis *uniuersitatem* notent, semper titulo *uniuersali* transferuntur, aut *ius successionis* comprehendunt, quam-

p) ALC IAT. ad l. 208. D. de verb. signif. op. T. II. p. 1080.

quamuis appellatione *bonorum*, in materia *successionum*, de qua AFRICANVS libro IV. *quaestionum*, vnde l. 208. D. de *verb. signif.* desumpta est, inprimis tractauit; frequentissime vtamur. Nimirum, vt alia taceam, multum interest, vtum *pars bonorum*, an *pars hereditatis*, relinquatur. Ad hanc omnia augmenta, quae etiam postea accesserunt, pertinere expeditum est, sed *bona*, postquam dies cessit, non facile capiunt augmentum: quod idem ALCIATVS <sup>q)</sup> obseruat.

Imo vero, quomocunque haec existimata fuerint, non in magno discrimine ponemus. Illud certum est, *non posse maritum a creditoribus vxoris conueniri*. Neque enim ipse creditoribus vel ex *delicto*, vel ex *contractu* obligatur, quamuis *bona omnia* vxoris acceperit in dotem. Neque in ipsum *quasi in heredem* dabitur actio, quum *viuentis vxoris nulla hereditas* intelligatur. Luculenter PAVLIVS noster negat, maritum, si mulier *bona omnia* in dotem dederit, *ab eius creditoribus conueniri posse*, neque ipsum teneri *oneribus vxoris viuæ respondere, quasi per dotem bonorum* omnium, vxoris suae, adhuc superstitis, heres factus esse videretur, l. 72. pr. C. de *iure dotium*. Neque minus aperte DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS l. 27. D. de *iure dotium*, praecipiant, etiamsi dos apud maritum, soluto matrimonio, ex pacto, remanserit, tamen maritum non recte conueniri, *ut heredem*.

## §. VI.

Dos omni- Ex his, quae adhuc disputata sunt, apparet, ne ex *omnium* quidem  
um bonorum *bonorum dote maritum*, ad *aes alienum vxoris viuæ exsoluendum*, conue-  
quando ab *niri posse*. Sed vna obstat difficultas, ne actione *Paulliana* teneatur, si  
vxore obae- *vxor obaerata, in fraudem creditorum, bona omnia* marito in dotem de-  
rata in frau- *disse videatur*. Enimuero, explicite IULIANVS l. 17. §. 1. D. *quae in*  
dem credito- *fraud. credit.* quamuis non proponatur debitor *consilium fraudandi credi-*  
rum consti- *fraud. credit.* tamen, ait, si *uniuersa bona sua alienauerit, cum sciuerit,*  
tura videar- *tores habuisse*, tamen, ait, si *uniuersa bona sua alienauerit, cum sciuerit,*  
tur. *se habere creditores intelligendum esse, fraudandorum creditorum consilium*  
omnium bo- *omnino habuisse*: ideoque, illum, qui *bona uniuersa* acceperit, quamuis  
norum non *omnino habuisse*: ideoque, illum, qui *bona uniuersa* acceperit, quamuis  
est donatio. *ignorauerit* hanc mentem debitoris, nihilsecius PAVLLIANA actione cre-  
Maritus vo- *ditoribus teneri*. Imo vero IULIANVS l. 1. §. 2. D. *quae in fraud. credit.*  
lens pot- *omnem omnino contractum, & omnem alienationem, quae fraudandorum*  
est ex dote *creditorum causa fiat, edicto praetoris, ait, contineri*. Et luculentius  
omnium bo- *idem IULIANVS, alie loco, dotem ab vxore, in fraudem creditorum con-*  
norum aes *stitui non posse*, docet, ideoque ex edicto fraudatorio actionem dari, ad  
alienum *dotem repereudam* l. 10. §. 14. D. *quae in fraud. credit.* Vt taceam, quae  
vxoris viuæ *domandi animo* in quemquam transferuntur, si *bona* creditoribus non suffi-  
soluere. *cient*

q) ALCIAT. loc. cit.

cian; etiam ab ignorante vindicari posse, ut *lucrum*, quod ad ipsum, cum *damno* creditorum, peruenisse videatur. l. 6. §. 11. D. *quae in fraud. credit.* Sed constat, *dotis constitutionem* subinde cum *donationibus* conferri. l. 20. C. *de donat. propt. nupt.*

Sed salua res est marito innocenti, qui *dotem omnium bonorum* accipit ab uxore. Nimirum titulo *oneroso*, id est, ad sustinenda *onera* matrimonii, dos omnium bonorum censetur acquisita a marito: & haecenus nihil commune habet cum *donatione*. Hoc enim & IUSTINIANVS videtur agnouisse, *Nou. CXIX. c. 1.*

Sed in his negotiis, quae cum *onere* coniuncta sunt, diligenter tradit VLPYANVS, quamuis ille, qui dederit, animum *fraudandi* habuisse videatur, *accipientem* tamen, si *fraudem ignorauerit*, edicto non teneri. l. 6. §. 8. & l. 10. §. 2. & 4. D. *quae in fraud. credit.* Sed omnium curatissime VENULEIVS l. 25. §. 1. D. *quae in fraud. credit.* a marito, *fraudem ignorante*, dotem, quae consilio *fraudandi creditores* ipsi data fuerit, non posse *reuocari*, praecipit, cum alias maritus mulierem *indotatam* & *aere alieno* obligatam non ducturus fuisse videatur.

Imo vero, secundum VLPYANVM, *fraus non praesumitur* in dote constituta. Luculenter enim ille, si libertus *filiam dotauerit*, hoc ipso, quod *dotauit*, non videri, ait, patronum *fraudauisse*: quum pietas patris, (& uxoris) non reprehendenda videatur. l. 1. §. 10. D. *si quid in fraud. patron.*

Quid, quod ne *litigiosa* quidem, si *dotis* causa data sint marito, propter magnum fauorem dotium, tanquam litigiosa reuocentur: quod IMPERATOR tradit l. 4. §. 1. C. *de litig.* ut appareat omnia alia in *dotibus*, quam *frandandi consilium*, praesumi. Igitur mariti etiam creditores ne illa quidem, quae in *sponsam* donationis gratia collata sunt, PAVLLIANA actione reuocabunt, cum mutua & reciproca illorum pietas intelligatur, qui de nuptiis futuris conuenerunt. l. 13. C. *de donat. propt. nupt.*

Sed *fisco* tamen, ex *debito ante nuptias contracto*, iure pignoris dari *reuocationem* rerum quas uxor in *dotem* dedit, GORDIANVS docet, quamuis *ignorauerit* maritus uxoris obligationem. l. 6. C. *de iure fisci.* Idem etiam DIOCLETIANO in specie non dissimili placuit, ut *caussa primipili* & utilitas publica causae *dotis* praeferatur. l. 3. & 4. C. *de primipil.*

Extra has species, quas proxime commemoravi, frustra creditores, ius reale non habentes, *dotem a marito ignorante* reuocabunt. l. 2. C. *de reuocand. his quae in fraud. credit.*

Vnum attinet monere, *volentem* maritum non prohiberi, quo minus, *aeris alieni exsoluendi* causa, dotem *restituatur* uxori: quod PAVLLVS & VLPYANVS tradiderunt. l. 21. & l. 22. D. *solut. matrim.*

Neque enim *donasse* vxori videbitur maritus, qui illam maluit, hone-  
statis causa, aere alieno liberari. Sed obseruat tamen IULIANVS, in  
fraudem reliquorum creditorum, tempore minus opportuno, dotem effica-  
citer non reddi posse vxori a marito. l. 17. §. 2. D. *quae in fraud. credit.*

## §. VII.

*Bona omnia in dotem data non intelliguntur nisi deducto aere alieno. Mat. IAVOLENIVM l. 39. §. 1. & l. 83. D. de verb. signif. l. 2. D. de collat. bon. ritus quidem bona omnia nihil continere, nisi, quod supersit, deducto aere alieno.*  
Satis, credo, disputauimus, maritum, nisi *sciens, in fraudem credi-  
torum*, ab vxore *obaerata* dotem acceperit, a creditoribus vxoris efficaciter  
non conueniri.

Sed & illud tamen non dissimulandum est, secundum PAVLLVM atque  
IAVOLENIVM l. 39. §. 1. & l. 83. D. *de verb. signif. l. 2. D. de collat. bon. ritus quidem bona omnia nihil continere, nisi, quod supersit, deducto aere alieno.*

Quid ergo faciemus de marito, cui vxor *obaerata* tradiderit *omnium  
bonorum*, quae nisi deducto aere alieno non intelligitur?

Subobscurè quidem PAVLLVS noster in lege proposita LXXII. D. *de  
iure dotium.* maritum, quasi *heredem*, a creditoribus vxoris non posse con-  
ueniri, sed non plus tamen esse in promissione dotis *bonorum omnium, quam  
quod supersit, deducto aere alieno.*

Sed res disputatione non indiget, si dos *omnium bonorum promissa  
excisita* quidem, sed *nondum tradita & numerata*, vxorem deducere *aes alie-  
num* posse, & creditoribus suis exsoluere: quod reliquum fuerit, duntaxat  
bonorum appellatione contineri.

Sed, quomodo consulemus creditoribus vxoris, postquam *translata*  
est dos omnium bonorum ad maritum, quem ipsi conuenire non possunt?

Nimirum res ipsa ostendit, *vxorem* duntaxat, quamuis *pauperem*, &  
rebus omnibus translatis, ad egestatem propemodum redactam, *non autem  
maritum*, a creditoribus vxoris rectè conueniri. Sed vxor, *cum bonae fidei  
exceptio ipso iure insit iudicio de dotibus*, quod supra ex l. 21. D. *soluta ma-  
trimonio*, probatum est, vxor, inquam, beneficio restitutionis in integrum,  
a marito ex *bonis omnibus* tantum *repetere* poterit, quantum ad necessita-  
tem aeris alieni exsoluendi pertinebit. l. 9. §. 1. D. *de minor. l. 6. §. 2. D. de  
iure dotium.* Imo vero creditores, si vxorem conuenerint de debito, & vi-  
cerint instituta actione, *quasi ex iure cesso vxoris*, eiusque voluntate, *mis-  
sionem in bona vxoris*, quae ad maritum, *dotis nomine*, translata, sunt, a  
praetore impetrabunt.

## §. VIII.

*Dos omnium bonorum in bona omnia in dotem dederit marito. Expeditus remedium liberis pricris  
officiosa a li-beris vxori* *patrimonii* suppetit, in quorum *fraudem* vxor *bona omnia* in maritum vi-  
debitur

debitur transtulisse. CONSTANTIVS enim l. vn. C. de *inofficiof. dotibus*. <sup>reuocatur.</sup>  
 praecepit, cum *omnia bona* a matre *in dote* exhausta sint, liberis *ad exem-* <sup>Ex re singu-</sup>  
*plum inofficiofi testamenti*, aduersus *dotem immodicam*, exercendae actionis <sup>lari quae</sup>  
 copiam omnino tribuendam esse. <sup>marito cum</sup>  
dote omnium

Ideoque non dubito, ne *spurios* quidem, secundum *VLPIANVM*, <sup>bonorum</sup>  
 cludi a *dote inofficiofa* impugnanda, l. 29. §. I. D. de *inoff. testam.* Imo <sup>vendita est</sup>  
*ro liberi*, etiam *post dotem constitutam nati*, habebunt, cur de *legitima* <sup>aes alienum</sup>  
*bonorum parte*, sibi per *dotem omnium bonorum* interuersa, conquerrantur. <sup>uxoris non</sup>  
*arg.* l. 8. C. de *reuocand. donat.* <sup>exsoluitur.</sup>

Ita quidem *liberis* vxoris satisfiet. Ceterum, si maritus, *praeter do-* <sup>Fraudem</sup>  
*tem bonorum reliquorum*, *titulo singulari oneroso*, cum *incommodis &* <sup>dotem obae-</sup>  
*oneribus* quibusdam, vt *venditione* vel *permutatione*, fundum aut *speciem* <sup>ratum mari-</sup>  
 quandam ab vxore acceperit, certum est, hunc fundum & hanc *speciem* <sup>to dedit</sup>  
*plenissimo iure transire ad maritum.* <sup>actione in</sup>  
factum tene-

Igitur faciamus, vxorem *aedes* suas sponso cum onere insigni *vendidisse*,  
 sed pactum adiecisse, vt *reliqua bona omnia*, dotis nomine, ad ipsum per-  
 venirent. Expeditum est, vxoris creditores non posse a marito exigere,  
 vt ex aedium aestimatione ipsis satisfiat. Sed aedes titulo singulari adquisitas  
 sibi habebit, *propter onera*, maritus: ex his autem, quae superfuerint, aes  
 alienum creditoribus exsoluet. Enimuero, quod supra, indicauimus, ge-  
 neraliter maritis permittitur, etiam *viliori pretio*, ab vxoribus bona fide  
*emere*, quae ad ipsarum patrimonium pertinent, dummodo suspicio *donat-*  
*ionis* diluatur. l. 31. §. 3. D. de *donat. int. vir. & vxor.* Sed nulla *donat-*  
*ionis* est suspicio, cum de *oneribus* matrimonii & de dotibus constituendis  
 contrahitur inter virum & vxorem.

Extremo, non omittendum est, propter sanctitatem *bonae fidei*, qua  
*dotis causa* regitur, si *dolose* vxor *rem aere alieno oneratam* in dote de-  
 derit marito, *actionem in factum* aduersus perfidam vxorem competere ma-  
 rito. Ita SEVERVS & ANTONINVS docuerunt. l. i. C. de *iure dotium.*  
 Sed LABEO hanc actionem temperauit, ne vel *vxor*, vel etiam *socer*, si dote  
 non idonea promissa induxerint & deceperint generum, aut maritum, nisi  
*in quantum facere possint*, id est, quod nostri aiunt, *saluo iure competenti-*  
*ae*, omnino condemnentur. l. 84. D. de *iure dotium.*

§. IX.

Sed, vt intelligatur, ne in nostris quidem foris maritum, propter do- <sup>Species sin-</sup>  
*tem bonorum omnium* acceptam, a creditoribus vxoris viuae conueniri <sup>gularis pro-</sup>  
 posse, adiciam speciem singularem, quam cum iudicarent *Scabini Vitem-* <sup>ponitur.</sup>  
*bergenses*, mense Iunio, anni praeteriti, in illam sententiam, quae adhuc  
 a nobis disputata est responderunt. Proponebatur, Gellium duxisse vxorem

Crispillam, cum qua ipsi pessime conueniebat. Ita enim animi coniugium iris & indignatione accensi erant, vt iudex ecclesiasticus causam inuenerit, cur illos a thoro & mensa, quod aiunt, separaret. Sed antequam nuptiae contraherentur, magnis, vt fieri solet, studiis alter de altero mereri, & mutuis officiis amores mutuos accendere laborauerant. Primum sponsa sponso aedes, quas possidebat, adhibito alio curatore, coram iudice rei sitae, certo pretio constituto, vendiderat, sed cum onere aeris alieni, quo fundus obligatus erat, exsoluendi. Omnes enim creditores suos se ipsi indicare simulauerat, quibus se satisfacturum promiserat Gellius ille, sponfus. Magistratus etiam dominium aedium solenni inuestitura, petente Crispilla, in Gellium transtulerat. Adiecerant huic venditioni pactum, vt, quandoquidem de nuptiis inter Crispillam & Gellium conuenisset, omnia Crispillae reliqua bona, praeter aedes ipsi venditas, ad sponsum dotis nomine omnino peruenirent. Vtrique etiam de successione mutua seu reciproca, si absque liberis morentur, fidem dederant: Sed, vt dicere occupauimus, non diuurna inter illos gratia fuerat. Post separationem a thoro & mensa Gellius Crispillae utensilia, & cetera, quae ad vltimum vitae necessaria videbantur, praestare coactus erat ab ecclesiastico magistratu. Tandem expergiscebatur Iauolenus, quem inter creditores suos, cum dorem omnium bonorum constitueret, non nominauerat Crispilla. Hic quidem, Crispillam sibi aere alieno obstrictam esse, contendebat, & solutionis impetrandae causa, aduersus Gellium, Crispillae maritum, processu executiuo ex Crispillae chirographo experiebatur. Gellius negabat, se a creditoribus vxoris, de aere alieno vxoris viuuae ante nuptias contracto, conueniri posse. Ideoque repellabatur Iauolenus ab actione contra Gellium maritum instituta. Et recte quidem, mea sententia, cum auctoritas PALLI defenderet maritum, l. 72. D. de iure dotium.

Iauolenus, cum aliud consilium non suppeteret, Crispillam ipsam, quamuis, ob bona omnia ad maritum allata, pauperem & rerum omnium egentem, conueniebat. Illa debitum agnoscebat, sed bona sua apud maritum esse indicabat. Quid igitur faceret Iauolenus a marito iam repulsus? Implorabat officium iudicis, vt missio in bona, id est executio in bona a Crispilla in Gellium dotis nomine translata, inprimis in aedes Gellii, absque ambagibus decerneretur. maxime, cum dos omnium bonorum in fraudem creditorum constituta videretur. Iudex, quantum memini, audiendum esse antea omnia Gellium censebat. Gellius in ius vocatus, aedes se emisse, & titulo singulari oneroso adquisiuisse, Iauoleno opponebat, praeterea negabat, se in fraudem creditorum dorem omnium bonorum a Crispilla accepisse. Icti Lipsienses actori probationem iniungebant. Non apparebat Gellium sciuisse consilium fraudis a Crispilla commissae, quae ipsi reliquos creditores indicauerat, dissimulato Iauoleno. Igitur Scabini Vitembergenses, vt dixi,



dixi, iudicauerunt, nihil de fraude probatum esse, actione PAVLLIANA aedes ex illis rationibus, quae supra §pho V. & VII. adductae sunt, reuocari non posse a marito: cum illarum dominium, titulo singulari & oneroso, ab vxore obaerata ad ipsum fraudis ignarum sit translatum. Sed ex reliquis bonis, quae nisi deducto aere alieno non intelliguntur, imprimis propter bonam fidem, animam illam iudicii de re uxoria, de qua §pho I. II. III. & IV. exposuimus, visum est, Iuoleno satisfieri debere, & missionem in reliqua bona, quae a Crispilla ad ipsum peruenerant, deductis antea impensis quae dotem ipso iure minuunt & §pho IV. a nobis explicatae sunt, decernendam esse.

Adiuciam ipsam formulam responsi:

Daraus soviel zu befinden, daß Beklagens Principal zuförderst dasjenige, so sein Ehe-Weib, Anna Maria H. an Vaarschafft, Mobilien, pretiosis, auch aussenstehenden Schulden und andern Sachen, aussere dem ihm eigenthümlich überlassenen Hause, und denen Stücken, so er bereits beantwortet, ihm wirklich zugebracht, oder in seinen Nutzen verwendet, vermittelst Eydes zu specificiren, und daserne sodann von ihrem Vermögen, nach Abzug desjenigen, so er bey Einlösung eines oder des andern Stückes entrichten müssen, und er ebenfalls eydlich anzuzeigen hat, noch etwas übrig bleibet, des beschehenen Einwendens ungeachtet, das libellirte Capital derer 250. Thlr. nebst denen libellirten Zinsen, so viel er daran durch richtige Quittungen zu vermindern nicht vermag, von solchem Ueberreste, in so weit dieser hierzu hinlänglich, Iuoleno zu bezahlen schuldig, dahingegen der letztere im übrigen dasjenige, so ihm zu erweisen auferleget, und er sich angemasset, wie Recht nicht erwiesen, derowegen Beklagter in so weit von der erhobenen Klage zu entbinden, die beyderseits aufgewendeten Unkosten aber sind gegen einander zu compensiren und aufzuheben. W. N. W.

Res erit luculentior ex rationibus adiectis.

Obwohl eines Theils Kläger, daß Beklagter seines Ehe-Weibes sämtliches Vermögen, mithin auch das libellirte Haus, titulo lucratio an sich bracht, demnach auch seines Ehe-Weibes vor der mit ihr getroffenen Ehe gemachten passiv Schulden, zumahl da dieselbe diese letztern, nach Klägers eignen Geständniß, gefährlicher Weise verschwiegen, schlechterdings bezahlen müsse, vorwendet, andern Theils Beklagter den über den 83. 84. und 85sten Beweis, Articul ihm deferirten Eyd sol. 177. Vol. No. 1. geschworen, und dadurch, daß Er von denen in solchen Articuln specificirten Sachen, einigen Genuß nicht gehabt, bereits erhalten, daher. daß derselbe mit dem ihm zuerkantten Eyde zu verschonen, es das Ansehen gewinnt,

D. a. b. aus der fol. 23. seqq. Vol. III. befindlichen Ehe-Stiftung und deren Erläuterung, daß Beklagter seiner Ehe-Frau, gegen das von derselben ihm zugeschlagene Vermögen, alles das seinige auf den Todes-Fall gleicher Gestalt verschrieben, auch nicht allein die onera matrimonii, sondern auch die auf dem Hause haftenden Schulden übernommen, sich veroffenbaret, hiernächst Beklagter das von seiner Ehe-Frau herrührende Haus, zu einer Zeit, da sie freye Disposition über das Ihrige gehabt, mit obgedachten nicht geringen Beschwerungen, wirklich in Lehn und Würden bekommen, demnach, daß Er solches titulo lucratio erhalten, nicht behauptet werden mag, dahero Kläger daran einigen Anspruch zu machen um so viel weniger berechtiget, als aus denen Acten, daß Beklagter von der libellirten Schuld-Post, bey Uebernehmung dieses Hauses etwas gewußt, und Klägern dadurch um seine Forderung zu bringen gemeynet gewesen, kein hinlänglicher Verdacht entstehet, vielmehr das Gegentheil, da, ausser dem Hause, noch verschiedene pretiosa und andres Vermögen vorhanden gewesen, allerdings zu vermuthen, ausserdem, daß die von Beklagtem geschene Gegen-Verschreibungen nur ein Schein-Handel gewesen, und Beklagter nichts in Vermögen gehabt, aus des Beweis-Zeugen Aussage fol. 87. b. seqq. nicht erscheinet, sondern daß er von Vermögen nicht ganz entblößet gewesen, aus dem, nach des Zeugens Deposition ad art. 40. fol. 88. ihm gegebenen Credit, und da sein Ehe-Weib mit diesen Gegen-Versprechen wohl zu frieden gewesen, nicht ohne Grund geschlossen werden kan, folglich derselbe von seinem wohlgewonnenen Eigenthum, die von seinem Ehe-Weibe vor der Berechtigung gemachten Schulden zu bezahlen, nicht verbunden, dahingegen Beklagter von seines Ehe-Weibes übrigem, ihm überhaupt zugeschlagenen Vermögen, ein mehreres, als nach Bezahlung derer Schulden übrig geblieben, nicht an sich bringen können,

1. 72. D. de iure dotium.

folglich auch die libellirten Schuld-Posten von dem Ueberreste, dessen Betrag durch den geschwornen End noch nicht in Gewißheit gesetzt worden, und ohne eydliche Specification nicht wohl ausfindig zu machen, zu bezahlen sich nicht entbrechen, gleichwohl, da Klägers Suchen zum Theil ungegründet, zu Erstattung derer Unkosten nicht angestrenget werden kan.

So ist, als im Urtheil enthalten, von Uns billig erkannt worden.



LVI.  
DE VENDITIONE RERVM  
CVM  
FVNDO ADHVC COHAERENTIVM.

AD L. XXXX. D. DE ACT. EMPT. VENDIT.

VITEMBERGAE, DIE APRIL. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXIII.

*L. XXXX. D. de action. empti venditi.*

POMPONIVS *L. XXXI. ad Quint. Mucium.*

QVINTVS MUCIVS scribit: Dominus fundi de praedio *arbores stantes* vendiderat, & pro his pecuniam acceperat, & tradere volebat. Emptor quaerebat, quid se facere oporteret, & verebatur, *ne hae arbores eius non viderentur factae*: POMPONIVS: *arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo, & ideo, vt dominus, suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit, sed ex empto habet actionem.*

§. I.

*Nullae omnino, quod M. TVLLIVS ait, elegantiores & certiores sunt, deliciae ac iucunditates, quam quas ipsa nobis natura apparuit.* *Arbores iucundissima Earum enim sensu quisquis attingitur, intelligit, diuino beneficio haec deli-* *& non minus utilis fundi portio.*  
*nimenta nobis obiecta esse, quibus dolores nostri & humanae conditionis incommoda permulceantur. Enimuero, si CATVLLVM b) audiamus* *Apud Romanos villae interdum arborum causa crebantur.*

Hoc est, quod *unum* est, pro laboribus tantis.

*Romani quidem inter naturalia oblectamenta loca praecipuo arbores, non solum vili atis & fructus, sed maxime amoenitatis, causa habuerunt.* *VL. Arboribus sepianus certe inter dulcissimas praediorum dotes commemorat, si viridia- pulchra te-*  
*ria habeant, & gestationes, & deambulationes arboribus infructuosis opagebantur.*  
*cas & amoenas, quae non permutandae sint cum illis, quae ad redditum spectare videantur, l. 13. §. 4. D. de usufruct.*

Neque

a) CIC. de senect. c. 15.

b) CATVLL. carm. XXXII. VII.

Neque tamen *inanem* hanc esse voluptatem PAVLLVS iudicat, sed etiam *fructuarii*, propter voluptatem & gestationem, interesse, ait, ne *arbores*, quamvis *non frugiferae*, a quoquam temere caedantur; cum *amoenitas* maxima ex huiusmodi *arboribus* praestetur. l. 16. §. 7. *D. quod vi aut clam.*

Ipsa quidem vox naturae commendat illos agricolarum diuitias, in quibus CATO, apud M. TVLLIVM, *incredibiles iucunditates* inesse arbitrat, c) & laudat simplicissima illa gaudia,

— — & frigida tempe,  
Mugitusque bouum, mollesque *sub arbore* somnos, d)

& P. VIRGILIVS MARO beatissimum fuisse cenfet illum senem Corycium,

— — cui pauca relictæ  
Iugera ruris erant; nec fertilis illa iuuenis  
Nec pecori opportuna seges, nec commoda Baccho,

sed inter alias amoenitates, sylvae erant, & imprimis

— — *tiliae*, atque *uberrima pinus*, e)

Denique, vt rem paucis comprehendam, COLVMELLA f) auctor est, *curam arborum* rei rusticae *partem maximam* videri. Imo vero bene, non solum in praesenti, sed etiam de futuro tempore, mereri credebatur ille, qui *arbores* fereret, posteritati profuturas. Ideoque recte CAECILIUS STATIVS in Synephebis g) apud MARCVM TVLLIVM h) laudabat senem illum, qui iam decrepitus, sed operi faciundo tamen maxime intentus, cum a quibusdam derideretur, respondisse ferebatur,

*Se arbores ferere, quae alteri seculo sint profuturæ,*

vt ostenderet, etiam postera secula ad se pertinere, &, quamvis ipse baccam ex illis, quas ferebat, arboribus nunquam adspecturus esset, satis se habere, quod Diis immortalibus operam praestaret, ex quorum voluntate *posteris* vtilior reddendus esset fundus, quem ipse accepisset.

Illud expeditum est, non placuisse villam veteribus, quae non *nemus* aliquod aut saltum *arboribus* obsitum haberet in propinquo. Haec talia enim & VARRO i) & COLVMELLA k) inter vtilitates maximas villarum & praecipua ornamenta posuerunt. Sed apertius PAPINIANVS, l. 58. D. de

c) CIC. in Catone maiore de senectute c. 15. & 17. d) VIRG. georg. II. v. 471.

e) VIRG. georg. IV. v. 128. 129. f) COLVMELL. de R. rust. L. III. c. 1.

g) STATIVS in Synephebis, apud CIC. L. I. tuseul. disput. c. 14. h) CIC. loc. cit. & in Caton. mai. c. 7.

i) VARRO de re rustica. l. III. c. 3. 12. & 13.

k) COLVMELL. de re rustica. l. IX. c. 1.

de contrah. emt. quosdam fundos, contemplatione arborum duntaxat, ab emtoribus subinde comparari, ait, vt, si arbores, vento deiectae, vel igne etiam ante venditionem absumtae sint, fundi emptio non recte contracta videatur. l. 58. D. de contr. emt. Neque hoc aliquis miretur, inprimis qui cogitauerit *caritatem arborum*, in illis regionibus, in quibus, cum alia deessent, quod VLPIANVS ait, etiam virgae, nuclei oliuarum, balani, & varia rerum genera, quae comburi possent, pro *lignis* erant, quibus ad ignem faciendum vterentur. l. 55. §. 2. D. de leg. 3.

Igitur, cum tantum monumentum esset in *arboribus*, venditio fundi nulla erat, si *arbores* antea *deiectae* essent, *quarum contemplatione fundus emebatur*. Solemus enim aliquando, si PAVLLO & POMPONIO fides est, fundos non tam propter se, quam propter *accessiones*, emere, quibus interdum pars maxima fructus & iucunditatis continetur. l. 34. pr. D. de contrah. emt. & l. 33. D. de aedil. edict. <sup>l)</sup>

Enimvero *arboribus* quidem certe mirifice augeri pretium fundi veteres credebant. Igitur si illarum in fundo copia non esset, *coemebant saltus & arbusta*, vt fundum *amoeniorem*, possiderent. l. 91. §. 5. D. de leg. 3. Illud HORATIO FLACCO <sup>m)</sup> in mentem venit, cum DELIVM suum de breuitate huius vitae admoneret:

Cedes *coemtis saltibus*, & domo,  
Villaque, flauus quam Tiberis lauat,  
Cedes; & exstructis in altum  
Diuitiis potietur heres:

vt intelligatur, partem praecipuam villaticae iucunditatis in *nemore propinquo* & saltibus versari. Nimirum ipsae *domus regiae*, vt iucundiores essent, quandoque *arboribus* obtegebantur. Ita enim VIRGILIUS MARO <sup>n)</sup> de fede ANCHISAE:

— — secreta parentis  
ANCHISAE *domus, arboribusque obiecta*, recessit.

Quare apparet, non solum *reditus*, sed etiam *iucunditatis & ornamenti*, causa, *arbores* haberi. Quae si quis intelligit, non mirabitur, dominum illum *fundi*, quem Q. MUCIVS & POMPONIVS in l. 40. D. de act. emt. a nobis proposita, adducit, *poenituisse* negotii contracti, cum *arbores*

l) Copiose hoc argumentum tractauit IACOBVS CONSTANTINAEVS ad l. 34. D. de contrah. emt. subtil. enotat. L. II. c. 16. in thes. Ottonis T. IV. p. 581.

m) HORAT. L. II. carminum, ode III. v. 17. sq. n) VIRGIL. Aen. II. v. 300.

*boves stantes* ex praedio vendidisset, quas *tradere nolebat*. Haec enim iactura molestissima videbatur, quae commode non posset reparari.

Nam, quae feminibus iactis se sustulit, *arbor*  
*Tarda venit, sevis factura nepotibus umbram.* o)

Neque terribilius omen *posthumo* suo obiicere potuisset **HORATIUS FLACCUS**, p) quam, quod ipsi occidit:

*Linquenda tellus, & domus, & placens*  
*Vxor: neque harum, quas colis, arborum,*  
*Te, praeter intus cupressos,*  
*Vlla breuem dominum sequetur.*

Hoc est, quod **LABEO** & **TREBATIUS** non solum ex *I. Aquilia*, sed etiam ex *XII. tabulis*, dandam esse actionem iudicarunt, si quis *arbores furtim cecidisset*, l. 1. D. *arbor. furt. caes.* Et addit **CAIUS** noster, illos qui *arbores ceciderint*, aliquando tanquam *latrones* a magistratibus puniros esse. l. 2. D. *eod.* Praeterea constat, qua severitate *nostri* etiam *sapientissimi principes* in illos animadverti iusserint, qui manus improbas ab *arboribus stantibus* in fundo alieno non prohibuisse intelligantur. *Constit. elect. Sax. XXXVII. P. IV.*

Sed, ut reuertar ad Romanos, non exigua pars pretii, quo fundum aestimabant, in *arboribus stantibus* versari credebatur. Quod cum intellexisset **IAVOLENS**, etiam illi, qui agrum *vendidisset*, nihilominus *arborum furtim caesarum* agere permisit aduersus illos, qui *caesis arboribus* ipsi pretium fundi deminuisse dicerentur. l. 12. D. *arbor. furt. caes.*

Extremo haec videbatur grauissima & molestissima coercitio vicini, qui posita *arbore* vicino umbram faceret, & loco non satis opportuno, positam adimere tergiuerfaretur, quod vicino illam adimere & sibi postea habere, ure quiritium liceret, cum *praetor* hoc vicino permiserit. l. 1. pr. & §. 2. D. *de arboribus caedendis.*

Vides, qua diligentia Romani *arbores* custodierint, ut pretium fundi integrum posteritati seruaretur. Sed non omittendum est, etiam *mortuos* quandoque circa *sepulchra* umbram *arborum* desiderasse. Adducit enim **PAPINIANS** quosdam, qui *intra maceriam sepulchrorum hortos* seruari voluerunt, l. 73. §. 1. D. *de contrah. emt.* & apud **P. VIRGILIVM MARONEM** q) extat.

Regis Dercenni terreno ex aggere *bustum*  
 Antiqui Laurentis, *opaeaque ilice lectum.*

Loquun-

o) **VIRGIL.** georg. II. v. 58.  
 Aen. XI. v. 855. 599.

p) **HORAT.** II. carm. 14. v. 215qq.

q) **VIRG.**

Loquuntur etiam lapides litterati apud KIRCHMANNVM, r) quot pedes & quanta spatia Romani desiderauerint, ad iustum modum magnifici sepulchri: & M. TVLLIVS s) non solum apud Athenienses, sed etiam apud Romanos lege opus fuisse docet, qua sepulchrorum amplitudo & laxitas coerceretur. MACER etiam & VLPIANVS derident illos testatores, qui amplum quid in sepulchris aedificari iusserint, velut in circum porticationes, aut, qui hortos, aut integrum locum sepulturae destinauerint: l. 2. §. 5. & l. 37. D. de relig. & sumt. fun. quorum luxuriam MARCELLVS & ALFENVS VARVS l. 2. D. ad l. Falcid. & l. 27. D. de condit. & demonstr. ad speciem medicam reuocauerunt. Sed de hoc quidem argumento praeses meus alibi copiosius exposuit. \*)

Discederem ab hoc loco, nisi hoc vnum mereretur obseruari, etiam maiores nostros, si C. CORNELIO TAGITO fides est, cum sedes inter se iunctas pati non possent, sed discreti ac diuersi habitarent, plerosque, vt fons, vt campus, vt nemus inprimis, placuisset, aedificia instituisse, u) illosque praeterea nemora & lucos, & proceras arbores, tanquam deorum habitacula, insigni reuerentia consecrauisset. x)

§. II.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, apparet, arbores stantes, quas Arbores stantes MUCIUS & POMPONIUS in l. 40. D. de act. emt. a nobis proposita appet pro parte pellat, arbores stantes, inquam, quae cum fundo cohaerent, magnam partem precii & fructus & iucunditatis continere. Sed dicimus arborem stantem, quae radices egit in fundo, & secundum POMPONIUM, in fundo transeunt ad continentur: d. l. 40. D. de act. emt. Neque enim vlla proprie est arbor, possessorem. nisi quae conceperit radicem, l. 3. §. 3. D. arbor. furt. caes. & quae terram Arbores deiectione comprehenderit, secundum POMPONIUM & VLPIANUM l. 3. §. 4. D. eod. sunt fructus fundi neque Quapropter de vitibus, quae radices agunt, dubitare non possumus, quin fundi appellacione arborum contineantur: quod & GAIUS & VLPIANO l. i. §. 3. ad fructuaria D. de arbor. caed. & l. 2. l. 3. pr. D. arbor. furtim. caesar. placuisse video. rium simpliciter pertinent. Quid inter ligna & arbores & materiam discriminis interfit. Arbores syluestres, cremiales. Arbores

Neque enim disputatione res indiget, si VIRGILIVM MARONEM, cuius, vt aliorum poetarum, magna apud Ictos auctoritas fuit, audiamus: inter ligna ille enim vites arboribus etiam decori esse, & praecipuo inter illas loco constitui, ostendit: y)

Vitis vt arboribus decori est, vt vitibus vuae,  
Vt gregibus tauri, segetes vt pinguibus aruis,

K 2

r) KIRCHMANNVS, de funer. Rom. L. III. c. 17. & 21. s) CIC. L. II. de manu satis leg. c. 23. \*) Praef. de monument. secundum testatoris voluntat. faciendo, ad opponuntur. L. XIV. §. 4. D. de relig. u) TAGIT. de moribus Germ. c. 16. x) idem loc. cit. c. 10. y) VIRG. ecl. V. v. 33.

atque idem alio loco:

Non eadem arboribus pendet vindemia nostris. 2)

Vt intelligatur, *arborum* nomine veteres imprimis *vites*, ex quibus expectamus *vindemiam*, & omnia, quae radices habent, comprehendisse.

Igitur *arbores* stantes quidem appellamus, quae *radices egerint*, & *terra contineantur*, & *cohaereant cum fundo*. Sed haec talia quis non videt *fundi esse portionem*. Abscisse enim GAIUS, *rationem*, ait, id est, *iuris regulam* non permittere, vt *alterius sit arbor*, quam cuius in fundo radices egisse intelligatur, l. 7. §. 13. D. de *acquir. rer. dom.* Nec minus eleganter PAVLLVS, *arborem*, vbi *coaluerit, agro cedere*, l. 26. §. 2. D. de *acquir. rer. dom.* itemque alio loco, si quid eum re nostra *cohaereat*, illud *nostrum esse*, ostendit, l. 23. §. 2. D. de *rei vindicat.* Sed luculentius paullo VLPPIANVS, *fundi esse*, ait, quidquid *terra se tenere videatur*. l. 17. pr. D. de *act. emt.*

Igitur dicemus, quae *cum fundo cohaereant*, pro *parte fundi* accipi, & cum fundo ad possessorem quemlibet transferri. Ita quidem GAIUS etiam de *fructibus pendentibus* interpretatur, vt, quia cum corpore, quod terra continetur, *cohaereant, pars fundi esse* videantur. l. 44. D. de *rei vindicat.* Imo vero generaliter DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS l. II. C. de *rei vind.* segetem, quae terram amplexa sit, *ad dominum fundi* aiunt pertinere.

Ex eodem fonte deducitur, quod, secundum POMPONIUM, si fundus *euincatur, manu sata* & omnes fructus, etiam *industriales* atque *mixti*, a *possessore* pristino non tolli possint, sed ad euincantem pertineant: cum *confita* pro *parte fundi* habeantur. l. 53. D. de *rei vindicat.* Enimuero, si VLPPIANO obsequimur, *fundus est integrum* aliquid, quod omnes partes, & quaecunque cum ipso *cohaerent*, omnino comprehendit. l. 60. pr. D. de *verb. sign.*

Ex quibus rebus intelligitur, non solum *arbores stantes*, sed quaecunque etiam *manu sata* sint, omnemque segetem, & *pendentes fructus*, *portionem fundi esse*, & cum illo ad alios transferri.

Imo vero, secundum PAVLLVM, nec venditor, fundo *alienato, manu sata* tollere & retinere potest, quae ad terram adhaerent, nisi *pacto & lege venditionis* manu sata exceperit. l. 40. §. 3. D. de *contrah. emt.*

Haecenus igitur nihil inter *arbores stantes* & *manu sata* interest, vt, cum vtrumque genus cum *terra cohaereat*, & *arbores & manu sata* cum fundo ad quemcunque possessorem transferantur. Sed hoc loco tamen admonendum est, non omnino *confundenda esse* illa, quae *manu sata* sint, cum *arbori-*

2) V. G. Georg. II. v. 90.



*boribus*, quae aluntur in fundo ad fructum & iucunditatem. Enimuero *manu sata* dicimus, quae *singulis annis feri* solent, ad utilitatem exigui temporis, vt fructus eorum annis singulis tollantur. Sed *arbores* fere in *perpetuum* satae sunt, vt *nepotibus* vmbra faciant, atque ad posteritatem propagentur. Ita LABEO rem interpretatus est. l. 80. pr. D. de *contr. emt.*

Dicemus igitur, & *manu sata* & *arbores* esse fundi portionem, sed *arbores* sub illis, quae *manu sata* sunt, non comprehendendi, cum haec ad fructum praesentem, illae ad fructum diuturniorem, aut perpetuam iucunditatem, comparentur.

Quare intelligitur, si *ususfructus* fundi cuiquam relictus sit, *manu quidem sata*, quae *fructus* tollendi causa comparata sint, ad *fructuarium* referri, *arbores stantes* vero, ex PAVLLI interpretatione, inprimis grandes atque ad spem seculi futuri pertinentes, non recte ab illo *caedi iure ususfructus*, l. 11. D. de *usufructu*.

Nimirum generaliter VLPIANVS intercedit, ne possit ille *causam proprietatis deteriore* facere, ad quem *ius ususfructus* pertinet, l. 13. §. 4. D. de *usufr.* Vnum ipsi POMPONIVS permittit, vt ex *sylua caedua* pedamenta, atque ex arbore ramos aliquando, ex *non caedua* sylua ad necessitates duntaxat sumat, quantum sumi possit, vt fundus *non deterior factus* esse videatur, l. 10. D. de *usufr.* Et *caeduam* quidem syluam, quae, *Seruius* interprete, l. 30. D. de *verb. signif.* quamvis *succisa*, ex stirpibus & radicibus *renascitur*, etiam PAVLLVS in *fructu* esse atque ad *fructuarium* referri docet. l. 40. §. 4. D. de *contrah. emt.*

Sed ita quidem de *stantibus arboribus* habendum est. Haud paullo fecius quis iudicauerit, si de *arboribus caesis* & *deiectis* quaestio nasceretur.

Primo enim non indignum erit obseruari, *arbores deiectas*, quae *stantibus & cum fundo cohaerentibus* a POMPONIO nostro opponuntur, l. 40. D. de *act. emt.* arbores, inquam, *deiectas* esse *separata a fundo corpora*, & *cum fundo*, nisi aliud actum sit, quasi *partem fundi*, non transferri. Luculenter enim GAIVS docet, si, priusquam fundus emeretur, *arbores tempestate deiectae* fuerint, quod arbores *pars fundi* esse *desierint*, & quasi *separatum corpus* apud venditorem manere posse videantur. l. 9. D. de *peric. & commodo rei vend.* Imo vero, si ante venditionem *deiectae* sint, & harum contemplatione fundus inprimis *emtus* fuerit, non subsistere venditionem, supra ex PAPINIANO est a nobis obseruatum. l. 58. D. de *contr. emt.*

Itaque *deiectae* quidem aut *erutae arbores* desinunt pars fundi esse, & si cum agro alterius *coaluerunt*, agro alterius cedere videntur: imo, *erutae*, non ad priorem dominum reuertuntur, sed illius manent, ex cuius agro, tempore nouissimo, *erutae* fuerunt. Hoc enim PAVLLO placuit, l. 26. §. 2. D. de *adquir. rer. dom.*

Habes primum discrimen, quod inter *arbores stantes*, & *deiectas* atque a fundo *separatas*, intercedit. Deinde non omittendum est, quod VLPPIANVS obseruauit, *arbores, quae vi tempestatis ceciderunt*, non quidem esse *partem fundi*, sed neque tamen *inter fructus computari*. l. 7. §. 12. D. *solut. matrim.* Et *maritus* quidem certe *arbores*, quae in *fundo dotali* vi tempestatis ceciderunt, non totas lucrabitur, sed soluto matrimonio partem dimidiam pretii restituet vxori, non secus, ac si *thesaurum* in fundo alieno inuenisset. Ita enim VLPPIANVS respondit d. l. 7. §. 12. D. *solut. matrim.* cum ad vxorem, quae *naturaliter* fundi *domina* est, *arbores deiectae* inprimis pertinere videantur.

Paullo durius *usufructuarium* LABEO tractauit. Illi enim, secundum huius disciplinam, ne pars dimidia quidem *arborum*, quae *euulsae* sint, aut vi tempestatis foruitae *deiectae*, relinquetur, cum appareat, illas ad fundi *substantiam*, non ad fructus, pertinuisse: sed ad suas *necessitates*, atque ad *usum & refectionem* villae, si aliunde ligna & materia non suppetant, subinde sumere poterit, quantum necessitas exigit, ex *arboribus deiectis*, l. 12. pr. D. de *usufruct.*

At vero liberalior PAVLLVS fuit, qui, quamuis *arbores deiectas* non ad usufructuarium omnino referat, tamen ipsum non cogit, ut in locum *arborum euulsarum* aut *deiectarum* alias *substituatur*, cum ipsi ex euulsis & deiectis non omne commodum omnino relinquatur. l. 59. pr. D. de *usufr.* Contra, in locum *demortuarum arborum*, quae totae ad *usufructuarium* pertinent, quod nouas *substituere* cogatur, idem PAVLLVS alio loco comprobauit. l. 18. D. de *usufr.*

Satis, credo, ostendimus, *arbores vi tempestatis erutas*, aut *vento deiectas*, (nostri Wind-Brüche appellant,) *fructu fundi* non omnino contineri, sed esse corpora, ab *ipsa substantia fundi, vi tempestatis, separata*, quae ad dominum proprietatis pertinere videantur. Praeterea monendum est, *arbores deiectas* plerumque *materiae* nomine inprimis comprehenduntur. Ita enim VLPPIANVS l. 12. pr. D. de *usufr.* rem interpretatur, & prohibet, ne quis *materia*, id est, *arboribus deiectis*, pro *lignis* uti possit. Item etiam PAVLLO placuit, ut *arbores, pali & perticae*, non pro *lignis*, sed pro *materia* omnino habeantur. l. 168. D. de *verb. signif.* Sed GALLVS AQUILIUS apud MELAM *arbores caesas & deiectas materiam caesae* appellatione comprehendit. l. 17. §. 6. D. de *act. emt.* Inio vero generaliter, *quidquid potest in aliam speciem conuerti*, aut ex quo *nouum aliquid fieri potest*, *materiam* dicere solemus, quod GAIVS obseruauit. l. 7. §. 7. D. de *adquir. rer. dom.* Sed, sensu singulari & excellentiori, omnia ex quibus *aedificia* fiunt, *materiae* appellatione continentur. d. l. 7. §. 10. & 12. D. de *adquir. rer. dom.* & l. 47. D. de *act. emt.* Quod & *nostri* non ignorant, qui,

qui, voce *germanica* *Vau* Materialien, nihil non significant, quod ad usum aedificandi pertinere posse videatur.

Igitur arbores *deiectae* & *euulsae* ad *materiam* plerumque referuntur. Neque tamen negligendum est, haec talia, alio nomine *ruta caesa* appellari. Generaliter enim Q. M. V. C. I. V. S. S. C. A. E. V. O. L. A., in *rutis caesis* esse, ait, quae *terra non teneantur*, & *separata* sint a fundo, ut possint ad opus faciendum adhiberi. l. 241. D. de *V. S.* Et paullo clarius A. Q. V. I. L. I. V. S. G. A. L. L. V. S. *ruta* esse, ait, quae *eruta* sint, *caesa*, quae *deiecta*, ut *arbores caesae*, & *carbones*. l. 17. §. 6. D. de *act. emt.*

Ex his autem, quae adhuc comprobata sunt, intelligitur, ab *arboribus deiectis ligna* quodammodo *distingui*. De his quidem O. F. I. L. I. V. S. & V. L. P. I. A. N. V. S. disputarunt. l. 55. §. 1. & 2. D. de *leg. 3.* Sed receptum est, secundum V. L. P. I. A. N. V. M., ut haec demum *arbores ligna* appellentur, quae *destinatae* sint, ut *concidantur*, *ignis faciendi causa*. l. 55. §. 2. D. de *leg. 3.* Atvero *ad comburendum destinatae* sunt, quae vulgo *caeduae*, aut *cremiales*, aut, quod alii malunt, *gremiales* appellantur, quod idem V. L. P. I. A. N. V. S. obseruauit. l. 7. §. 12. D. *solut. matrim.*

S. A. L. M. A. S. I. V. S. quidem in *exercitationibus* P. L. I. N. I. A. N. I. S., itemque H. O. T. T. O. M. A. N. N. V. S. arbores *cremiales* rectius dici, ait, quasi a *cremando*, non a *gremio*, quo rustici ligna *collecta*, das lese-Holz, domum ferre solent. Ne quid nos teneat, audiamus C. O. L. V. M. E. L. L. A. M., a) qui ligna *cremia* dici, ait, quae *tenuia* sint, ut alius illorum usus, nisi, *ut comburantur* & ignem faciant, esse non possit. Sed de his quidem diligentissime A. L. C. I. A. T. V. S. b) noster tradidit.

Extremo obseruandum est, in *ordinatione syluestri Saxonica* Diui A. V. G. V. S. T. I., A. 1560. promulgata, inter *ligna cremialia* & alias *arbores deiectas*, die *Wind-Brüche*, discrimen luculentissimum constitutum esse. c)

### §. III.

Comprobauimus igitur, *arborem stantem*, quae in *fundo continetur*, Dominus *separatum a fundo corpus non esse*, quod P. O. M. P. O. N. I. V. S. docet, l. 4. D. de *fundi arbo. act. emt.* sed, tanquam *partem fundi* ad possessorem praedii transire. Si *res stantes* pereit, ut, quis *emere* aut *vendere* possit *partem illam fundi*, quae *arbo. vendere pot. ribus stantibus* in fundo continetur, breuiter expediamus. Et de *emtoro* <sup>ro simplici.</sup> quidem nulla fere controuersia est, cum quilibet, qui *res suas libere admi. ter fructuar. nistret*, etiam *emere* res alienas possit, nisi *luculento iure ab emtionibus* <sup>rius. nec ma.</sup> prohibeatur. De *fructuario* duntaxat dubitatum, *utrum emere possit arbo. ritus.* An *res vasallus recte* <sup>res vasallus recte</sup> <sup>vendat ar.</sup>

a) C. O. L. V. M. E. L. L. de re rustic. L. XII. c. 19.

b) A. L. C. I. A. T. V. S. ad L. XXX. de *bores in feu. verb. signif. op. T. II. p. 905.*

c) Forst- und Holz-Ordnung, d. A. 1560. do *stantes.*

§. Wenn aber, in codice Aug. T. II. p. 492.

*An parochus res, quarum fructus, cum ipsius fundi usufructu, ad ipsum iure reali vi-*  
*ex sylva pa-* dentur pertinere. POMPONIUS quidem negat, *emptionem* valere, si quis  
*rochiali an-* suam rem emerit, vel sciens vel ignorans. l. 16. pr. D. de *contrah. emt.*  
*ex fundo-* Igitur posset obtendi, ne *fructuarium* quidem, qui *particula dominii ad tem-*  
*oppignorato-* pus fruitur, emere omnino posse partem substantiae sibi obligatae. Sed op-  
*dominus ar-* portune occurrit idem POMPONIUS, valere emtionem, si *ususfructus*  
*bores vende-* duntaxat sit emtoris l. 16. §. 1. D. de *contrah. emt.* Viderur enim illud  
*re possit.* emisse, quod ipsi deest de proprietate, & quod ipsi non permillum est solo  
 iure usufructus.

Sed res plus difficultatis habet, si de *venditore*, & quis recte *vendat*  
*arbores in fundo stantes*, disputemus.

Et primo quidem POMPONIUS, in lege a nobis proposita 40. D.  
 de *act. emt. dominum fundi ex praedio arbores stantes* vendidisse, ait, ideo-  
 que valere hanc venditionem, vt *ex emto* agi possit. Vix enim locus esse  
 potest dubitationi, quin *dominus*, ad quem *fundus* tanquam *integrum cor-*  
*pus* pertinet, nisi lex specialis obster, etiam de *partibus* fundi & de rebus,  
 quae cum fundo cohaerent, libere disponat. Sed noli tamen illud temere  
 & sine discrimine omnino affirmare.

Enimuero, qui non *perpetuum & absolutum & plenum dominium*,  
 quod nostri appellant, adquisiuit, sed limitatum & reuocabile, aut qui rem ter-  
 tio restituere tenetur, illi nullius rei, nisi quae salua fundi substantia alienari  
 & consumi possit, venditionem permittere solemus.

Sed copiose disputauimus, *arbores stantes* ad fundi *substantiam* referri,  
 ideoque, nisi *caeduae* sint & renascantur, sine fundi *detrimeto* neque cae-  
 di neque vendi posse. Quare dicemus, *arbores stantes* ab illo, qui rem  
 alteri aliquando restituere obstrictus sit, succidi & vendi non posse, nisi de-  
 mortuae fuerint, aut caeduae, & generaliter, nisi succisione & venditione  
 illa pretium fundi non deminuat. Ex hac causa deducitur, quod & *ma-*  
*ritus* vxori teneatur, si in fundo dotali arbores non caeduas ceciderit, &  
*fundum deteriozem* fecerit *arborum succisione*. Quod supra, ex l. 7. §. 12.  
 D. *solut. matrim.* a nobis obseruatum est.

Non multo fecius de illo iudicabimus, qui *pignoris* iure res suas obli-  
 gauit creditori. MARCELLVS enim auctor est, debitorem, si rem oppi-  
 gnoratam deteriozem reddiderit, vt noceret creditori, de eo, quod inter-  
 est, teneri. l. 27. D. de *pignorib. & hypothec.* Quapropter audiendus est  
 creditor, aduersus debitorem, qui *sytuam obligatam, caedendo arbores*,  
 extirpat, aut corrumpit & consumit, vt pretium fundi imminutum non  
 sufficiat aeri alieno exsoluendo. Solent enim iudices, ad petitionem credi-  
 toris, *arborum succisionem* atque venditionem subinde *praeceptis poenalibus*  
 impedire, aut seuerioribus remediis vti, si res moram non ferre videatur.

Super-

Supereſt, vt de *vaſallo* videamus, quem ad ipſum fundi *dominium utile*, ſive, quod veteres dicebant, *ius dominio proximum* nanciſci, & *pro domino haberi*, expeditum eſt, 2. F. 8. cum & fundum, *quaſi dominus*, a quocun- que vindicare poſſe cenſeatur. Sed *vaſallum* quidem ſcimus prohiberi, ne fundum deteriores faciat, ſine *domini directi* & *ſimultanee inueſtitorum* aut *agnatorum* etiam conſenſu. 2. F. 8. in fine. Igitur certius videtur, ne quidem *ſyluam caedua* recte corrumpi a vaſallo, aut ab ipſo arbores ſuc- cidi & in emtores transferri poſſe, ſi hac venditione de pretio fundi aliquid decedat. Imo vtro, ſi *domino* vel aliis *ius banni ferini* competat, ita vtend- um eſt ſylua caedua, ne *venationi* damnum inferatur: Daß das Holz nicht ganz verödet, der Wild-Bahne kein Schaden zugefüget, noch das Wild in ſeinem Stande geſtöret werde. d) Apud Saxones quidem auguſtiſſi- mus *pater patriae* in *clementiſſimo edicto de propagatione arborum* anno clo lccc xxvi. propoſito, §. XIII. expectat & exigit a *vaſallis* ſuis, vt *tan- quam boni patresfamilias* ſaltibus & nemoribus vtantur. Daß unſere getreue Vaſallen und Untertanen, welche mit Zeyden und Wäldern beliehen, oder dergleichen ſonſt beſitzen 2c. ihre Heyden und Wälder hauſwirthlich tractiren ſollen. Quare apparet, ne his quidem graſſandi temere in ſyluis licentiam concedi, ſed modertae vtendum eſſe iure *arbores caedendi*.

Praeterea de *fructuario* ſupra comprobauimus, cum *ſtantes arbores*, niſi *caeduae* ſint aut *cremiales*, *fructuum* appellatione non contineantur, illum *arbores* excidere non poſſe, l. 12. pr. & l. 13. §. 4. D. de *uſufr.* Sed *cae- dua* quidem ſylua, ſecundum *TREBATIVM*, vt *bonus paterfamilias* vtetur. l. 9. §. 7. D. de *uſufr.*

Quae cum ita ſint, quid tandem de *parcho* dicemus, cui ſubinde leges eccleſiasticae *uſumfructum ſyluae parochialis*, des Pfarr-Holzes, liberaliter concedunt. An dicemus, *caedere* ipſum poſſe *arbores*, aut *ven- dere*, ex *parochiali ſylua caedua*, vt ipſe commodius alatur? Et *Saxonica* quidem *lege* ſapientiſſima conſtitutum eſt, vt, auctoritate & conſenſu ſupe- rioris, illorumque, *quorum intereſt*, ad *uſum ſuum*, & neceſſitates familiae, caedere *arbores cremiales* poſſit: praeterea nullae ipſi arbores omnino con- ceduntur, ne fundus d. terior ad poſterioritatem transmittatur.

Als auch beſunden, daß die Pfarr-Gehölte durch die Pfarrer zu Zeiten aus Geitz, oder ſoaderlich eigenem Nutzen, verſeßlich mercklich ver- hauen und alſo verwüſtet worden, daß etwa ihnen ſelbſt, auch ihren Nach- kommen, an jährlicher Beholzung mangelt, So wollen wir, daß hiñſübro- denen

d) STRVV. C. VI. theſ. XI. n. 3. MOHR. de iure venandi. c. 3. n. 23.  
GRYPH. oecon. legal. obleru. 18. n. 17. HORN. iuriſprud. feud. c. VII.  
§. 12.

denen Pfarrern ihres Gefallens Holz zu hauen nicht verstatet, besondern, nach Grösse und Gelegenheit, auch Abtheilung des Holzes, und an guten gelegenen Orten, (damit es wiederum wachsen, und nicht etwan gar verhauen werden möge) mit Vorwissen der Erb- und Lehn-Herren, (da die vorhanden, oder zu erlangen,) oder, in deren Mangel, des Richters, oder Kirch-Väter nothdürftig Feuer-Holz zu hauen angeweißt, und ferner nichts, weder durch sie, die Pfarrer, Kirch-Väter, oder jemand anders, aus den Pfarr-Hölzern zu Brenn-Holz, oder Bauen, etwas gehauen werde, damit alle nachkommende Pfarrer, so wohl und viel Holzes finden und haben mögen, wie die jetzigen Pfarrer haben und bekommen. 26. 2)

Igitur Saxones vix quidem ius vendendi arbores ex parochiali sylua parochia concedent; cum usu lignorum necessitas duntaxat propria, nothdürftig Brenn-Holz, non ius vendendi arbores, contineatur.

Imo vero generaliter illustris BOEHMERVS f) de iure communi, etiam ex ingenti sylua, ex qua arbores sine cuiusquam incommodo & pretii diminutione vendi possent, negat ius vendendi arbores parochis competere, sed pecunias ex arboribus venditis redactas sub foenore elocandas, & vsuras duntaxat parochis distribuendas esse, ait. In eandem fere sententiam ante ipsum CARPZOVIVS g) respondit.

Sed extra Saxoniam quidem, in illis regionibus, in quibus provinciali lege ius usufructus, parochia in syluis parochialibus concessum, non restrictum est, videtur TREBATII sententia parochis fauere, vt non solum ad suos vsus ligna ex sylua caedua sumere, sed etiam vendere possint arbores, si venditione pretium fundi non imminuatur, l. 9. §. 7. D. de usufr. Qua ex causa, vt a praeside accepi, ICti Vutembergenses, mense Ianuario huius anni, ad consultationem exterorum, praefecti Wintzenburgensis sententiam confirmauerunt, qua parochia ius vendendi arbores ex sylua parochiali concesserat, & solam moderationem boni patris familias ipsi praeciendam esse duxerat. His enim ICti nostri rationibus imprimis utebantur:

Dieweil dem pastori, wenn nicht ein anderes ausdrücklich verordnet, der Nießbrauch des Pfarr-Holzes unstreitig zustehet, mithin derselbe in sylua caedua, wenn der Werth solcher Holz-portion dadurch nicht vermindert wird, auch Bäume fällen und verkauffen kan,

l. 9. §. ult. l. 10. & 11. D. de usufr.

seine successores aber, daferne das Grund-Stück und dessen Nutzung im vorigem Stande erhalten wird, sich begnügen müssen, So ist voriger Bescheid von uns billig confirmiret worden.

#### §. IV.

e) Ordin. Sax. eccl. art. gener. 31. Von Pfarr-Hölzern. cod. Aug. T. I. p. 458.  
 f) BOEHM. in iure parochiali, sect. V. c. 2. §. 24.  
 g) CARPZOV. iurisprud. consist. l. 1. tit. VII. def. 108-n. §. & 6.

## §. IV.

Nemo igitur facile dubitauerit, quin a domino subinde, *saluo iure Sylua caedua* <sup>ad tempus vendi potest. Quid interfit in-ter venditio-</sup> *tertiū*, in primis si fundi pretium non imminuatur, *arbores, stantes* in praedio, efficaciter vendantur. Consequens est, vt de ipsa *formula* venditionis huius videamus. Et primo quidem, si quis specialiter *quasdam* duntaxat *arbores, stantes* in praedio, vendiderit emtori, manifestum est, quid actum sit, & quod solum *ius tollendi illas arbores* venditum esse videatur. Sed impeditior est illa formula, quam LABEO proponit, l. 80. §. 2. de *contrah. emt.* si conuenerit, vt, non arbores singulae, sed *ipsa sylua caedua* <sup>per rariam & locationem syluae caeduae.</sup> *per annos aliquot vendita sit emtori.* In hac enim specie, non arbores, sed ipse fundus per tempus aliquod venditus videri posset, quasi *omnis utilitas* & omne ius de *sylua caedua* liberrime omnino disponendi ad emtorem transferatur. IULIANVS certe fauet illi sententiae, vt cum fundo ipsum etiam solum a domino alienatum videatur. l. 81. §. 3. D. de leg. 1.

IMO MARCELLVS & VLPIANVS, fundo etiam *ad tempus* cum *conditione resolutiua* vendito, *dominium interim transferri* iudicarunt. l. 4. §. 3. D. de *in diem addict.*

Sed obstat huic sententiae, quod, si emtori ius *consumendi* syluam caeduaam tribuamus, & arbores, quae ad *substantiam* syluae quodammodo pertinent, extirpandi potestatem faciamus, frustra *in aliquot annos duntaxat* venditio facta esse videatur: cum venditori *spes inanis* syluam caeduaam elapso tempore recuperandi, *extirpatis arboribus*, relinqueretur. Ideoque LABEONI quidem fere non videtur omnis *utilitas syluae caeduae*, sed solum *ius caedendi & tollendi arbores*, ad emtorem pertinere. l. 80. §. 2. D. de *contr. emt.* Proximo enim versiculo antecedente, §. 1. eiusdem legis, *de venditione iurium* coepit disputare. Imo vero LABEO cum SERUIO negat, nisi aliud actum sit, *glandem*, quae in sylua in quinquennium vendita *decidisset*, emtoris esse, quamuis haec in dubio *ad dominum* fundi referatur: negat, inquam, *glandem* emtoris esse, praeter illam, quae in *arboribus* fuisset, cum ipsae ab emtore caederentur. Itaque *venditorem* potius *glandem* & fructus syluae retinere censet, emtorem vero duntaxat *arbores, quas ipse ceciderit*, & glandem cum illis cohaerentem, ex illo negotio lucrari. l. 80. §. 2. D. de *contrah. emt.*

Quae cum ita sint, apparet emtori legem *boni patrisfamilias* in illa venditione impositam videri, *ne fundum deteriore* faciat, neue pretium fundi *internum*, quod fuit tempore contractus, caesis promiscue arboribus imminuatur.

Sed videndum est, vtrum illa sit *vera venditio*, si *ius vendi sylua caedua ad certum tempus, salua substantia*, pro pecunia numerata, vendi-

tur emtori. Enimvero videtur fere magis *locatio* esse, quam *venditio*, si *ius utendi* pro mercede transferatur.

Nimirum, quod GAIUS ait, l. 2. pr. & §. 1. D. *locati*, est quaedam *familiaritas* & proxima *coniunctio* inter *venditionem* & *locationem*, vt. inter-  
terdum quaeri debeat, an sit *emptio* an *conductio*. Ideoque secundum POM-  
PONIVM, PAVLLVM, HERMÖGENIANVM atque IAVOLENV M l. 6.  
§. 1. & 2. l. 21. §. 4. D. de *actio. emt.* l. 3. D. *locati*. l. 75. & l. 79. D. de  
*contrah. emt.* contractui emtionis conductio, conductioni emtio interdum  
adiicitur, vt deinde *emtor* etiam de illo, quod ex *conductione* debetur,  
actione *empti* experiri possit, si principaliter *emptio* celebrata esse videatur.

Neque negari potest, interdum *dubium discrimen* esse, quo conductio  
ab emtione seiungatur. Sed LABEO tamen inuenit aliquod discrimen, quo  
facillime venditio locatioque distinguantur. Ait enim, non videri *emtionem*,  
si de rei venditae *dominio* id agatur, *ne illud transire possit ad emtorem*:  
hoc enim si actum sit, potius *locationem* esse, aut genus aliud contractus.  
l. 80. §. 3. D. de *contrah. emt.*

Idem & IAVOLENO verius esse visum est, vt, quoties res vendita  
*alienetur*, *venditio*, non *locatio*, subesse intelligatur. l. 65. D. de *con-  
trah. emt.*

Quid igitur de *sylua caedua in aliquot annos duntaxat vendita*, con-  
stituemus, cum hac venditione solum ius caedendi arbores ad tempus ali-  
quod transferri videatur. Videlicet, si, *animo vendendi*, negotium contra-  
ctum sit, dicendum est, quamprimum emtor caedere syluam coeperit, pre-  
tio venditori numerato, *ius reale per quasi traditionem* transire ad emto-  
rem, sed *reuocabile*, & *restrictum ad solas arbores*. salvo fundi pretio in-  
terno, *caedendas*: ideoque etiam *possessionem* & periculum ad *emtorem* per-  
tinere: l. 2. §. 1. D. de *in diem addict.* Contra, si quis *conduxerit* vsum  
sylvae pro mercede, in personam locatoris duntaxat habebit actionem, & rei  
interitu, si sylua sine culpa conductoris igne absunta fuerit, liberabitur  
necessitate pensionis exsoluendae. Ceteras *leges & formulas*, quibus *fructus  
pendentes* & cum fundo *cohaerentes* vendi soleant, CATO <sup>h)</sup> enarrauit.

### §. V.

*Venditor* *Exposuimus*, quis recte vendat *arbores in fundo stantes*, quae ad  
rei cum fun- ipsam *fundi substantiam* tanquam *partes* quaedam videntur pertinere. Nunc  
do *cohaeren-* igitur tempus est, vt reuertamur ad POMPONIVM, qui in leg. nostra 40.  
tis pretio nu- D. de *act. emt.* venditorem, qui *pecunia accepta arbores, stantes* in prae-  
merato obli- dio, *tradere* noluerit, ex emto conueniri posse, ait. Operae pretium fuerit,  
gatur ad tra- breuiter indicare, *ad quid venditor*, pretio soluto, *teneatur*.  
dendum, em-  
tor ad sol-

h) CATO de re rustic. c. 146. & 147. sqq.



Et ante omnia quidem obseruandum est, si quis *arbores, stantes in fundo. Tradendo*, aut alias res, quae fundi *portio* sunt, & *cum fundo cohaerent*, *deve, est rem vendiderit*, res illas, *non tanquam partem fundi & rei immobilis, vendendas*, sed id actum esse videri, ut illa, quae cum fundo *cohaerent*, *postea* *fiant res mobiles*, atque ad emtorem transferantur: siue *ipsum ius deiciendi & tollendi* res illas *cum fundo cohaerentes, venditum* censerit: quod ex illis, quae priori *§pho* a nobis disputata sunt, intelligitur.

Ad quid igitur dicemus *obligari* venditorem, qui *arbores, stantes in praedio*, vendiderit, sed *nondum caesas*, neque ab illo praedio, cuius portio sunt & cum quo cohaerent, separatas.

Illud quidem expeditum est, non agi posse aduersus venditorem, nisi *pretio soluto*, quod & POMPONIUS noster, l. 40. D. de *act. emt.* & l. 6. §. 1. & l. 19. D. de *contrah. emt.* obseruauit: inprimis, si conuenierit, ut pretio non soluto res sit *inempta*. Imo vero licet *tradita* fuerit, res non aliter *fit accipientis*, nisi aut pretium *solutum sit*, aut eo nomine *satisfactum*, vel *fidem habuerimus* emtori siue vlla satisfactione. l. 19. D. de *contrah. emt.* Quid, quod ne quidem sufficiat *partem pretii* soluisse, cum reliqua corpora, quae nondum tradita sunt, secundum SCAEVOLAM, *pignoris iure* retineri possint. l. 22. D. de *heredit. vel action. vendit.* Et singulare est, quod LABEO affirmat, si emtor *duos heredes* reliquerit, & alter coheres, quia nomina ipso iure diuisa sunt, dumtaxat partem suam soluerit, tamen ipsum *ex emto* cum venditore agere non posse, nisi *totum pretium* soluatur: ita enim contractum *aes alienum* diuidi non posse. l. 78. §. 2. D. de *contr. emt.* Quod habet rationem, cum *deterior* venditoris conditio fieri non debeat, *per emtoris mortem & multitudinem heredum*. Igitur, *solutio* pretio demum & pecunia omni numerata, emtor aduersus venditorem, qui tradere noluerit, *ex emto habet actionem*.

Nimirum, *numerata pecunia*, aut si emtor realiter *paratus est* ad numerandum, venditor *ut tradat rem venditam* tenetur. Imo, si *moram* fecerit venditor, de eo quod interest, conuenitur, & praestare debet, quod *rem habere* interest emtoris, & si pluris intersit, quam quo pretio res empta est, obligatio venditoris egreditur ipsum pretium venditionis. Ita VLPRIANVS & POMPONIUS rem interpretantur, l. 1. & l. 9. pr. & §. 3. D. de *act. emt. vendit.* Luculenus autem DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS venditorem, aiunt, *de fide rupta* actione emti conueniri posse, si pretio accepto rem tradere recuset. l. 7. C. *si quis alteri vel sibi*. Interim sufficit, si venditor semper *paratus* sit ad tradendum, & si nulla difficultas a venditore obiciatur, quo minus res tradatur. Hoc POMPONIUS praecipit, l. 3. §. 4. D. de *act. emt.* *Emtor* enim, quod POMPONIUS alio loco ait, actione venditi tenetur, & compelli potest ad *tollendum*, si venditor tra-

dere paratus sit. l. 9. D. de *act. emt.* Sed idem tamen POMPONIUS, & PAVLLVS, l. 3. §. 2. & l. 2. §. 1. D. de *act. emt.* desiderant, vt *vacua possessio* tradatur. Inprimis si quis *corpus cum terra & fundo adhuc cohaerens*, vt, *vindemiam & fructus pendentes*, vendiderit & fructus legere & tollere prohibeat, ex emto actione efficaciter conuenietur: quod IULIANVS & DIOCLETIANVS aiunt. l. 25. D. de *act. emt.* l. 4. C. eod. Contra, si *per ipsum non steterit*, quo minus res tradatur, defungetur officio, secundum GAIVM nostrum, *si cedat emtori actiones*, aduersus illos, qui nullo iure ipsum impediunt, quo minus tradere rem possit, l. 35. §. 4. D. de *contrah. emt.* Quod & PAVLLVS atque IULIANVS itemque VLPIANVS l. 12. 13. 14. D. de *peric. & commod. rei vendit.* & l. 14. pr. D. de *furtis*, probauerunt. Sed si *rem alienam* vendidit, quamvis tradiderit, tamen ex emto conuenietur, ac si res nunquam tradita fuisset. l. 3. pr. D. de *act. emt. vendit.*

*Tradere* igitur rem venditor tenetur. Sed vt illud efficaciter fiat, vtque errori & dissensionibus obuiam eatur, ita tradere debet, vt *finis* etiam ostendat, ne ignoret venditor, quantum occupare debeat & *possidere*. Hoc enim SCAEVOLA praecepit. l. 48. D. de *act. emt.*

Sed quid dicemus, si tradiderit? an compelli poterit venditor, vt etiam *dominium* in emtorem transferat, priusquam actione emti liberetur. Et PAVLLVS quidem, in negotiis *stricti iuris*, negat, si rem *tradi* stipulemur, illud intelligi, vt *proprietas* in stipulatorem transferatur: sed ait sufficere, si *res tradatur*. l. 28. D. de *verb. oblig.*

Imo vero, etiam in *bonae fidei* negotiis, maxime in venditionibus, AFRICANVS atque VLPIANVS docent, non cogi venditorem, vt *rem faciat emtoris*, sed satis esse, si, quantum in se positum sit, efficiat, vt emtori *rem habere*, id est, *possidere*, illaque vti liceat, tanquam sua. l. 30. §. 1. D. de *act. emt.* l. 25. §. 1. D. de *contrah. emt.*

Recte enim CUIACIUS <sup>i)</sup> & HOTTOMANNVS <sup>k)</sup> traditionem, ad quam venditor obstringitur, definiunt, dum illam in *possessionis datione* consistere affirmant: quamvis, vt supra comprobauimus, si *res non tradatur* efficaciter, sed *possessio* deinde iure aueretur, *res fere non tradita fuisse* censetur. l. 3. pr. D. de *act. emt.* Sed controuersiam, quae inter IACOBVM RAEVARDVM <sup>l)</sup> & GERARDVM NOODT de illo argumento suborta est, hic postremus felicissime diremit. <sup>m)</sup>

Venditor igitur efficiet, vt *rem habere*, id est, *possidere liceat emtori*. Eleganter enim DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS emtione perfecta & pretio

i) CUIAC. XI. obs. c. 19. op. T. III. p. 336. k) HOTTOMANN. quaest. illust. XI. l) IACOBVS RAEVARDVS, varior. L. IV. c. 19. m) GERARDVS NOODT. probabil. iur. ciu. L. II. c. 12. op. T. II. p. 53.

pretio soluto, *possessionem emtam* esse censuerunt. l. 15. C. de rei vindic. Sed expediendum est, quomodo hoc praestetur a venditore, ut emtor res venditas possidere possit. Neque dubitari potest, *rem mobilem*, ideoque etiam *arbores*, aut *poma*, aut *vindemiam pendentem*, ita nobis tradi debere, ut res illas *apprehendere & custodire*, &, si velimus, *naturaliter possidere*, illisque *incumbere*, possimus. Ita NERVA filius & PAVLLVS de rebus *mobilibus* tradiderunt. l. 3. §. 13. D. de *adquirend. vel amitt. possess.*

Vnum meretur obseruari, *rem incertam* nec *tradi* posse, neque *possideri*: itaque, si quis ex fundo *arbores* emerit, sed hac lege, ut illas emtori *eligere* liceret, ante electionem quidem, cum & venditor ignoret, quid tradat, & emtor nesciat, quid ipse a venditore accipiat, certum est, *arbores* nec *traditas* videri, neque ab emtore *possideri*. Ita quidem aperte POMPONIUS, l. 26. D. de *adquir. vel amitt. possess.*

Quapropter disputatione vix indiget, *arbores stantes*, aut *vindemiam pendentem*, quae tanquam *res mobiles* vendantur, non posse *tradi*, *quandiu cum fundo cohaereant* & terra contineantur & *pro parte rei immobilis* habeantur. Neque enim *possideri potest* corpus aliquod tanquam *res mobilis*, quam diu *cum re immobili unum corpus constituit* & cum fundo cohaeret & terra continetur. Quod argumentum IAVOLENVS diligentissime tractavit, l. 23. §. 2. D. de *usurpat. & usucap.* Quapropter nulla est traditio *arborum stantium* in praedio, *donec a substantia fundi* separentur. Recte enim PAVLLVS obseruauit, ne illarum quidem rerum, quas antea *singulas & separatas* iure dominii possedimus, a nobis dominium *vindicari* posse, si res nostrae cum alia re *cohaerere* coeperint, *donec a corpore principali separentur*: adeoque *ad exhibendum* potius agendum esse; ut res nostrae a corpore alterius *separentur*, & post separationem domino reddantur, l. 23. §. 5. D. de *rei vindic.*

### §. VI.

Tradere igitur, ut supra demonstratum est, rem venditam debemus *Rescum fundo* & efficere, ut rem *habere & possidere* liceat emtori. Igitur quibus modis *do cohaerentes ante separationem* hoc efficiatur, ut res cum fundo nostro *cohaerentes* ab emtore possidere possint, videamus.

Et facillimus quidem videtur GAIUS noster, qui *nudam voluntatem* interdum censet sufficere ad rem *transferendam*: in primis si rem ex cautia *propria neque* *emtionis* apud alterum esse patiamur. l. 9. §. 5. D. de *adquir. rer. domin. neque vera* Idem etiam POMPONIO placuit, ut, si dominus rem suam velit *tuam* esse, *neque quasi* tradita omnino videatur. l. 21. §. 1. D. *eod.* Imo vero, secundum *VENV- traditione* *LEIVM*, fatis est, si dominus alteri, rem occupanti, vim omnino fieri, aut *possunt. Si* ipsum,

gnatio & c. ipsum, quo minus occupet, impediri prohibuerit: cum ita rem ipsi exhibuisse  
*stodiu arb-* & assignasse censeatur. l. 52. §. 2. D. de *adquir. vel amitt. possess.*

*rum in pra-* Sed caue existimes, *semper nuda voluntate* traditionem a domino ab-  
*dio stantium* solui & rem *traditam* esse, si dominus *velit* illam ad te transferri. Enim-  
*nec domi-* vero, ut supra demonstraui, in *traditione* desideramus, ut venditor  
*nium nec* possessionem efficiat, quo emtor rem traditam *habere & possidere* possit. Hoc plerum-  
*possessionem* que non efficitur *nuda voluntate*. Obiit enim POMPONIVS, qui non  
*transfert.* satis esse censuit, si dominus *zifferit*, ut me alius *inducat* in possessionem,  
*Ante separa-* sed reperi, ait, ut vere inducat in possessionem. l. 33. D. de *adquir. vel*  
*tionem ven-* *rum persona amitt. possess.*

*d et tan-* Praeterea GALVVS & POMPONIVS in legibus supra allegatis, l. 9. §. 5.  
*rum persona* & l. 21. §. 1. D. de *A. R. D.* tunc demum *nudam* domini *voluntatem* ad-  
*li actione con-* mittunt, si ille, cui res tradenda est, vel naturaliter rem tradendam iam  
*veniri potest.* *Si fundus* detinet, vel etiam vere illam *possidet*, sed ex alia causa, quam ex emtione,  
*post vendi-* *rum ante il-* ex qua venditor in ipsum vult dominium transferre. Hoc enim ex ipsis le-  
*tionem arbor-* *larum separa-* gum verbis intelligi ur, quas exscribere non vacat. VENVLEIVS autem  
*rum ante il-* l. 52. §. 2. D. de *adquir. possess.* tractat eiusmodi speciem, in qua ille, cui  
*rationem ter-* *tur. Fundus* res traditur, vere *occupat* possessionem domino consentiente. In his igitur  
*tio vendi-* *cum arbori-* exemplis *vere* efficitur per *nudam* domini *voluntatem*, ut emtor rem *habere*  
*tur. Fundus* & *possidere* possit.

*bus ad ter-* Extra has species non sufficiet *nuda voluntas* ad *traditionem*, nisi alteri  
*rium trans-* *feratur.* facultas detur rem *tollendi* & vere occupandi, l. 3. §. 13. D. de *adquir.*  
*feratur.* *vel amitt. possess.* DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS aperte praeci-  
*feratur.* piunt, non nudis *paetis*, sed *traditionibus* & *vsucapionibus*, dominia trans-  
*feratur.* ferri, l. 20. C. de *paet.* ut appareat, *paeta* & *nydam voluntatem* traditio-  
*feratur.* nibus opponi. Igitur, si emtor *naturaliter possessionem*, quodocunque  
*feratur.* velit, *confestim nancisci non possit*, quod NERVA filius desiderat, d. l. 3. §. 13.  
*feratur.* D. de *adquir. vel amitt. possess.* res nondum tradita videtur.

Sed inprimis in rebus *cohaerentibus*, quae nondum *separatae* sunt, non exiguam difficultatem habet, ut sciamus, quando alter res illas *naturaliter possidere possit*, & quando *vere traditae* emtori videantur. Quapropter, ut de hoc argumento, in quo cardo huius dissertationis vertatur, certius quid constituere possimus, operae pretium erit, ante omnia de diversis speciebus rerum *cohaerentium* aliquid monere.

Sed elegantissime quidem de rebus *cohaerentibus*, „L. ANNAEVS SE-  
 „NECA tractauit. n) Quaedam, inquit, corpora *continua* sunt, ut homo;  
 „quaedam *composita*, ut domus & nauis, & omnia, quorum diuersae par-  
 „tes iunctura in vnum sunt coactae: quaedam constant ex *distantibus capiti-*  
 „bus, quorum *membra* adhuc separata sunt, tanquam exercitus, populus,  
 „lena-

n) SENEC. epist. 102.

„senatus. Illi enim, per quos ista corpora efficiuntur, iure & officio cohaerent, natura diducti sunt, & singuli.,

Neque minus apposite POMPONIUS, tria esse, ait, genera corporum, vnum, quod continetur uno spiritu, quod Graece ἑνωμένον, unitum, vocatur, vt homo, tignum, lapis: alterum, quod ex contingentibus, id est, ex pluribus inter se cohaerentibus, constat, quod connexum dicitur, vt aedificium & nauis: tertium, quod ex distantibus constat, vt corpora plura, non soluta, sed vni nomini subiecta: velut grex, legio, populus. l. 30. pr. D. de usurpat.

Iam vero dubitationi fere vix locus est, quin arbores stantes & cum fundo cohaerentes, itemque fructus pendentes, ad primam classem rerum cohaerentium pertineant, quas SENECA continuas, POMPONIUS unitas, quae uno spiritu contineantur, appellauit. Nimirum, supra demonstratum est, arbores stantes & fructus pendentes esse partem fundi. l. 17. pr. D. de act. emt. l. 53. D. de rei vindic. cum ratio non permittat, vt alterius sit arbor, quam cuius est fundus, in quo arbor radices egerit. Contra, fundus, secundum VLPIANVM, est integrum aliquid, quod omnia, quae terra se tenent, comprehendit, l. 60. D. de verb. signif.

De his igitur, quae unita sunt, & naturaliter cum alia re cohaerent, videndum est, quomodo, si sigillatim & sine fundo venditae sint, & tradi & possideri possint.

Neque vero dubito haec talia nunquam, & nullo modo, tradi & sigillatim possideri posse, donec separata sint a fundo.

Nimirum supra a me comprobatum est, fructus pendentes, & arbores stantes, si absque fundo a domino vendantur, tanquam res mobiles venditas videri, adeoque tanquam res mobiles tradi debere, & ab emtore possideri. Sed luculenter IAVOLENVS, quod antea monuimus, l. 23. §. 2. D. de usurpat. docet, non posse recipi, vt eadem res tanquam mobilis possideri possit, quae cum re immobili adhuc cohaereat. Quod quidem nullam dubitationem habet, si de rebus continuis seu unitis, quae vno spiritu continentur, disputemus. Si quis enim, vt exemplum proponam, si quis, inquam, caput aut corium tauri aut vituli adhuc viuientis emat, manifestum est, caput & corium tauri absque tauro nec tradi nec possideri posse, donec hae partes a corpore suo separentur. Quae cum ita sint, nec arbores stantes tradi & possideri possunt, nisi a fundo, tanquam corpore suo, cum quo naturaliter cohaerent, separatae & caesae & deiectae sint.

Hoc intellexit IULIANVS, qui l. 25. D. de act. emt. eleganter docet, illum, qui vindemiam pendentem emerit, antequam vuae a fundo separentur,

c) Vid. GERARDVS NOODT ad L. XXI. pandect. tit. II. p. 467.

*tur, non rei vindicatione, sed actione ex emto duntaxat, aut exceptione rei nondum traditae, uti posse: sed si vuae iam lectae, & venditoris voluntate a fundo separatae sint, tunc demum, si quis illas tollere aut calcare prohibeat, ad exhibendum, aut rei vindicatione, aut iniuriarum actione recte agi aduersus possessorem. Ex quo loco discimus, vvas nondum separatas, neque lectas, nondum traditas, neque ad emtorem translatas esse; post separationem vero demum illas possideri, & ius reale ac perfectum in emtorem transferri posse; in quo si turberur, actioni ad exhibendum & iniuriarum locum facit IULIANVS.*

Eadem fere dicenda sunt de secunda classe rerum *cohaerentium*, quae *connexae* dicuntur, & ex pluribus rebus, in vnum coactis constant, & vno nomine appellari solent. In his enim, velut in aedificio, etiam *res mobiles*, ut lapides & tigna, continentur. Sed, de his quidem luculenter IAVOLENVVS tradidit, res hasce *mobiles*, quamdiu cum aedificio coniunctae sint, *tanquam res mobiles & singulares nec possideri posse, nec usucapi, sed diruto aedificio, si separatae sint, tunc demum de nouo possidendas esse: ut, quamuis domus lapsu temporis usucapta sit, res illae mobiles, antea cum aedificio connexae, nunc separatae, noua usucapione adquirendae esse videantur.* l. 23. §. 2. D. de *vsurpat.*

Vides igitur, *res mobiles & singulas, quae cum re immobili cohaereant*, ut arbores, & fructus pendentes, ante *separationem* ab emtore non possideri posse. Sed si *possideri nequeunt, nec tradi possunt ante separationem*, cum *traditio sit datio possessionis: quod supra obseruauimus.*

Itaque fingamus, GELLIVM quendam *arbores, stantes* in praedio, aut fructus pendentes, TVLLIO heri vendidisse, hodie vero totum fundum, quo arbores & fructus continentur, vendere & tradere DOMITIANO: an dicemus Tullium aduersus Domitianum *rei vindicatione, aut ad exhibendum* experiri posse? Equidem hoc affirmare non ausim, quandoquidem *arbores stantes* Tullio nec traditae sunt, nec possessae, antequam Domitiano fundus traderetur. Certius enim videtur, arbores illas, & fructus pendentes, ad Domitianum tanquam *p. partem fundi* pertinere. Si quid enim cum *fundo cohaeret*, simul nostrum est, quod PROCVLVS & PAVLLVS aiunt, l. 26. §. 1. D. de *adquir. rer. dom.* & l. 23. §. 2. D. de *rei vindicat.* Et secundum VLPIANVM, omne illud fundi est, quod terra se tenet, ut supra a vobis monitum est ex lege 17. pr. D. de *act. emt.* Hoc enim tam laxo sensu verum est, ut etiam *res non alienabiles, ut res religiosae, quae cum fundo, cohaerent, simul cum fundo, per accessionem, sed saluo iure suo, transferantur, ut PAVLLVS & VLPIANVS tradiderunt.* l. 22 & 24. D. de *contrah. emt.*

Quae cum necari non possint, Tullio, arborum *stantium* emtori, aduersus Domitianum nec rei vindicatio, nec actio ad exhibendum, competet, sed aduersus Gellium, venditorem, *actione personali* ex emto, ad id quod

quod interest, emtor experietur. Quod & MUCIUS & POMPONIUS probauerunt, in lege a nobis proposita 40. D. de act. emti.

Igitur arbores stantes in fundo, priusquam separentur, vere tradi non possunt.

Superest, ut expediamus, an non *traditione impropria & ficta* res cum fundo cohaerentes, tanquam *mobilis*, transferri possint ad emtorem.

Enimuero in primis *signatione*; id est, *signo imposito*, quamuis res loco non mota sit, interdum tradita videtur. PAVLLVS enim auctor est, *trabes*, quae fiunt ex arboribus, *traditas* censerī, si emtor illas ex *voluntate* domini *signasset*. l. 14. D. de *peric. & commod. rei vindit.* quod & GERARDVS NOODT, p) & STRYKIVS q) obseruat.

Sed PAVLLVS quidem de *trabibus a fundo separatis* adeoque *mobilibus*, tractauit, ut *signatione* possessio illarum acquiri posse videatur. d. l. 14. D. de *peric. & commod. rei vendit.* Sed si res adhuc cum fundo cohaereat, aut alia ex ratione nondum apprehendi & possideri possit, certius est, illam non esse *traditam*, quamuis emtor illam *signauisset*. Enimuero inter TREBATIVM & LABEONEM fuit illa controuersia, cum ille *dolium signatum* omnino *traditum* censeret, LABEO contra iudicaret, *dolium non traditum* videri. Et VLPIANVS quidem praefert LABEONIS sententiam, ut non sit *traditum* dolium, quamuis *signo imposito*: cum potius, ne dolium cum alio permutetur, quam ut pro tradito accipiatur, ab emtore videatur signatum esse. l. 1. pr. & §. 2. D. de *pericul. & commod. rei vendit.*

Eadem fere dicenda sunt, si ille, qui *arbores stantes* aut fructus *pendentes* emit, *custodes apposuerit*, ne res emtae a furibus interuertantur. FAVOLENVS quidem ita de *aceruo lignorum* iudicauit, ut, si dominus illum me tollere iusserit, & ego *custodiam* apposuerim, *aceruus mihi confestim traditus* censerī possit. l. 51. D. de *acquir. vel amitt. possess.* Sed noli *aceruum lignorum* cum arboribus stantibus, quae cum fundo cohaerent, permiscere. Ille cum separatus sit a fundo, & apprehendi & possideri potest ab emtore, voluntate venditoris, ideoque traditus videtur, si illum apprehenderim per *custodes*. Sed *arbores stantes & fructus pendentes ante separationem*, absque fundo non possideri possunt, adeoque nec per *custodes*, tradi aut apprehendi potuerunt.

Extremo videamus, si *arbores stantes* in conspectu emtoris ipsi assignentur, an non *oculis* possessionem emtor adquisiuisse videatur. Ita *oculis* rem dicuntur non solum apprehendere, sed etiam *deuorare*, qui cupidius ad rem in conspectu positam adspirant. Hoc sensu SENECA *oculos* illorum *gulosos* r) appellauit, qui dapibus conspectis picam comescere non possint.

M 2

Imo

p) NOODT. probabil. L. II. c. 6.  
tit. I. §. 3.

q) STRYK. vsu modern. pandect. ad L. XLI.  
r) SENECA. quaest. natural. III. c. 18.

Imo vero CELSVS probat hoc *traditionis* genus, cum res oculis conspicitur & emtori assignatur. l. 18. §. 2. D. de *adquir. possess.* Ita, si pecunia mihi debita in conspectu meo apud me a debitore deponatur, IAVOLENVUS censet, illam mihi traditam videri. l. 79. D. de *solut.* Praeterea PAVLLVS hoc *genus traditionis naturale* dixit, si res ita ostendatur, vt *pro tradita*, haberi possit, l. 8. D. de *pecul.* Et Gaius habet non dissimilem speciem, quam *tacitam traditionem* appellauit. l. 2. D. *pro socio.* <sup>s)</sup>

Sed res ipsa loquitur, haec fructu & effectu carere, *si non possit* res tradita ab emtore *apprehendi atque possideri.* Sed antea ostendimus, rem mobilem, quae ab *immobili* nondum separata sit, non posse tanquam mobilem apprehendi aut tradi, aut possideri. l. 23. §. 2. D. de *vsurpat.*

Atuero finge, venditorem *iussisse* emtorem, vt *arbores in conspectu eius stantes* deiiceret, & tolleret, & sibi haberet. An tunc forte traditae videbuntur? Adhuc dicemus, *venditionem esse cum mandato contractui adiecto*, sed nullam *traditionem* interuenisse. Itaque si fundus vendatur, & tradatur nouo emtori, antequam prior emtor deiecerit arbores, *personali actione* venditor tenebitur, sed tertius possessor fundi non videbitur emtori obligatus.

Sed forte quis obiecerit, *ius caedendi arbores* venditum videri, si dominus praedii arbores *stantes* vendiderit, illasque caedere & tollere iusserit emtorem. Enimvero nouimus, *iura*, etiam absque fundo, *quasi traditione* efficaciter transferri.

Non dissimulo, haec dici posse cum specie quadam veritatis. Neque tamen moueor, vt credam, *arbores stantes quasi traditione* transferri posse in emtorem. Nimirum si quis plures *arbores*, stantes in praedio, quamvis vno pretio, vendiderit, non id actum est, vt emtor *ius* aliquod *reale*, quo praedium obligetur, sed, vt *ius in arbores singulas*, tanquam in res *mobiles*, nanciscatur. VLPIANVS enim docet de *singulis* arboribus agi posse, quamquam vno sint pretio coemtae. l. 33. D. de *contrah. emt.* Igitur faciamus, emtori *ius* in *arbores singulas* venditum censerit. Illud tamen expeditum, *ius* illud in arbores *singulas* non alia ratione, quam *patientia* domini, & *exercitio* emtoris, per quasi *traditionem* transferri posse. Sed exerceri illud *ius* nequit, nisi singulas caedendo & tollendo. Ex quo apparet nihil iuris realis transire in emtorem, nisi *singulas ceciderit*, & deiecerit, & *separauerit a fundo*. Ideoque si fundus alii tradatur, priusquam arbores *separatae* sint, non *possessor nouus fundi*, reali actione, sed *venditor* duntaxat ex *emto*, conueniri potest, quod & POMPONIUS docet, in lege nostra 40. D. de *act. emti.*

## §. VII.

s) NOORT L. II. probab. c. VI.



§. VII.

*Habes iam fere omnia, opinor. Sed perueniendum est ad extremum, Dominium* quod tractat noster POMPONIUS, *emtozem arbores stantes, vt dominium, rerum cum* a tertio possessore fundi, specialiter vindicare non posse. d. l. 40. D. de *fundo cohaerentium ante* *act. emt.* *separationem non transferri potest ad emtozem. Ideoque nec rei vindicatio ipsi competit.*

Nimirum *emitione*, ante traditionem, illud *impetramus*, vt, quamuis *dominium* nondum in nos collatum sit, tamen *rem in bonis habere* videamur. VLPPIANVS enim in *bonis nostris* computari, ait, non solum *quae* *dominii nostri sint*, sed etiam, si quid sit in *actionibus*, petitionibus, persecutionibus, l. 49. D. de *verb. signif.* quod & MODESTINVS approbavit. l. 52. D. de *acquir. rer. dom.*

Itaque, cum venditor actione *emti* teneatur, vt antea a nobis comprobatum est, non potest esse obscurum, *emta*, quamuis nondum tradita, ad *bona nostra* efficaciter referri.

Ceterum, ante *traditionem*, dominium non transferretur ad *emtozem*. Eleganter enim PAVLLVS ius *dominii* & ius *emtoris*, inter se opponit. l. 188. pr. D. de *verb. signif.* Sed apertissime Callistratus, illum, ad quem *ager ex causa emtionis* pertinet, antequam *ager traditus* fuerit, non recte *rei vindicatione* vti, docet. l. 50. D. de *rei vindicat.* Quod habet rationem, cum, secundum DIOCLETIANVM, non pactis, sed traditionibus, dominia rerum transferantur. l. 20. C. de *pact.* Ceterum ipsi emtori, an alii, ex eius voluntate, res tradita fuerit, non interest, quod VLPPIANVS obseruauit. l. 11. pr. D. de *public. in rem action.* Itemque si vel instrumenta nondum tradita sint, dummodo rem ipsam traditam fuisse appareat, DIOCLETIANVS dominium translatum esse, iudicauit. l. 15. C. de *rei vindicat.*

Ex his igitur, quae adhuc comprobata sunt, intelligetur, tertium possessorem, cui fundus, cum *arboribus stantibus* & cohaerentibus, post venditionem arborum, adhuc stantium, traditus fuerit, nisi aliud cum illo actum sit, ab omni actione penitus absolui, & fundum cum arboribus dominii iure retinere, emtori vero aduersus venditorem, pristinum fundi dominium, ex *emto* actionem dari. Cum enim tradi *arbores*, antequam a fundo *separentur*, emtori non possint, frustra de dominio & rei vindicatione quaeritur, quae nunquam datur emtori *arborum stantium*, donec deiectae sint, ipsique assignatae.

Quare cautionis esse apparet, vt emtor confestim, pretio soluto, ex voluntate domini, caedat arbores & deiciat, aut dominum compellat, ad arbores a fundo separandas & tradendas, ne quid ipsum postea perturbet.

Extremo sciendum est, emtorem propria auctoritate. *sine domini voluntate aut iudicis interuentu*, caedere & occupare arbores stantes sibi venditas non posse.

Eleganter enim POMPONIVS, emtorem, *per se*, non recte in possessionem venire, ait, nisi in illam vere inducatur, quamvis dominus iusserit, ut inducatur. l. 33. D. de *acquir. vel amitt. possess.* Nimirum *diui MARCI decretum* emtorem etiam terreat, *ne ipse ius sibi dicat*, cum iudicis contemptu. l. 13. D. *quod met. caus.* Verum tamen *praetor* vicino permittit, ut, si arbor alterius in aedes vicini impendat, & dominus illam adimere recuset, vicinus illam adimat, & sibi habeat, quod supra obseruatum est, ex l. 1. pr. D. de *arbor. caedend.*



## LVII.

## DE DVOBVS FRATRIBVS

IN EADEM

## LITE PARTIVM ADVERSARVM

## PATROCINIVM SVSCIPIENTIBVS.

---

 VITEMBERGAE, DIE MAIL. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXIII.
 

---

## §. I.

*Diuino* quodam consilio & sapientissima prouidentia constitutum est, ut *societates & amicitiae & fraterna consortia* magis *caritate* mutua, quam *sanguinis propinquitate*, coniungantur. Quamquam enim, quae *natura* conglutinauit, plerumque *tenacius* cohaerent, quam quae *hominum consiliis & arte* quadam inter sese connectuntur; tamen in *iungendis* colentur. *Fratrium* disque *amicitiis*, ut diximus, ipsa fere *natura* inuitante, non tam sanguinem, quam ingeniorum atque morum *conspirationem & mutuam beneuolentiam & studium* bene de aliis merendi, cogitamus, adeoque occulto quodam sensu ad bonorum *societatem & consensionem* adducimur.

Quare solet euenire, ut *intra unam domum* & eosdem lares non facile *subsistant amicitiae*, sed *latius spargantur* atque ad plures perueniant, adeoque diuersae gentes & cognationes *beneuolentia & mutuo amore* coalescant, ami-

*Fraternitas & amicitiae magis caritate quam sanguine iunguntur. Fratrum nomen etiam cum remotioribus gradibus itemque cum sociis & amicis communiscatur. Inter*

amicorum societas, res in hominum conditione pulcherrima & iucundiffi-<sup>fratres est</sup> ma, non tam casu fortuito & sorte nascendi, quam destinatione & consi-<sup>prae-sumptio</sup> lio, constituatur. <sup>& suspicio gratiae. Fra-</sup>

Inter ipsos quidem fratres, quos natura & sanguinis communitas inter-<sup>duu habentur pro una persona.</sup> me coniungit, non magis fere communis sanguinis origo, quam, quae ipsi etiam sanguini non nihil debet, similitudo morum, communes fortunae, & vitae ab ineunte aetate consuetudo societatem quandam pariunt, animosque incendunt, ut arctius teneriusque frater fratrem complectamur, atque fraternum illud consortium, quod IUSTINIANVS l. II. C. commun. de success. appellat, sanctissime retineamus.

Quapropter, etiam sine illo sanguinis vinculo, & sine originis communi-  
one, non solum aequae facile, sed etiam melius, quam inter fratres, aliquan-  
do societates & consortia coluntur. Optime M. FABIVS QVINCTILIA-  
NVS a) inter illos, ait, qui a primis aetatibus in eandem vitam conuerunt,  
esse affectionem aliquam & speciem fraternitatis. Imo vero, secundum  
VLPIANVM, etiam inter socios bonorum, propter vitae consuetudinem &  
fortunarum coniunctionem, ipsa societas habet ius quodammodo fraterni-  
tatis. l. 63. pr. D. pro socio. Sed elegantissime PAVLLVS noster, frater-  
nitatem caritate constituit, obseruat, ut, qui fraterna caritate diligitur,  
frater esse videatur. l. 58. §. 1. D. de heredib. instit. Certe sub appellatione  
fratris heres potest institui, qui non est frater, d. l. 58. §. I. cum ce-  
tero iun, qui non cognatum, cognati nomine, heredem instituit, interdum  
nihil egisse & errasse censetur. l. 4. C. de hered. instit.

Denique, ut intelligatur plus in fraternis amoribus tribui amicitiae  
quam sanguini, audiamus GORDIANVM qui, l. 4. C. de castrensi pecul.  
hereditatem, quae fratri ex testamento fratris, eiusdemque commilitonis in  
iisdem castris cum herede suo degentis, obuenerit, ad peculium castrense  
perrinere iudicat, quasi non propter sanguinem sed propter vitae & militiae  
consortium, hereditas relicta videatur. Credendum enim est, inquit, pere-  
grinationis societatem, laborem commilitii coniunctum, obeundorum mu-  
nerum consortium, affectioni fraternae non nihil addidisse, illosque sibi,  
vice mutua, omnino cariores reddidisse. d. l. 4. D. de pec. castrenf. Quae  
cum ita sint, fratris appellatio inter socios & amicos maxime frequentata  
est: &, secundum QVINCTILIANVM b) qui efficacissime blandiri vol-  
lunt, amicis fratrum nomine subinde blandiuntur.

Et meretur obseruari, in ipsis etiam cognationibus, amoris significan-  
di causa, fratrum appellationem latius, & ultra secundum gradum, ser-  
pere, pluresque, qui fratres non sunt, eodem nomine quandoque com-  
prehenduntur.

a) QVINCTIL. declamat. XVI. p. m. 717.

b) QVINCTIL. declam. 3.

prehendi. Eo sensu duorum *fratrum filios* M. TVLLIVS CICERO <sup>c)</sup> *fratres* appellavit; quod & PAVLLVS observavit, l. 10. §. 15. D. de *gradibus*, ex cuius disciplina & *fratres amitini & consobrini*, quamvis ulteriore gradu sint, *fratres* frequentissime dicuntur. Imo idem M. TVLLIVS alio loco, de *sororis marito* aliquando *fratris* nomine usus est. <sup>d)</sup>

Certe in ipso *secundo gradu* SCAEVOLA, & PAVLLVS l. 93. §. 3. D. de *leg. 3.* l. 38. D. *famil. hercisc.* & C. CORNELIVS TACITVS <sup>e)</sup> subinde *fratrum* appellatione etiam *sorores* comprehendunt.

Sed haec utcumque existimata fuerint, illud certe expeditum est, si ad naturam & arcanam illam vim sanguinis etiam morum animorumque coniunctio accedat, tunc demum sanctissimum illud vinculum contrahi, quod *fratrum concordiam* solemus appellare: quae res efficit, ut *in unam personam* coalescere & *eodem spiritu regi* videantur.

Hoc sensit miles ille Pompeianus, apud C. TACITVM, <sup>f)</sup> qui *fratrem* suum, cum apud Ianiculum adversus Cinnam pugnaretur, ferro imprudens occiderat, mox, cognito facinore, seipsum interfecit, cum fratre interemto ipsam lucis huius usuram sibi molestantam iudicaret. Hoc etiam Iturnae in mentem venit, fratre Turno interemto. Ita enim illa, apud VIRGILIUM MARONEM, <sup>g)</sup>

— — Haud quidquam mihi dulce meorum,  
Te sine, *frater*, erit.

Quae cum ipsa natura doceat, non opus est, ut confugiamus ad P. NIGRIDIVM, qui, secundum A. GELLIVM <sup>h)</sup> subtilissimo *ἐρώμω*, *fratrem* quasi *fere alterum*, id est, fratri proximum, fratris simillimum, qui fere in unam cum fratre personam coaluerit, a veteribus dictum esse, iudicavit. Ita etiam M. TVLLIVS, si *fratrem* in provincia relinqueret, iudicatum iri existimavit, quod *se alterum* in provincia reliquisset. <sup>i)</sup>

Sed hoc quidem disputatione non indiget, *ciuili* ratione, *fratres*, qui *sub eiusdem patris potestate constituti* sint, pro una persona quandoque accipi, si negotium de re, ad *parentis* communis commoda pertinente, contractum esse videatur.

Luculentum enim est Iustiniani praeceptum, qui §. 10. I. de *testam. ordin. fratres* non posse testes esse in testamento, ait, quo frater illorum, qui cum testibus sub eiusdem patris potestate est, heres instituitur a testatore; cum totum illud negotium heredis institutionis inter heredem & testatorem

c) CIC. epist. ad famil. IV. 4.  
annal. L. XII. c. 4.

d) CIC. pro domo sua, c. 15.

e) TACIT.

f) TACIT. histor. L. III. c. 51.

g) VIRG. aen. XII.

v. 884. h) A. GELLIVS noct. attic. L. XIII. c. 10.

i) CIC. epist. ad

famil. L. II. ep. 15.

testatorem agi censeatur: & quoniam res illa ad *parentem* heredis, maxime usu-fructus causa, pertineat, duos fratres, qui cum patre, ideoque etiam *inter se*, quodammodo *una persona sint*, in negotio, quod ad *fratrem & patrem* pertineat, testes esse non posse: cum de *suo quasi commodo* testimonium praestare videantur.

In his igitur negotiis *fratres pro una persona* merito habentur.

§. II.

Ex his, quae adhuc comprobauimus, apparet, magnam esse vim *affectionis fraternae*, & nihil credi facilius, quam *fratres regi communibus con-* *In negotiis castren-*  
*siliis*, & *mutua consensione* inter se coniungi. *sibus & illis,*

Sed haud paullo secius iudicandum est, cum de *fratrum negotiis ca-* *quae extra*  
*strensibus & quasi castrensibus* tractamus. Enimvero *miles*, quamuis filius *familiam ge-*  
 familias, quantum ad *militiam* attinet, quasi *alius homo* esse iudicatur, ideo *fratres pro*  
 que, si *miles* duos heredes instituit, alterum rerum *castrensum*, alterum re- *extraneis ha-*  
 rum *paganarum*, videtur *duorum hominum duas hereditates* reliquisse: ita *benrur. Fra-*  
 enim IULIANVS atque GAIVS tradunt l. 17. §. 1. D. de *testament. milit.* *tria saepe ex*

Qua propter dubitari non potest, cessare in illis negotiis *cognitionis aduersis par-*  
*rationem*, adeoque fratres in causis militaribus neque *pro una persona*, ne- *tibus stete-*  
 que omnino *pro personis coniunctis*, accipi, sed fere pro extraneis haberi. *runt atque*

Hoc etiam adduxit MARCELLVM atque VLPIANVM, vt in testa- *alter alte-*  
 mento *militari*, in quo de *castrensi peculio* disponitur, *fratrem* etiam, quasi *rum trucidat-*  
*extraneum*, testem esse posse iudauerunt; l. 20. §. 2. D. *qui testam. fac. verunt.*  
*poss.* quamuis IUSTINIANVS aliter sensisse videatur si miles post *milio-*  
 nem testamentum faciat. §. 9. I. *de testam. ordin.*

Imo vero generaliter, secundum VLPIANVM l. 22. D. *qui testam. fac.*  
 in testamento extranei, duo fratres, qui *in eiusdem patris potestate* sunt,  
 modo nec cum herede, nec cum testatore, ratione potestatis coniuncti sint,  
 simul recte testimonium testamentarium praestare possunt.

Neque vero apud Romanos defuerunt fratres, qui *in militia aduersas*  
 aliquando *partes* secuti sunt, atque, pro sua quisque parte pugnantes,  
*fratrem ex aduersa parte trucidarunt.* Nimirum, si VIRGILIVM MA-  
 RONEM <sup>k)</sup> audiamus, Alecto illa, furiarum maxima, potest

— — *Vuanimes armare in praelia fratres,*

& *milites* quandoque <sup>l)</sup>

Gaudent, *perfusi sanguine fratrum.*

Certe

k) VIRGIL. Aen. VII. v. 336.

l) VIRGIL. Georg. II. v. 511.

Certe apud C. CORNELIVM TACITVM <sup>m)</sup> *eques gregarius fratrem stantem ex aduersa parte non solum occidit, sed illud etiam apud duces professus est, &, quasi re bene gesta, etiam praemium poposcit. Quod ne quis infrequens & singulare esse existimet, idem TACITVS <sup>n)</sup> in bellis ciuilibus illud vsu venisse, ait, vt fratres affines & propinqui, a fratribus, affinibus, propinquis, aduersis praëliis trucidarentur. Haec sunt solita fratrum odia, quae in negotiis publicis, cupidine victoriae & inuidia subinde accenduntur: quod alio loco TACITVS obseruat. <sup>o)</sup> Denique ne quid desit ad rei fidem, ipse etiam CAESAR <sup>p)</sup> memoriae prodidit, bello ciuili aliquando milites, cum colloquendi facultatem nacti essent, suos necessarios & propinquos in exercitu aduerso requisuisse, & inuitandi causa in castra sua adduxisse.*

Quae cum ita sint, disputatione vix indiget, in castrensi causa fratres non solum non coniunctos videri, sed etiam ex aduersis partibus subinde stare posse.

## §. III.

*Munus aduocatorum est inter se gratiam & consensionem esse, sed in castrensibus negotiis tantisper quasi militum negligi & dissimulari ius cognationis. Igitur de aduocatis quidem & procuratoribus dispiciamus, vtrum fratribus duobus, in eadem lite, partibus in illa duo fratres ad aduersis ita patrocinari & adesse liceat, vt ab altero illorum actor, ab altera versis parti ro reus, defendatur.*

Nimirum non locus est dubitationi, quin aduocati partium aduersarum in iudicio militum iuribus utantur, qui gloriose vocis munimine, laborantium spem vitam & posteros defendant. Hoc enim imperatores l. 7. *Multum in iudicis arbitrio permittitur in admittendis aduocatis.* 8. & 14. C. de aduocat. diuers. iudicior. praeceperunt. Sed in his quidem causis, quod supra obseruatum est, fratres, etiam vnus parentis potestati adhuc subiecti, non solum non pro vna persona, sed ne quidem pro coniunctis haberi solent, adeoque etiam ex partibus aduersis possunt inter se pugnare, & de victoria contendere.

Itaque dicemus, nisi aliud quid obiciatur, *permitti fratribus duobus aduocatis, in eadem lite partium aduersarum patrocinium suscipere & inter se pugnare.* Quis enim dubitaret, cum in praëliis aduersis duo fratres armis inter se contendere & cruentam victoriam sanguine adipisci possint, iisdem etiam concedi, vt forensam illam lauream praëlio legitimo, a quo aduocatus aduersae partis in capitis periculum non adducitur, & quaerant, & partem tueantur.

Verum enim vero non parum quidem fratribus arma aduersa tractantibus obstare videbitur, *odium calumniae, gratiae, praeuaricationis*, quod prae-

<sup>m)</sup> TACIT. hist. III. c. 51. L. IV. c. 60.

<sup>n)</sup> TACIT. histor. III. c. 25. <sup>p)</sup> CAESAR. de bello ciuili. L. I. c. 74.

<sup>o)</sup> TACIT. annal.

praetorem subinde adducit, vt *aduocatis* interdicat postulatione, l. 1. §. 6. D. de postuland. quamuis illos aduersarius admittat. l. 7. D. eod. Sed *praeuaricator* censetur, secundum LABEONEM, qui ex *utraque parte*, eaque *aduersa*, consistit in iudicio, & partem aduersam adiuuat, prodita causa sua. l. 4. §. 4. D. de his qui not. inf. Quamuis etiam proprie *aduocatus* non possit *praeuaricator* appellari, si VLPIANVM audiamus, l. 1 §. 1. D. de praeuar. tamen *aduocati* si ex *utraque parte* constiterint, secundum MACRVM & eundem VLPIANVM, *extra ordinem* subinde puniuntur. d. l. 1 §. 1. & l. 3. §. 2. D. de praeuaric.

Iam vero disputatione vix indiget, metum & suspicionem *praeuaricationis* fere laboriri posse, si *duo fratres ex partibus aduersis* constiterint in illo praelio forensi. Si enim *pro vna persona* habeantur, quod interdum fieri debere, supra §pho I. comprobatum est, videtur *utrumque duorum fratrum* ex *utraque parte aduersa* consistere, & partem aduersam adiuuare. Certe M. TVLLIVS, cum *fratrem* in prouincia relinquere cogitaret, metuebat, ne iniqui iudices dicerent, ipsum *non plane* post annum, vt senarus voluisset, de prouincia decessisse, quoniam *alterum se*, id est *fratrem*, qui cum ipso *vna persona* sit, in illa reliquisset. q) Siue etiam *gratiam illam*, quae inter fratres intercedit, cogites, erit locus suspicandi, ne frater benignius tractet *aduocatum aduersae partis*, & quo illius negligentia, turpitude, inficitia, tegatur, de iure clientis sui aliquid remittat, *in gratiam aduersi aduocati*.

Obseruandum est enim, *aduocationem*, a quibusdam, maxime ab ARCADIO CHARISIO, cum *testimoniis* conferri. l. 25. D. de testib. Sed *testes* quidem, quod CALLISTRATVS obseruat, ob *suspicionem gratiae*, vel propter *reuerentiam personarum*, non admittendi sunt, ad testimonium dicendum. l. 3. pr. & §. 5. D. de testibus, quod etiam DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS probauerunt. l. 5. C. de testibus. Quapropter, cum *aduocatio* cum *testimoniis* habeat aliquid *commune*, videri posset, *non admittendum fratrem in parte aduersa* consistentem.

Neque tamen perimueor, vt a sententia discedam, aut dubitem, quominus frater aduersus alium, cui *frater* eius praestat *aduocationem*, admitti possit. Supra enim §pho II copiose ostendimus, in negotiis *militaribus* & *quasi castrensibus*, ideoque inprimis in *aduocationibus*, *fratres pro vna persona non habendos* esse. Igitur fratres non poterunt *praeuaricatores* appellari, quasi *ex utraque parte simul consistant*, qui partibus *aduersis* in eodem iudicio praestent *aduocationem*. Quae enim a M. TVLLIO, cum de *QVINCTO fratre* in prouincia relinquendo deliberraret, dicta sunt r) vt supra obseruatum est, magis ad iocum pertinent, quam ad *veram personae unitatem* comprobendam.

N 2

Deinde

q) CIC. epist. ad fam. L. II. ep. 15.

r) CIC. II. epist. ad fam. 15.

Deinde, quod de *gratia* fratrum obicitur, facile dilui potest, si cogitemus, etiam *odia fratrum*, maxime in negotiis militaribus, *non insueti* esse: quod supra ex TACITO notatum est. <sup>5)</sup> Ipsa enim *aemulatio*, quae alit ingenia, plerumque in illis negotiis, ex quibus *gloria* petitur, animos accendit, ut gratiae, coniunctionis, amicitiae, obliuiscantur.

Neque vero, in tantum *testimonia*, & *aduocationes* comparantur, ut, quorum testimonia suspecta sunt, iidem ab aduocatione confestim repellantur. Per testes enim *facti quaestionem* maxime excutimus, ut fides rei gestae comprobetur. In his igitur nemini credi potest, ut HADRIANVS docet, nisi qui a suspitione gratiae remotus esse videatur. l. 3. §. 1. D. & l. 5. C. de *testibus*.

Contra *aduocati* maxime *factum* *narrant* & *rationem iuris* iudici exponunt, quod ipse etiam circa admonitionem aduocati uolle debet: in qua caussa non tam facile res per gratiam aut *aduocatorum* amicitias corrumpi potest. Quare non dubito, efficaciter duos fratres partibus aduersis patrocinium praestare posse.

Illud tamen attinet monere, multum *iudicis arbitrio* & religioni iudicantium in illo negotio permitti. Hoc enim in *testimoniis* admittendis HADRIANVS & PAPINIANVS, l. 3. §. 2. & l. 13. D. de *testibus* & in *aduocatis* ac procuratoribus recipiendis, MODESTINVS, PAVLLVS, VLPIANVS, praeceperunt. l. 17. §. 2. l. 18. l. 20. l. 22. D. de *procurat.* Itaque si alter *fratrum* rem, propter fratris aduersarii gratiam, segnius tractare, aut tergiversari videatur, poterit iubere praetor, ut alius substituatur.

#### §. IV.

*Frater aduocatus ut consistat aduersus illam partem cuius inuitus cogitur cogi non potest nisi ex grauiori caussa.* Admittuntur igitur plerumque duo fratres aduocati, qui *paritum aduersarum* in eadem lite patrocinium susceperunt. Superest, ut expediamus, an etiam *inuitus cogi* possit *frater*, si patrocinium repudiet aduersus illam partem, in qua *frater* eius *aduocatus* consistit. Et profecto quidem, *aut frater* patrocina- deam affirmare, *non cogi posse fratrem* ad illud patrocinium suspiciendum. Enimvero, si recte a *maiori ad minus*, *negatiua* ratiocinatione, argumentum ducimus, ma iure me mouet, quod ne ad *testimonium* quidem dicendum cogi possit *frater* inuitus, in illis caussis, in quibus *fratris* salus aut commoditas periclitatur. Aperire enim PAVLLVS docet, *lege Iulia* constitutum esse, ne quis aduersus *consobrinum*, aut qui *proprio gradu sit*, *testimonium* dicere cogatur. l. 4. D. de *testibus*.

Quid igitur dicemus? cum in testimoniis, quorum usus ad *veritatem* indagandam maxime *necessarius* videtur, fratrem non cogamus, an cogendus esse censetur in caussa minus *necessaria*, ut *fratri* inuidiam molestiam- que

<sup>5)</sup> TACIT. IV. annal. c. 60.



que faciat sua aduocatione. Mihi quidem videtur tanto minus cogendus esse, quanto magis ignoscendum  *pudori aduocati*, qui vel fratris sui victoriae & gloriae obtulare, quod inter *aduocatos* fere necessarium est, vel apud alios in suspicionem inquirere noluerit, quasi *fratris sui* gratiae aliquid dedisset. Certe de *procuratoribus* ita GAIVS, PAVLLVS atque VLPIANVS tradiderunt, vt cogi nequeant, qui inimicitiarum, aut etiam *adfnitatis* & *cognitionis*, aut alia probabili excusatione, vt possint l. 21. 22. 23. D. de *procurat.* Sed haec talia cum etiam *aduocatis* molesta esse possint, sine dubio ab *aduocatione* excusabunt.

Sed ais, non *interesse fratris aduocati*, vtrum a *fratre aduersae partis aduocato* in illo praelio vincatur. Imo vero *interest fratris*, ne vincatur, non solum propter poenam, quae *aduocato* imminet, si ipsum *segnitia* & *inscitia* litem perdidisse a *fratre* ostendatur, sed etiam propter victoriae *gloriam*, quam multi, inprimis illi *milites*, plerumque bonis omnibus & vita fere ipsa chariorem arbitrantur. Et hoc satis causae est, cur nolit frater fratri sua aduocatione molestus esse.

Sed, vt dicere occupauimus, res iudicis arbitrio permitti debet. Aliquando enim vel duo tantum *aduocati* in eodem loco sunt, *cum duo sufficere* dicantur, l. 19. C. de *aduoc. diuers. iudic.* vel certe duo soli interdum *fama sunt hilariori*, quod GRATIANVS ait. l. 7. C. de *postulando*. Finge igitur praeter *duos fratres* neminem in loco quodam esse aduocatum, qui *fama hilariori* commendetur. Finge porro alterum electum esse ab aduersario: alteri vero *fratrem alterum* patrocinium negare: denique finge, alterum clientem non inuenire *aduocatum*, cuius auctoritas & fama ipsi prodesse possit. Et ait GRATIANVS, officio iudicis contineri, vt *aequalis fiat causidicorum distributio*, & *par utrique auxilium praestetur*; itaque coget *fratrem* ex aduersa stare parte. d. l. 7. C. de *postulando*.



# VTRVM FEVDO LEGATO EIVS AESTIMATIO DEBEATUR.

VITEMBERGAE, DIE IVNII. A. Q. S. P. EST. CID IO CC XXXXIII.

§. I.

*Legatum ex coniectura voluntatis interpretatur. Aestimatio rei legatae dicitur etiam indemnitas. Aestimatio interdum necessario ab herede praestanda est. In primis ob coniecturam voluntatis aut si res cuius heredis periret quandoque tantum permittitur heredi aestimationem loco rei praestare.*

*Cum beneficentia & liberalitate, quod M. TVLLIVS ait, a) nihil sit hominis naturae accommodatius, quo quisque est vir melior, tanto benignius socios tractare solet, tantoque diligentius curare, ut fructus sui beneficii, ad illum, cui ipse aliquid tribuere voluit, plenissimus certissimusque pervenire, & ad quam plurimos permanere possit.*

Sed *legata* quidem *nobilissimum esse genus beneficii*, tum ex aliis causis quam plurimis. tum ex eo maxime, intelligimus, quod ne quidem de *re-ferenda sibi gratia* cogitare potest, qui *suprema voluntate* beneficium reipublicae, amicis, posteris relinquit.

Quod cum intelligerent, qui iura tradiderunt, plerique & imprimis *AFRICANVS, ex natura beneficii*, legatum ita accipiendum & *interpretatione* amplificandum esse, docuerunt, ne illud *fructu* omnino careat, neque quid a testatore *frustra legatum* videatur. l. 109. pr. D. de leg. 1. Imo vero *PAPINIANVS* nolter *coniecturam voluntatis admisit*, ut, si penitus satisfieri decreto testatoris in praestando beneficio non possit, ex *probabili* ipsius voluntate, sensus quidam beneficii ad illum perveniat, cui testator aliquid tribuere voluerit, & huic, si res ipsa nequeat, certe rei *aestimatio* praestetur. l. 78. §. 1. D. de leg. 2.

Et eleganter quidem *CALLISTRATVS*, si res ipsa intercepta fuerit, *actionem in factum* legatorio accommodavit, ut *indemnitate* consequatur. l. 63. D. de leg. 2. Quamvis enim fere *lucrum* potius expectet, cui a testatore res legata est, quam ut de *damno* depellendo cogitare videatur, *Itus* tamen, miseratione conditionis humanae, molestum & *damnosum* esse censuit, si pereat beneficium, si eludatur atque exitum habere nequeat illa, cui maxime fauendum est, benignitas supremae voluntatis: ideoque, propter exemplum, non tam *lucri* petitionem quam *damni* persecutionem, id est, actio-

a) C. I. offic. c. 14. II. offic. c. 18.

actionem in factum ad *indemnitatem* dedit legatario, qua *aestimationem* rei legatae, sibi interceptae, adipiscatur. d. l. 63. D. de leg. 2.

Igitur, qui *aestimationem* rei legatae petit, *indemnitatem* censetur postulare. *Aegre* enim, ut diximus, videtur heres legatario *fecisse*, qui *mutauit* beneficium defuncti, & rem ipsam non exhibuit, quam ad legatarium voluerat testator peruenire. Quapropter, si *VLPIANVM* audiamus, *inuitus* quidem nemo cogitur *aestimationem* accipere, si res ipsa praestari possit, quae relicta sit a testatore, l. 71. §. 4. D. de leg. 1. Itaque cum alicui poculum legatum esset, velletque heres praestare *aestimationem*, quia propter *affectionem*, iniquum esset, illud poculum a se separari, non impetrauit a praetore, ut pro re *aestimationem* soluere liceret. d. l. 71. §. 4. de leg. 1.

Et habet illud rationem, cum ad *indemnitatem* pertineat praestatio *aestimationis*. Sed fatius est, rem ipsam legatario seruari, quam de *damnis* ipsum sarcinendis litigare cum herede.

Ex eodem fonte deducitur, quod neque legatarius, qui rem legatam sibi dicat minus iucundam aut vtilem futuram, facile audiendus sit, si pro re, quam heres dare paratus est, compendii sui causa, *aestimationem* petat ab herede, nisi testator legatario reliquerit *electionem*. Hoc enim *POMPONIUS* obseruat. l. 8. §. 2. D. de leg. 1.

Nimirum frustra de *indemnitate*, quae *aestimatione* continetur, legatarius controuersiam faciet heredi, cum ipse re, quam repudiat, accepta, non solum *damno* carere possit, sed *lucrum* etiam haberet.

Quare dicemus, nec legatario deberi *aestimationem* & *indemnitatem*, si res ipsi ab herede offeratur, nec heredem officio penitus defungi, qui pro re legata offerat pretium & *indemnitatem*. Aperte enim *VLPIANVS*, rem legatario *parandam* esse, ait, ab herede, quamuis rei illius *difficilis paratio* videri possit. l. 39. §. 7. D. de leg. 1.

Sed, quandoquidem in *coniectura voluntatis*, qua maxime vltimarum voluntatum interpretatione utimur, atque in iudicanda *aequitate*, multa interuenire possunt, quae efficiant, ut a regula iuris discedamus, recte *VLPIANVS* obseruauit, interdum afferri posse *iustam causam*, cur aliquis rem ipsam, quam debeat, *praestare non cogantur*, ideoque heredi fauendum esse, qui *ex iusta causa* paratus sit, *aestimationem* potius legatario praestare. l. 7. §. 3. D. de leg. 1.

Sed in primis *iusta causa* videbitur *naturalis* illa in homines nobis *coniunctos affectio*, quae efficere potest, ut iniquum censetur, illos a nobis separari, & legatario relinqui. Ideoque secundum *VLPIANVM*, si heres *seruum hereditarium*, forte *patrem* suum, vel *matrem*, vel *fratres naturales*, alteri praestare damnatus sit, aequissimum iudicatur, & benigna interpre-

terpretatione receptum est, pro *homine* legato *aestimationem* arbitrio iudicis praestari. d. l. 71. §. 3. & 4. D. de leg. 1.

Itaque *officio iudicis* continebitur, ut hic interdum heredi permittat, pro re *aestimationem* dare, ob *affectionem*: quod maxime in *hominibus* legatis receptum est, quos vera *affectione* in magno pretio heres habere iudicatur. Sed ipse *VLP IANVS* res ceteras, praeter homines, excipit, ut non possint, *legatario inuito*, retineri, aut pretium illarum pro rebus legatario obtrudi, d. l. 71. §. 4. D. de leg. 1.

Neque tamen hoc perpetuum est, ut, si res ipsa possit exhiberi, heres nequeat pretium offerre. Nimirum, ut antea observatum est, *probabilis causa* etiam in ceteris rebus aliquando heredem excusabit, si pro re *pretium* legatario exsoluerit. Imprimis enim in legato *rei alienae* obtinuit, ut illa quidem *parari* debeat, quamvis *difficilior* sit ista *paratio*, sed tamen audiatur heres, si dicat, dominum, a quo ipso rem redimere deberet, *immensum pretium*, affectionis causa forte, *petere*, ut sine maxima iniquitate exsolui pretium non posse videatur. Si enim *GAIO* atque *VLP IANO* obsequimur, heres *iustam*, id est, *communem aestimationem* potius legatario solvere iubebitur, quam ut heredem *pretio immodico* illam redimere cogamus. l. 14. §. 2. D. de leg. 3. l. 71. §. 3. D. de leg. 1.

Non multum ab hac specie recedit, si cuiquam *pars aliqua bonorum* sit legata. Enimvero *odium vixarum & communionis* adduxit *POMPONIUM* atque *PAVLLVM*, ut succurrendum esse heredi iudicarent, ipsique *electionem* darent, utrum *partes rerum* an *aestimationem* maluerit praestare. l. 26. §. 2. & l. 27. D. de leg. 1. Quamvis enim *posset* legatario dari rerum quaedam *portio*, tamen propter vel *communioneis* vel *diuisionis* incommoda, quae in partibus rerum assignandis timeri possent, *permissum* est, *aestimationem* dare.

Habes igitur *duas* causas, ob quas heredi *permittatur*, *rem* legatario *negare & pretium, inuito etiam*, offerre. Primam, ut diximus, in *affectione hominum coniunctorum* inuenimus, quos ipsos, heres non cogitur legatario praestare: altera est, *iniqua* quaedam *difficultas*, si *plus noceret heredi praestatio ipsius rei, quam legatario illa prodesse posset*; ut: si *pretio immodico res redimenda* esset. Tunc enim heredi melius consuleretur, si *iustam aestimationem* legatario exsolueret, & legatario illud non prodesset, si heres domino rei legatae pretium *immensum* solvere illamque redimere omnino teneretur. Item, si propter *communioneis* incommoda *non minus* molestiarum immineret legatario, quam heredi, placuit, pro ipsis *rebus* communibus, *aestimationem* potius praestari.

Sed nec *tertia causa*, quam commemorauimus, negligenda est, *voluntas testatoris*, qui *electionem* heredi reliquerit, utrum malit rem, an *aestima-*

*aestimationem dare.* In his enim speciebus, atque *ex his causis, permittitur* heredi, *quamuis res ipsa dari posset, potius aestimationem dare.*

Superest, ut de illis speciebus exponamus, in quibus legatarius pretium accipere & heres, etiam *inuitus, pro re aestimationem solvere* tenetur. Hoc vero inprimis accidit, si *non possit ipsa res praestari*, adeoque necesse sit, *aestimationem* quandoque legatario exfolui, quod VLP IANVS obseruauit. l. 41. §. 4. & l. 47. §. 4. lqq. D. de leg. 1.

Sed *non potest* res praestari, vel *naturaliter* interdum, ut: *si res inueniri & impetrari nequeat, vel moraliter*, quod dicunt philosophi, id est, *ob legis aut hominis dispositionem*, quae necessitatem obsequii imponit, ut, obiecto quodam impedimento, *res non debeat* praestari.

Est elegans eiusmodi species apud PAVLLVM, qui in legato *tesseræ frumentariae*, de qua CVIACIVS <sup>b)</sup> & TURNEBVS <sup>c)</sup> non nihil obseruauerunt, itemque in *militiae* legato *quantitatem*, qua *tessera frumentaria*, aut *militia* comparari possit, contineri, ait, ut *aestimatio* etiam heredibus legatarii debeat, quamuis ille post mortem testatoris discesserit, cui *tessera* aut *militia* fuerit legata. Cum enim *legatario*, iam defuncto, nec *tessera frumentaria* nec *militia* utilis esse queat, *neque semper in heredis potestate* sit, ut *tesseram* illam aut *militiam* redimat, placuit, *aestimationem* *tesseræ* & *militiae* deberi. l. 49. §. 1. D. de leg. 2.

Eo refertur, quod, si duobus *res eadem* relicta sit, & manifeste appareat, testatorem utriusque legatario *solidum praestare* voluisse, docente PAVLLO, vnus pretium *debeat accipere*, alteri res ipsa adsignetur, & illi detur electio, qui primus fuerit litem contestatus. l. 33. D. de legat. 1.

Non multum est abfimilis illa species, quam VLP IANVS l. 47. §. 2. & 3. D. de leg. 1. tractauit. Si enim ex duabus rebus alternatim legatis, una quam heres electurus fuisset, *sine heredis culpa* absit, & exhiberi nequeat, heres nisi alteram praesentem praestare maluerit, absentis *aestimationem* praestare potest, & legatarius *pretio* debet contentus esse.

Neque omittendum est, quod quandoque propter *legis aut hominis dispositionem* res nequeat praestari, adeoque heres, *aestimatione data*, voluntatem testatoris impleuisse videatur.

Enimuero PAPINIANVS docet, si testator praedia emerit, & testamento ex illis vnum praedium Titio reliquerit, sed princeps resciderit totam venditionem, *coniectura voluntatis*, partem *pretii*, pro modo *aestimationis*, legatario soluendam esse, loco praedii, quod testator ipsi reliquerat. l. 78. §. 1. D. de leg. 2.

b) CVIAC. L. VI. obs. 33.

c) TURNEB. 19. aduers. 26.

Ex eadem ratione iudicabimus legatum, si Titius Maeuio domum legauerit, *deductis marmoribus*, quae *ornamenti perpetui* causa sint in domo. VLP IANVS enim respondet, *non detrahenda esse marmora*, sed aestimationem domus, deducto pretio marmorum, legatario deberi. l. 41. §. 4. D. de leg. 1. Quod habet rationem, cum AVIOLA & PANSIA, coll. factum sit SCtum; vt, *quae aedibus iuncta sint*, suprema voluntate ab aedibus ne separentur. l. 41. §. 1. D. de leg. 1. Cum enim, *ob legem* marmora nequeant a domo separari, pretium domus, ex testatoris voluntate, in locum aedium succedit.

Neque incommode hoc loco adiciemus aliam speciem, quam MARCELLVS atque MARCIANVS, diligentius tractauerunt.

Adiunt enim, si quid alicui *licite* relictum sit, sed ipse quidem, propter corporis sui *vitium*, vel propter qualitatem rei relictæ, vel propter aliam quamcunque *causam probabilem*, *rem habere non potuerit*; alius vero hanc *habere potuisset*, *quanti res illa comparari soleat*; tantam *aestimationem* istum habiturum esse. l. 114. §. 5. D. de legat. 1. Sed *causam probabilem* intelligunt MARCELLVS atque VLP IANVS, quae *culpa* legatarii careat, sed vel a *lege*, vel ab *hominis dispositione*, vel a *vi maiori* atque *casu*, aut a *natura* negotii, profecta videatur.

Neque erit alienum ab hoc loco, quod VLP IANVS l. 34. §. 7. D. de legat. 1. obseruauit, si rem *emerit* aut sub alio *onere* adquisuerit legatarius, vt rem ipsam possideat, tunc ipsi aestimationem deberi, & vsque ad *pretium*, quod legatarius exsoluerit, ipsi aduersus heredes *ex testamento* dari actionem: cum *beneficentia* testatoris debeat exitum habere, & *emptio*, quae interuenerit, vt iam res ipsa dari nequeat, aestimationis exsoluendae necessitatem heredibus imponat.

Sed maxime meretur obseruari, si *facto* vel *culpa* aliqua heredis res praestari non possit, *simpliciter & abscessisse deberi aestimationem*. VLP IANVS enim auctor est, in *culpa*, per quam res perierit, *aestimanda*, non solum illam, quae *dolo sit proxima*, neque *leuem* duntaxat, praestandam esse, sed *verius esse*, quod etiam *diligentia* desideretur. l. 47. §. 5. D. de leg. 1. Neque vero indiget disputatione, cum *infiniti* fere sint gradus *diligentiae & culpa*, si *praeter culpam leuem* etiam *diligentia* exigatur, id praecipuum videri, vt iudex, a cuius *arbitrio* pender *diligentiae & culpa* aestimatio, nihil facile remittat, sed lex illis, quae circumstant, *strictius & saeuus* aestimet, an non *homines frugi* officio *diligentia* exactior contineatur.

IULIANVS enim & AFRICANVS monuerunt, *culpa* reum esse *heredem*, si rem non requisierit, nec operam aut sumtum praestiterit, vt res restituatur: cum si hoc neglexerit, etiam de *fructuum & sumtuum* aestimatione

matione teneatur. l. 39. pr. & §. I. D. de leg. 1. Hoc enim & a DVARENŌ d) obſervatum eſt, & PRAESES alio loco e) comprobavit.

Inprimis vero, ſi *mora* heredis praeeſſerit, quidquid *poſtea* accidiſſe appareat, illud totum *heredi* imputatur. LABEO enim ait, ſi, poſt *moram* heredis, fundus, etiam *chafmate*, quod nulla vis humana prohibere poteſt, perierit, *deberi aestimationem*: cum legatarius, niſi *mora* interue- niſſet, antequam illud accideret, fundum vendere omnino potuiſſet. l. 47. §. 6. D. de leg. 1. quod & AFRICANVS, l. 108. §. II. D. eod. & alii complures, inprimis IULIANVS, probauerunt. l. 39. pr. & §. I. D. de leg. 1.

Imo vero ſi nec *mora* admiſſa ſit, neque *culpa* heredis res ſit interverſa, tamen, ſi *facto heredis res perierit*, aequum eſt, *praestari aestimationem*. Eleganter enim CALLISTRATVS notavit, ſi heres rem legatam *ignorans* in funus conſumerit, quamvis nec *dolo* nec *culpa* rem poſſidere deſerit, adeoque *reali* actione pulſari nequeat, tamen *in factum* actione legatario conſulendum eſſe, vt ipſi ab herede *indeninitas* & *aestimatio* praestetur. l. 63. D. de leg. 2.

Ex his igitur, quae adhuc diſputata ſunt, intelligitur, *rem ipſam*, ſi regulam ſequamur, legatario praestandam eſſe: ſed interdum, *ex magna* cauſſa, inprimis ob *coniunctionem* & *affectionem hominum*, aut *iniquam difficultatem*, ſi non commode res exhiberi poſſit, aut ob *testatoris voluntatem*, permitti heredibus, vt loco rei, quam dare poſſent, *aestimacionem* legatario exſoluant. Denique, ſi res, *licite relicta* a *testatore*, vel *naturaliter*, vel *ob hominis aut legis diſpoſitionem*, ſine culpa legatarii, praestari nequeat, inprimis, ſi res *facto*, aut *culpa* heredis intercepta videatur, *abſciſſe aestimationem*, & in his extremis ſpeciebus, etiam cum fructibus & ſumtu, legatario deberi.

§. II.

*Hactenus* quidem comprobatum eſt, ex quibus cauſſis heres vel *poſſit*, *Res extra* vel *non poſſit non*, loco rei legatae *aestimacionem* legatario praestare. Sed *commercium* inter iſtas ſpecies, quas proxime tractauimus, illa quidem maximam difficul- *Et quae pro-* tatem habet, ſi res ipſa, a *testatore* alicui legata, ob *legis diſpoſitionem* *ſus alienari* nequeat praestari. In hac enim tractatione diſtinctio admittenda eſt, vt in- *nequeunt in-* quiramus, *quatenus*, & *qua de cauſſa*, lege ciuili rerum quarundam trans- *guntur. Item* *que ſi lega-* *tario inter-* *dictum ſit rei* *legatae com-* *mercio inter-* *dictum nec ae-* *stimatio de-* *bezur. Sed,* *alios* *bezur.* *Sed,* *bezur.* *Sed,*

Igitur, prius quam *de feudi legati aestimatione soluenda* aliquid affir- memus, operae facturi videmur, ſi de prohibito commercio copio- ſius exponamus. Primo enim quaedam generaliter *alienari* & legari & in *alios* *bezur.* *Sed,* *bezur.* *Sed,*

d) DVAREN. ad l. 47. §. 5. D. de leg. 1. e) PRAESES de omni culpa in ne- goriorum iudicio praestanda §. 2. & 3. Id. de periculo pignoris. §. 3.

*si legatarius alios transferri nequeunt, quia illarum rerum commercium omnibus inter sine culpa dictum est, ideoque res illae, quantum ad alienationem attinet, pro nullis illius rei commercium, ipsi virosi esse, ait, si quis campum Martium, vel forum Romanum, vel quandoque aedem sacram, vel Salustianos hortos, qui Augusti sunt, vel praedia, quae aestimatio in formam patrimonii redacta a procuratore patrimonii principis administrantur, legauerit testamento: cum haec talia distrahi non soleant, nec commercium illorum, nisi iussu principis, cuiquam permittatur. Sed, quae a furiosis relicta sunt, pro non scriptis merito accipiuntur, ideoque huius legati ne quidem aestimatio praestatur. l. 39. §. 8. 9. & 10. D. de leg. 1.*

Itaque dicemus, si ipsum rei legatae commercium ob publicam utilitatem simpliciter priuatis ademptum sit, ne illud vnquam ad priuatos perueniat, sed vt vel diuinæ rei, vel vsibus principis & rei publicæ relinquatur, inutile legatum esse, adeoque nec aestimationem legatario deberi. Sed obseruandum est, ICTOS ademptionem illam commercii strictius interpretari.

Itaque, si non omnis alienatio, sed sola rei legatae distractio, & separatio a fundo, sub certis conditionibus, interdicta sit, ipsa quidem res legata sine fundo dari non potest, cum lex aperte obloquatur: sed, si saluo legislatoris consilio, aestimatio exsolui possit, & in fraudem legis nihil admissum videatur, benigna interpretatione receptum est, vt, ob luculentam testatoris voluntatem, pretium ab heredi peti possit.

Terigimus superiori sectione eiusmodi speciem, quam VLP IANVS l. 41. §. 1. sqq. D. de leg. 1. tractauit. Si enim marmora, aut columnae, aut etiam quaedam corpora, quae aedibus iuncta sint, legantur, quae ex SCTO ab aedibus seiungi & distrahi non possunt, num quidem simpliciter debebitur legatum: d. l. 41. §. 1. D. de leg. 1. sed inspiciendum tamen erit, secundum eundem VLP IANVM, an non, salua lege, aliquando debeat aestimatio praestari. Non enim simpliciter prohibita est translatio marmorum & columnarum, sed hoc tantum consilio, ne urbs & prouincia ornamentis spoliarentur: si CONSTANTINVM audiamus. l. 6. C. de aedif. priuat. Ideoque permissum est possessoribus ex fundo suo in alium fundum suum columnas & marmora transferre: quod D. SEVERVS etiam probauit. l. 41. §. 3. D. de leg. 1. Quapropter VLP IANO placuit, si huic conditioni satisfiat, & nihil in fraudem legis committatur, aestimationem marmorum legatario deberi. l. 41. §. 4. D. de leg. 1.

Habes igitur primam distinctionem; ad quam respiciendum est, cum de aestimatione rei legatae, si ipsa ob legem praestari non potest, disputatur. Apparet enim, si res simpliciter commercio omnium exempta sit, neque rem legatam, nec pretium, deberi. Sed si, vt obseruauimus, quodammodo cum



cum conditione, ex speciali causa, commercium rerum quarundam duntaxat, restrictum sit, facilius admitti, ut aestimatio peti possit.

Atvero in hac secunda specie porro distinguimus. Si enim non simpliciter interdicta est rei cuiusquam translatio, sed legibus tantum restricta facultas transferendi, illa restrictione vel heredi tantum, vel legatario duntaxat, vel utrique, sed cum conditione aliqua, ademptum est commercium rei legatae.

Si utrique commercium, sed cum conditione aliqua duntaxat, ademptum est, videndum, an, salva legis auctoritate, impleri possit voluntas testatoris: quod ubi apparet, si non res ipsa, certe aestimatio efficaciter debetur: quod supra ex l. 41. §. 1. sqq. D. de leg. 1. a nobis comprobatum est.

Contra, si heres duntaxat non habeat rei legatae commercium, PROCVLVS ait, rem utiliter legatam esse. l. 49. §. 3. D. de leg. 2. Neque enim conditio heredis, propter quam ipsi commercium ademptum est, fraudi esse legatario, aut prohibere potest, quo minus hic testatoris beneficio fruatur. Igitur fingamus, fundum alienum TITIO legatum, sed heredem forensensem, quod statutis quorundam municipiorum constitutum est, res immobiles adquirere, & redimere non posse. Nihil dubito, quo minus Titio vel ipse fundus, vel eius aestimatio, debeat praestari, salva legis municipalis prohibitione, quae heredem a commercio rerum immobilium excludit. Siue enim fundus extet in bonis testatoris, non opus est heredis commercio, cum dominium fundi legati ad legatarium ipso iure transferatur: si fundus non extet, sed per heredem ab alio redimendus sit, ab herede quidem, cui redemptio rei immobilis interdicta est, posci non potest, ut fundum redimat & praestet, cum lex ipsum excludat a redemptione, sed aestimatio debetur, qua satisfieri possit voluntati testatoris. Neque enim in fraudem legis heres aliquid faciet, cui ipsi quidem possidere res immobiles non licet, sed pretium rei immobilis alii solvere non interdictum est. Itaque, secundum PROCVLVM, si solus heres non habeat rei commercium, nihilo secius aut res legata, si sit in bonis testatoris, legatario praestanda est, aut si non extet, sed redimenda sit, aestimatio soluenda. l. 49. §. 3. D. de leg. 2. Hoc postremo enim casu heres quidem facultatem dandi non habet, quod VENVLEIVS ait, sed res ipsa non est commercio exempta. l. 137. §. 4. D. de verb. oblig.

Ita, quidem existimandum est, si heres non habeat commercium rei legatae. Superest, ut de legato, quod incapaci relictum est, siue cuius commercium legatarius non habet, videamus. Et solebant veteres incapacibus, per interpositam personam, quaedam per modum fideicommissi taciti, relinquere: quod cum in fraudem legis factum videretur, inutile & in-

fructuosum erat fideicommissario *incapaci*. De quo argumento PRAESES alio loco copiosius tractauit. *f)* Certe VLPPIANVS l. 34. D. *de verb. oblig.* si quis rem stipuletur, cuius commercium non habet respondit, *non valere stipulationem*, cum licite non interfit stipulatoris, rem ipsi, cuius commercium non habeat, promitti.

Sed ne de hoc quidem argumento certi aliquid *sine distinctione* potest constitui. Enimvero legatario *commercium* rei legatae vel *probrum & turpitudinis suae* causa, vel propter *casum aliquem, qui non fuerit in eius potestate*, & de quo nemo ipsum accusare omnino possit, est ademptum. Si *probrum* causa commercio illius rei legatario interdictum sit, certum est, *inutile legatum esse*, quod, *lege obloquente*, ipsi sit relictum. Neque esset audiendus legatarius, qui *aestimationem* peteret rei legatae, cuius commercio *per probrum* priuatus est. Alleganda enim esset a legatario *propria turpitudine*, quae efficeret, *ut rem ipsam petere non posset*. Sed constat inter omnes, illi non succurrendum esse, *qui in propria turpitudine quaerat fundamentum actionis*. Hoc intellexit VLPPIANVS, qui, l. 114. §. 5. D. *de leg. 1.* tunc demum *incapaci* aestimationem dari iubet, si ipsi *res licite* fuerit relictæ, id est, si neque *simpliciter* res sit *commercio exempta*, neque *ob ignominiam* legatarii commercio rei legatae ipsi sit interdictum.

Enimvero, si nihil tale *admissum* sit a legatario, quod ipsi *cum probro* efficaciter obiiciatur, valet legatum. VLPPIANVS enim luculenter, si *legatarius ob quamcunque probabilem causam*, inprimis propter *corporis sui vitium*, aut *qualitatem rei relictæ*, rem sibi legatam *habere nequeat*, *aestimationem dandam esse*, ait, l. 114. §. 5. D. *de leg. 1.*

Sed *probabilis causa*, sine dubio, dicitur, quae a *casu*, sine legatarii *culpa* aut *vitio*, profecta videatur. At vereor tamen, ut semper hoc verum sit, & aestimatio semper praestanda sit legatario, si ipse, sine suo *vitio*, commercium non habeat rei legatae. Idem enim, quem antea laudavi, VLPPIANVS, alio loco, distinguit, utrum sciuerit legatarium *incapacem* esse, an *ignorauerit* testator. Ut puta: cum seruo alieno *militia* legata fuerit, & *sciuerit* testator, seruum esse, tunc demum *aestimationem solui* iubet VLPPIANVS; sin vero *ignorauerit*, denegandam esse, ait, legati persecutionem, cum testator; si *sciuisse*, non relicturus fuisse censeatur. l. 11. §. 16. D. *de leg. 3.*

Hoc vero adduxit MANTICAM *g)* ut existimaret, *semper* indagandum esse, in legato, quod *incapacibus* relictum sit, utrum *incapacem* esse *sciuerit*, an *ignorauerit* testator.

Verum

*f)* PRAESES de legato tacito §. 3. L. IX. tit. II. n. 8.

*g)* MANTIC. de coniect. vltimar. volunt.

Verum enim vero, non ausim affirmare quod ex lege illa **VLPIANI** recte colligatur, quod nunquam subsistat legatum relictum *incapaci*, si testator *ignorauerit*, ipsum incapacem esse. Primo enim **VLPIANVS** tractat de *militia*, quod legatum *in quantitate* consistere, ex l. 49. §. 2. *D. de leg. 2.* supra est probatum. Itaque non proprie agitur in lege illa *II. §. 16. D. de leg. 3.* de re legata, cuius commercium non habeat legatarius, cum seruus omnino sit capax *quantitatis*. Hoc enim **SAMVEL DE COCCEII** <sup>h)</sup> erudite annotauit. Deinde de *seruo* agit **VLPIANVS**, & de *quaestione voluntatis* duntaxat, vtrum legaturus fuisset testator seruo, si *sciisset* seruum esse: & probabile erat, non fuisse legaturum, cum seruus, cui testator beneficium suum destinabat, non quidem incapax sit legati, vtilitatem autem sibi destinatam non admodum percipiat, sed in dominum transmittat. Quae ratio in aliis personis vtiq; non obtinebit.

Itaque ex lege *II. §. 16. D. de leg. 3.* non sequitur, *semper* inutile legatum esse, si testator *ignorauerit*, legatarium *non habere commercium rei legatae*. Sed rectius iudicabimus, si dicemus, *legatarium* quidem, qui *sine culpa* sua commercium rei legatae non habet, aestimationem simpliciter petere posse, si *sciuerit* testator, ipsum *sine vitio* incapacem esse, cum appareat, non obstante conditione & *incapacitate* legatarii testatorem ipsi prospicere omnino voluisse. Si *ignorauerit conditionem legatarii* testator, *quaestio voluntatis erit*, & ex *enixae voluntatis* significatione & *reliquis coniecturis*, eliciendum erit, vtrum, si *sciisset*, nihil eo fecius legatum ipsi relicturus fuisse videatur. Hoc enim *etiam in legato rei alienae* **ALEXANDER** inspiciendum esse, praecipit. *L. 10. C. de legat.*

Sed de hoc argumento diligenter **IACOBVS MENOCHIVS**, <sup>i)</sup> quem in plerisque argumentis magni facio copiose commentatus est.

### §. III.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, non potest esse obscurum, *utrum De feudo & quando heres, feudo legato, de re praestanda vel aestimatione exsoluenda teneatur.* non facile disponi potest suprema voluntate.

Enimvero non ignoro, quanta *varietate* tractatum sit hoc argumentum a **BALDO**, **IOANNE FABRO**, **MANTICA**, **VINNIO**, & aliis *Nisi ex consensu domini directi & feudaliu successorum.* omnino multis, quos **IACOBVS MENOCHIVS** <sup>k)</sup> **ANDREAS FACHINEVS** <sup>l)</sup> & **SAMVEL DE COCCEII** <sup>m)</sup> in illa lite testes & arbitros esse voluerunt.

*Sed* **Sed** *daminus directus vasallo & vasallus domini recte feudum legant,*

<sup>h)</sup> **SAMVEL DE COCCEII** iuris ciuil. controuers. L. XXX. quaest. 14. obiecit. <sup>i)</sup> **MENOCH.** L. VI. praesumpt. 120. <sup>k)</sup> **IACOB. MENOCH.** de praes. L. IV. praes. 119. n. 6. sqq. <sup>l)</sup> **ANDREAS FACHINEVS** controuers. iur. L. V. c. 37. <sup>m)</sup> **SAMVEL DE COCCEII**, iuris ciuil. controuers. L. XXX. c. 14. in fine.

Sed *FACHINEVM* quidem, qui eruditissime hanc litem disceptauit, imprimis mouet, quod *de feudo suprema voluntate disponere penitus nequeat vasallus*, ideoque *inutile legatum feudi esse* censet, vt ne *aestimatio* quidem feudi debeat.

Igitur attinet monere, quousque porrigatur facultas vasalli, cum feudum cogitat in alium transferre.

Nimirum de *feudis propriis* quidem expeditum est, *nullam*, quod dicunt *compilatores: ordinationem defuncti* in feudis admitti. 1. F. 8. cum *ne pro anima* quidem, id est, ecclesiae, & ad *pias causas*, feudum relinquere posse cenferetur. 2. F. 9. §. 1.

Quae cum ita sint, non videtur locus esse dubitationi, *inutile & nullum esse legatum*, quo feudum extraneo a testatore assignatur.

Sed admonendum est, in vtroque capitulo de *successorum* praesudicio, & de *fraude*, quae cuiquam fiat, a compilatoribus tractari. Enimvero, in priori loco de *successione filiorum & nepotum* disponitur, quae *ipsis solis* relinquenda sit, *nihil in contrarium valente defuncti testamento*, 1. F. 8. pr. In posteriori specie 2. F. 9. §. 1. prohibetur feudi alienatio, quae *in fraudem* facta esse videatur.

Qua propter disputatione vix indiget, tunc demum testamento de feudis disponi non posse, si cuiquam *fraus* fieri, vel *ius quaesitum* extorqueri, testamento videatur. Sed ex hoc loco intelligitur, *feuda non esse simpliciter* commercio exempta, sed *alienationem, testamentariam* imprimis, cum *conditione* quadam & ex *speciali causa* prohiberi. Atuero de his quidem speciebus, supra §. 2. p. 15. ex l. 41. §. 1. sqq. D. de leg. 1. probauimus, non prorsus *inutiliter* illas res *legari*, quarum alienatio ex causa speciali sub conditione prohibita a testatore videatur: sed *aestimationem* quandoque soluendam esse, si nihil *in fraudem* legis committatur, adeoque salua lege satisfieri possit defuncti testamento.

Igitur videamus, de illis speciebus, in quibus *nequm omnino fraus* fiat, neque *ius quaesitum* cuiquam extorqueatur, quamuis testator extraneo feudum relinquat testamento. Et in hoc quidem argumento certum est, de *domini directi & descendentium*, illorumque, qui prima aut *simultanea investitura comprehensi sunt*, duntaxat praesudicio tractari, si feudum in extraneum transferatur testamento.

Quapropter res ipsa loquitur, *si nihil domino directo, nihil illis*, qui prima aut *simultanea investitura comprehensi* sunt, *subtrahatur, cessare prohibitionem* testamenti, quo feudum cuidam relinquatur. Res erit luculentior, si per species singulas eamus. Primo enim, si ipse dominus *directus* ipsi *vasallo*, quem *de feudo* inuestiuerit, feudum illud relinquat testamento, & ipse *dominium directum, iure pleno & perfecto adquisiuerit*,

nemo

nemo dubitabit, *dominum directum de feudo efficaciter disposuisse.* Idem dicemus, si *vasallus, qui solus de feudo nouo inuestitus sit, neque successores masculos ex se natos relinquat,* feudum legauerit domino directo. Cum enim *nemini per testamentum illud noceatur,* cessabit interdictum, quo omnis *de feudis dispositio supremæ voluntatis infirmatur.* 1. F. 8. 2. F. 9. §. 1. Quamuis enim non solum ad dominum directum sed etiam ad vasallum *reali iure* feudum pertineat, tamen IULIANVS opportunè monet, si *quid legatario desit, & testator ius aliquod in illa re habeat, quam alteri legauerit, valere omnimodo legatum.* l. 71. §. 5. D. de leg. 1. Idem & PAULLO placet, ut, si testator fundum cum legatario *communem* ipsi legauerit, portio, quæ ipsi desit, legatario relicta videatur. l. 5. §. 2. D. de leg. 1.

Non aliter iudicabimus, de *feudo mere hereditario, si simpliciter facultas liberrime testandi vasallis relicta est,* <sup>n)</sup> cum nec dominus directus, nec quisquam alius conqueri omnino posse videatur, si *feudum, possessoris potestati plenissimæ relictum, in legatarium feudi capacem transferatur.* In eandem sententiam respondebimus, si dominus *directus* generaliter cuius possessori facultatem dederit, *feudum in alios quomocunque transferendi.* <sup>o)</sup> Denique vix attinet monere, *ex consensu domini directi & simultanee inuestitorum & successorum feudaliū,* valere testamentum, quo feudum extraneo relinquitur, cum in hac specie nec *fraus* cuiquam fiat, ideoque *cesset omnis causa prohibitionis.*

In his igitur speciebus *ipsum feudum ad legatarium perueniet ex testamento.*

§. IV.

Non igitur potest esse obscurum, *feuda non quidem simpliciter commercio exempta esse, sed, si nemini fraus fiat, in primis ex domini directi, & successorum feudaliū consensu, & vendi atque intra viuos alienari, imo vero etiam mortis causa transferri posse.* Quapropter non facere possum <sup>Filius testatoris feudi paterni aestimationem legato sol-</sup> cum FACHINEO <sup>p)</sup> qui *feudum prorsus inutiliter legari & ex hoc legato vere tenetur* ne quidem debet *aestimationem* arbitratur. Imo vero, plerumque a domino directo & agnatis, ceterisque successoribus, facultas, feudum etiam <sup>ab alio herede soluendum est quantum vis fructum</sup> *propriū in alios transferendi, pecunia redimi posse* scimus. Qua propter <sup>incapacitatem</sup> *legato feudo, videri quantitatem, qua feudum redimi vis fructum soleat,* legatario rel. etiam. Eodem modo enim PAULLVS atque VLPRIANVS <sup>relictum sit.</sup>

<sup>v)</sup> HORN. iurispud. feud. c. 4. §. 38. & 40. LVDW. de diuis. feudi, c. 4. p. 102.

<sup>o)</sup> Vid. priuileg. Ferdinandi I. Lusatis concessum in codic. August. T. II.

<sup>p)</sup> FACHIN. L. V. controuersi.

*militia* aut *tessera frumentaria* legata *quantitatem* legatam intelligi docuerunt, quod ex l. 49. §. 1. D. de leg. 2. & l. 11. §. 16. D. de leg. 3. supra a nobis comprobatum est.

Igitur dicemus, si *extraneo feudum legauerit* vasallus, damnatum videri heredem a testatore, vt a *domino*, aut successoribus *impetrare studeat* & *redimat* ius illud feudum transferendi, & postea legatario feudum tradat, vel, si non possit, praestet ipsi *aestimationem*. Hoc enim generaliter receptum est, vbi *res quodammodo aliena* legatur testamento: vt, si redimi non possit, quia non vendat illam dominus, vel *pretium immodicum* constituat, aestimatio praestetur: quod supra ex GALLI praecepto, l. 14. §. 2. D. de leg. 3. obseruatum est.

Inprimis vero si *filios masculos*, ad quos spes feudi pertineat, *reliquerit vasallus*, dubitari non potest, teneri filios, vt *agnoscant voluntatem testatoris*. Hoc enim & *iure feudali communi*, 2. Feud. 45. & 51. & *Saxonico* II. §. 21. & *electorali* P. II. *const. 47. & constit. inedita IV.* luculenter praeceptum est.

Quare videamus, *an non filius ipsum feudum legatario praestare teneatur*. Sed primo quidem manifestum est, obitare alienationi omnino domini directi praecudicium, cui inuiso non obrudi potest alius vasallus. Deinde, si etiam impetrari possit domini, illorumque, quorum interest, consensus; tamen facio cum VLPIANO, *qui, ob iustam & probabilem causam* permittit heredi, *aestimationem* potius soluere, quamuis res ipsa praestari potuisset. l. 71. §. 3. lqq. D. de leg. 1. Sed magna est, & probabilis causa, si filius *antiquum feudum*, a maioribus profectum, ad splendorem familiae & posteritatis amplificandum olim a parentibus suis comparatum, *retinere* atque *ad suos posteros* malit transmittere, quam *ad legatarios extraneos transferre*. Enimuero praestatio ipsius feudi *iniquam difficultatem* in hac specie habere videretur, ob quam causam pro re aestimationem dari posse, supra §. 1. p. 7. expediuimus.

Praeterea, si testator feudum reliquerit legatario etiam *incapaci*, cui non *ob probrum*, aut turpitudinem suam, sed sine culpa sua, facultas adquirendi feudi sit adempta, non difficulter affirmauerim, *deberi aestimationem*. Hoc enim, vt supra diximus, in omnibus rebus, licite relictis, quas legatarius ob *probabilem* causam habere non possit, receptum esse MARCIANVS docet, vt, si alius illas res habere possit, legatario incapaci tantum praestetur, quanti res illae comparari potuissent. l. 114. §. 5. D. de leg. 1. Neque vero, *vtum sciuerit*, an ignorauerit testator, legatarium feudi *incapicem*, aut rem feudi iure obligatam esse, in magno discrimine ponemus: cum, siue sciuerit, siue ignorauerit conditionem, semper inquirendum sit, *an serio & enixe* rem legatam voluerit legatario praestari, &

vtum,

vrum, si sciisset conditionem, feudum non relicturus fuisse videatur. In hac enim caussa *quaestionem voluntatis* maxime versari, supra ex VLP-  
PIANI l. II. §. 16. D. de leg. 3. a nobis comprobatum est. Sed coniectu-  
ram voluntatis facile ex ipsis verbis capiemus.

Extremo, si *vel heres*, qui legatario feudum praestare iussus sit, feudi  
commercium non habeat, atque *incapax* feudi censeatur, tamen tenebitur  
de *aestimatio*. Generaliter enim PAVLLVS docuit, ab *herede, qui rei*  
*legatae commercium non habeat*, vel rem ipsam praestandam, si illa in bo-  
nis testatoris fuerit, vel aestimationem dandam, vt supra ex l. 49. §. 3. D. de  
leg. 2. copiose demonstratum est.

Extremo admonendum est, illa, quae adhuc dicta sunt, *non de feudis*  
*regalibus, quae principibus Germaniae* ab imperatore tribuuntur, illorum-  
que aestimatione, sed de *non regalibus*, quae *absque dignitate* priuatis  
concedi solent, accipienda esse: de illis enim iam tractare iustituti ratio non  
permittit.

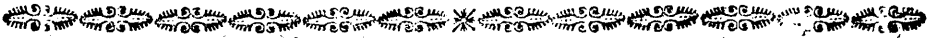
§. V.

*Igitur feudo legato* plerumque *aestimatio* debetur. Sed habet ali-  
quam difficultatem, quomodo *aestimandum* sit feudi pretium, cum illud in-  
ter *dominum directum & vasallum* quodammodo diuisum sit adeoque iure  
quodam quod dominio proximum sit, non *pleno dominio*, pertineat ad te-  
statorum. Et disputatione vix indiget, non *totam aestimationem* fundi le-  
gatario deberi, sed *deducendum esse pretium domini directi*, id est, exqui-  
rendum esse, quanti res minoris vendi possit, quod fundus non ad omnes  
heredes, sed ad quosdam tantum successores transmitti, adeoque aliquando  
*reuocari* atque ad dominum reuerti, possit.

In qua computatione etiam *ad numerum prolis*, qua munita sit im-  
mortalitas familiae, aut *ad numerum simultanee inuestiendorum*, qui a do-  
mino *directo admitti soleant*, respiciendum est, vt tanto minus legatario  
praestetur, quanto citius feudum, si illud a domino directo nactus esset, ab  
eius posteris & simultanee inuestiendis reuocari posse, & quanto minus illud  
legatario vtile futurum esse, videatur. Haec enim omnia, si *conuentione*  
res confici non possit, *arbitrio iudicis definiuntur*. Ita certe IULIANVS  
l. II. §. 3. D. de mortis caussa donat. praecipit.

Denique deferam hunc locum, si illud vnum adhuc confecerō, vrum,  
si testator *allodium*, Titio *legatum*, post conditum testamentum, *alii offe-*  
*rat in feudum*, & vel liberos masculos habeat, vel aliis *simultaneam inue-*  
*stituram impetrauerit*, vrum, inquam, *mutatione* illa allodii in feudum,  
illud legatum ademptum sit, an nihil eo minus legatario *pretium* omnino  
debeat.

Sed opportune quidem POMPONIUS occurrit, qui generaliter *res legatam*, quae post conditum testamentum *alii destinata fuerit* a testatore, *legatario adentam esse*, docet, l. 24. §. 3. D. de leg. 1. Iam vero res ipsa loquitur, per *obligationem allodii in feudum* rem legatam partim *heredibus masculis duntaxat*, partim *simultaneae investitis*, extremo etiam *domino directo, destinari*. Itaque *adentum videbitur legatum*, hinc ne aestimatio quidem efficaciter peretur. *Nuda enim voluntatem* sufficere in ademptione PRAESES 9) alio loco comprobavit.



## LIX.

PORTIO STATVTARIA  
MARITO AB VXORE  
BONA MENTE ADIMI POTEST.

---

AD CONSTIT. ELECTORAL. SAX. VII. P. III.

---

VITEMBERGAE, DIE IVNII. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC. XXXXIII.

---

Beneficia & iniuriae ex animo dantis & facientis aestimantur. Beneficia nec iniuria nec dantis sunt Beneficia prosequitur.

§. I.

*Nihil* a natura nobis tributum est, quo & maiores humanae conditionis *commoditates* & plura *incommoda* contineantur, quam, quod *ex praesentibus* etiam *de futuris* hariolari & iudicare possumus, adeo ne vel *ad spem* felicitatis erigimur, vel dolores nostros & mala imminencia e longinquo, sollicitudine & metu, praesentimus. Plerique certe, etiam hebetes & tardi, tunc maxime ingeniosi sunt, & diligentissime animum aduertunt, ubi ex praesenti vel *iniuria* vel *beneficio* coniciendum est, quid in posterum ab *aduersario* aut *amico doloris* vel *incunditatis* expectare possideantur. Quapropter, in plurimis negotiis, illa, quae ab aliis in nos commissa aut profecta sunt, ex illorum *animo* & *voluntate* aestimamus, neque ut ferae bestiae, in *praesenti* vel *beneficio* vel *iniuria* haeremus & subsistimus, sed ex *animo dantis* vel *facientis* iudicamus, quid de illo in posterum vel timere, vel confidere & sperare, debeamus.

Enim-

9) PRAESES, quomodo legatum nuda voluntate adimatur.



Enimvero multum refert, quod L. ANNAEVS SENECA <sup>a)</sup> praecipit, multum, inquam, refert, quid *vector ille animus* cogitet, qui rebus omnibus, in nostra potestate constitutis, *formam dare* solet, vt vel laude digna vel vituperanda esse videantur.

Hoc est, quod VLPPIANVS monet, etiam in *furtis & rapinis* iudicandis, *non factum duntaxat* inspiciendum esse, sed inprimis *causam faciendi*, l. 39. D. de *furt.* l. 2. §. 18.; D. *vi bonor. rapt.* cum animo & voluntate facieatis *forma* ac *substantia delicti* maxime contineatur.

Verum, vt ad iniurias & beneficia reuertamur, luculenter idem SENECA <sup>b)</sup> alio loco, quam *libenter* quis *profuerit*, quam *iniustus nocuerit*, inspiciendum esse, ait, quoniam, *animo & beneficia & iniurias* constare, certum sit: quod & PAVLLVS atque VLPPIANVS in *iudicio iniuriarum* probauerunt. l. 4. & l. 3. §. 1. & 2. D. de *iniur. & fam. lib.*

Et habet illud rationem, cum neque multum *gaudere* possimus de commoditatibus, quas *animo maligno & studio nocendi* nobis paratas esse ceruimus, vt pestis quaedam in futurum nobis imminere videatur, neque multum dolere debeamus de accepto incommodo, quod magis *a fortuna*, quam *odio* aduersae parit, ad nos peruenisse intelligamus.

Enimvero hoc est illud praecipuum, quod in hominum conuictu atque in societate omnium bonorum inprimis quaerimus & exspectamus, vt nobiscum *bono animo* agatur, vtque hominum *voluntates* nobis deuinctae sint, denique vt mutuo *amore* & consensione in vnius societatis corpus quodammodo coalescamus. Hoc M. TVLLIO <sup>c)</sup> in mentem venit, qui in referenda gratia in primis, *quo quisque animo, studio, beneuolentia*, aliquid *fecerit*, ponderandum esse, docet: cum multi faciant multa, temeritate quadam, sine iudicio, sed vel morbo, in omnes, vel repentino quodam impetu animi, quasi vento, incitati, quorum *beneficia* non aequae magna sint, atque ea, quae *iudicio, considerate, constanterque* sint delata.

Igitur, quod idem, quem antea laudauimus, SENECA affirmat, <sup>d)</sup> non *rem*, sed *vim rei*, id est, quo animo, quo tempore, quo loco, qua conditione, *quibus ex causis*, quo modo aliquid datum sit, in aestimandis beneficiis spectamus. Aut, quod idem alio loco monet, non *quid fiat*, aut quid detur, refert, sed *qua mente* quid ab alio nobis tribuatur. <sup>e)</sup> Enimvero coire debent duo, quae beneficium efficiunt. Primum rei magnitudo, quae ex conditione temporis & personarum iudicatur, alterum, vt *eius causa* quis aliquid fecerit, ad quem voluerit beneficium peruenire,

P 3

eum-

<sup>a)</sup> SENEC. de benef. L. I. c. 6.    <sup>b)</sup> SENEC. L. I. ep. 81.    <sup>c)</sup> CIC. de off. l. c. 15.    <sup>d)</sup> SENEC. de benef. L. III. c. 8.    <sup>e)</sup> SENEC. de benef. L. III. c. 6.

eumquè dignum iudicauerit, & libens ipsi attribuerit, & gaudium perceperit, quod ipse potuerit bene de altero mereri. *f)*

Quæ cum ita sint, *animus & iudicium* dantis atque facientis maxime ex illo cognoscitur, si circumspectius elegerit, quid & quantum cuique tribuendum videatur. Inspiciendum est enim, quod C I C E R O *g)* obseruat, ne vel *obsit* benignitas iis ipsis, quibus benigne fieri a nobis videatur, aut ne ceteris *noceat*, ne maior sit benignitas, quam facultates, utque cuique aliquid pro dignitate tribuatur. Sed paullo luculentius SENECA noster *h)* primo danda esse *necessaria*, deinde *utilia*; proxime *iucunda*, utique *mansura*. Et ex hoc delectu, quam bene aliquis de nobis meritus sit, intelligemus. Extremo opportune M. TULLIVS adiiicit *i)* optime societatem illam & coniunctionem hominum seruari, si, ut quisque *est coniunctissimus*, ita in eum benignitatis plurimum a nobis conferatur, sed primam societatem esse in ipso *coniugio*, proximam in *liberis*: mox sequi *fratrum* coniunctiones, deinde aliorum, qui ex eadem origine, in alias domos, tanquam in colonias, exierint: ut, quo quisque *propius nos attingat*, tanto *iustus* tantoque meliori *animo* in illum *beneficia* a nobis conferri censeantur. Sed de his quidem deinceps locus erit exponendi.

Eandem fere rationem etiam in *iniuriis* sequimur: cum, secundum PAVLLVM atque VLPPIANVM, in illo, qui nos minus blande affecerit, non quid factum sit, sed quid alter *voluerit facere*, & qua de causa, aut quo delectu aliquid fecerit, inspiciamus, l. 3. 4. & 33. *D. de iniur.* quod supra fuit obseruatum,

## §. II.

*Etiã he- redatio cum odio interdu- m: est iniuria.* *Inter viuos* igitur, in hac societate & communiõne hominum, quam *colimus*, ut supra comprobatum est, ex *animo* cuiusque atque *voluntate* iudicium facimus, quid alteri propter *iniurias* aut *benefacta* debeamus. Sed *mortuorum* quidem voluntates, supremis *tabulis* expressas, a quocun- que consilio, vel bono vel maligno etiam, profectas, facilius ferimus, cum nostra, propter *spem* aut *metum temporis futuri*, non interfit, quid quid illi, qui nobis amplius nec nocere nec prodesse possunt, de nobis sensisse videantur.

*Exheredatio cum odio interdu- m: est iniuria.* Verum enim vero, quandoquidem nihil quod ab alio profectum sit, homini sano atque liberali iucundum esse potest, nisi quod ex alterius de nobis *iudicio*, & studio quodam *benevolentiae*, enatum & in nos deriuatum intelligatur; etiam in *ultimis* voluntatibus aestimandis, non in paruo discrimine ponimus, *qua mente* aliquid relictum aut constitutum sit a testatore.

Qua-

*f)* SENEC. de benef. L. IV. c. 29. & L. VI. c. 7. *g)* CIC. l. off. c. 14.

NEC. de benef. L. II.

*i)* CIC. l. off. c. 16. & 17.

*h)* SE-

Quapropter in *heredum institutionibus* inprimis, quibus plerumque quidem *beneficium* testatoris continetur, tamen inquirimus, *quo animo* testator hereditatem reliquisset videatur. Certe, si *VLPIANVM* audiamus, non valet heredis institutio, si quis heredem appellatione quadam, quae *contumeliae causa* adici subinde solet, in tabulis supremae voluntatis nuncupauit. l. 9. §. 8. D. de *hered. instit.* Quod habet rationem, cum non sit dignum homine ingenuo *beneficium*, quod *cum probro & maledicto* relinquatur. Recte enim meus ille *SENECA* <sup>k)</sup> *maledictum*, inquit, esse incipit, non *beneficium*, in quo *vitium accipientis* agnoscitur. Sed elegantius *FABIVS VERRUCOSVS* <sup>l)</sup> *beneficium aspere datum* dixit esse *panem lapidosum*, quem esurienti accipere necessarium sit, comedere acerbum. Et generaliter *contumeliosa admonitione* efficitur, ut cum homo liber illam indignitatem ferre non possit, *beneficium* perdat, & merito hereditas ab illo contemnat, quem testator per *contumeliam* voluerit suo *beneficio* commaculare.

Imo vero, quod *DESIDERIVS HERALDVVS* obseruauit, <sup>m)</sup> contra bonos mores est, si heres agnoscat *contumeliosam* institutionem: cum agnitione hereditatis probrum sibi obiectum confiteri, adeoque hereditate indignus esse videatur. Quapropter receptum est, *nullam* esse heredis institutionem, cui admonitio contumeliosa a testatore sit adiecta. Vnam speciem *contumeliae* excepit *MARCIVS*, cum *filius* heres instituitur cum *maledicto*: hoc enim receptum esse ait, l. 48. §. 1. D. de *hered. instit.* cum non soleant *parentes animo maligno* in liberos uti *maledictis*, quod etiam *VALERIVS MAXIMVS* <sup>n)</sup> loco quodam obseruauit.

Sed ita quidem *heredum institutiones ex animo defuncti, probabilibus* indiciis prodito, interpretamur, & plerumque ita illas accipimus, ut testatorem *bene mereri* voluisse censeamus.

Haud paullo secius de *exheredatione* iudicium facere solemus. Illa enim, si *CVIACIVM* audias, fere *infamiam*, dedecus, iniuriam censetur continere. <sup>o)</sup> Sunt enim quaedam talia, quae *plerumque ab animo maligno* profecta esse iudicantur. De illa quidem *exheredatione*, quam veteres *cum elogio*, id est, *vituperatione* & exprobratione contumeliosa, si ri dicebant, nemo dubitat, quin ad *infamiam* aut *notam* spectare censeatur. *Elogium* enim ut diximus, plerumque *contumeliam* & *vituperationem* continebat. *AFRICANVS* certe iudicauit, filium *cum elogio exheredatum* esse, si pater ipsum iulierit *exheredem* esse, quia ipsum *non ex se natum* per-

k) *SENEC.* L. I. de *benefic.* c. XI. in fine. l) apud *SENEC.* L. II. de *benefic.* c. 7. m) *DESID. HERALD.* obseru. & emend. c. 28. apud *OTRON.* in *theat.* T. II. p. 1348. sq. n) *VAL. MAXIM.* L. V. c. 9. o) *CVIAC.* ad L. V. quaest. *Papin. op. posthum.* T. I. p. 118.

perspexisset. Sed IULIANTIVS cum *conuicio* exheredatum esse ait, quem pater ex adulterio natum, non nominandum, latronem, gladiatorem, dixerit in tabulis supremæ voluntatis. l. 3. pr. D. de lib. & posthum. hered. instit.

Igitur, qui cum *elogio* excluditur hereditare, cum *conuicio* exheredatur. Eodem enim sensu MARCIANVS atque CELSVS reos cum *elogio*, id est, cum improbitatis admissæ contumeliosa commemoratione, custodiendos dari iubent: l. 6. & l. 11. D. de custod. & exhibit. reor. quod etiam MODESTINVS comprobauit. l. 3. pr. D. de re milit. POMPONIVS certe illum, qui cum *elogio* & vituperio *exheres* scribitur, ab illo, qui sine causæ allegatione excluditur, distinguit. l. 1. §. 9. D. de Carbon. edict. SCAEVO LA noster seruauit fideicommissum cum hoc *elogio*, id est, conuicio relicto: MAEVI O *liberto meo, nihil de me merito*, illud dari volo. l. 37. §. 2. D. de leg. 3. Sed de his quidem *elogiis* copiose CUIACIVS prætractauit.

Imò vero etiam *sine elogio exheredatus*, quandoque per *contumeliam* & cum *nota* videtur exclusus ab hereditate: quod DESIDERIVS HERALDV S elegantissime probauit. q)

Sed de istis quidem speciebus dubitari non potest, quin *iniuriam* contineat *exhereditatio* in tabulis supremæ voluntatis. Et meretur obseruari, quod PAPINIANVS l. v. *quaestionum* expresse *iniuriam* appellet, si quis *exheres* esse a testatore iubeatur. l. 8. D. de inoff. testam.

Enimuero ipsa *quaerela inofficiosi testamenti* imitatur quodammodo iniuriarum actionem, *contumeliae vindicandæ* causa institutam, quod IULIANTIVS indicauit. l. 7. §. 8. D. si quid in fraud. patr. cum *doloris* potius quam *pécuniæ persecutionem* habere videatur. r)

Ex eodem fonte deducitur, quod in dubio *odiosa* sit *exclusio legitimi heredis*. Certe secundum POMPONIVM, si in iisdem tabulis filius & *heres scriptus*, & nominatim *exheredatus* sit, heredis institutio præfertur *exheredationi* l. 21. D. de lib. & posth. hered. Sed haud paullo IULIANTIVS noster, aliam esse causam *institutionis*, ait, quæ *benigne* accipitur, aliam *exheredationis*, quæ nunquam adiuuanda videatur. l. 19. D. eod.

### §. III.

*Exhereditatio bona mente etiam hodie efficax est. Legitima pietatis causa relinquitur*

*Vides*, plerumque *heredes legitimos cum ignominia & nota & indignatione* testatoris, aut cum *elogio* excludi. Sed optime magistri artis nostræ per-

p) CUIAC. ad l. 3. D. de lib. & posthum. op. T. I. p. 1649. q) HERALD. obseru. & emendat. c. 28. apud OTTONEM in thes. T. II. p. 1345. 1346. 1347. 1348. 1349. 1350. 1351. 1352. 1353. 1354. 1355. 1356. 1357. 1358. 1359. 1360. 1361. 1362. 1363. 1364. 1365. 1366. 1367. 1368. 1369. 1370. 1371. 1372. 1373. 1374. 1375. 1376. 1377. 1378. 1379. 1380. 1381. 1382. 1383. 1384. 1385. 1386. 1387. 1388. 1389. 1390. 1391. 1392. 1393. 1394. 1395. 1396. 1397. 1398. 1399. 1400. 1401. 1402. 1403. 1404. 1405. 1406. 1407. 1408. 1409. 1410. 1411. 1412. 1413. 1414. 1415. 1416. 1417. 1418. 1419. 1420. 1421. 1422. 1423. 1424. 1425. 1426. 1427. 1428. 1429. 1430. 1431. 1432. 1433. 1434. 1435. 1436. 1437. 1438. 1439. 1440. 1441. 1442. 1443. 1444. 1445. 1446. 1447. 1448. 1449. 1450. 1451. 1452. 1453. 1454. 1455. 1456. 1457. 1458. 1459. 1460. 1461. 1462. 1463. 1464. 1465. 1466. 1467. 1468. 1469. 1470. 1471. 1472. 1473. 1474. 1475. 1476. 1477. 1478. 1479. 1480. 1481. 1482. 1483. 1484. 1485. 1486. 1487. 1488. 1489. 1490. 1491. 1492. 1493. 1494. 1495. 1496. 1497. 1498. 1499. 1500. 1501. 1502. 1503. 1504. 1505. 1506. 1507. 1508. 1509. 1510. 1511. 1512. 1513. 1514. 1515. 1516. 1517. 1518. 1519. 1520. 1521. 1522. 1523. 1524. 1525. 1526. 1527. 1528. 1529. 1530. 1531. 1532. 1533. 1534. 1535. 1536. 1537. 1538. 1539. 1540. 1541. 1542. 1543. 1544. 1545. 1546. 1547. 1548. 1549. 1550. 1551. 1552. 1553. 1554. 1555. 1556. 1557. 1558. 1559. 1560. 1561. 1562. 1563. 1564. 1565. 1566. 1567. 1568. 1569. 1570. 1571. 1572. 1573. 1574. 1575. 1576. 1577. 1578. 1579. 1580. 1581. 1582. 1583. 1584. 1585. 1586. 1587. 1588. 1589. 1590. 1591. 1592. 1593. 1594. 1595. 1596. 1597. 1598. 1599. 1600. 1601. 1602. 1603. 1604. 1605. 1606. 1607. 1608. 1609. 1610. 1611. 1612. 1613. 1614. 1615. 1616. 1617. 1618. 1619. 1620. 1621. 1622. 1623. 1624. 1625. 1626. 1627. 1628. 1629. 1630. 1631. 1632. 1633. 1634. 1635. 1636. 1637. 1638. 1639. 1640. 1641. 1642. 1643. 1644. 1645. 1646. 1647. 1648. 1649. 1650. 1651. 1652. 1653. 1654. 1655. 1656. 1657. 1658. 1659. 1660. 1661. 1662. 1663. 1664. 1665. 1666. 1667. 1668. 1669. 1670. 1671. 1672. 1673. 1674. 1675. 1676. 1677. 1678. 1679. 1680. 1681. 1682. 1683. 1684. 1685. 1686. 1687. 1688. 1689. 1690. 1691. 1692. 1693. 1694. 1695. 1696. 1697. 1698. 1699. 1700. 1701. 1702. 1703. 1704. 1705. 1706. 1707. 1708. 1709. 1710. 1711. 1712. 1713. 1714. 1715. 1716. 1717. 1718. 1719. 1720. 1721. 1722. 1723. 1724. 1725. 1726. 1727. 1728. 1729. 1730. 1731. 1732. 1733. 1734. 1735. 1736. 1737. 1738. 1739. 1740. 1741. 1742. 1743. 1744. 1745. 1746. 1747. 1748. 1749. 1750. 1751. 1752. 1753. 1754. 1755. 1756. 1757. 1758. 1759. 1760. 1761. 1762. 1763. 1764. 1765. 1766. 1767. 1768. 1769. 1770. 1771. 1772. 1773. 1774. 1775. 1776. 1777. 1778. 1779. 1780. 1781. 1782. 1783. 1784. 1785. 1786. 1787. 1788. 1789. 1790. 1791. 1792. 1793. 1794. 1795. 1796. 1797. 1798. 1799. 1800. 1801. 1802. 1803. 1804. 1805. 1806. 1807. 1808. 1809. 1810. 1811. 1812. 1813. 1814. 1815. 1816. 1817. 1818. 1819. 1820. 1821. 1822. 1823. 1824. 1825. 1826. 1827. 1828. 1829. 1830. 1831. 1832. 1833. 1834. 1835. 1836. 1837. 1838. 1839. 1840. 1841. 1842. 1843. 1844. 1845. 1846. 1847. 1848. 1849. 1850. 1851. 1852. 1853. 1854. 1855. 1856. 1857. 1858. 1859. 1860. 1861. 1862. 1863. 1864. 1865. 1866. 1867. 1868. 1869. 1870. 1871. 1872. 1873. 1874. 1875. 1876. 1877. 1878. 1879. 1880. 1881. 1882. 1883. 1884. 1885. 1886. 1887. 1888. 1889. 1890. 1891. 1892. 1893. 1894. 1895. 1896. 1897. 1898. 1899. 1900. 1901. 1902. 1903. 1904. 1905. 1906. 1907. 1908. 1909. 1910. 1911. 1912. 1913. 1914. 1915. 1916. 1917. 1918. 1919. 1920. 1921. 1922. 1923. 1924. 1925. 1926. 1927. 1928. 1929. 1930. 1931. 1932. 1933. 1934. 1935. 1936. 1937. 1938. 1939. 1940. 1941. 1942. 1943. 1944. 1945. 1946. 1947. 1948. 1949. 1950. 1951. 1952. 1953. 1954. 1955. 1956. 1957. 1958. 1959. 1960. 1961. 1962. 1963. 1964. 1965. 1966. 1967. 1968. 1969. 1970. 1971. 1972. 1973. 1974. 1975. 1976. 1977. 1978. 1979. 1980. 1981. 1982. 1983. 1984. 1985. 1986. 1987. 1988. 1989. 1990. 1991. 1992. 1993. 1994. 1995. 1996. 1997. 1998. 1999. 2000.

perspexerunt, & beneficia & iniurias non tam ex rebus, quam ex cuiusque voluntate, aestimari, & inquirendum esse, qua mente quid ab illo factum sit, qui nobis vel aegre fecisse, vel beneficium omnino tribuisse, videatur. Enimuero aperte VLPIANVS, multos, inquit, non notae causa exheredare liberos, neque ut eis obsint, sed ut illis consulant, ideoque fideicommissam illis hereditatem dare. l. 18. D. de liber. & posthum. hered. quod TRYPHONINVS etiam probauit, maxime, si causam & necessitatem iudicii sui testator adiecisset. l. 16. §. 2. D. de curat. furios. Ideoque valebit institutio, si auus in suprema voluntate nepotes ex filio prodigo iusserit heredes esse, & filium exheredauerit, sed tantum illi alimentorum nomine legauerit a nepotibus, quantum ad illam causam sufficere omnino posset, d. l. 16. §. 2. D. de curat. furios.

Sed clarius alio loco VLPIANVS, si filius non mala mente exheredatus sit, sed alia ex causa, exheredationem, ait, ipsi non nocere: eoque referri, si furoris causa, aut ob inpuberem aetatem, exheredatus fuerit, ne ipsi ab agnatis noceatur, sed extraneus heres hac lege institutus, ut filio respicienti, aut puberi, restitueret hereditatem. l. 12. §. 2. D. bonis liberti.

Non minus elegantem speciem proposuit MARCELLVS, qui l. 52. pr. D. ad leg. Falcid. tractauit de liberto, qui patronum ex asse instituit heredem, filio legatum centum viginti, reliqua extraneo, reliquit; ne filius oneribus hereditariis implicaretur. De quo argumento ANTONIVS FABER & FRANCISCVS MARSIVS GORDONIVS copiosius exposuerunt.

Extremo etiam DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS, imperatores, admiserunt matris testamentum, quae liberis non pure, sed sub conditione, hereditatem reliquerat, non ut iniuriam illis faceret, sed ut illis consuleret, atque ipsorum commodis, apposita conditione, prouideret. l. 25. C. de inoff. testam.

Ex quibus locis apparet, etiam in exheredationibus iudicandis, quam illae plerumque, secundum SENECAM a magna parentum indignatione & quadam fere desperatione atque iniuria profectae videantur, tamen multum referre, qua mente, quis exheredatus fuerit in suprema voluntate.

Naturali enim rationi veteres in hac causa obsecuti sunt, dum docuerunt, quod neque iniuria videri possit exhereditatio, cuius consilium non onerandi aut notandi, sed ornandi ac defendendi filii causa, pater ceperit, nec hereditas pro beneficio accipiatur, quae damnosa & luctuosa heredi futura esset.

1) ANTON. FAB. I. coniect. 15. 2) GORDON. in praetermiss. iuris civil. c. 3. apud OTTON. in thes. iuris Rom. T. II. p. 836. u) SENEC. L. I. de clement. c. 14.

esser. Secundum TULLII enim *x*) & SENECAE *y*) quae antea adduximus, praecepta, neque *damnosa*, neque *superuacua* & *inutilia* liberis beneficia a parentibus frugi relinquuntur, sed primo *necessaria*, deinde *vilia*, proxime iucunda, yriue *mansura*. Quapropter ex his *caussis* iudicabimus, vtrum *valeat exheredatio*, & vtrum quis *bona mente* heredem legitimum exheredasse videatur, si heredi *obfutura*, aut certe *inutilis* & *luctuosa* quodammodo futura fuisset hereditas, aut non diu apud ipsum *mansura*, aut cum magno metu & incommodo coniuncta: inprimis si pro hereditate aliud quid relictum sit, quod *magis necessarium* aut *magis utile*, aut *diutius mansurum* censeatur, vt credamus testatorem *potius consulere, quam iniuriam facere & nocere heredi excluso voluisse*. Extant eiusmodi species sexcentae, in quibus, ex illis, quae circumstant, iudicatur, *bona mente* filium *exheredatum* esse, vt *exheredatio* subsistat. Plura eiusmodi MENOCHIVS, *z*) CARPZOVIVS, *a*) STRYKIVS, *b*) & OSIVS AVRELIVS, *c*) congesserunt, quae exscribere non vacat. Vnum meretur obseruari, *luculentam* desiderari *causam*, illamque ex ipsis *verum argumentis* apparentem, vt quis *bona mente exheredatus* videatur. Neque tamen vel cum BALDO consensio *d*) qui *malam* semper *mentem* instigasse parentes suspicatur, vt liberos excluderent legitima hereditate. Huic enim M. TULLIVS *e*) & SENECA *f*) inprimis obloquuntur. Neque vero BARTOLO *g*) obtemperare ausim, qui *pietatem* parentum in liberos sibi inuenisse visus est in quavis liberorum exheredatione. Sed magis fere faciam cum RIPA, *h*) qui tunc demum, si legitimi heredes non penitus exclusi, sed loco hereditatis alio testatoris beneficio ornati sint, potius *bona mente* factam videri censet *exheredationem*: inprimis si intelligatur, *ideo* inritum esse consilium *exheredationis*, vt ne heres legitimus *fructu careat* hereditatis, sed vt commodo extantiori in posterum ipsi consulatur.

Eo inprimis pertinet, quod TRYPHONIVS obseruauit, *prodigum filium* subinde rectius *excludi* a parente, & nepotes ex filio hac lege institui heredes, vt alant *prodigum parentem*, cui hereditas *infructuosa* penitus futura, certe *non diu* apud ipsum *mansura* videatur. l. 16. §. 2. D. de *curat. furios.*

Non

- x*) CIC. de offic. L. I. c. 14.      *y*) SENECA. L. I. de benefic. c. 11.      *z*) MENOCH. de praesumption. l. IV. praef. 28.      *a*) CARPZOV. P. III. constit. IX. def. 11.      *b*) STRYK. vs. mod. L. XXVIII. tit. 2. §. 7. sqq.      *c*) OSIVS AVRELIVS, de variant. Cuiacii interpret. disp. XI. in thes. Ottonis T. III. p. 722.      *d*) BALD. ad l. 10. C. de oper. libert.      *e*) CIC. orat. pro Rosc. Amerino. c. 19.      *f*) SENECA. L. I. de clement. c. 14.      *g*) BARTOLO. ad l. 7. §. 6. D. de oper. libert.      *h*) RIPA ad l. 2. pr. D. de vulg. & pupill. substit.

Non multum ab hac specie abhorret illa, quam PAPINIANVS l. 3. §. 3. D. de *usur.* diligentius tractauit. Ait enim, *matrem*, cum tutoribus filiae & lubrico tutelae iudicio diffideret, res suas non filiae, sed Pollidio cuidam, hac lege reliquit, vt totam hereditatem restituëret filiae, cum haec ad certam aetatem peruenisset: & PAPINIANVS censet, ratam fuisse *temporariam exheredationem*. Qua re efficitur, vt, quamuis heres *ex die*, aut *ad certum diem*, quod idem PAPINIANVS alio loco, l. 34. D. de *hered. instit.* docet, efficaciter relinqui nequeat, tamen *exhereditatio* quasi *ad certum tempus* facta, non profus sit inutilis, si bona mente facta sit, & res heredi legitimo, per formam fideicommissi, cum fructibus restituatur.

Illud expeditum est, cessare querelam *inofficiosi testamenti*, si appareat, testatorem *exheredatione* legitimis heredibus *consulere* potius, quam *iniuriam facere & nocere* voluisse. Ita enim & ALEXANDER & DIOCLETIANVS atque MAXIMIANVS rescripserunt. l. 12. & l. 25. C. de *inoff. testam.*

Extremo nec habebit facile testator, cur sibi timeat a IUSTINIANI noua constitutione, qui *Nou. CXV. cap. 3.* solam *ingratitude* admisit, ob quam liberi aut parentes legitima excluderentur. Ipsa enim *ingrati & indigni* appellatio, qua IUSTINIANVS illo loco vitur, ostendit, ipsum de eiusmodi speciebus tractauisse, in quibus *portio legitima* heredibus *uillis* esse, & tanquam *beneficium* relinqui potuisse, quod ipsis iniqua *exheredatione* per *iniuriam* negari & extorqueri videatur. Sed nemo dixerit *iniuriam* fieri, cum heredi res *inutilis* aut etiam *damnosa*, *exheredatione* admittitur, & in locum superuacuae hereditatis verum *beneficium* substituitur, & relinquitur legitimo heredi.

Igitur recte LYNCKIUS *exheredationem*, ait, *bona mente factam*, habere *figuram* *exheredationis*, sed vere non esse *exheredationem*, sed pro beneficio accipiendam esse.

#### §. IV.

*Habes* *exheredationem*, quae, quamuis alias iniuriam contineat, tamen *Filius obae-* si a *bona mente & prouido consilio* profecta videatur, pro *beneficio* potius, *ratus bona* quam pro *iniuria* habetur. *meure exheredari potest.*

Sed, vt solent per interpretationem rerumque usum aliae atque aliae *Filius obae-* species enasci, de herede legitimo, qui iam *conturbauerit* & collapsus atque *ratus potest* ad egestatem reductus sit, an in fraudem creditorum *exheredari* possit, *consentire in* videamus. *exheredationem quamuis*

Et primo quidem disputatione vix indiget, *inutilem fere & infructuo-* sam esse hereditatem debitori, qui ne accepta quidem hereditate creditorum *bonis cess-* rit. Neque *bus creditores*

Q 2

*eius* queribus satisfacere omnino posse, sed nihilominus in egestate & aere alieno man-  
 possunt de surus esse videatur. Igitur in debitoris obaerati persona, nisi forte ignomi-  
 inofficioso te- *niam* decoctoris euitare studeat, *heredis institutio* non erit beneficium, quod  
 stamento. lu- *re civili de* SENECA <sup>k)</sup> affirmat, cum beneficia vel *necessaria* dari debeant, vel certe  
 re *com- utilia* aut *iucunda*, utique *mansura*.

*munis potest* Enimuero rem superuacua dare, & quae non commoditatem ali-  
 renunciare *quam* illi pariat, cui tribuatur, idem est, ac foeminae arma venatoria, aut  
 hereditati. *rustico* libros, aut iuris studioso retia mittere, <sup>l)</sup> aut vestimenta aestiua tem-  
 Sed propter *solam* aequi- pore brumali. <sup>m)</sup>

*tatem hodie* Quae cum ita sint, ipse quidem *debitor*, qui videt, sibi hereditatem  
 delatam he- *omnino non profuturam* esse, sed ad creditores suos peruenturam, non fa-  
 reditatem *cile* queretur de ademtione. Sed habet aliquam difficultatem, an non *cre-*  
 omittere ne- *ditores* possint *conqueri*, qui, post cessionem bonorum, *in debitoris, quasi*  
 quit nisi ma- *rior aequitas* mortui, iura & omnes obligationes successerunt, aut, quae ante cessionem  
 suadeat *ut in fraudem* ipsorum gesta sunt, efficaciter rescindere possunt.

*ius commune* Verum enim vero, ipsum quidem *testatorem, qui creditoribus here-*  
 potius sequa- *dis sui legitimi nihil debuit*, neque sua ex persona accusare possunt, cum  
 mur. *Tunc* *ipsis non obligatus fuerit defunctus*, neque ex persona debitoris, qui ipse de  
 enim & ho- *exheredatione, bona mente facta*, quae pro beneficio habetur, conqueri  
 die potest in *non potuisset*. Ideoque ausim affirmare, creditores, quamuis omne ius  
 ri suo renun- *debitoris communis in ipsos translatum sit, tamen non habituros querelam*  
 ciare.. *inofficiosi, quam ipse debitor non habuisset*. Ad eundem enim modum

DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS rescripserunt, patrem de *inofficioso*  
*testamento* liberorum nomine queri non posse, quo mater hac conditione  
 libereros scripserit heredes, *si a patre emanciparentur*. l. 25. de *inoff.*  
*testament.*

Quamuis enim patri non exiguum commodum conditione illa adima-  
 tur, tamen *ex persona liberorum*, quibus mater illa conditione consuluit,  
 pater non habebit *querelam inofficiosi* testamenti. d. l. 25. C. de *inoff.*  
*testament.*

Igitur dicemus, creditores non posse *impugnare* patris testamentum,  
 quo filius *obaeratus*, etiam *post cessionem* bonorum, hereditate, *bona men-*  
 te, excluditur, ne bona perueniant ad *creditores*. Et ipse debitor habebit,  
 cur gaudeat, quod, loco superuacuae hereditatis, ad creditores peruentu-  
 rae, sibi *aliud* beneficium relictum sit, & *necessarium*, & utique *mansurum*.

Atuero posset aliquis ambigere, *si ipse debitor agnoscat testamentum*  
 hoc parentis, quo excluditur hereditate, annon hoc in fraudem creditorum  
 omnino gestum esse videatur. Si enim VLPPIANVM, l. I. §. 2. l. 2. & 3.

D. quae

k) SENECA. l. benef. c. XI.

l) Idem ibidem.

m) Idem L. I. de benefic.



D. *quae in fraud. credit.* audiamus, vbi debitor aliquid *fraudationis causa* gessit, aut aliquem liberavit, aut *data opera aliquid omisit*, creditoribus *reuocatoria actio*, ex praetoris edicto, poterit accommodari: quod & PAVLLVS alio loco comprobavit: vt, qui *non fecerit, quod facere omnino debuisset, in fraudem creditorum fecisse videatur.* l. 4. D. eod.

Neque tamen permoueor, vt a sententia discedam, aut existimem, creditores accusare debitorem posse, qui agnouerit parentis testamentum, in quo *bona mente* est exheredatus. Primo enim *superuacua* est *agnitio* patris testamenti, quod nec filius, nec creditores eius, impugnare potuissent. Itaque frustra queruntur de *agnitione* testamenti, quod etiam non *agnitum* rescindi penitus non potuisset.

Deinde, faciamus, quod efficaciter filius potuisset *non agnoscere*, aut *impugnare* parentis testamentum, non habebunt tamen creditores, quod dicant, in *fraudem* creditorum debitorem agnouisse exheredationem.

Nimirum aperte VLPIANVS l. 6. §. 2. D. *quae in fraud. credit.* & l. 134. D. de *reg. iur.* docet, debitorem, qui hereditatem vel *legitimam*, vel *testamentariam*, *repudiauerit*, non locum facere *fraudatorio edicto*, aut *Paullianae actioni*; eum tantum *non acquirere* voluerit debitor, *non vero patrimonium*, iam quaesitum, *diminuere*, quod solum fere prohibeatur *fraudatorio edicto*. Quod habet rationem, cum *legitima* heredibus quibusdam relinquenda sit, non vt creditoribus illorum satisfiat, sed *vt ipsis legitimis heredibus beneficium exhibeatur*. Quis igitur accusauerit debitorem, qui non desideret legitimam portionem, quam sibi intelligit vel *damnosam*, vel certe *inutilem* futuram?

Sed inprimis in illa specie, cum, excluso filio, qui bonis cesserit, nepotes ex ipso nati ab auo heredes instituti sunt, *non fraudulenter*, sed etiam *ex officio pietatis* egisse videbitur debitor, qui agnouit testamentum, & *legitimam omisit*, vt liberis suis consuleret, quos viderat secum, si impugnasset testamentum & creditoribus hereditatem reddidisset, ad *egestatem* perueniuros. Ita certe & CALLISTRATVS & PAPINIANSVS responderunt: patrem, qui fideicommissum hereditatis maternae filio restituerit, *omissa Falcidia deductione*, potius *bonam fidem & debitam pietatem* in illa re secutum esse, quam fraudasse creditores: itemque debitorem, qui *non deduxerit quartam Trebellianicam* ex fideicommissio, quam retinere potuisset, non videri *fraudem* creditoribus *fecisse*, sed *fideliter egisse*. l. 19. & 20. D. *quae in fraud. credit.*

Merito igitur ignoscemus debitori, qui, ne vel ipse in posterum *alimenti egeat* & reipublicae molestus sit, vel *liberi eius* calamitatem parentis sentiant, agnoscit testamentum, in quo ipse *bona mente* exheredatus est,

& potius *alimenta* accipit, sibi relicta, liberis heredibus institutis. Ita quidem certe etiam CARPZOVIVM <sup>n)</sup> video sensisse.

Sed quamvis haec *iure scripto* certa ac definita sint, tamen ipsa nobis *aequitas*, qua ius scriptum subinde temperamus, videtur *obloqui* & prohibere, *ne decipiantur creditores*. Hi enim fere miseratione digni sunt, qui, nisi hereditatem debitori deferendam spectauissent, fidem debitori non fuissent habituri, ideoque spe sua excidunt, & creditum perdunt, *si debitor agnoscat exheredationem*. Certe illa *aequitas* & CARPZOVIVM <sup>o)</sup> & plures alios <sup>p)</sup> permouit, ut inter hereditatem *deferendam* & *delatam*, posuerint aliquod discrimen, & *delatam* hereditatem *non posse repudiari a debitore*, in fraudem creditorum, iudicauerint. Ipse etiam memini, hoc temperamentum *ICtis Vitembergensibus* in quibusdam speciebus placuisse.

Atuero, ut libere profitear, quid sentiam, non ausim facile, *a luculentis legum verbis*, quibus ipsa *aequitatis* ratio diligenter definita est, *discedere*, & *illa corrigere*, propter aliam *opinionem* *aequitatis*. Quid enim VLPIANO, & PAPINIANO & CALLISTRATO, respondebimus, qui aperte docent, *non acquirere hereditatem* debitori, bonis lapsio, non solum *licere*, sed hoc etiam *pium esse*, & *bonae fidei* conuenire, si repudiatione illa posteritati debitoris consulatur, l. 6. §. 2. l. 19. & 20. D. *quae in fraud. credit.* Certe hanc *ICtis Saxonici* olim sententiam omnino placuisse, ut liceat debitori *non acquirere*, & feudum etiam *in fauorem filii* confessim refutare & omittere, BERLICHIVS, <sup>q)</sup> ex duobus rescriptis electoralibus probauit. Deinde, si ponamus, fauere creditoribus in illa causa speciem quandam *aequitatis*, certe constat, in *iudicanda aequitate omnia quae circumstant*, diligenter *aestimanda* esse, priusquam quid *aequius melius* videri possit, abscisse & generaliter profiteamur. Nimirum, si de *egestate liberorum* euitanda, & ipsis debitoris *alimentis*, quibus, si impugnaret testamentum, cariturus esset, disputetur, rectius fere liberis & debitori, qui ad egestatem redacti reipublicae oneri & impedimento futuri essent, quam creditoribus, rectius *pietati* testatoris, ipsis legibus apertis commendatae, quam creditorum desiderio, cui ipsa legum verba obloquuntur, in illa specie fauemus. Quapropter non dubitauerim affirmare, & testamentum, in quo filio *obaerato* *alimenta* relicta sint, sed ipse exheredatus sit, liberis eius heredibus institutis, omnimodo valere, & *piam esse agnitionem* debitoris, qua probat illam *exheredationem*.

## §. V.

n) CARPZOV. P. III. constit. IX. def. XI. n. 4 sqq.

p) DE BERG. resol. Lauterbach. p. 754 sq.

q) BERLICH. P. II. decil. 168. §. 12 sq.

o) CARPZOV. decil. 161.

id. elect. d. foren. p. 1117.

§. V.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, non difficile erit iudicare de *portione statutaria*, quam *uxor marito obaerato*, relictis alimentis, ideo *ademit*, ne bona sua ad creditores eius potius perveniant, quam ad maritum.

Enimvero expeditum est & in controuersiam fere trahi non potest, *portionem statutariam coniugum*, idest, partem hereditatis, quae coniugi superstiti vel ex iure communi, vel prouinciali, vel municipali etiam, subinde debeat, imitari rationem *legitimae* illius *portionis*, quae liberis & parentibus debetur. Luculenter enim *imperator*, omnimodo quartam partem substantiae coniugi pauperi relinquendam esse, ait, neque illam interuerti posse, quamuis coniux a coniuge *irrationabiliter excludatur*. Nou. CXVII. c. 5. Auth. Praeterea, C. unde vir & uxor. Haec enim portio coniugi superstiti ideo decernitur, ne *impietate* coniugis omnis spes hereditatis superstiti extorqueatur. Sed haec est natura *legitimae portionis*, Nou. CXV. c. 3. definitae.

Et habet rationem, quod in *portione statutaria* diminuenda non plus licere possit *coniugibus*, quam parenti in *legitima liberorum portione adimenda*: cum, secundum M. TULLIUM r) sint *gradus* quidam *societatis* & *officiorum*, & in collocandis beneficiis *coniunctissimo* cuique plurimum a nobis debeat. Sed *prima est societas in coniugio*, proxima in liberis, deinde in vna domo. Inprimis vero, *uxores*, cum haec omnia debeant maritis, bonum est, *res suas omnes maritis permittere*, si *imperatores* audiamus, l. 8. C. de pact. conuent. & nihil magis pium est, quam si hanc maritis gratiam pro summis beneficiis referant, & hereditatem ipsis liberalissime relinquunt. Quapropter *pleriquae* omnes, & inprimis MEVIUS s) atque CARPZOVIVS t) praeceperunt, etiam *iure communi*, *uxorem de portione statutaria nihil posse deminueri* *suprema voluntate*.

Sed inprimis in *electoratu Saxoniae* sapientissima lege constitutum est, *ne uxor testamento aliquid detrahat de portione legitima optime meriti mariti*: Dasi dem Weibe nicht nachgelassen werde, dasjenige, so dem überlebenden Ehemanne aus ihren Gütern gebühret, durch einen letzten Willen zu vermindern.

Quid ergo faciemus de *uxore*, quae marito *obaerato* subtraxerit *portionem statutariam* *suprema voluntate*, & vel *liberis*, vel etiam *extraneo*, illam reliquerit, cum *fideicommissio*, ut marito *alimenta annua praestentur*. Dices, *nihil egisse hanc uxorem*, cui per legem *adempta* sit *testamenti factio*, *qua portio statutaria mariti minuat*.

Sed

r) C. I. C. de offic. l. c. 14.

s) MEV. ad ius Lubecenf. P. I. tit. I. art. 8. §. 57 seq.

t) CARPZOV. P. III. constit. 7. def. 15.

Sed salua res, & valebit vxoris testamentum. Nimirum res ipsa loquitur, *in fauorem mariti* ademptam esse vxori illam testamenti factionem, vt *improbitali* mulierum occurratur, & debita maritis *pietas* praestetur. Sed *nulla* esset illa *pietas*, qua portio hereditatis, non *maritis*, sed *creditoribus* illorum, profutura, ab vxoribus relinqueretur maritis, peruenientibus ad extremam egestatem. Hoc enim necessario euenturum esset, si *marito obaerato* portio statutaria praestaretur. Imo vero vxor non potest magis *pia* esse in miserum maritum, quam si *marito* sibi coniunctissimo diligentissime prospiciat, & *alimenta* etiam relinquat, ne egeat in posterum & reipublicae molestus sit, atque ad mendicitatem redigatur.

Quapropter, vt supra obseruatum est, *ex animo vxoris*, vti quoduis *beneficium* & quaelibet *iniuria*, ita etiam *ademptio portiois statutariae*, in primis *iudicatur*. Et *valebit ademptio*, vxoribus propter solam *impietatis* suspicionem interdicta, si *bona mente* & *pio consilio* maritum excluderint *inutili* aut damnosa portione, *non notae caussae*, sed vt *consulant indigentiae* mariti, & *alimenta* ipsi pareant, & bene de ipso mereantur. Cum enim eandem rationem *in liberis exheredandis* etiam hodie sequamur, vt, quamuis *legitima* ipsis pleno iure debeatur, tamen, si illa sit inutilis, potius *alimenta* relinqui possint, portione legitima adempta, quod supra ex l. 18. D. de *lib. & posthum.* & l. 16. §. 2. D. de *curat. furios.* & l. 12. §. 2. D. de *bonis libert.* a nobis comprobatum est; quae inuidia est, quo minus etiam *vxori* facultatem *pietatis* exercendae relinquamus, quam *parentibus* largimur, vt possit, pro *inutili* portione, *alimenta*, *beneficium necessarium* & *vile*, & *mansurum*, tribuere marito.

Quae cum ita sint, creditores quidem accusare non possunt vxoris testamentum, quasi *in fraudem* ipsorum marito *legitima portio* adempta videatur, cum nihil vxor debeat creditoribus mariti, adeoque illi non habeant, quod de *fraude*, *sibi facta*, conquerantur. Itaque nec *debitori* recte indignantur, qui *agnoscit* pientissimum vxoris testamentum, cum nec ipse queri possit de portione, quae *bona mente* sibi sit adempta, & facultatem habeat, ex *pia* & *iusta causa*, non *adquirendi* siue *omittendi legitimam hereditatem*. l. 6. §. 2. l. 19. & 20. D. *quae in fraud. credit.*

Vnum video huic sententiae obstaré, quod *ipso iure* portio statutaria pertineat ad superstitem maritum, adeoque creditoribus subtrahi non posse videatur. Nou. 117. c. 5. Const. elect. Sax. 7. P. III. Verum enimvero, etiam *liberis heredibus suis* legitima ex parentis hereditate *ipso iure* acquiritur, & *legatorum dominium*, post aditam hereditatem, *ipso iure* transit in legatariam. Sed IULIANVS tamen ait, si legatum repudiauerit debitor, illum non videri aliquid fecisse *in fraudem creditorum*. l. 6. §. 3. D. *quae in fraud. credit.*

Ex quibus rebus apparet; *tutum* esse uxoris testamentum, quo *uxor* maritum *bona mente* portione statutaria exclusit, *relictis alimentis*, vt neque a *debitore*, cuius fere non interest, neque a *creditoribus* eius, impugnari possit. Hoc enim & B. BERGERVS quodam loco <sup>u)</sup> videtur agnouisse.

Restat, vt de *alimentis* illis videamus, quae marito *obaerato*, ab uxore, in locum portiois statutariae subinde relinquuntur. Sed haec quidem a creditoribus, ad quos portio statutaria ceteroquin peruenerit, non possunt vindicari. Enimvero MODESTINVS l. 7. D. de *cessio. bonor.* tunc demum bona, post cessionem bonorum nouiter acquisita, venundari posse docet, si tales sint facultates, quibus praetor moueri posset: &, secundum VLPIANVM, de nouiter acquisitis debitor, *in quantum facere potest* duntaxat, condemnatur. l. 4. pr. D. de *cessio. bonor.* Igitur dubitari non potest, *alimenta* debitoris non pertinere ad ius creditorum. Imo vero luculentius idem VLPIANVS, l. 6. D. *eod.* si quid menstruum vel annuum, *alimentorum nomine*, debitori misericordiae causa fuerit relictum, non iterato, ait, vendi posse bona debitoris, sed haec debitoris propria videri.

§. VI.

*Offerebatur* superiori anno Scabinis Vitembergenfibus eiusmodi species, quam, operae pretium fuerit, referre. Iuolenus, bonis lapsus, bonis cesserat. Uxor eius opulentior testamentum fecerat, & portionem statutariam ademerat marito *obaerato*: & primo gradu filium, secundo fororem aut aliam cognatam scripserat heredes: relictis marito alimentis. Creditores impugnabant testamentum, quasi *in fraudem suam* factum. Scabini Vitembergenfes consulebantur, an ademptio portiois statutariae valeret. Responsum est, valere. En tibi formulam responsi:

*Singularis species re-  
sponso illu-  
stratur.*

Obwohl einem Erblasser, seinem Ehegatten die ihm verordnete statutarische Portion wider dessen Willen, in einem Testamente, oder anderer Disposition, auf den Todesfall zu kürzen, oder zu entziehen ordentlicher Weise nicht nachgelassen

Part. III. const. Elect. 7.

MEV. ad ius Lubec. p. I. Tit. I. Art. 8. n. 57 sequ.

CARPZ. P. III. Const. 7. Def. 15.

Hiernechst einem Schuldner, so in Abfall seiner Nahrung, und in einem Concurs gerathen, einiger Rechtslehrer Meinung nach, eine Erbschaft, so ihm wirklich angefallen, zum Schaden seiner Gläubiger, fahren zu lassen, und derselben sich zu begeben, nicht frey steht

CARPZ. Decif. 161.

demnach

<sup>u)</sup> DE BERGER. oecon. iur. L. II. tit. 2. §. 34. not. 21.

demnach daß eines Theils das Testament sub A. darinnen dem Schuldner von seinem verstorbenen Eheweibe, an statt der ihm gebührenden Mobilien-Verlassenschaft, auf den einen Fall 30. Rthlr. jährlich, auf den andern nunmehr erfolgten Fall aber der Nießbrauch ihrer ganzen Verlassenschaft, auf seine Lebens-Zeit, beschieden worden, zu Recht nicht beständig, andern Theils die von dem Schuldner währendes Concurtes beschene Agnition dieses letzten Willens, und die darunter steckende Renanciation seiner statuarischen Portion, von keiner Wirkung sey, mithin des Curatoris litis darwider gerichtetes Suchen allerdings gegründet, es das Ansehen gewinnt.

Die weil aber dennoch, nach deutlicher Verordnung derer gemeinen Rechte auch einem in Concurs befangenen Schuldner ein zu hoffender Gewinn, auch besonders eine, durch einen letzten Willen, oder sonst, auf ihn verfallende Erbschaft fahren zu lassen, und deren sich zu verzeihen unbenommen,

L. 6. pr. & §. 1. D. quae in fraud. cred.

dahingegen einige Rechts-Gelehrte, und der usus fori an einigen Orten, nur wegen einer besondern Billigkeit, welche aus denen Umständen zu ermes sen, davon abgewichen, und inter hereditatem deferendam & delatam einen Unterschied gemacht,

CARPZ. decis. 161.

DE BERGER. resol. Laut. p. 754 seqq.

Id. elect. D. for. p. 1117.

mithin solcher Unterschied nur sodann, wenn aus des Schuldners Zustande, und sonst, daß die repudation denen Gläubigern zum Fort geschehen, sich veroffenbaret, in gewisser Maße statt finden kan, dahingegen bey gegenwärtigem Falle von der Testatrix das Abscheu lediglich auf ihres Ehemannes elenden Umstände, und daß derselbe, wenn ihre Verlassenschaft auf ihn verfallt, und zum Concurs gezogen würde, an dem nöthigen Unterhalt Abbruch leiden mögte, gerichtet worden, demnach das angezogene Testament in Erwägung, daß so gar denen leiblichen Kindern die Erbschaft par exheredationem bona mente factam entzogen werden kan,

L. 18. D. de lib. & posthum.

L. 16. §. 2. D. de curat. furios.

L. 12. §. 2. D. de bon. libert.

eine unstreitige Billigkeit vor sich hat, und bey solcher Bewandniß, da der Schuldner damit zufrieden, keine Ursache, in deren Betrachtung von denen obberührten gemeinen Rechten bey diesem Falle abzugehen, sich ereignet, vielmehr dem Schuldner, bey so gestalten Sachen, diese Disposition anzunehmen, unverwehret gewesen,

DE BERG. diss. de omiffa hered. §. 76.

Id. oecon. iur. lib. II. Tit. 2. §. 34. n. 21.

Es erscheinet dannenhero so viel, daß des Schuldners Eheweib obgedachtermassen, und nach Inhalt der Beylage sub A. zu testiren, auch der Schuldner solches Testament zu agnosceiren, berechtiget gewesen, des letztern Creditores aber solchen letzten Willen anzufechten nicht befugt. W. N. W.

Sed iudex primae instantiae verbis *constitutionis electoralis inhaeserat* & resciderat vxoris testamentum:

Daß M. S. E. letzter Wille fol. 409 sequ. volum. III. so fern dadurch deren Ehemanne die ihm gehörige statutarische Portion entzogen werden wolten, und da auf dessen Einwilligung und Entsagung seinem Rechte, zum Theil derer Gläubiger, kein Absehen zu nehmen, zu Recht nicht beständig, sondern es ist, in Ansehung derer fol. 432 sequ. eod. volum. angeführten Umstände besagter M. S. E. Verlassenschaft zur Concurs-Massa zu bringen, zu welchem Ende J. G. E. daß er ein richtiges Inventarium, oder in dessen Ermangelung, eine endliche Specification, edire, oder die bereits fol. 475 sequ. allegat. volum. überreichte vermittelst Eides bestärke, aufzulegen, und bey dessen Verweigerung er darzu, durch vierzehntägiges auch ferner zu erhöhendes Gefängniß, anzuhalten: Es bleibt aber N. D. M. ihre an gedachte Verlassenschaft gemachte Ansprüche bey dem Concurs und wider den Curatorem litis & bonorum ordentlich an- und auszuführen, unbenehmen. W. N. W.

Sed curia prouincialis *Pitembergensis*, cum ad illam prouocatum esset, correxit sententiam priorem:

Daß die eingewandte Appellation in ihren Formalien beständig, und zu gebührender Rechtfertigung anhero erwachsen, deren Materialien halber erscheinet aus denen Akten und deren Parteyen rechtlichen Einbringen so viel, daß in erster Instanz übel gesprochen und wohl appelliret, derowegen M. S. E. letzter Wille fol. 409 sequ. Vol. III. da sie hierinne zum Besten ihres Sohnes, ihren Ehemann bona mente übergangen, zumahlen dieser damit zufrieden gewesen, und die darinne enthaltene Substitution gestaltten Sachen nach, als ein fideicommissum, vor zu Recht beständig zu halten, mithin deren sämtliche Verlassenschaft zur Concurs-Massa nicht zu bringen, noch auch N. D. M. ihre an gedachte Verlassenschaft gemachte Ansprüche bey dem Concurs und wider den Curatorem litis & bonorum allereist ordentlich an- und auszuführen verbunden, sondern es ist besagter M. S. E. nach ihrem Ableben, vermöge Testaments, auf ihren nachhero gleichfalls verstorbenen Sohn J. H. A. E. gekommene Verlassenschaft, nach Abzug des dem Vater, als debitori communi, denen Rechten zuständigen Pflicht-Theils, und der Quartae Trebellianicae, als welches beydes zur Concurs-Massa zu bringen, Appellantens Ehe-Frau zu überlassen, diese hingegen hiervon den gemeinen Schuldner den Nießbrauch auf seine Lebens-Zeit zu gestatten schuldig; W. N. W.



LX.  
VTRVM  
DIVISIO PER SORTITIONEM  
FACTA  
OB LAESIONEM RESCINDI  
POSSIT.

---

AD L. III. C. COMMVN. VTRIVSQVE IVDICII.

---

VITEMBERGAE, DIE SEPT. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXIII.

---

*L. III. C. communis utriusque iudicii tam familiae  
erciscundae quam communi diuidendo.*

*Impp. DIOCLET. & MAXIM. AA. & CC. Aureliae  
Septimiae.*

Maiores etiam, per *fraudem* vel *dolum* vel *perperam sine iudicio* factis *diuisionibus*, solet subueniri: quia in bonae fidei iudiciis, quod *inaequaliter* factum esse constiterit, in melius reformabitur. P. P. XVI. Kal. Iul. ipsis AA. (& Constant. III.) *conf. 293.*

§. I.

*In*ique M. TULLIVS in *topicis* a) ad C. Trebatium, iurispru-  
dentibus obiecit, rarius illos *similitudinibus* & *collationibus rerum diuer-*  
sionum. Sed *farum* vii, quam philosophos & oratores. Enimvero etiam Iureconsultos  
multum in *natura* docuit, hac facillime via perueniri ad cognitionem rerum abditarum,  
sere in *rebus* & si a rebus notis & familiaribus, *comparatione* quadam, ad res non prorsus  
diuisiones. quidem *diffimiles*, sed *diuersas* tamen, deducamur. Ita enim, intellige-  
bant, euenire, vt, quando a *similibus* ad *non diffimilia*, sed *noua* tamen,  
Feudum com- delabamur, non solum cupidius haec inuestigemus, sed etiam, quid inter  
mune vni in- illa  
diuisione ad-  
iudicatum non  
fit nouum.

a) CIC. Topic. c. 10. f. 41.



illa discriminis intersit, facilius perspiciamus. Accidit igitur veteribus, quod, apud MARONEM <sup>b)</sup> Tityro, qui, urbem, quam dicunt Romam,

— — — putabar  
 — — huic villae *similem*, qua saepe solebant  
 Pastores ouium teneros depellere foetus.  
 Sic canibus catulos *similes*, sic matribus hoedos  
 Norat, sic paruis *componere* magna solebat.

Certe studium illud comparandi apud veteres effecit, vt non solum *quasi delicta*, *quasi contractus*, *quasi vsumfructum*, iurisdictione, senatusconsultis, interpretatione, ob singulares reipublicae rationes, ad exemplum delictorum, contractuum, & veri vsumfructus, introduxerint, sed etiam alia negotia quam plurima, *comparatione similitudinis*, actione *vtili* accommodata, ad species diuersissimas pertraxerint. Ex hoc fonte promanarunt illae partium diuersarum altercationes, quibus emphyteuticarius contractus, quod ZENO ait, modo cum emtionibus, modo cum conductionibus, *conferebatur*, donec, explosa illa *similitudine*, hic contractus propriam naturam adipisceretur. l. i. C. de iure emphyteu.

Illud quidem expeditum est, hac veteres docendi ratione vfos fuisse, vt negotia cum aliis negotiis conferrent, & quid inter illa *similitudinis* intercederet, diligentius inuestigarent. Sed iam quidem de *diuisione rerum communium* inprimis videamus. Et VLPIANVS quidem, *diuisionem* communis hereditatis, qua singulis heredibus singulae possessiones, cum portione aeris alieni, attributae sint, *permutationi similem* putauit, adeoque *praescriptis* verbis agendum esse, docuit, si quis discesserit a pactione: *cum certa lege permutationem cohaeredes fecisse videantur*. l. 20. § 4. D. *fam. ercisc.*

Nimirum habet rationem Vlpiani sententia, qua permutationi diuisiones comparauit. Recte enim PAVLLVS, itemque DIOCLETIANVS & MAXIM. tradiderunt, quod, si non *pretium*, sed *res* pro re interuenerit, non *emtionem*, sed *permutationem*, fieri intelligamus. l. i. D. & l. 7. C. de *rerum permutat.* Enimuero in *diuisionibus*, cum singulae particulae rerum singularum ad quemlibet *condominorum* iure reali & condomini pertineant, apparet, si singulae possessiones singulis condominiumis, vice mutua, attribuantur, non tam *pretium* pro *merce*, quam *res* pro *rebus* dari, vt magis *permutationes* rerum singularum, quam *emtionem*, contractum videantur.

Sed aliter quidem visum est imperatori ANTONINO, qui l. i. C. *commun. utriusque iudicii, diuisionem*, ait, praediorum, *vicem emtionis obtinere*. Videtur enim mouisse ANTONINVM, quod VLPIANVS & CAIVS

b) VIRG. eclog. I. n. 20 sq.

atque PAVLLVS docuerunt, plerumque etiam *pecuniam* interuenire in diuisione, quod proxime accedit ad naturam emtionis: quandoquidem res *iusto pretio aestimanda sit*, & de *euictione* caueri debeat, & res per *adiudicationem* & *condemnationem* finiatur, adeoque opus sit, illum, cui quid adiudicatum sit, alteri certa *pecunia* pro re adiudicata *condemnari*. l. 2. §. 1. & l. 3. D. *fin. reg.* l. 10. D. *commun. diuid.*

Sed luculentissime ALEXANDER, l. 3. C. *commun. diuid.* rem exponit. Ait enim, quamuis non interueniat *pecunia*, tamen *aestimatione iusta* facta, singulis res singulas adiudicari, quasi *pretium inter utrumque compensato*, illoque, cui res maioris pretii obuenerit, *condemnato*, ut portionem alterius pecunia subinde exaequaret. Ex quo loco intelligitur, certe *fungi in diuisionibus pecuniam interuenire, illamque inter condemnatos aut coheredes compensari*, quasi singuli portionem suam alteri, *aestimatione* facta, vendidissent, & *pretium* alter alteri, *brevi manu* & *mutua compensatione*, exsoluissent.

Quamuis autem non dissimilem, *diuisiones praediorum* naturaliter quidem fragis cum *permutationibus*, quam cum *emtionem*, conuenire; tamen non multum discriminis inter illos interest, qui *diuisiones ex permutationis*, & qui ex *emtionis*, natura aestimarunt. ENIRAUSO, & GORDIANVS & imprimis PROCLEPIANVS tradiderunt, etiam *permutationem* habere vicem *emtionis*. l. 2. C. *de rer. permut.* & ad exemplum *ex emto* actionis agi, posse, si pro possessione alia possessio, quamuis nullo pretio constituto, promittatur, l. 1. C. *eod.* Certe & ARISTO & PAVLLVS *vicinam esse permutationi emtionem* obseruarunt l. 2. D. *de rer. permut.* itemque MODESTINVS, *quasi emtionem factam* esse docuit, cum pro quarta parte hereditatis fundus traditus fuisset, *facta* constitutione pretii, eiusque *compensatione*, l. 62. D. *de iure dotium*: ut parum referre videatur, *diuisiones ex permutationis* an *ex emtionis* lege iudicentur.

Sed meretur tamen obseruari, quaequam cum *emtionibus* subinde comparentur *rerum communium diuisiones*, non tamen *per omnia* naturam *emtionis* inesse in *diuisione*. Primo enim in *emtionibus*, quod VLPIANVS docet, res *consensu* definitur: l. 9. pr. D. *de contrah. emt.* &, si regulam sequaris, nemo emere aut vendere *cogitur* inuitus. Sed in *diuisionibus iudicialibus*, quod supra ex PAVLLO, GAIO atque VLPIANO, obseruatum est, *contraria* *adiudicatione* atque *condemnatione*, parte aduersa etiam *inuita*, terminatur. l. 1. §. 1. l. 2. D. *fin. reg.* l. 10. D. *commun. diuid.*

Deinde, quod obseruat FACHINEVS c) si causam utriusque negotii cogites, *emtionem commerciorum* & *mutuae commoditatis* causa plerumque *contrahuntur*, quarum rerum cogitatione multa in illis, *extraordinem*, *constituta*

c) FACHINEVS controuerf. iur. L. VIII. c. 36. in fine p. 660.

stituta sunt: diuisiones autem, *necessitatis & controuersiae finiendae* causas sunt, cum, secundum GAIUM, *necessaria* sit rerum communium distributio, l. 1. pr. D. *fam. ercisc.* vi *controuersiae* inprimis *minuantur*. Hoc enim idem GAIUS l. 2. §. 1. D. *fin. reg.* atque alio loco PAVLLVS l. 4. pr. D. *eod.* tradiderunt.

Extremio in emtionibus res *aliena* transfertur in emtorem; quandoquidem, secundum POMPONIUM & PAVLLUM, nemo rem suam emit efficaciter, nec sciens, nec ignorans, l. 15. §. 2. & l. 16. D. *de contrah. em.* Contra, in *diuisione*, certum est, quemlibet rem *condominii iure suam* ab altero accipere, & in alterum transferre.

Ex his fere fontibus deinde deriuabimus discrimen, quod in *aestimatis diuisionibus & emtionibus* subinde obseruatur. Sed iam quidem vnum omittere non possum, *diuisionem feudi* inter plures successores, qua res vni adiudicatur, isque reliquis successoribus pecunia condemnatur, cum ille, qui rem accipit, *rem suam* emit, non esse emtionem, nec *feudum nouum* constitui hac diuisione, nec *simultaneae inuestiendos nouiter* domino directo obrudi posse, sed *separatum* hoc esse negotium a *uenditione*.

Ita quidem certe sapientissima lege Saxonica <sup>d)</sup> res definita est:

Allbiweil aber, wenn mehr, als einer, in gesamter Lehen an einem Guthe stehen, vermöge derer Lehn Rechte, einem jedwedem derer selbst, die Mit Belehnschaft zu solidum zukömmet, und solche nur sodann, wenn eine würckliche Theilung geschieht, gebrochen wird, dahingegen, wenn die übrigen mit Gelde oder sonst, abgefunden werden, dieselben in effectu zur Succession nicht gelangen, sondern derjenige, so das ganze Guth auf diese Weise an sich bringet, solches allerdings krafft seiner in solidum habenden Mitbelehnschaft erhält, und folglich, daß es entweder ganz oder zum Theil ein neues Lehn sey, nicht zu behaupten, viel mehr, wann man dieses einräumen wolte, so oft ein Vater verstorbet und mehr Söhne hinter sich läset, nur einer aber die Güther behält, *feudum nouum* würden constituiret und mithin dem Lehns Herren neue Mitbelehnten obrudiret werden, So können auch Sr Königl. Majestät nicht gestatten, daß in dem Falle, da, wie gemeldet, ein Mitbelehnter nebenst andern im Lehn zugleich succediret, und denen übrigen ihre Antheile abhandelt, weder das ganze Lehn, noch auch die erhandelten Stücke, *pro nouo feudo* zu achten, und deswegen neue Mitbelehnte anzugeben, ihm frey gelassen seyn möge.

Quod

<sup>d)</sup> Extract der Königl. Resolution auf die Punkte der Praeliminar-Schriften, de dato Dresden, den 8. Febr. 1700. Cod. Aug. T. I. p. 366.

Quod cum & iuri communi conuenire res ipsa facile ostendat, non dubitauerunt Icti Virembergenses, etiam exteris, cum eiusmodi species mense Junio huius anni offerretur, ex aisdem praecipis respondere. Proponebatur enim, pactione inter vasallum & rusticos ita conuenisse, vt, quoties feudum a vasallo *venderetur*, rustici *laudemium* vasallo nouo praestare tenerentur. Mortuus vasallus tres filios reliquerat heredes feudi. Primogenitus, in diuisorio iudicio, feudum *solus retinuerat*, *pecunia fratribus soluta*. Quaerebatur, vtrum a rusticis, quasi feudo *vendito*, *laudemium* recte peteretur. Responsum est, *non peti posse laudemium*, cum feudum non *venditum*, sed, *diuisionis iure*, retentum videatur. Res erit luculentior, ex rationibus adiectis:

Obwohl, so viel die ichtige Lehn-Veränderung betrifft, Herr Beklagter von seinen Herren Brüdern das Ritter-Guth bey der Theilung angenommen, und vor ihre Antheile ihnen etwas an Gelde herausgegeben, dergleichen Theilung und Annehmung aber einem Kauffe gleich zu achten,

Diuisio enim hereditatis vicem emtionis obtinet.

L. I. C. *commun. vtriusque iudicii.*

derowegen die Klägere, auch vermöge deren alten und unveränderten Lehn-Briefe, nach deren Inhalt sie bey Kauff und Lausch in manu dominante & seruiente den roten Pfennig zu entrichten haben, bey ichtiger Theilung und Ueberlassung des Ritter-Guths an Herrn Beklagten, zu Bezahlung nurgedachten Lehn-Geldes verbunden zu seyn scheinen.

D. a. d. Die Theilungen zwar in gewisser Maaße, besonders so viel die Gewehrs-Leistung anlanget, mit denen Kauff-Contracten verglichen werden können, solches aber mit allen Umständen auf die Theilung der Ritter-Güther, und Annehmung derselben, gegen Bezahlung derer übrigen Antheile, nicht so schlechterdings zu erstrecken, in mehrerer Erwegung, ieder derer Descendeten an dem Lehn seiner Eltern ein *ius succedendi in solidum* ex prima inuestitura parentum erlanget, folglich, wenn deren mehrere vorhanden, und einer derselben seine Brüder mit baarem Gelde abfindet, nicht so wohl das Ritter-Guth, an welchem der Annehmer bereits ein *ius succedendi in solidum* gehabt, vom neuen erkauffet, als vielmehr die Concurrenz derer übrigen Gebrüdere durch Bezahlung einer Summe Geldes abgewendet wird, derowegen ein solches Lehn-Guth nicht so schlechterdings pro feudo emto & nouiter acquisito, sondern pro antiquo geachtet wird,

ANTON. disput. I. th. 5. lit. h.

demnach

demnach das Lehn-Geld bey ietziger Theilung, unter dem Vorwande eines getroffenen Kauffs, um so viel weniger zu verlangen, ic gewisser das angezogene Befugniß, ein so starkes und bey vielen Fällen zu entrichtendes Lehn-Geld zu fordern, in denen gemeinen Rechten pro odioso & exorbitante angenommen wird, mithin solches nach Möglichkeit und bey allen Fällen, darüber man sich nicht durch unzweifelbaste Verträge verglichen, billig einzuschrencken,

CARPZ. P. II. const. 39. def. 32. FRANZK. de laudem. c. 8. n. 17. sq.

HORN. iurispr. feud. c. 17. §. 22.

So ist, wie im Urtheil enthalten, von uns billig erkannt worden.

§. II.

Ex his igitur, quae adhuc disputata sunt, intelligetur, non prorsus eandem *diuisionum* atque *emtionum* naturam esse, sed quamlibet speciem separato iure in quibusdam capitibus censer. Sed hoc tamen disputatione vix indiget, vt *ex emto* actionem, ita *diuisorias* controuersias ad *bonae fidei iudicia* referri. Certe abscisse *VLPIANVS*, hoc iudicium *bonae fidei* esse, ait, si *communi diuidundo*, inter condominos, agatur. l. 4. §. 2. D. *commun. diuid.* quod & placet *GORDIANO*, qui non esse ambiguum existimat, *familiae erciscundae* titulum inter *bonae fidei iudicia* connumerari. l. 9. C. *fam. ercisc.* Ideoque *DIOCLETIANVS* & *MAXIM.* quidquid in *iudiciis bonae fidei* obueniatur, etiam in *diuisionibus* obtinere, docuerunt, vt *hae* quidem, *mutuo consensu*, *bona fide*, terminatae iustaurari commode non possint. l. 3. & l. 8. C. *commun. vtriusque iudic.* Imo vero ausim affirmare, maiorem, esse *bonae fidei* in *diuisionibus*, quam in *emtionibus*, si *GAIVM* audiamus, l. 1. pr. D. *famil. ercisc.* cum controuersiae explicari propemodum non possint, nisi rerum communium diuisione: ideoque *pietatis* officio funguntur, quod *PAPINIANVS* ait, qui *minuendae controuersiae* gratia, quamuis arbiter sententiam nondum dixerit, *iurgium* communione perimunt consensu. l. 57. D. *fam. ercisc.* *Controuersiarum* enim & *litium exsecratione* obtinuit, vt multa in *diuisoriis iudiciis* extra ordinem admitterentur. Hinc *arbitris* in primis officium datur distrahendae controuersiae, secundum *MODESTINVM* atque *ALEXANDRVM* l. 7. D. *fin. regund.* & l. 3. C. *commun. diu.* itemque *agrimensoribus*, secundum *PAVLLVM*, *VLPIANVM*, atque *CONSTANTINVM*, l. 4. §. 1. & l. 8. pr. & §. 1. D. *fin. regund.* l. 3. C. *eod.* qui scindant nodum Gordium, si solui commode non possit: hinc res *adiudicationibus* & *condemnationibus arbitrariis* finitur, l. 2. §. 1. & l. 3. D. *fin. regund.* l. 6. §. 10. & l. 10.

*D. commun. diuid.* l. 55. *D. fam. ercisc.* hinc denique *coguntur* aliquando possessores, etiam aedificium deponere, & arbores succidere, vtit aliquis tandem finis controuersiarum: quod PAVLLVS obseruauit. l. 4. §. 3. *D. fin. regund.*

Quae cum ita sint, apparet, non solum *bonae fidei* rationem habendam esse in his iudiciis, sed illam esse, odio dissensionum, sanctius & scrupulosius, quam in multis aliis negotiis, in *diuisione* custodiri. Sed *aequalitatem* certe, quasi animam atque spiritum *bonae fidei* & *aequitatis*, veteres in primis in *diuisione* rerum communium commendauerunt. Et profecto habet rationem, quod in diuisionibus *aequalitatem* requiramus. Neque enim id agitur in *diuisione* rerum communium, vt aliquid *lucremur*, aut priuatum compendium augeamus, cui rei emtores atque venditores, ita exercendis *commerciis*, operam dare solent; sed, vt *suum quisque retineat*, & certis finibus includat, & a controuersis ac litibus discedat. Quapropter non procul abest a furto & rapina; qui portioni alterius insidietur, & *aequalitatem* interuerat. Quod cum cogitaret PHILIPPVS, itemque DIOCLETIANVS, *aequo iure diuidi* hereditatem, l. 11. & 14. *C. fam. ercisc.* & *aequalitatem* in omnibus seruari, praeceperunt. l. 4. *C. commun. diuid.* Hoc est, quod PAVLLVS atque VLPIANVS *nihil indiuisum relinqui*, & si vna res *indiuisa* manserit, de illa iterum communi diuidendo agi posse, docuerunt. l. 25. §. 20. *D. fam. ercisc.* l. 4. §. 2. *D. commun. diuid.*

Imo vero, quamuis interdum ex longa possessione, & si coheredes diu separatatas rationes in singulis rebus hereditariis habuerint, diuisio legitime facta *praesumatur*, tamen cessat illa praesumptio, si *portiones inaequales* videantur: quod & MENOCHIVS <sup>d)</sup> & PRAESES <sup>e)</sup> alio loco, obseruarunt. Neque enim potest aliquid minus accommodatum esse ad fidem sublatae communionis faciendam, inaequalitate; cum maximam *aequalitatem* postulet *diuisio*, & in his iudiciis, quidquid *inaequaliter* factum sit, iudicis auctoritate corrigatur. l. 3. *C. commun. vtriusque iudic.*

### §. III.

*Rescissio diuisionis odiosa, nisi ob delum aut errorem. Post transactionem illa non rescinditur.* In tanta igitur *sanctitate iudicii diuisorii*, non potest esse obscurum, quod, quamuis nihil, quod ab *aequitate* alienum videatur, admitti possit, tamen nihil aegrius admittat praetor, quam *rescissionem legitimae diuisionis*. Neque enim a *bona fide* & ab omni officio est quidquam alienius, quam *deferere constantiam* vitae, & cum ad rem ventum fuerit, claudicare, aut a consilio deficere, in quo deligendo nos non errasse videamus. Neque ita, quod M. TVLLIVS ait, *f)* generati a natura sumus, *ut ad ludum & iocum facti*

d) MENOCH. L. III. praesumt. 60. n. 6 sqq. p. 370. e) PRAESES de praesumt. aequalitatis in iudiciis diuisoriis §. 2 sqq. f) CIC. I. offic. c. 29.

*facti esse videamur*, sed ad *seueritatem* potius & grauitatem: ideoque exci-  
tanda est in nobis quaedam animaduersio & diligentia, ne quid *temere*, ac  
*fortuito*, & inconsiderate negligenterque faciamus.

Prima igitur praetoris, quod PAVLLVS ait, cura est, vt tueatur ad-  
iudicationes suas, vel exceptionem, vel etiam actionem dando; post legi-  
timam *diuisionem*. l. 44. §. 1. D. *fam. ercisf.* Ex eodem fonte deducitur,  
quod, secundum VLPIANVM *familiae ercisundae amplius, quam semel*,  
agi non possit, nisi *caussa cognita*, l. 20. §. 4. D. *famil. ercisund.* vt intelli-  
gatur, odiosum videri, si quis discefferit a fide legitimae *diuisionis*, neque  
quaquam facile audiri, nisi grauissimam causam comprobauerit praetori.  
Ita certe DICCLETIANVS & MAXIM. videntur iudicasse, vt maiores  
viginti quinque annis, rerum communium *diuisionem*, semel *fnitam bona*  
*fide* & *mutuo consensu*, instaurare penitus non possint. l. 8. C. *commun.*  
*vtriusque iudicii.*

Sed vnum tamen omnes desiderant, vt *consensu* omnium *bona fide*, res  
communes sint *diuisae*. Igitur suppetunt omnino causae, quae mouere  
praetorem possint, vt deserat & rescindat superuacuum *diuisionem*.

Neque tamen alias omnino causas admittet praetor, quam quae *bonam*  
*fidem* & *consensum*, quibus regitur sanctitas *diuisionis*, interuertere omnino  
videbuntur. Sed *consensum* quidem inprimis *error*, *bonam fidem dolus* in-  
teruertunt. Igitur eamus per exempla. Tractauit eiusmodi speciem M O-  
D E S T I N V S, in qua, propter *dolum* coheredis, negat subsistere *diuisionem*,  
l. 35. D. *de pactis*. Proponit enim, fratres hereditatem maternam *diuisisse*,  
& inuicem cauisse, *quod nihil sibi commune manserit* in hereditate: postea  
apparuisse, pecuniam auream a fratre altero subtractam esse, cuius nulla  
mentio facta fuerit, in *diuisionis* instrumento. Quaerebatur, an *post pactum*  
*diuisionis*, actio de sarrepta pecunia competeret aduersus fratrem: M O-  
D E S T I N V S respondit, *competere omnino actionem*, & si *pacti* exceptio op-  
poneretur, vtiliter *de dolo* replicari posse. d. l. 35. D. *de pactis*.

Habes igitur primam speciem, in qua *dolus* perturbauerat *consensum*,  
*bonamque fidem* interuerterat, vt *diuisio* rescindenda videretur. Superest,  
vt de altera admoneamus. Et opportunè occurrit VLPIANVS, qui l. 22.  
pr. D. *fam. ercisf.* errorem etiam & *ignorantiam* admisit, vt a *diuisione*  
discedatur. Narrat enim, possessiones hereditarias diuisas esse inter cohe-  
redes: alterum in aedibus sibi adiudicatis, *thesaurum* effodisse, illumque non  
quidem *veterem*, quem PAVLLVS inuentori attribuit, l. 31. §. 1. D. *de*  
*adq. rer. dom.* sed nouum, ab ipso testatore, metus & custodiae causa  
depositum, & reconditum sub terra, de quo POMPONIUS tractauit, l. 15.  
D. *ad exhibend.* Ignorauerant heredes, thesaurum sub terra conditum  
fuisse. Igitur proponebatur, vtrum ille, cui aedes in *diuisione* obtigerant,

thesaurum retinere posset, an ad communicandum & diuidendum teneretur: & LABEONI placuit, *diuidendum* esse, cum de illo thesauro non senserint heredes, in prima rerum communium diuisione, d. l. 22. pr. D. *famil. ercisc.*

Non multum ab hac specie recedit, quod idem VLP IANVS monet, quae per *errorem* communicata sint cum heredibus in *diuisione*, cum ad illos non pertinere viderentur, rata non videri; quandoquidem *imperitia coheredum* iurisdictionis formam non immutat. l. 20. pr. D. *famil. ercisc.*

Difcedam ab hoc loco, si hoc vnum adiecero, etiam iudicis *errorem* efficere, vt familiae erciscundae iudicium quandoque retractetur. PAUL LV S enim obseruauit, si *vnam personam* iudex omiserit in condemnatione, cum res *non inter omnes* gesta sit, *nihil* actum a iudice videri, l. 27. D. *fam. ercisc.*

Ceterum & *aetas* aliquando, quae & ipsa plerumque impedit *consensum*, aut certe excusat temeritatem & negligentiam in deliberando, praetorem, *caussa cognita*, inuitat, vt *rescindat*, aut *emendet temerariam diuisionem*: cum *bona fides* non patiatur, nos abuti minoris leuitate. Certe DIOCLETIANVS iudicem, *caussa cognita*, aestimare iussit, vtrum minori, ob diuisionem, succurrendum esse videatur. l. 4. C. *communi diuid.*

Extra has species, vt dicere occupauimus, praetor non deserit *diuisiones*. Inprimis si, *auctore iudice*, *res diuisae* sint, ex *caussa iudicati* parandum est conuentioni. Hoc enim PAULLVS praecipit. l. 36. D. *fam. erciscund.*

Idem dicemus, si, post *diuisionem bonae fide factam*, *transactum* sit de pristina communione, quamuis *non omnia diuisa* sint. SEVERVS enim & ANTONINVS rescripserunt, si vel de ea re *sententia* dicta fuerit: vel *transactio* secuta, iudicium familiae erciscundae, aut communi diuidendo, non resuscitari. l. 1. C. *fam. ercisc.*

Neque enim de aduersario, sed de se conquiri debebunt, qui de omni *caussa scientes* transegerunt, & taedio iurgii & controuersiae vel dederunt aliquid, vel acceperunt, vel alteri subinde reliquerunt, vt a lite difcedatur.

#### §. IV.

*Quae sit ista inaequalitas ob quam diuisio ex l. iij. C. commun. videntur.* Satis, credo, comprobatum est, duas esse causas, ob quas *rescindi* possint rerum communium *diuisiones*, *dolum*, & *errorem*, quorum alter *bonam fidem*, alter *consensum*, neruos illds iudicii diuisorii, conuellere

*utriusque iudicii quantumque corripitur. Perpetuam factum* Sed, quid faciemus de DIOCLETIANO, qui l. 3. C. *commun. utrius-* *que iudicii*, quam in fronte dissertationis proposui, *quidquid inaequaliter factum esse constiterit, in diuisionibus corrigendum esse* arbitratur. Poterat videri DIOCLETIANVS, praeter *dolum* & *errorem*, etiam alias causas, etiam



etiam euentum rei dubiae, denique omnem omnino laesionem admittere, vt a plerumque dictione legitimae diuisionis discedatur.

Atenim uero, pignore certarem, DIOCLETIANVM de sola fraude & errore tractauisse, quibus diuisiones vitentur.

Primo enim videtur manum TRIBONIANI passa esse lex DIOCLETIANVM, quam ex codice GREGORIANO desumptam, fide auctoris, illius veteris consultationis notissimae CUIACIVS & SCHVLTINGIVS g) restituerunt. Ita enim haec lex legitur in codice GREGORIANO. „An diuisio, quam iam factam esse proponis, conuelli debeat, rector prouinciae, praesente parte aduersa, diligenter examinabit, & si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam maioribus in perperam factis diuisionibus soleat subueniri, quod improbum atque inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabit. „

Nihil potest esse luculentius, quam DIOCLETIANVM, de diuisione fraudulenta duntaxat, quae fraudibus non careat, quae perperam, improbe, inaequaliter facta sit, sensisse; quod etiam V. C. GERARDVS NOODT, lumen illud nostrae iurisprudentiae h) videtur agnouisse.

Imo vero faciamus, IVSTINIANVM recte legem DIOCLETIANI expressisse d. l. 3. C. commun. vtriusque iudic. ausim tamen affirmare, ne ex his quidem verbis, quae IVSTINIANVS exhibuit, aliud confici omnino posse, quam, vt propter dolum, vel errorem, diuisio inaequalis rescindatur. Nimirum IVSTINIANVS, etiam maioribus, per fraudem vel dolum, vel perperam factis diuisionibus, subueniri, ait, quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum sit, in melius reformetur. d. l. 3. C. commun. vtriusque iudic.

Sed primo quidem apparet, DIOCLETIANVM nihil noui hoc loco constituere, sed ex natura communi iudiciorum bonae fidei, ad quae diuisiones referuntur, iudicare, quando diuisiones rescindantur. Sed bona fides & consensus solo nimirum dolo, aut errore perturbantur. Neque patitur bona fides, vt ex qualibet leui causa a pactione discedatur. Abscisse enim idem DIOCLETIANVS alio loco, diuisionem bona fide, mutuo consensu factam, non posse instaurari, docet. l. 8. C. commun. vtr. iudic.

Praeterea idem DIOCLETIANVS non minus luculenter, maioribus, qui res communes diuiserunt, negat concedi restitutionem aduersus legitimas diuisiones, nisi dolo circumscripti, aut errore lapsi videantur. l. 4. C. communi diuid. l. 22. C. fam. ercisc.

g) Cod. GREGORIAN. L. III. tit. V. apud SCHVLTINGIVM in iurisprudentia ante-Iustiniana p. 695. h) GERARD. NOODT. de forma emendandi doli mali c. 7. op. T. I. p. 362.

Quo fructu igitur negaret *DIOCLETIANVS*, maiores posse rescindere diuisionem, si, praeter *dolum & errorem*, quaelibet laesio, & quaelibet inaequalitas, sufficeret ad diuisionem infirmendam.

Sed video te moueri, quod *DIOCLETIANVS*, seu *TRIBONIANVS* potius, aut *IUSTINIANVS*, distinguat diuisiones, *vel* per fraudem, *vel* per dolum, *vel perperam* omnino factas: ut *perperam* factae videantur, quae *non sint fraudulentae* vel *dolosae*, & tamen propter *inaequalitatem* rescindantur. l. 3. C. *commun. utriusque iudic.*

Atuero diluatur illa dubitatio, si cogitaueris, illa particula: *vel*: non semper species oppositas discerni, sed interdum res coniunctas copulari. In hoc certo loco noluit *DIOCLETIANVS* hac particula species oppositas disiungere, sed connexas copulare, cum eadem particula etiam fraudem *vel* dolum iuter se coniungat. Sed scimus nihil inter dolum atque fraudem interesse, sed rem unam nominibus diuersis & promiscuis subinde appellari: ut certum sit, particulam: *vel*: hoc loco copulatiuam esse, & synonyma coniungere.

Praeterea obseruandum est, *perperam* facta a magistris artis nostrae illa imprimis appellari, quae per dolum aut errorem administrata videantur. Hoc enim diuinus ille *ALCIATVS*, alter iurisprudentiae nostrae parens, comprobauit. <sup>i)</sup> Vulgo certe existimatum; *perperam* dici a fratribus *perperis*, famosis *impostoribus*, qui, propter ingenium & studium fingendi, etiam *CECROPES* appellabantur. <sup>k)</sup>

Interim faciamus, *perperam* factas diuisiones hac lege seiungi a diuisionibus *dolosae* atque *fraudentis*, nihil tamen inde conficietur, quam ut dicamus, *perperam* factas videri, si *per errorem res inaequaliter* diuisae intelligantur. Cum enim imperator, *ex natura iudiciorum bonae fidei* inaequalitatem iubeat emendare, nihil cogitare potuit praeter *dolum & errorem*, quod *bonam fidem & consensum* interuertat. Quod video etiam *CVIACIVM* nostrum <sup>l)</sup> obseruasse.

Sed haec quidem, quamuis ita expedita sint, ut vix locum faciant dubitationi, tamen nemo existimet, excludi omnem *laesionem*, qua, *sine fraude* aduersarii, portio nostra deminuitur, ut ex illa apud praetorem agi nequeat, ad corrigendam inaequalitatem. Enimuero eleganter *VELPIANVS*, *etsi nullus stipulantis dolo intercesserit*, tamen aliquando *rem ipsam in se dolum habere*, ait, *cum dolo faciat, qui aliquid petat, vel retineat, ex iniqua stipulatione*. l. 36. *in fine D. de verb. oblig.*

Vides, aliquando etiam *sine dolo* inita negotia rescindi, si *res ipsa dolum in se habere* censeatur. Quando igitur dicemus, rem, bona fide promissam,

<sup>7)</sup> *ALCIAT. L. I. parerg. c. 49. op. T. III. p. 269.*

<sup>k)</sup> *ALCIAT. loc. cit.*

<sup>l)</sup> *CVIAC. L. XIII. obs. 24. p. 407. op. T. III.*

missam, *in se dolum habere*, vt *sine dolo* peti nequeat a stipulantibus, qui *ipse non admisserit dolum*. Nimirum *inaequalitatem* intelligimus, quae *sine dolo* contrahentium, sed per vtriusque *errorem & ignorantiam* irrepit, vt non *aequae* partes constitutae sint *in diuisione*. Semper enim *error* aut *ignorantia*, quae errorem parit, interuenire debet, si quis non de dolo, sed de sola *inaequalitate* efficaciter aduersus condominum aut coheredem, post diuisionem, conqueratur. Ita vt sentiam, VLPPIANVS me adduxit, qui neminem *laedi*, aut *fraudari*, ait, qui *sciat*, & consentiat. l. 145. D. de reg. iur. & l. 1. §. 1. in fine D. de act. emt. vendit.

Igitur apparet, *scientem* fere non laedi, nec efficaciter conqueri posse de *inaequalitate*: superest, vt ea demum *inaequalitas* profit ad petendam emendationem, in quam per *errorem & ignorantiam probabilem* delapsi sumus. Hoc est, quod DIOCLETIANVS praecipit, etiam maioribus XXV. annis, in negotiis *bonae fidei*, officio iudicis, causa cognita, succurri. l. 3. C. quibus ex caus. mai. Hoc est, quod POMPONIUS docet, maioribus etiam in laesione subueniri, cum *aequo & bono* non conueniat, lucrari aliquem cum alterius damno, aut damnum sentire per alterius lucrum. l. 6. §. 2. D. de iure dotium. Generaliter enim, *quancunque laesionem insignem* dicimus *dolum in se habere*, & parere restitutionem, quanquam *fraude* aduersarii non decepti simus: quod supra obseruatum est. Ex hoc fonte profluxit, quod quamuis *bona fide*, mutuo *consensu*, finita sit diuisio, tamen, si quid *indiuisum* manserit, illud officio iudicis subinde emendetur. l. 25. §. 20. D. fam. ercisc.

Igitur, vt rem paucis comprehendam, nego hac nostra lege 3. C. *commun. vtriusque iudicii*. quidquam singulare constitutum esse a DIOCLETIANO: sed *inaequalitatem diuisionis ex natura* iudiciorum *bonae fidei*, ad quam imperator prouocauit, aestimari, aio. Sed haec quidem maxime *dolum* auersatur: qui si interuenerit non *quantitas* pretii, in quo quis laesus est, sed *qualitas facti* efficit, vt laeso succurratur, l. 10. C. de resc. vendit. At uero praeter *dolum* aduersarii, etiam *error probabilis* impedit consensum. Quapropter *laesio insignis*, & *inaequalitas*, non a *scientibus*, sed ab *ignorantibus*, aut *errantibus*, admissa, praetorem inuitat ad emendandam *inaequalitatem*. Adeoque *error & dolus* duntaxat efficiunt, vt *diuisiones* emendantur. Sed in *errore & inaequalitate* causae cognitionem maxime desideramus. Neque tamen solam laesionem *ultra dimidium* attendimus, quidquid BALDVS in contrariam partem disputet, & quamuis PAVLLVS l. 38. D. fam. ercisc. hanc maxime laesionem notet, quae sit *ultra dimidiam* partem. Rectius sequemur communem naturam *iudiciorum bonae fidei*, in quibus *error probabilis*, sed insignis, ex quo alter cum nostro damno fiat locupletior, arbitrio iudicis aestimandus, etsi non rescissionem totius nego-

tii,

tii, tamen emendationem parit. l. 9. §. 2. l. II. §. I. D. de *contrah. emt.* l. II. §. 5. & l. 21. §. 2. D. de *act. emti venditi.* Sed haec omnia non profunt laeso, si vel *transegerit* de ipsa *laesione*, vel l. s. sententia sit definita. l. I. C. *fam. ercisc.*

## §. V.

*Sortes oppo-*  
*nuntur iudi-*  
*cio. Inter-*  
*dum tamen*  
*sunt instar*  
*iudicii. Sors*  
*proponamus.*  
*aequalitatem*

Quemadmodum igitur de *diuisione inaequali* iudicandum sit, vt laesio subinde emendetur, satis explicatum arbitramur. Sequitur, vt de *diuisione* *inter per sortitionem facta* exponamus: quae & ipsa species, ex his, quae adhuc disputata sunt, commodius aestimari potest. si prius de ipso iure *sortitionis* proponamus.

Et primo quidem notum est, quam despecto plerique loco *sortes* haec non semper buerint, vt, qui *sortitioni* rem commiserit, confidere *fortunae, casui, desiderat.* *superstitioni* videretur. Certe THEODOSIUS & VALENT. illos *sortium* *Sortitio non-* *casui* rem totam permittere, dixerunt, qui *sortitione* facta inter se experirentur. l. 2. C. *quando & quibus quarta pars.* Et IVSTINIANVS *sortes* *semper con-* *tinet trans-* *actionem.* & *fortuitas circumstantias* coniunxit, ideoque prohibuit abbates & abbatissas *sorte* eligere, qui iudicio & ratione eligendi videantur. l. 47. §. I. D. de *episc. & cler.* Quamuis aliter veteribus visum sit, apud quos, si VIRGILIVM MARONEM <sup>m)</sup> audiamus.

Laocoon ductus Neptuno *sorte* sacerdos.

Certe M. TVLLIUS <sup>n)</sup> auctor est, „*sortem* experiri, idem esse ac micare, „*talos & tesseras* iacere: in quibus rebus *temeritas & casus, non ratio nec* „*consilium valere videatur:* ideoque totam rem inuentam esse, ait, fallaciiis, aut ad quaestum, aut ad superstitionem, aut *ad errorem:* quapropter „*vita communis iam dudum exproserit* hoc genus diuinationis.„

Certe sefellit quosdam iuris interpretes ille *sortium* contemptus, vt, cum DIOCLETIANVS in l. 3. C. *commun. vtriusque iudicii, diuisiones,* quae *sine iudicio* fiant, rescindi patiatur, crederent illas intelligi, *in quibus sorte, aut sortitione, res communes diuidantur:* cum *sortes* aliquando iudicio opponi, & quaecunque *sorte* definita sint, *temeraria & in consulta* videantur.

Verum enim vero non ita prorsus inter veteres conuenit, *temere & inconsulto geri, quae sorti committantur.* Ipse, quem antea testem inuocaui, M. TVLLIUS inconstantissime sensit de *sortibus*, atque, alio loco, <sup>o)</sup> „*non contemnendas esse sortes,* dixit, cum auctoritatem habeant veritatis: „*quae, si ductae sint, vt apte in rem cadant, diuinitus fieri posse, credit:* „*quan-*

m) VIRG. aen. II. v. 201.  
de diuin. L. I. c. 18. sect. 34. & 35.

n) CIC. de diuinat. L. II. c. 41. sect. 87.

o) CIC.

„quandoquidem, quamuis cauffa fortaffe lateat, obfcuritate inuoluta naturae, „Deus illa nos non fcire, fed illis nos vti, voluiffe videatur. „ Plerique enim *diuinum* fe *infortibus iudicium* inuenire putauerunt, inprimis TIBERIVS, qui, fi TRANQVILLO p) fides eft, Geryonis oraculo monitus, de confulationibus fuis talos aureos in Aponi fontem deiecerit, & ex numero confilii cepit rationem. q) Certe HORATIVS FLACCVS, commemorat, *fortem*

quam ratio dederit, feu fors obiecerit, r)

atque apud VIRGILIVM MARONEM s) indicantur

— non *sine forte datae, sine iudice, sedes,*

vt intelligatur, *fortitionem non opponi iudicio*, fed cum iudicio coniungi, & ex huius fere natura aestimari.

Sed iure confulti & veteres auctores rei publicae, non quidem omnes fuperftiofe de *fortibus* iudicauerunt. Interdum tamen non modo *fortitionem compararunt cum sententia & iudicio*, fed illam *huic* etiam aliquando *praetulerunt*. Ita quidem VLPIANO vifum eft, qui l. 24. §. 17. D. de *fideicommissar. libertat.* si non conftet, quis maxime ex feruis manumittendus fit, aut *allegatis cuiusdem meritis* arbitrari praetorem posse, ait, aut *feruos fortiri, ne aliquam suspicionem gratiae aut ambitionis* praetor subeat: vt tutior fere *fortitio*, quam arbitrium praetoris, videatur.

Sed frequentiffime tamen *fortitione* experiebantur, cum aut *non referret, vter vinceret*, nec tamen alter cedere alteri confensu vellet, aut *inextricabiles controuersiae & lites imminerent*, fed res *iudicio* dirimi deberet. Ex his fontibus *fortitio consulum*, vter templum *dedicaret*, apud LIVIVM r) *fortitio centuriarum* in comitiis, *fortitio* prouinciarum, u) *fortitio iudicum* apud M. TVLLIVM x) *fortitio animaduersionis* in flagitio militari y) enatae sunt, vt, cum omnes poenam meriti fuiffent, metus poenae ad omnes, fensus eius ad paucos, perueniret.

Sed ICti quidem, si in eiusmodi cauffis *fortitione* vterentur, rem quasi *suffragio & consensu definitam* accipere solebant. Audiamus GAIVM, qui l. 5. D. *fam. ercisc.* si omnes ex aequis partibus heredes sint, neque inter eos conueniat, *apud quem cautiones hereditariae & instrumenta esse debeant*, vel *fortiri* illos iubet, vel *consensu & suffragio eligere* amicum. Ex quo loco apparet, nihil referre, res *consensu*, an *fortitione*, finiatur. Eandem

p) SVETON. in vita Tiberii, c. 14.

q) videantur DEMPST. ad Rosini rom.

antiq. L. II. c. 7. p. 116.

r) HORAT. I. ferm. I. v. 1. & 2.

s) VIRG.

aen. VI. v. 431.

t) LIV. L. II. c. 36.

u) LIV. L. VII. c. 86.

x) CIC.

in orat. pro Cluent. c. 28.

y) CIC. pro Cluent. c. 46.

dem rationem secutus VLPPIANVS, si ambo ad iudicium prouocauerint, forte rem discernendam esse, ait. l. 14. D. de iudic. Idem IVSTINIANO visum est, in *optione pluribus legata*, vt in omnibus eiusmodi speciebus iudicem fortunam habeant, & quem fors praetulerit, is habeat eligendi potestatem. l. 3. C. commun. de legat. Sed maxime in *diuisionibus* placuit, se iustae partes constitutae essent, forte definiri, ad quem quaelibet portio perueniret. l. 2. C. quando & quibus quarta pars. Nou. 162. c. 3.

Sed in illis *fortitionibus* quidem obseruandum est, aliquando id manifeste agi, vt alter, qui forte vincatur, credat alteri, & huic soli lucrum & victoriam relinquat. Certe in *optione legata*, cum *fortiuntur* legatarii, vter eligere debeat, aut apud quem documenta esse debeant, manifestum est, victum cedere victori, & non posse de laesione conqueri, aut de iniuritate fortuiti euentus: cum res *fortitione*, quasi *sententia*, & *transactione*, finita & *diremta* videatur, l. 5. D. fam. ercisc. l. 3. C. commun. de leg. In his igitur nemo desiderauerit *aequalitatem*.

Sed plerique tamen in *diuisionibus*, vt diximus, hoc animo accedunt ad *fortitionem*, ut antea partes iustae & aequales maxime constituantur, & deinde, si omnia exaequata sint, *fortitione*, ad quem partes singulae perueniant, constituantur. Ita DIDO apud MARONEM 2)

Iura dabat legesque viris: operumque laborem

Partibus aequabat iustis, & sorte trahebat.

de quo argumento & SENECA a) & TIRAQVELLYS, b) & CUIACIUS c) & MYNSINGERVS d) quaedam obseruarunt. Et in his quidem speciebus res ex bona fide iudicatur.

## §. VI.

*Sortitio de partibus inaequalibus a sciente impugnari nequit. Sed si tu partes per dolum aut errorem inaequaliter constitutae sint etiam post sortitionem emendanda est inaequalitas.* Vidisti iam omnia, opinor. Itaque proxime absumus a portu in hac navigatione. Neque enim in *diuisione per sortitionem* facta obicitur quaedam dubitatio, quae non ex his, quae adhuc dicta sunt, dilui omnino posse videatur. Itaque primo disputatione non indiget, de sola *sorte* & eius euentu. Sed si tu neminem queri posse, qui consensit in *fortitionem*. Generaliter enim POMPONIVS praecepit, quod euentus fati atque damni non pariat omnino restitutionem. l. 11. §. 4. D. de minorib. Eleganter ZENO, non videri circumscriptum, ait, qui iure communi usus sit. l. 9. C. de in integr. restit. min. Sed iure communi, vt diximus, controuersiae vel leuiiores vel intricabiles *fortitione* dirimuntur, quod supra §. 5. huius *dissertationis* p. 24. ex

2) VIRG. aen. l. v. 511.  
de iure primogen. quaest. 60. n. l. 14. & quaest. 17. opin. l. p. 376.  
IAC. L. XIII. obs. 24.

a) SENEC. controu. L. VI. 3.  
d) MYNSINGER. IV. obs. 33.

b) TIRAQVELL.  
c) CV-

ex l. 5. D. *fam. ercisc.* & l. 2. C. *quando & quibus quarta pars*, est demonstratum.

Deinde hoc etiam difficultate caret, si maiores, *scientes*, in diuisione partes *inaequales* constituerint, *ut lucrum victori relinquatur*, & res sorte finiatur, nullam esse *laesionem*, qua *scientem & consentientem* affecerit fortuna. Hoc enim ex VLPIANO inprimis, l. 145. D. *de reg. iur.* & aliis compluribus magistris nostrae artis, supra §. 4. huius libelli p. 20. comprobauimus. In his certe speciebus res *sententia & transactione* videtur definita, quae si interuenerit, frustra de rescissione aut emendatione cogitur; quod aiunt SEVERVS & ANTONINVS l. I. C. *fam. ercisc.*

Extremo, si *conuenerit*, *ut partes iustae per diuisores antea constituantur*, & deinde, constitutis partibus, illarum assignatio *sorti* sit permilla, non potest esse obscurum, huic conuentioni easdem exceptiones, quae *aliis diuisionibus* obiciuntur efficaciter opponi posse. Finge igitur, diuisores vel quaedam plane non in partes retulisse, vel *dolose* aliquid surripuisse, vel altera portione thesaurum, a parente depositum, recondi: certe per *doli*, aut *erroris* allegationem efficiemus, *ut diuisio inique facta* emendetur. Hoc enim ex l. 3. C. *commun. vtriusque iudic.* ex l. 22. pr. D. *fam. ercisc.* ex l. 25. §. 20. *eod.* §. 3. & 4. huius scriptionis p. 13. & 21. copiose ostendimus. Neque enim, dum sortitionem elegerunt coheredes, de dolo, aut fraude, aut illis rebus ac thesauris, de quibus non constabat, transegerunt, sed partes *iustas* fieri omnino voluerunt. Atque ita video etiam BALDVM <sup>e)</sup> & PINELLVM <sup>f)</sup> & FACHINEVM <sup>g)</sup> & SAMVEL DE COCCII, <sup>h)</sup> respondisse.

Ne igitur confidant aduocati hic diuisionibus, nisi clientes etiam de laesione *transegerint*, aut *sententiam* iudicis impetrauerint, qua tota communio sublata, & diuisio confirmata sit. Hoc enim & imperator suafit, l. I. C. *fam. ercisc.*



<sup>e)</sup> BALD. ad l. 3. C. *commun. vtriusque iur.* de rescind. & vend. <sup>f)</sup> PINELLVS ad l. 2. C. <sup>g)</sup> FACHIN. *controu. iur.* L. VIII. c. 36. p. 659. sq. <sup>h)</sup> COCCII *iuris controu.* L. IX. tit. 2. quaest. 9. p. 546.



## LXI.

## PROGRAMMA

# DE DONATIONE RERVM MORTVARVM.

VITEMBERGAE, DIE XXIV. NOV. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXIII.

**E**leganter MARCELLVS, cum de *donationibus inter virum & uxorem* disputaret, L. 7. digestorum, obseruauit, quae vxori a marito data sint, vt in *unguenta & res mortuas* impenderentur, efficaciter donata esse, ideoque repeti non posse: & addit VLP IANVS, etiam si maritus lancem vxori ad eandem causam dederit, & mulier, retenta lance, sua pecunia emerit unguenta, cessare repetitionem; cum vxor, quae tantundem in *rem mortuam* impenderit, non locupletior facta esse videatur. l. 7. §. 1. D. de donat. inter vir & uxor.

Quae vt intelligantur, vacat rem ab origine repetere, vt de *donatione rerum mortuuarum*, vel prohibita, vel legibus permessa, certi aliquid constituamus. Neque enim facilius labimur in causis iudicandis, quam vbi *temperamentum* illud quaeritur, quo *recte facta* atque ipsum *studium virtutis* a *vitio & leuitate* seiunguntur. Hoc videtur CELSVS cogitasse, cum de *donationibus coniugum*, inprimis de impensis in res vxoris a marito factis, iudicaret. Ait enim, non certa regula comprehendi posse, sed ex *modo & genere impensae* aestimandum esse, vtrum maritus *contra Sctum* aliquid donasse, an, *officio mariti ductus*, iuste pecuniam in rem vxoris impendisse videatur. l. 47. D. de donat. inter vir. & uxor.

Neque tamen recte definiemus illud discrimen *martialis officii*, & *prohibitae donationis*, nisi obseruauerimus causas illas, quibus adducti maiores *noluerunt, donationem inter coniuges valere*. Nimirum VLP IANVS, receptum esse, ait, vt cessarent donationes inter virum & vxorem, ne mutuo amore *spoliarentur* coniuges, *profusa* inter se *facilitate*, l. 1. D. de donat. inter vir. & uxor. Sed SEXTVS CAECILIVS, apud PAVLLVM, adiicit, euenturum esse, vt *venalitia* essent *matrimonia*, si donationes inter coniuges admitterentur. l. 2. D. eod. Luculentissime autem oratione ANTONINI expressum est, amorem honestum solis animis aestimandum esse: ideoque prohiberi donationes coniugum, vt famae coniunctorum consulatur:

ne



ne concordia pretio concilari videatur: neue melior in paupertatem incidere, deterior vero diuor fieret, & patrimonium augetur. l. 3. pr. eod. Ex quo loco apparet, non id praeceptum esse a maioribus, vt mariti desererent officium suum, vt desinerent vxores blande & liberaliter tractare, aut ipsis apparatus vitae iucundioris & quasdam etiam delicias subministrare, sed ne insidiarentur coniux coniugis fortunis, neue corraderent aliquid vxores cum incommodo & damno maritorum, neue quid aucuparentur ex opibus coniugum, quod ad augendas res priuatas & patrimonium vxorum amplificandum pertineret.

Quae cum ita sint, secundum CELSVM, vt supra diximus, ex ipso modo & genere impensae non difficilis erit coniectura, vtrum quis ductus officio mariti, an profusa facilitate, aliquid in res vxoris impendisse videatur. Vt enim de genere impendii imprimis exponamus, res ipsa loquitur, non profus abesse ab officio mariti, aut illicitam censeretur coniugis donationem, qua illud duntaxat efficiatur, vt sumtu vxor liberetur, vt commoditate quadam vitae atque suauitate perfruatur, sed hoc vnum prohibitum videri, ne illa quae a marito profecta sint, pretio vendantur, neue ex rebus illis, quae eius deliciis destinatae sint, patrimonium vxoris augeatur, neue ad res eius & fortunas accessio quaedam fiat ex mariti liberalitate. VLPPIANVS quidem certe, illam demum donationem impediri, ait, quae donantem non solum pauperiorem, sed accipientem etiam locupletiozem factura videatur. l. 5. §. 8. D. de donat. inter vir. & vxor. Neque vero vxor censetur confestim facta locupletior, si rem ipsi maritus emerit, quam alias ipsa vxor suis sumtibus comparatura fuisset. Quamuis enim in aliis causis, quod MARCIANVS docet, etiam ille, qui sumtibus suis propter alterius liberalitatem parcat, & rem ex beneficio donandis accipit, quam ipse emere fortasse debuisset, non solum non pauperior sed etiam locupletior factus esse iudicetur, l. 47. §. 1. D. de solut. tamen liberalius inter coniuges actum, & ad officium mariti pertinere visum est, vt vxorem onere sumtus faciendi aliquando leuet, ipsique iucunditatem aliquam sine eius impendio procuret. Aperte enim VLPPIANVS, non idcirco, ait, locupletiozem fieri vxorem, quod rem ipsi necessariam, aut ab ipsa emendam, donauerit maritus, quamuis sumtu leuata videatur. l. 5. §. 8. D. de donat. inter vir. & vxor. Ideoque si vxori suae monumentum purum, magni pretii, donauerit, quod vendi non possit, sed postea religiosum fiat, vel si ad refectiozem aedium incendio consumptarum pecuniam ipsi dederit, vel si mulieri, propter suas causas necessarias iter facienti, aliquid, expensarum nomine, soluerit maritus, secundum PAVLLVM atque VLPPIANVM, efficaciter censetur donauisse. l. 5. §. 8. l. 14. l. 21. D. eod.

Ex his igitur, quae adhuc disputata sunt, intelligetur, cur Marcellus doceat, si quid in *unguenta* & *res mortuas*, vxoris causa, impenderit maritus, ratam esse liberalitatem, vt reuocari haec donatio non posse videatur. l. 7. §. 1. D. de donat. inter vir. & vxor. Enimvero disputatione vix indiget, *res mortuas & morientes* dici, quae quamuis incunditatem aliquam praesentem pariant, tamen perdurare non possint, sed mox expirent, atque extinguantur, vt fructum aliquem & vestigium sui non relinquant. Ita dies moritur apud STATIVM poetam <sup>a)</sup> qui consumitur nunquam rediturus. Ita dies occisus & mortuus, & sepulcro conditus, & combustus, esse dicitur apud PLAVTVM, <sup>b)</sup> qui nugis & comotationibus consumtus, vt fructum ex illo nullum habeamus. Eadem fere forma *res occisa* dicitur, quae perdita sit, vt spem sustentare & fructum parere non possit. <sup>c)</sup> Imo vero *sermo deliciarum & desidiae*, <sup>d)</sup> item fama & memoria beneficiorum, <sup>e)</sup> denique & plausus hominum <sup>f)</sup> moritur, apud TVLLIVM, cum haec talia sine fructu plerumque tandem deficiant, & extinguantur. Sic denique

— — Vitio moriens sitit aeris herba <sup>g)</sup>

Atque exustus ager morientibus aestuat herbis, <sup>h)</sup>

& cadit

— — — supremi

Flos prati moriturus, ense postquam

Tactus praetereuntis est atrati. <sup>i)</sup>

Moriuntur enim, quae cum aliquando, vt flores & herbae, aspectu suo & suauitate nos delectauerint, mox euanescent, atque pretium amittunt. Eadem comparatione VLPIANVS litem *mortuam* appellat, quam debitor in fraudem creditorum data opera *perdidit* & neglexit & consumpsit, vt nihil ex illa perueniat ad creditores. l. 3. §. 1. D. quae in fraud. cred. quod BARNABAS BRISSONIVS <sup>k)</sup> obseruat. Ad eundem fere modum, *lite mortua* rem nullam esse, illamque extinguui, PAVLLVS dixit. l. 2. D. iudicat. solu. cum ex illa nihil amplius speretur, quod actori possit prodesse. Eodem sensu PAPIRIVS FRONTO, atque MARCIANVS, *peculium*, vt homines, nasci, crescere, tandem, cum omnis res, & spes consumta sit,

*mori*

<sup>a)</sup> STATIVS lib. IV. sylv. 6. v. 3. Iam moriente die rapuit me coena benigni vindicis. <sup>b)</sup> PLAVT. Menaechn. act. I. sc. 2. v. 43. 45. <sup>c)</sup> PLAVT. Menaechn. act. III. sc. 2. v. 46.

<sup>d)</sup> CIC. pro Coelio. p. 31. n. 76. <sup>e)</sup> Id. post redit. in Sen. c. 2. n. 3. <sup>f)</sup> Id. ad Attic. II. 34. §. <sup>g)</sup> VIRG. ecl. 7. n. 57. <sup>h)</sup> VIRG. I. georg. v. 107. <sup>i)</sup> CATVLL. carm. XI. v. 22.

<sup>k)</sup> BRISSON. de verbor. signif. voce: mori. p. 650.

mori censuerunt. l. 40. pr. D. de pecul. Sed maxime unguenta, quod PLINIVS secundus, <sup>l)</sup> atque ex illo CVIACIVS, <sup>m)</sup> obseruauit, illico exspirant & suis moriuntur horis, cum, contra, vestes & gemmae perdurent atque ad heredes transmittantur.

Sed ex hoc quidem loco iudicabimus, quid inter res viuas atque mortuas discriminis interfit. Margaritas enim & gemmas & vestes pretiosas, quasi viuas, PLINIVS rebus morientibus opponit, quod illae, quamuis ad usum hominis adhibitae, retineat aliquod pretium, adeoque, etiam post mortem domini, cum bonorum vniuersitate ad heredes transeant, & spem temporis futuri contineant, & superstites futurae videantur; cum contra res mortuae, vt flores & unguenta, si semel ad voluptatem hominis accommodatae sint, pretium amittant, & fructum aliquem in posterum non pariturae sint, adeoque in patrimonio postea non computentur.

De his igitur recte MARCELLVS iudicauit l. 7. §. I. D. de donat. inter vir. & vxor. valere donationem rerum mortuorum, cum ex illis vxor non locupletior fiat, sed praesenti tantum voluptate perfruatur. Haec enim impendia non minus accurate PAVLLVS l. 10. D. de impens. in res dot. fact. & l. 79. D. de verb. signif. a rebus utilibus seiungit, cum utilia quidem rem meliorem faciant, & patrimonium augeant, ideoque, secundum SABINVM l. II. §. I. D. de impens. in res dot. fact. vxori efficaciter a marito donari non possint, voluptaria vero, quorum appellatione etiam res mortuae plerumque continentur, ad suauitatem praesentem duntaxat, aut ad speciem ornandam pertineant, & si non extant, & tolli non possint, pro nullis habeantur.



l) PLIN. hist. nat. L. XIII. c. 3.

m) CVIAC. obser. libr. IX. c. 36.



LXII.  
 DE DIVISIONE NOMINVM  
 I N  
 IVDICIO FAMILIAE ERCISCVNDAE  
 INTERDV M NECESSARIA.

AD L. III. D. FAMIL. ERCISC.

VITEMBERGAE, DIE DECEMBR. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXIII.

*L. III. D. Famil. erciscund.*

*GAIVS L. VII. ad edictum prouinc.*

Plane *ad officium iudicis* nonnunquam pertinet, *vt debita & credita singulis pro solido*, aliis alia, *attribuat*; quia saepe & solutio & exactio partium non minima incommoda habet. Nec tamen scilicet haec attributio illud efficit, vt quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeat; sed vt, siue agendum sit, partim suo, partim procuratorio, nomine agat; siue cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio, nomine conueniatur. Nam licet libera potestas maneat creditoribus, cum singulis experiundi; tamen & his libera potestas est, suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata sunt.

§. I.

*Diuidia.  
Iurgium.*

*E*tiam archipirata, quod TULLIVS <sup>a)</sup> ait, *nisi aequabiliter praedam disperiat*, aut interficitur a sociis, aut certe relinquitur. Contra, cum aequalitatis studium in *communibus rebus diuidendis* ista sit particula iustitiae, sine qua ne quidem illi viuere possunt, qui scelere & maleficio pascuntur; aequabilitas in partiendo multis magno honori fuit: ideoque *propter aequabilem praedae partitionem* BARDYLIS ILLYRIVS latro magnas opes habuit, & multo maiores VIRIATVS LV SITANVS, cui etiam exercitus Romani, donec a C. LAELIO frangeretur, propter opinionem *iustitiae* & potentiam inter latrones adquisitionem, aliquoties cesserunt. <sup>b)</sup>

Vide.

<sup>a)</sup> C. I. C. off. II. c. 11. sect. 40.

<sup>b)</sup> Id. ibid.

Videbatur enim, vt diximus, hæc in *partitionibus* iustitia, cuius fruendae caussa homines in ciuitates conuerunt, in hac communione, qua utimur, tam necessaria, vt, nisi illa in omni genere vitæ coleretur, iungi tuto societates & contrahi negotia non posse censerentur.

Sed, cum plerique aegrius decedant de loco, quem obtinuerunt, & commoditatem illam, qua adhuc vsi sunt, difficillime dimittant, illamque sibi non sine indignatione extorqueri patiantur, hominum cupiditas effecit, vt hæc ipsa *necessitas diuisionis* non exiguam habeat difficultatem, & *partitio æquabilis* non minus plerumque rixarum & dissensionum pariat, quam ipsa *communio*, a qua discenditur per *diuisionem*. Eleganter, quidem POMPEIUS FESTVS c) *diuidiam*, quam a *diuidendo* dictam esse omnes nouimus, *discordiam*, NONIUS MARCELLVS vero, d) *diuidiam*, quasi tristitiam, glossa vetus *diuidiam*, ἐπὶ ὀχθραίων, δρχόνοσιν, *offensam*, *molestiam*, *dissensionem* esse, interpretantur; quia vel illi qui dissentiunt, in diuersas partes discedunt, atque diuiduntur, vel omnes diuisio cum quodam incommodo & difficultate maxima coniuncta est, adeoque continet *materiam offensarum & dissensionis*, hinc socios sollicitos & suspensos tenet, vt, si aliquid alteri detrahatur in *partitione*, vtrinque pungantur animi atque in diuersas partes distrahantur. Sed iustam quidem Festi interpretationem esse, qui *diuidiam* quasi *discordiam* appellari docet, etiam PLAVTVS e) mihi persuadet, apud quem Nicobulus, cum a Chrysalis deceptus esset, adeoque causam cum illo *rixandi* & conquerendi habere sibi videretur,

Nimio, ait, illæ res est magnæ diuidiæ mihi,  
Subterfugisse sic mihi hodie Chrysalum.

Ex quo loco intelligitur, *diuidiam* esse aegritudinem animi, quam maxime ex inuidia & rapacitate aduersarii, cum rixa & altercatione, contrahamus. Videntur hoc germani etiam sensisse, qui, cum hominem *rixosum & incontinentem* auerfantur, & sibi cauent ab illius iniuria & acerbitate, communi vsu loquendi & consueta formula, dicunt, *se nolle cum illo communi diuidendo experiri*, Ich mögte nichts mit ihm zu theilen haben.

Sed, vt reuertar ad Romanos, quoties de re *communi diuidenda* agebatur, si non lites & odia, certe *iurgia* & contentiones nascebantur, quæ fratrum etiam concordiam plerumque perturbabant, & non sine magna cautione a iudice aut arbitris perimebantur. Proprie enim *iurgium* dicitur, controuersia inter *personas coniunctas*, vt coheredes aut confines, agitata. PAPINIANVS quidem, si de communi hereditate controuersia fuerit, *iurgium*.

c) FESTVS de verbor. signif. v. *Diuidia*.  
sermon. cap. 2. n. 254. v. *Diuidiæ*.

d) NON. MARCELLVS de propriet.  
e) PLAVT. Bacchid. act. IV. sc. 4. c. 1.

*gium* a iudice *perimendum* esse, ait l. 57. D. *fam. ercisc.* & VALENTINI-  
ANVS, THEODOSIVS & ARCADIVS peragendam esse aiunt intentionem  
*iurgii* finalis inter confines, l. 5. C. *fin. reg.* vt intelligatur, non facile sine  
simultate controuersias *de rebus communibus diuidendis* distrahi & extricari.  
Hoc vnum tamen, si M. TVLLIVM f) audiamus, inter *litem* & *iurgium*  
interest, quod *beneuolorum* concertatio non *lis*, sed *iurgium*, *inimicorum*  
vero contentio *lis* esse videatur; ideoque lex putat, *iurgare* inter se *vici-*  
*nos*, non *litigare*. Eodem fere sensu apud PAPINIANVM, inter *conti-*  
*ges*, quorum societas merum mel redolere debet & animorum conspiratione  
inprimis continetur, *iurgio* tamen locus est, & vxor interdum digreditur  
& reuertitur post *iurgium* l. 27. D. de *paet. dotal.* l. 31. D. de *iure dot.*  
Ita ille apud PLAVTVM g)

— — *Iurgio* tandem vxorem abegit a ianua.

& ne Iupiter quidem Iunoni semper parcat, quin illam obiurget aliquando,  
apud VIRGILIVM MARONEM h)

Quae iam finis erit, coniux, quid denique restat?

*Vtterius tentare vero.*

Nimirum facile etiam inter bonos, cum quilibet interdum sibi modum ex  
sua duntaxat cupiditate constituat, res in controuersiam adducitur, vt *iur-*  
*gium* illud de rebus communibus plerumque cum aliqua dissensione coniun-  
iunctum esse videatur.

Quae cum ita sint, Romani non solum *aequitatem* inprimis & *mode-*  
*rationem animi* suaserunt illis, qui *rem communem* habent, & *communi*  
*diuidendo* inter se experiuntur, l. 3. C. *commun. vtr. iudic.* l. 4. C. *com-*  
*mun. diuid.* l. 11. & 14. C. *fam. ercisc.* sed etiam iudicibus & arbitris, in  
illis controuersis, in quibus de re communi disceptatur, amplissimam laxis-  
simamque potestatem esse voluerunt, de qua proxime locus erit exponendi.

## §. II.

*Diuisio ita* Nimirum difficiles sunt iudicis aut arbitri illius partes, qui inter co-  
*facienda est* heredes aut condominos ius dicere suscepit, vt *res communes aequabili par-*  
*ne res diui-* tione diuidantur. Sed inprimis in illis rebus, *quae commode in partes diui-*  
*sa sit inuri-* di non possunt, inuidia singulorum & aemulatio, quae plerumque inter so-  
*lis. Diuide-* cios & communium rerum possessores interuenire solet, efficit, vt, quo se  
*re interdum* idem est at-vertat, iudex inuenire propemodum non possit. Neque enim Q. FABIVM  
*que assigna-* que assigna-  
*re aut adiu-* re aut adiu-  
*dicare. In-* dicare. In-  
*terdum ali-* terdum ali-

f) C1C. fragm. de republ. IV. ex edit. Verburgii. T. X. p. 3960. g) PLAVT.  
Menaechm. act. 1. sc. 2. v. 18. h) VIRG. aen. XII. v. 793. & 806.

LABEONEM quisquam recte imitabitur, qui, cum a rege Antiocho, armis quid in me-  
 a se superato, ex isto foedere partem nauium dimidiam accipere deberet, dio relin-  
 cauillatione facta, naues omnes secuit, vt tota classe Antiochum priuaret, quendum est  
 Haec enim vafre dicta atque facta esse, opportune VALERIVS MAXI-  
 MVS i) obseruat. Neque vero in re communi diuidunda arbiter SALO-  
 MONIS iudicium commodo sequetur, qui, periclitaturus animum mater-  
 num, cum duae meretrices de partu disceptarent, & quaelibet illum suum  
 esse contenderet, hunc quidem medium secari iussit, & singulis patrem at-  
 tribuit, donec vera mater intercederet, & fobolem suam totam alteri adiu-  
 dicari postuleret. k)

Enimvero recte POMPONIVS apud VLPIANVM l. 22. §. I. D. fam.  
 ercisc. obseruauit, interdum necessitatem praecipere, vt res tota vni aut  
 pluribus adiudicetur. Ideoque iudex idoneus vel vnicique coheredum cer-  
 tam partem assignabit, vel, admissa licitatione, vni rem integram adiudica-  
 bit. d. l. 22. §. I. Sed generaliter ALEXANDER, si res commode diuidi  
 non possit, aestimatione facta, vni rem adiudicari, illumque, cui res adiu-  
 dicetur, reliquis pecunia damnari, iussit. l. 3. C. commun. diuid.

Igitur in his fere causis videbitur officium iudicis, qui res communes  
 diuidit, maxime adiudicationibus & condemnationibus absolui. Et recte  
 quidem iudex, si res singulas singulis adiudicauerit, dicitur res com-  
 munes diuississe. Plerumque enim apud veteres, qui res inter plures  
 diuidunt, non singulas dissecant, & dimidiatas distribuunt, quod plerum-  
 que molestum est, sed singulis singula corpora assignant. Hac forma enim  
 VLPIANVS l. 7. §. 12. D. commun. diuid pignus inter creditores diuiden-  
 dum esse, ait, vt illud, aestimatione facta, vni assignetur. Frequentius  
 certe diuini dicuntur corpora, quae singula singulis adiudicantur, non, quae  
 dimidiata per plures distrahuntur. Ita fere

*Diuisae arboribus patriae,*

apud VIRGILIVM MARONEM, l) id est, sua cuique generi arborum pa-  
 tria ab ipsa natura parente assignata. Ita ille apud HORATIVM FLAC-  
 CVM m)

Hesperia fospes ab vltima  
 Caris multa fodalibus  
 Nulli plura tamen diuidit oscula  
 Quam dulci Lamiae.

V 2

Néque

i) VALER. MAXIM. rer. memorat. L. VII. c. 3. n. 4. in fine. k) 1 Reg. 3. v. 25.  
 l) VIRGIL. Il. georg. v. 117. m) HORAT. l. carm. XXXVI. v. 5 sq.

Neque vero singulis *dimidiata*, aut *diuidua*, quod PLAVTVS <sup>n)</sup> ait, sed cuique *integra* oscula *diuisit*. Est etiam, apud SENECAM <sup>o)</sup> nulla vxor tam misera & sordida, qui sufficiat vnum par adulterorum, sed *singulis horas diuidit*, quamuis dies omnibus non sufficiat. Sed apparet, dici illam singulis *horas* diuisisse, quae *singulis horas integras attribuit*, in quibus turpitudini vacaret. Sic apud M. TVLLIVM <sup>p)</sup> *agri viritim diuiduntur*, atque ille apud *D*

Petit caesaricam, grataque foeminis

Imbelli cithara carmina diuidit:

id est, singulis viris agri singuli, singula carmina singulis foeminis subinde *assignantur*.

Hanc igitur formam secutus arbiter, quod VLPPIANVS ait, vel singulis singula, vel, si necessitas postulet, omnia *adiudicabit vni*, qui reliquis pecunia condemnetur. l. 22. §. 1. D. *fam. ercisc.* Haec ipsi necessitas interdum a testatore imponi potest, si ille moriturus bona inter heredes diuisit. DIOCLETIANVS enim iubet arbitrum, diuisione facta, *patris voluntatem sequi*, in *adiudicando*, si ille cuiquam specialiter res quasdam *assignauit*. l. 21. C. *fam. ercisc.* Interdum vero res ipsa adiudicationem postulat, si res *diuidi* non possit. l. 3. D. *commun. diu.*

Imo vero etiam praeter *necessitatem*, si aliqua *commoditas & utilitas* hoc suadeat, vt res integrae potius ad vnum perueniant, quam vt diuisae, & distractae in partes, corrumpantur, iudex in rebus *diuidendis*, quod *omnibus utilissimum* est, aut quod malint litigantes, maxime sequetur. Hoc enim VLPPIANVS praecipit, l. 21. D. *commun. diuid.*

Ceterum, in *vniversalibus iudiciis*, quomodocunque tandem *res communes diuidantur*, illud expeditum est, iudicem *nihil debere indiuisum* relinquere, si VLPPIANVM audiamus, l. 25. §. 21. D. *fam. ercisc.* Ipsa tamen necessitas aliquando videtur efficere, vt neque res *diuidi per partitionem* possit, neque *vni* commode adiudicari. Haec talia igitur, secundum LABEONEM atque GAIVM, *in medio relinquenda sunt*. l. 4. §. 3. & l. 5. D. *fam. ercisc.* Constat enim, hoc in illis rebus obtinere, quae *omnibus necessariae sunt*, & quibus ne singuli quidem carere possunt, sine magno detrimento. Haec instrumenta *necessaria* igitur, vt *cautiones hereditariae & tabulae ipsius testamenti*, singulis non attribuuntur, sed interdum *in medio relinquuntur*, certe diuidi non possunt, ideoque, vel illi, qui ex maiori parte heres sit, *praesita cautione*, de tabulis, si res exegerit, exhibendis, commendari possunt, vel, vt tanto facilius pereant, apud *amicum* vel

<sup>n)</sup> PLAVT. rudent. act. V. sc. 3. v. 52 sq.

<sup>o)</sup> SENEC. III. benef. 16.

<sup>p)</sup> C16.

de senect. c. 10.

<sup>q)</sup> HORAT. L. I. carm. XV. v. 14 sq.



vel in publico quodam loco deponuntur. l. 4. §. 3. & l. 5. D. fam. ercisc. Hanc fere rationem improbe secutus est ille, quem ante commemoravi, Q. FAELVS LABEO, qui, si M. TVLLIO, <sup>r)</sup> & VALERIO MAXIMO <sup>s)</sup> fides est, arbiter Nolanis & Neapolitanis, cum de finibus regundis contenderent, a senatu datus, vbi ad locum illum uenit, cum vtriusque separatim locutus est, ne cupide quid agerent, ne appetenter, atque vt regredi, quam progredi, mallent. Quod cum vtrique fecissent, aliquantum agri *in medio relictum* est: quapropter LABEO illorum fines, sicut ipsi dixerant, terminauit, *in medio relictum quod erat*, populo Romano adiudicauit. Sed *decipere* hoc quidem est; non iudicare. Plerosque tamen, etiam post religiosissimam iudicis sententiam, fortuna decipit, si res quaedam indiuisa *in medio relinquatur*. Igitur, praeter inextricabilem necessitatem, boni & innocenti viri officium, quod VLPIANVS l. 4. §. I. D. fam. ercisc. appellauit, vix permittet, vt aliquid in medio indiuisum relinquatur.

§. III.

Igitur, si regulam sequamur, nihil indiuisum manet in hereditate, *Lege XII. tabularum* <sup>com-</sup> sed vel rerum singularum partes coheredibus singulis attribuendae, vel res <sup>stitutum est,</sup> tota adiudicanda est uni, qui reliquis pecunia damnatur. Sed decemviri <sup>vt nomina</sup> tamen in nominibus hereditariis cessare voluerunt arbitrium iudicis, cum haec <sup>inter coheredes</sup> ipso iure inter heredes diuisa videantur. Ita enim illi in fragmentis, apud <sup>des ipso iure</sup> IANVM VINCENTIVM GRAVINAM, <sup>diuisa sint.</sup>

- „Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis erecta, cita sunt,  
 „Ceterarum familiae rerum erecto, non cito, si volent, heredes erectum  
 „cium faciunt: praetor ad erectum ciendum arbitros tres dato. „  
 Ideoque nomina adindicationem vix admittunt.

Et obtemperauit decemviris imperator GORDIANVS, qui, l. 6. C. fam. ercisc. ea, quae in nominibus sint, non recipere diuisionem, ait, cum, ipso iure, in portiones hereditarias, ex lege XII. tabularum, diuisa esse videantur. Neque minus luculenter DIOCLETIANVS, qui, euidentissime, inquit, huic rei lex XII. tabularum heredes facit obnoxios, vt creditoribus hereditariis ab ipsis satisfiat. l. 7. C. de hereditar. action. Sed VALERIANVS atque GALLIENVS quidem in personalibus actionibus hoc inprimis admiserunt, cum manifesti & indubitari iuris sit, actionem personalem inter plures heredes creditoris, ex lege XII. tabularum, diuisam esse: vt officio iudicis in diuidendis actionibus carere posse videamur. Solam enim pignoris persecutionem imperatores exceperunt, cum pignus in solidum vniciueque teneatur. l. 1. & 2. C. si vnus explur. hered. Certe in pecuniae certe

r) CIC. l. off. c. 10. s) VALER. MAX. L. VII. c. 3. n. 4. t) GRAVIN. de iur. natural. gent. & XII. Tab. V. pag. 277.

*promissione*, quae & ipsa *personalem* actionem parit, PAVLLVS eandem regulam securus est, ideoque & *petitionem* & *solutionem* certae pecuniae promissae ad creditoris atque debitoris heredes *pro portionebus hereditariis* pertinere docuit, l. 85. §. I. D. de *verb. oblig.* Ex quo loco apparet, actiones, quibus creditum petatur, non solum heredibus, sed etiam contra heredes, pro parte illa, ex qua heredes fuerint, ipso iure competere, & hoc solum inuestigandum esse, ad quam partem hereditatis vel creditoris vel debitoris heredes vocati sint, qui agant vel conueniantur, quamuis nondum diuiserint hereditatem.

Sed ita quidem de *personalibus actionibus* PAVLLVS iudicauit. Imo vero generaliter idem PAVLLVS de omnibus *nominiibus hereditariis* praecepit, vt, *si nihil in corporibus, omnia in nominibus consistant*, quae a defuncto relicta sint, *familiae erciscundae iudicio locus esse non possit*, l. 25. §. I. D. *fam. ercisc.* In eandem sententiam respondit VLPIANVS, qui l. 2. §. 5. itemque & l. 4. pr. D. *fam. ercisc.* quae cum priore cohaeret & vno spiritu legenda est, *nomina*, inquit, *non veniunt* in iudicium *familiae erciscundae*, sed ceterae res, *praeter nomina*, ab arbitro subinde diuiduntur.

Sed hi quidem videntur nullas omnino actiones aut petitiones excipere, sed abscisse omnia *nomina*, siue in rem siue in personam formula concipiuntur, singulis heredibus tribuere, vt *pro portione hereditaria* & conueniri debeant, & experiri possint. Enimvero decemvirale illud praeceptum, vt nomina ipso iure inter coheredes diuisa esse censeantur, tam benigne acceptum est, & tam late patuit, vt *in omnibus re ditibus & oneribus hereditariis* hoc obtineret. Idem enim, quem antea commemoravi, PAVLLVS, alio loco, itemque IULIANVS, docuerunt, *omnes pecunias ex re ditibus hereditariis* redigendas aut redactas, *pro portione hereditaria singulis competere*, vt in illis rebus *diuisiones* & adiudicationes superuacuae omnino iudicentur, l. 38. D. *fam. ercisc.* l. 51. pr. D. *eod.*

Quae cum ita sint, coheredes quidem omnes *eadem actione*; sed *pro sua quisque parte hereditaria*, experientur, & singuli *eadem actione*, quamuis *ex diuersa parte*, a creditoribus conueniantur. Neque aliquem mouebit, quod idem Paullus docet, *plures, qui eandem actionem habeant, vnus loco* in iudicio haberi. l. 9. D. de *act.* Hoc enim *inter viuos* interdum obtinet, si plures idem negotium commune contraxerint, aut plures vnus viui & superstitis negotia administrauerint, vt hi aliquando pro vna persona habeantur: sed *mortuorum heredes* in *nominiibus* ipso iure diuisas, & diuersas rationes habent, & pro parte hereditaria agunt & conueniuntur.

Igitur dicemus, ex lege decemvirali, partem crediti & debiti, ad quemlibet coheredum, pro portione hereditaria *ipso iure* pertinere. Ex quo fonte deducitur, si vnus coheredum partem suam a debitore acceperit,

alter

alter, postquam debitor deserit soluendo esse, nihil consecutus sit, primum non teneri, ut cum secundo illud *communicet*, quod ad ipsum peruenerit a debitore. l. 31. D. *locati*, l. 12. C. *depositi*. Hoc enim in *societate* duntaxat receptum est, ut, si vnus sociorum partem suam consecutus sit, alter minus acceperit, actione pro socio, propter summam aequitatem portiones, crediti ab altero accepti exaequantur. l. 63. §. 5. D. *pro socio*.

Neque locus erit dubitationi, quin actio ab vno coheredum, pro portione hereditaria, aduersus debitorem instituta, non proficit *coheredi ad praescriptionis tempora interrumpenda*, si alter tempus illud extrahi & elabi patiat: cum, quae ipso iure diuisa sint, ut *debita hereditaria*, sigillatim praescribantur & *separatis actionibus* petantur. u)

Contra in *debitis*, seu *passiuis nominibus*, si vnus coheredum desinat soluendo esse, alter debitum pro portione hereditaria soluerit, expeditum est, hunc, qui soluerit, portione deficientis, qui deserit soluendo esse, non posse onerari: cum, quantum ad *nomina* attinet, si regulam sequamur, coheredes ipso iure separatas rationes habeant, & singuli *pro sua tantum parte* teneantur. l. 33. pr. D. *de leg. 2*. Hoc enim erudite FRANCISCVS BALDVINVS x) & CVNRADVS RITTERSHVSIVS y) exposuerunt. Ex his igitur intelligetur, nec diuidi *nomina* inter coheredes, sed ex lege decemuirali *per se diuisa* esse, neque regulariter *ad officium arbitri pertinere* in familiae erciscundae iudicio, ut *nominum partem heredibus singulis attribuat*, neque *adiudicationi* locum esse in *nominibus*, ut *vni* coheredum debitum aut creditum *in solidum* attribuat; cum *adiudicationes* in iudiciis diuisoriis duntaxat, quae ad nomina non pertinent, subinde admittantur, sed *nomina* actiua & passiuia ipso iure sint *diuisa* inter coheredes.

#### §. IV.

Igitur, ut diximus, si decemuiris obtemperamus, ipso iure nomina *Necessitas* inter coheredes *diuisa* sunt, ut singuli *pro portione hereditaria* & agere, & *reudum* conueniri possint. Verum, *hoc non esse perpetuum*, sed interdum, ob *ne-* <sup>git iudicem</sup> *cessitatem*, aut certe ob *utilitatem* aliquam insignem, uti res ceteras, ita <sup>ut nomen</sup> *etiam nomina hereditaria vni* coheredum aut *adiudicari*, aut *imponi*, res <sup>actiuum aut</sup> *passiuum* ipsa facile ostendet. <sup>primis ex te-</sup>

Enimuero PAPINIANVM audiamus, qui l. 77. §. 18. D. *de leg. 2.* <sup>statoris vo-</sup> *nomina* interdum *per diuisionem vni obtingere* & assignari, ait. Et magis <sup>luntate vni</sup> *ad luculenter* GAIVS noster, quem interpretamur, l. 3. D. *fam. ercisc.* plane <sup>adindicer, aut</sup> *imponat*. Ne <sup>ad que tamen</sup> *creditoribus*

u) Vid. DE BERGER. resol. Lauterbach. p. 166.

x) FR. BALDVINVS ad *hoc nocet. Is*

XIII. tabul. c. 32. p. 157.

y) CVNRADVS RITTERSHVSIVS in *dode. cui nomen*

catelt. seu comment. ad XIII. tab. class. III. c. 23. p. 157.

*passuum so-* ad officium iudicis nonnunquam pertinere, docet, *vt debita & credita sin-*  
*li imponitur* *gulis pro solido*, alia aliis, *attribuantur*. Sed apertissime SCAEVOLA in  
*cautionem* legibus illis geminis, 11. & 14. D. *de distract. pign.* arbitris diuidendae he-  
*praestat co-* reditatis hanc potestatem facit, *vt nomina* quoque *communium debitorum*  
*heredibus, de* *indemnitat. separatim diuersa singulis in solidum* assignent: quo facto vnumquemque  
*& ab his* eorum, debitorum sibi addicto cessante in solutione, *pro solido* pignus, sub hoc  
*actione com-* nomine obligatum, vendere omnino posse arbitratur. d. l. 11. & 14. D.  
*pellit potest* *de distract. pign.*  
*ad soluen-*

*dum. Non* Igitur operae pretium fuerit, inuestigare, primo, quae *necessitas in-*  
*praesumitur* primis cogat iudicem, vt nomen hereditarium vni coheredum, exclusis re-  
*restator no* liquis, *assignet*. Et constat quidem, *voluntate testatoris* maxime, iudici  
*mina singu-* imponi hanc necessitatem posse, *vt vni aut singulis debita aut credita* ab  
*lis assignare* ipso *in solidum* attribuantur. Disputatione enim vix indiget, permitti te-  
*voluisse.* statoribus, & inprimis patri, vt *nomina*, actiua maxime, vel vni vel singu-  
 lis attribuant in iudicio supremae voluntatis. PAPINIANVS enim l. 32. D.  
*fam. ercisc.* tractauit de parente, qui, *vice diuisionis, actiones* heredibus de-  
 derit, illasque distribuerit inter coheredes. Et imperator ANTONINVS  
 l. 1. C. *de except.* habet creditorem, qui, non omnibus, sed *quibusdam*  
*duntaxat heredibus adscripserat nomen debitoris* sui. Neque vero a iuris  
 regula defecit ANTONINVS, dum rescripsit, quamuis *debitores heredita-*  
*riu* vnique coheredum *pro portione hereditaria*, antiqua lege, obligati  
 sint, tamen *debitorem* efficaciter *illis soluere* posse, quibus *nomen illud* ad-  
 scriptum sit a creditore; ideoque, si reliqui coheredes, qui ab hoc nomine  
 exclusi sint in testamento, nihilominus ipsi etiam pro parte hereditaria ege-  
 rint aduersus debitorem, hunc quidem *exceptione doli mali* defendendam  
 esse, cum omnes voluntatem testatoris agnoscere cogantur. d. l. 1. C. *de*  
*except.*

Habes primum officium iudicis, vt *defendat debitorem*, qui, secutus  
 voluntatem testatoris, debitum exsoluerit vni coheredi, cui illud assignatum  
 erat in suprema creditoris voluntate.

Neque tamen ibi subsisterunt interpretes, sed interdum etiam singulis  
 expresse *assignauerunt credita* ex defuncti voluntate. Hoc enim expeditum  
 esse, ait VLPIANVS, vt, si *vni ex heredibus* nomen legatum, id est, a  
 testatore *assignatum* sit, hoc ille *iudicio familiae erciscundae* consequatur.  
 l. 4. pr. D. *fam. ercisc.* Neque vero coheres consequi legatum potest in  
 hoc iudicio, nisi nomen ipsi a iudice, *facta adiudicatione, assignetur*.

Apparet igitur, *nomen actiuum*, etiam antequam illud a debitore sol-  
 lutum sit, officio iudicis vni ex testamento efficaciter adiudicari, & non  
 prorsus exulare partes iudicis, in nominibus actiuis diuidendis. Neque  
 vero hoc cuiquam mirum videbitur, qui cogitauerit, pertinere ad officium  
 arbitri

arbitri in hereditate diuidenda, vt in primis *parentis & testatoris iudicium sequatur*. Hoc enim PHILIPPI, & in primis DIOCLETIANVS, praeceperunt, vt, si testator praeuenerit officium arbitri, hic in *adiudicando* patris sequatur voluntatem l. II. & l. 21. C. *fam. ercisc.*

Quae cum ita sint, non solum arbiter singulis assignabit *nomina actiua*, ex suprema voluntate creditoris, sed hic etiam, cui nomen assignatum fuerit, contra debitorem efficaciter experietur. Certe AFRICANVS illi, cui nomen adiudicatum sit, potestatem facit experiundi cum heredibus, vt ipsi praestent atque mandent actiones aduersus debitorem, l. 108. §. 13. D. *de leg. 1.* ideoque *procuratorio nomine* coheres, quod GAIVS ait, in lege nostra III. D. *fam. ercisc.* debitorem actione sibi mandata potest conuenire.

Imo vero tentari potest, vt coheres, etiam *sine cessione nominis, vtili actione* experiri possit aduersus debitorem, qui ipsi in testamento *assignatus* est; cum etiam *emtori* hereditatis, quamuis ipsi venditor actiones non mandauerit, *actiones vtilis* aduersus debitores hereditarios accommodentur. Hoc enim ALEXANDER itemque DIOCLETIANVS docuerunt, l. 5. & 7. C. *de hered. vel act. vendit.* Quid, quod etiam ille, cui nomen a creditore *oppignorum* est, si PAVLLVM audiamus, agere aduersus debitorem, & pecuniam ab illo exigere, & excludere ipsum creditorem possit, l. 18. pr. D. *de pignorat. act.* Quare dubitari non potest, *nomine actiuo*, a testatore, vel arbitro hereditatis diuidendae, in vnum coheredem translato, huic vni in debitorem concedendas esse actiones. Neque habebit debitor, cur conquiretur, cum possit etiam *inter viuos* nomen vendi & mandari & in alios transferri, *inuito debitore*. l. 3. C. *de hered. vel action. vend.*

Vides, *nomina actiua*, id est, *credita hereditaria* plerumque, debitore etiam inuito, *in coheredes singulos* transferri posse. Sed maior difficultas interueniet, si *aes alienum & passiuum nomina*, quae & ipsa inter coheredes *ipso iure diuisa* sunt, vni duntaxat iniungantur. Forma enim veteris iuris, quam SEVERVS & ANTONINVS appellant, *hereditaria onera pro cuiusque portione hereditaria* ad heredes scriptos refert, l. 1. C. *si certum pet.* ideoque haec a testatore, inuitis creditoribus, non videbitur mutari posse in suprema voluntate. Generaliter enim *in omnibus oneribus hereditariis* receptum est, vt illa, *pro partibus hereditariis*, ab heredibus omnibus ferantur, cum lex XII. tabularum omnes huic rei obnoxios fecisse videatur. l. 2. C. *de hereditar. action.* l. 7. C. *eod.*

Et aperte quidem PAVLLVS intercedit, ne *ex persona heredum conditio obligationis immutetur*. l. 2. §. 2. D. *de verb. oblig.* Sed disputatione non indiget, deteriore fieri conditionem creditoris, qui, cum contra singulos, ipso iure, pro parte hereditaria, haberet actionem, iam vnus, cui

testator aes alienum iniunxerit, *vnus*, inquam, aut paucorum, fidem & fortunam sequi cogeretur.

Imo vero, si *GAIUM* nostrum audiamus, non solum *inuitis* creditoribus obtrudi alius debitor, aut vnus ex coheredibus delegari, non potest, sed ne *volenti* quidem creditori actio *in solidum* dabitur aduersus illum ex heredibus, quem *solum* testator iusserit *aes alienum* creditoribus praestare; cum *ipso iure* diuisa sit obligatio inter omnes coheredes. l. 69. §. 2. D. de leg. 1.

Quae quamuis vera sint, & dubitationi locum non faciant, nihil tamen magis familiare fuit testatoribus, quam vt *aeris alieni* exsoluendi necessitatem, vel quibusdam duntaxat heredibus, vel *vni* etiam, iniungerent suprema voluntate. Eiusmodi testamentum nobis *SCAEVOLA* seruauit, in quo testator, filio & filia heredibus institutis, a *filio* duntaxat, quicquid ipse pro mutuo acceperit, & debuerit, vel si quid aliud euenerit aeris alieni, totum voluerat exsolui, vt quod filiae, coheredi, relictum esset, integrum ad illam perueniret. l. 34. §. 3. D. de leg. 3. Itemque apud *VLPIANVM* testator quidam, duobus heredibus institutis, alterum ex his damnauit, vt solus aes alienum exsoluat creditori. l. 7. §. 3. D. de liberat. leg. Praeterea *MODESTINVS* disputat de testamento, in quo defunctus *onera hereditaria* quibusdam duntaxat heredibus nominatim iniunxisset. l. 33. §. 1. D. de leg. 2. Sed diligentissime *PAPINIANVS* atque *VLPIANVS* tractauerunt eiusmodi species complures, in quibus pater, pro modo possessionum hereditariarum, quas inter singulos distribuerat, etiam *onera aeris alieni* inter liberos *diuisit*, aut onera illa duntaxat *vni* ex heredibus iniunxit, aut *vnum* dotis soluendae onus iussit suscipere, vt ceteri portiones integras haberent. l. 20. §. 3. 5. & 8. D. fam. excisc.

Ne igitur existimes, frustra testatores praecipere, vt aeris alieni exsoluendi necessitas *vni* aut quibusdam imponatur. Nimirum id quidem expeditum est, creditoribus causam duriores dari, aut vnus ex heredibus obtrudi, non posse testamento, neque illos cogendos esse, vt aduersus vnus duntaxat ex heredibus experiantur. Hoc enim ille, quem antea nominauit, *GAIVS* docet, qui l. 69. §. 2. D. de leg. 1. negat creditori competere ius agendi *in solidum*, aduersus illum, cui aes alienum iniunctum sit. Atque idem alio loco, quem illustrandum suscepimus, l. 3. D. fam. excisc. quamuis aes alienum ad vnus translatum sit, *liberam* tamen *manere* potestatem, ait, creditoribus, *cum singulis experiundi*. Sed luculentissime *VLPIANVS*, creditores posse *pro portionibus hereditariis* singulos heredes conuenire, docet, quamuis vni onus aeris alieni iniunxerit testator. l. 20. §. 3. D. fam. excisc. Sed, *coheredum causa*, utilis est voluntas testatoris, qua *vnus* aere alieno onerauit. Diserte enim *GAIVS*, non *creditores*, ait,

ait, sed *coheredes*, quorum interest hoc fieri, habere actionem aduersus illum, cui testator iniunxerit solutionem, l. 69. §. 2. D. de leg. 1. Imo vero etiam SCAEVOLOE placuit, coheredes, *quasi ex fideicommissio, posse consequi, ut coheres*, aere alieno oneratus, illud *exsoluat* creditori. l. 34. §. 3. D. de leg. 3. Abscisse etiam VLPIANVS, si testator, duobus heredibus institutis, vnum damnauerit soluere creditori, valere hoc legatum *propter coheredem*, ait, & hunc *ex testamento acturum* cum coherede onerato, vt creditori debitum soluatur. l. 7. §. 3. D. de liberat. leg. Denique idem VLPIANVS, post diuisionem hereditatis, coheredes, ait, posse cum illo, quem testator aeri alieno exsoluendo adstrinxerit, *praescriptis verbis* experiri, quasi certa lege *permutationem* fecerint, si omnes reliquae res fuerint diuisae. l. 20. §. 3. D. fam. ercisc.

Praeterea, si PAPINIANO obsequimur, ista, cui aes alienum a testatore iniunctum est, *cauere* debet coheredibus, *illos indemnes* fore, & *defensum iri* aduersus creditorem. l. 20. §. 5. D. fam. ercisc. Si enim creditor nihilominus singulos conueniat placuit illos *defendi* ab herede, cui onus soluendi aeris alieni sit iniunctum. Neque hoc sine exemplo factum est, vt heres oneratus *cauere* teneatur coheredibus *de indemnitate*. IULIANVS enim, hoc etiam *in fideicommissis* obtinere, ait, vt, si quis rogatus sit, hereditatem, *deducto aere alieno*, restituere, fiduciarius, qui aes alienum deduxerit, fideicommissario *caueat*, *ipsum defensum iri aduersus creditores*. l. 16. §. 3. D. ad Sctum Trebell.

Igitur in his causis negari non potest, *necessariam* esse interdum iudicis aut arbitri auctoritatem, *vt nomina diuidat, & vni etiam assignet, illumque cogat soluere, & coheredibus cauere de indemnitate*. Enimuero oportune PAPINIANVS monet, *officio iudicis de hereditate diuidenda cognoscentis cogendum* esse coheredem, *vt onus aeris alieni suscipiat & caueat de indemnitate*. l. 20 §. 5. D. fam. ercisc. Hoc etiam CELSVS obseruauit, qui l. 18. §. 4. D. eod. docuit, coheredes *familiae erciscundae iudicium habere*, vt coheres oneratus soluat, vtque ipsi a creditore liberentur. Ita intelligetur, quid GAIUS nostro, in lege 3. D. fam. ercisc. quam in fronte dissertationis proposuimus, in mentem venerit, qui, ob *necessitatem* interdum *vni coheredum debita in solidum* attribuenda esse, tradit, vt vnus *coheredum solus* partim suo partim *procuratorio nomine* conueniatur. Quamuis enim inquit, *libera potestas* maneat creditoribus, *cum singulis experiundi*, tamen & coheredibus libera potestas est, *suo loco substituendi eos, in quos onera hereditaria officio iudicis translata sunt*. d. l. 3. D. fam. ercisc. *Officio iudicis* vero onera haec in istos transferentur, quibus testator iniunxit *necessitatem aeris alieni exsoluendi*. Sed hi, cum coheredes *defendere* cogantur, quod IULIANVS & PAPINIANVS aiunt,

l. 20. §. 3. D. *fam. ercisc.* l. 16. §. 3. D. ad *Sc. Trebell.* partim suo, partim *procuratorio* nomine creditori respondebunt, si ceteri coheredes de portione sua hereditaria conueniantur.

Itaque ad *officium iudicis* inprimis, pertinebit, *cogere* coheredem, vt *soluat* creditori, vtque *defendat* coheredes, vt *procuratorio nomine* actionem excipiat, & pro ceteris coheredibus respondeat, si a creditoribus conueniantur, denique vt *caueat* coheredibus de *indemnitate*.

Næque tamen his duntaxat curis absoluitur arbitri diligentia, in hereditate & nominibus passiuis diuidendis, sed latius porrigitur, & ad hoc quoque extenditur, ne ille, cui onus aeris alieni iniungitur, vel in portione *legitima*, vel, si extraneus fuerit, in *quarta Falcidia*, laedatur. Videtur enim ceteris coheredibus *liberatio legata* esse, si vni aes alienum a testatore iunctum sit, vt reliqui hoc onere leuentur. Sed constat, per legata nec legitimam portionem heredum, neque quartam Falcidiam extraneorum, ita imminui omnino posse, vt legitimo lucro exuantur.

Traçtauit eiusmodi speciem *PAPINIANVS*, in qua testator quosdam coheredes necessitate aeris alieni onerauerat: & respondit: *officio iudicis*, de diuidenda hereditate cognoscentis, contineri, vt *cogantur illi onus suscipere*, quibus hoc imposuerit testator: neque tamen quemquam *ultra do-drantem* portionis suae *onerandum esse*, sed prospiciendum. *vt illibatum habeat quadrantem.* l. 20. §. 5. D. *fam. ercisc.* Sed quomodo heredi onerato praestabimus quadrantem, nisi *adiudicatione* rerum aliarum, quae coheredibus decedant in diuisione, vt *quarta* onerati compleatur.

Habes *alterum* officium iudicis in nominibus passiuis diuidendis. Sed apposite *PAPINIANVS* etiam aliam sollicitudinem arbitro hereditaris diuidendae iniicit, vt ad illum, qui aere alieno a testatore oneratus est, etiam *commoda* illa referat, quae, ex testatoris voluntate, cum illo onere coniuncta esse videantur. l. 20. §. 8. D. *fam. ercisc.*

Proponit enim, vnum ex heredibus a testatore iussum esse, vt *susciperet onus dotis vxori exsoluendae*, sed eundem testatorem vxori legatum reliquisse, quo ipsa contenta esse posset, si dotem ab herede non repetiisset: *Vxorem, repudiato hoc legato*, quod ipsi pro dote relictum erat, *dotem a heredibus repetiisse*: *PAPINIANVS* respondit, dotem vxori ab illo exsoluendam esse, cui hoc iniunctum sit in testamento: sed voluntati testatoris videri conuenire, vt legatum, quod vxori, si dotem non repeteret, relictum erat, ad coheredem, qui dotem soluere iussum esset, quasi in compensationem dotis exsoluendae, perueniret: ideoque coheredem *oneratum, officio iudicis*, legatum illud in iudicio familiae erciscundae consecuturum esse. d. l. 20. §. 8. D. *fam. ercisc.*



Hoc igitur loco edocemur, duram videri testatoris voluntatem, qua *unum in solidum* aere alieno oneravit, ideoque propter summam praesumptionem aequalitatis, *temperandam esse* conditionem coheredis onerati, ut etiam *commoda* ad ipsum perueniant, quae, *probabili coniectura voluntatis*, oneri aeris alieni respondere videantur. Sed probabile erat, testatorem, qui vxori legatum, *dotis loco*, reliquerat, hoc animo fuisse, ut, quod *dotis loco* relictum esset, ad heredem dotis restitutione oneratum, si vxor dotem repetisset, oneris compensandi causa, perueniret.

Imo vero *generaliter* admonet PAPINIANVS, propter duram conditionem heredis, qui solus iubetur onera hereditaria subire, *non facile praesumi, quod unum duntaxat onerare voluerit* testator: sed, nisi aperte aliud constitutum sit, ex duobus heredibus quemlibet obstringi parte dimidia aeris alieni. l. 35. pr. & §. 1. D. de hered. instit. & adhuc luculentius l. 40. §. 3. D. de pact.

§. V.

*Accepisti*, quando testatoris voluntas efficiat, ut nomina ipso iure non *Quilibet her-* prorsus diuisa esse, sed officio iudicis *uni assignanda* videantur. Confe- *redum illa,* quens est, ut dispiciamus, quando *res ipsa & natura negotii* hoc postulet, *quae diuidi* ne nomina, pro parte hereditaria, inter coheredes diuidantur. *non possunt in solidum debet, & pe-*

Nimirum opportune PAVLLVS admonuit, quasdam promissiones *par-* *tere potest,* tis praestationem non recipere, ideoque illas inter coheredes *non admittere* quoties facto *diuisionem* l. 2. §. 1. & 2. D. de verb. oblig. l. 25. §. 9. lqq. D. fam. ercisc. *vnus alteri noceri potest coheredes si-* Igitur dicemus, actiones, quae dirigantur ad obiecta *non diuidua*, aut quae *bi inuicem cauent de in-* non recipiant diuisionem, ipso iure diuisas non videri, sed desiderare offi- *cium iudicis, ut adiudicationibus atque cautionibus* controuersiae diffracantur. *demnitute.*

Et primo quidem de *credito, quod diuidi non possit*, videamus. De hoc quidem luculenter POMPONIVS, *singulis heredibus in solidum actio-* nem dari, ait. l. 2. §. 2. *in fine.* D. de verb. obligat. Sed plenius PAVLLVS noster exemplo *viae promissae* rem exponit, l. 25. §. 9. D. fam. ercisc. Tales enim praediorum seruitutes, constat, diuidi non posse, sed certum illas ex lege modum accepisse, qui si deficiat, ipsa natura viae & seruitutis interuertitur. l. 8. & 13. §. 2. D. de seruit. praed. rustic. Certe qui iter aut actum dimidium habet, nec iter, nec viam, neque actum videbitur habere, ideoque haec talia singulis eondominis praediorum dominantium *in solidum* debentur, si PAPINIANVM audiamus. l. 6. §. 4. D. si seruit. vindic. Igitur abscisse PAVLLVS noster, illas stipulationes *diuidi non*

*passé*, ait, hinc denique lege XII. tabularum *diuisam* videri actionem, quae tales seruitutes ab aduersario petantur: ideoque omnibus *in solidum* actionem dari: quod si vero *via* aut alia seruitus praestari a debitore non possit, heredibus id, quod interest, praestandum esse: sed hoc cum sit *diuidium*, pro parte hereditaria fieri condemnationem, id est, heredes eius, cui seruitus promissa, singulos id, quod interest, pro parte hereditaria consecuturos. l. 25. §. 9. D. *fam. ercisc.*

Eadem dicenda sunt, si *factum* aliquod *non diuiduum* defuncto *sub poena promissum* sit a debitore: ut, si quis sub poena sponderit defuncto, se neque ipsum neque heredes eius prohibitorum, quo minus ipse ire, agere, per fundum suum possit. Et caret dubitatione, si unus coheredum a promissore prohibeatur, *totam poenam committi*, l. 2. §. 6. D. de *verb. oblig.*

Vix attinet monere, quod idem etiam obtineat, si quis *faciendum* aliquid promiserit defuncto, *quod corrumpi necesse esset, si diuideretur*. Eo pertinet, si quis opus vel monumentum se facturum promiserit defuncto. Sed *monumentum* singulos stipulantis heredes *in solidum*, non pro parte hereditaria, petere posse, CELSVS atque VLPIANVS, l. 72. pr. D. de *verbor. oblig.* docuerunt. Contra, si id, quod interest, praestetur, singuli coheredes partem consequentur.

Ita quidem de creditoris heredibus habendum. Non multo fecius de *debitoris* heredibus constituemus, si defunctus promiserit aliquid, *quod nec naturaliter nec ciuilitate recipiant diuisionem*. Sed quae quidem sunt *diuidua*, aut contra, *quae diuidi* non possunt, eleganter PETRVS GRANGIANVS <sup>2)</sup> explicauit. De his quidem disertè PAVLLVS noster respondit, si ille, qui viam aut seruitutem promississet, dece erit puribus heredibus relicta, *non diuidi hanc obligationem*, sed quemlibet *in solidum* conueniri posse, ideoque officio iudicis contineri, *ut cogat coheredes, inter se cautiones* interponere, ut, si vni litis aestimationem praestare coactus sit, id pro parte a reliquis consequatur. l. 25. §. 10. D. *fam. ercisc.* Hoc iure vitimur, si quis *statuam* promiserit, aut opus faciendum, aut cetera, quae diuisionem non recipiunt, ut ex DIVI MARCI rescripto singuli heredes in solidum ex hac promissione teneantur. Sed, qui opus vel statuam fecerit, aut, a creditore conuentus, ipse sumtus ad opus faciendum in solidum subministraverit, hoc imputabit heredibus, ut sumtum pro parte cuiusque hereditaria recuperet in iudicio familiae erciscundae. l. 11. §. 23. & 24. D. de *legat. 3.*

Idem

<sup>2)</sup> GRANGIANVS paradox. iur. cap. 69. & 70. in thes. OTTON. T. V. p. 651.

Idem iudicium fiet de illis omnibus, quae, nisi ista, solui efficaciter non possunt, id est, ubi neuter heredum obligatione liberatur, nisi torum praestetur creditori. De his enim praecipit PAVLLVS, heredes singulos in solidum teneri, sed, quod quisque soluerit, quemlibet iudicio familiae eriscundae a coheredibus recuperare. l. 2. §. 2. & l. 85. §. 2 sqq. D. de verb. oblig.

In his igitur negotiis arbiter familiae eriscundae non otiosus erit, sed ad officium iudicis de hereditate diuidenda cognoscentis pertinebit, ut vel uni imponat necessitatem praestandi facti indiuidui, qui reliquos, si conueniantur, procuratorio nomine defendat, aut ut iudex coheredes cogat inuicem cauere, se illi, qui solidum praestare a creditore coactus fuerit, pro parte hereditaria damnum pensaturos: hoc enim & GAIVS noster, l. 3. D. fam. erisc. & PAVLLVS atque VLPPIANVS l. 2. §. 2. & l. 85. §. 1. D. de verb. oblig. l. 25. §. 10. D. fam. erisc. tradiderunt.

Non minor diligentia a iudice desiderabitur etiam in aliis obligationibus, quae, quamuis naturaliter diuidi possent, tamen ita adstrictae sunt, ut ex unius coheredibus facto aut cunctatione damnum ad omnes peruenire posse videatur.

Eo imprimis pertinent, quae, sub poena sunt promissa, a defuncto debitore, de quo genere stipulationum IACOBVS CVRTIVS quaedam obseruauit. a) Ita autem veteribus placuit, si debitor se & heredem suum aliquid facturum aut non facturum sub poena promiserit, & vel unus coheredum, aduersus stipulationem, factum promissum omiserit, aut fecerit, quod omitti debuisset, stipulationem commissam esse, & coheredes singulos teneri. l. 85. §. 3. & l. 2. §. 2. D. de verb. oblig. Igitur in obligatione dandi aut faciendi, iudex, si VLPPIANVM audiamus, vel singulos facere aut dare coget, vel uni onus imponet, sed reliquos cautione onerabit, ut, si ille facere aut dare in solidum coactus fuerit, ipsi partes pro cuiusque portione hereditaria restituantur, aut illum, qui solus hoc susceperit, aliis oneribus leuabit, ut ipse damnum non sentiat, & officia cuiusque exaequentur. l. 25. §. 13. D. fam. erisc.

Contra, si in non faciendo consistat obligatio, omnes de indemnitate inuicem cauebunt, ut, qui aduersus promissionem aliquid fecerit, aut per quem aliquid factum fuerit, ut poena committeretur, aut cuius factum reliquis damnosum fuerit, ille reliquos indemnes praestet, si a creditore postea conueniantur. d. l. 25. §. 13. D. fam. erisc. Haec enim damna, PAVLLVS alio

a) CVRTIVS εἰσαγωγή L. II. c. 4. in thes. OTTON. T. V. p. 148 sqq.

alio loco docuit, *in iudicio familiae erciscundae* coheredibus ab illo, qui poenam commiserit, sarcienda esse. l. 44. §. 8. D. *eod.*

## §. VI.

*Actio depofiti directa* facta *vnus* ad reliquos damnum peruenire potest, non sunt *ipfo iure di- & ipsum ius uisa*, sed *officio iudicis* plerumque *imponuntur*, aut *adiudicantur vni*, qui reliquis subinde de *indemnitate* cogitur cauere. Sed haec res insignem & deponen- difficultatem habet, in *deposito & pignore*, de quibus, non superuacuum *tis & credi-* fuerit, diligentius tractare. Itaque, vt primum de *deposito* videamus, *toris commo-* VLP IANVS quidem discrimen aliquod admittit, & distinguit, vtrum res *de diuidi-* diuiduae, an tales, *quae diuidi non possint*, a defuncto *depositae* dicantur l. 1. *vix possunt* §. 36. D. *depositi*. Et, si *diuiduae* quidem *res depositae*, dubitari non potest, *ideoque vni* §. 36. D. *depositi*. Et, si *diuiduae* quidem *res depositae*, dubitari non potest, *assignari de-* quin hae *cuiuslibet heredum* deponentis *pro parte hereditaria restituantur*. Lu- culenter enim VLP IANVS, si *pecunia* in sacculo signato a defuncto *deposita* fuerit, & *vnus ex heredibus* eius, qui deposuit, depositum *repetat*, pro- mendam, ait, pecuniam, coram praetore, vel honestis personis interue- nientibus, & auctori *pro parte hereditaria exsoluendam esse*: reliqua a praetore, aut ab his, qui interfuerint, denuo obsignanda & custodienda, aut in aede sacra a debitore deponenda. l. 1. §. 36. D. *depositi*.

Neque improbavit hoc IVSTINIANVS, qui l. 12. C. *depositi*; illud etiam adiecit, coheredem, qui partem suam receperit, ceteris, qui cun- ctati fuerint, *ad communicandam partem suam* non teneri, quamuis debitor deserit soluendo esse: hoc enim receptum esse ait, ne *industria* coheredis diligentis poenas alienae desidia luere cogatur. d. l. 12. C. *de- pos.* Vnam tamen speciem IVLLIANVS excipit, si dissentiant heredes, vtrum & pro qua parte ad ipsos pertineat hereditas defuncti. Tunc enim, si vnus agat de deposito reddendo, nisi hic paratus sit *cauere* debitori de indemnitate, res depositae in loco publico a debitore deponen- tur, donec de hereditate iudicetur. l. 1. §. 37. D. *depositi*.

Eadem fere dicenda sunt, si res diuiduae ab initio depositae fuerint a pluribus: quod fieri omnino posse, PAVLLVS atque FLORENTINVS docuerunt. l. 6. & l. 17. D. *depositi*. Si enim cuiusque deponentis dun- taxat pro parte aliqua interfir, VLP IANO placet, fieri *pro parte* con- demnationem, *vt sua cuique pars restituatur*. l. 1. §. 44. D. *depositi*.

Igitur in *deposito diuiduo*, singulis quidem *pro parte hereditaria*, sed non sine magno incommodo, non sine praetoris aut honestarum per- sonarum

sonarum interuentu, res restituentur. Sed, cum in hac specie, quod GAIUS noster ait, l. 3. D. fam. ercisc. solutio & exactio partium non minima habeat incommoda, quis non videt, ad officium iudicis, ex sententia GAI, pertinere, vt actio depositi ex coheredibus vni in solidum adiudicetur, & hic reliquis cauere de indemnitate & parte communicanda, per arbitrum cogatur, aut, vt coheredum conditio rerum aliarum adiudicatione exaequetur.

Sed superest, vt de deposito, quod diuidi non potest, exponamus. De hoc enim ille, cuius antea fidem inuocauit, VLPPIANVS praecipit, vni totum depositum reddendum, sed actorem, qui illud repetat, satisficere cogendum, de isto, quod supra partem eius fuerit, cum reliquis communicando, & de defendendo debitore, si a ceteris heredibus conueniatur. l. 1. §. 36. D. depositi.

Quae cum ita sint, apparet, non ipso iure diuisam esse inter coheredes actionem depositi, si hoc diuidi non possit, sed cuiuslibet in solidum dandam esse actionem, & actorem de indemnitate debitori satisfacere debere.

Sed GAIUS tamen vnā speciem excepit, si non omnes ex aequis partibus deponentis sint heredes. Tunc enim vni, quamuis satisfacere parato, depositum non reddetur, nisi maior pars, idest, qui maiore ex parte heredes scripti sint, adierint praetorem. l. 14. D. depositi. Quae res cum coniuncta sit cum maxima difficultate, & non solum debitori onerosa, qui cautionem exigere debet ab actore, sed etiam lites nouas pariat inter coheredes, cum quibus actor communicare debet, quae accepit; iudex hereditatis diuidendae merito, secundum VLPPIANVM, l. 21. D. communi diuid. quod utilissimum est omnibus, sequetur, & commodissime vni actionem assignabit, qui vel cauebit de partibus communicandis, vel toto deposito retento, coheredibus res alias relinquet. Hoc enim videtur GAIUS etiam sensisse, qui iubet vni creditum attribui, vt rem partim suo, partim procuratorio nomine recuperet a debitore. l. 3. D. fam. ercisc.

Eaedem difficultates aliquando etiam inter viuos interueniunt, si plures eandem rem, vel in solidum, vel hac lege, vt illa simul utriusque redderetur, commendauerint amico. In priore enim specie VLPPIANVS ambobus in solidum agendi dedit facultatem, vt melior ratio occupantis habeatur. l. 1. §. 44. D. depositi. In posteriore specie neuter aget efficaciter, nisi alter & suo & procuratorio nomine depo-

depositum repetat a debitore. Et DEMOSTHENES quidem, quod fide VALERII MAXIMI <sup>b)</sup> narrare iuuat, lepide defendit pauperculam ancillam, apud quam duo rem hac lege deposuerant, *ne alteri sine altero redderetur*. Haec enim ab altero, qui socium suum mortuum dixerat ideoque luctum squalore vestium simulauerat, decepta, *vni* reddiderat depositum: sed mox ab altero conuenta, cum extricare se non posset, iam de laqueo & suspendio cogitare coeperat. Opportune autem DEMOSTHENES, mulierem paratam esse, dicebat, depositum reddere, sed non fieri hoc posse, nisi actor socium adduxisset, cum haec lex fuerit depositi, *ne alteri sine altero redderetur*. Et ita quidem ancillam liberauit.

Ex quo loco apparet, quae tricae, si *pluribus* actio depositi competat, rem impediunt, nisi vel vnum procuratorem communem habeant, vel vni depositum cedatur, qui & *suo & procuratorio nomine* experiri possit.

Sed haec quidem in *deposito* recepta sunt, si actio a *deponentis* heredibus instituat. Non minus res impedita est, si *ius pignoris* transmitatur ad *plures heredes creditoris*. Nimirum ipsum etiam *ius pignoris* cum *ciuilitate diuidi non possit*, omnibus ex aequo obligatum est, &, si PAVLLVM audiamus, quando pignus *pluribus* obstrictum, aequalis est *omnium causa*, in petendo pignore & retinendo. l. 20. §. 1. D. de *pignerat. act.* Ideoque POMPONIO & VLPIANO placuit, si debitor portionem debiti duntaxat soluerit, nihilominus pignus vendi posse, cum *indiuidua* pignoris natura sit, & vel propter partem debiti totum pignus obligatum teneatur. l. 8. §. 2. & l. 9. §. 3. D. *eod.* Imo vero generaliter in soluendis pignoribus obseruatur, vt, nisi *uniuersum*, quod deberetur, creditori offeratur, duret ius pignoris, & hoc etiam vendi possit ob partem debiti non solutam. l. 25. §. 14. D. *fam. ercisc.*

Ex hac igitur pignoris natura deriuatur, quod defuncto *creditore*, *multis heredibus relictis*, pignus *unicuique in solidum* teneatur. Ita enim VALERIANVS & GALLIENVS responderunt. l. 1. C. *si vnus ex plur.* Et habet illud rationem, vt, cum ipsum creditum, ob quod pignus obstrictum est, inter heredes pro parte hereditaria diuisum sit, pignus, nisi cuilibet illorum satisfactum fuerit, *liberari penitus non possit*.

Quid

b) VALER. MAX. L. VII. c. 3. inter extern. n. 5.

Quid igitur dicemus, an *diuisum* esse iudicabimus ius pignoris, inter plures coheredes, cum ipsum creditum pro portionibus hereditariis inter illos diuidatur? Non puto: quandoquidem pignus cui libet in solidum tenetur. An igitur singuli pignus possidebunt? Ne hoc quidem sine incommodo coheredum admittetur. Et a quo tandem debitor pignus repeteret *pigneratitia actione*, cum a neutro possit repetere, nisi etiam coheredi sit satisfactum? l. 9. & l. 11. §. 3. D. de *pignerat. act.*

Vides rem perplexam esse, & habere maximam difficultatem. Igitur opportune occurrit PAVLLVS, qui, l. 29. D. *fam. ercisc.* si res pignori data fuerit defuncto, illam, ait, *in familiae erciscundae iudicium venire, & adiudicandam esse vni, qui coheredibus, pro partibus suis, pecunia condemnatur.* Video hoc etiam VLPIANVS placuisse, qui l. 7. §. 6. D. *commun. diuid.* generaliter, si pignus pluribus obligatum sit, *utile communi diuidendo iudicium* inter illos dari, docet.

Igitur etiam in hac caussa desiderabimus *officium iudicis*, qui creditum, quod sub pignore debetur, vni ex creditoris heredibus assignet, & coheredum partes compensatione aliarum rerum exaequet, ne singuli, separatis rationibus, cum debitore committantur. Apposite enim SCAEVOLA noster monet, arbitrum *diuidendae hereditatis*, praeter corpora, etiam *nomina* communium debitorum singulis assignare posse, neque dubitandum esse, quin vnusquisque eorum, debitore, sibi addicto, cessante in solutione, *pignus* sub eo nomine obligatum *in solidum* vendere possit. l. 11. & 14. D. de *distract. pignor.* Quapropter tutissimum erit etiam *hypothecariam* actionem vni assignare, qui aduersus possessorem & suo & procuratorio nomine experietur.

§. VII.

Satis diu in *deposito* & pignore haesimus, & diutius, quam vel- *Depositarii*  
lem. Neque tamen dimittere possum *depositum* & pignus, prius *heredes si de-*  
quam etiam de *heredibus depositarii*, itemque de heredibus debitoris, *positum di-*  
qui sub pignore debuit, certi aliquid constituatur. Atque, vt primo *vidi nequeat*  
de *deposito* exponamus, heredes depositarii plerumque etiam *in solidum*  
*sito pro parte duntaxat hereditaria* tenentur, vt *depositi reddendi obli-*  
gatio inter illos *diuisa* videatur. NERATIVS enim atque VLPIANVS *primis illud*  
l. 7. §. 1. D. *depositi.* & l. 18. D. *eod.* in *plures heredes*, ex defuncti *reddere co-*  
obli-

gitur. Ea obligatione, pro parte cuiusque hereditaria, depositii actionem tandem fere ob-ri, aiunt.

*rinent inter heredes illius, qui sub pig-nore debuit.*

Atuero haec in illa tantum specie obtinent, si ipsae res non appareant, sed dolo defuncti sint consumtae. Tunc enim ex facto defuncti singuli pro rata hereditaria tenentur. l. 9. pr. D. *depositi*.

Contra, si res extet, maxime, si species deposita fuerit, quae diuidi non possit, expeditum est, illam nisi totam, aut, quod MARCELLYS ait, nisi pro solido, restitui non posse. l. 22. D. *depositi*.

Quapropter opportune VLPPIANVS monet, si heres illius, qui commodatum, (aut etiam depositum, cuius eadem ratio est,) accepit, totius rei restituendae habuerit facultatem, illum in solidum teneri. l. 3. §. 3. D. *commodati*. Hoc enim generaliter inter viuos receptum est, vt, si res ab initio apud duos sit deposita, cum quolibet illorum agi possit, & neuter liberetur, nisi totum depositum reddatur. l. 1. §. 43. D. *depositi*.

Igitur, si vnus ex heredibus depositarii rem depositam detineat, nemo dubitabit, hunc solum de deposito reddendo in solum teneri. Sed semper fere res depositae ab vno coheredum duntaxat, post familiae eriscundae iudicium, detinebuntur. VLPPIANVS enim l. 7. §. 11. D. *commun. diuid.* res apud defunctum depositas diuidi non posse, & non venire in iudicium communi diuidendo, ait. Quapropter, si diuidi res depositae nequeant, & tamen custodiri debeant, boni iudicis officio conueniet, illas, vt deponenti restituantur, coheredum vni assignare, & hunc omnino cogere, vt reliquos procuratorio nomine defendat. Hoc enim GAIYS noster praecipit. l. 3. D. *fam. erisc.*

Habes plures depositarii heredes. Extremo videamus de heredibus debitoris, qui pignus aut hypothecam creditori obligauit. Enimvero eleganter GAIYS & PAPINIANVS scribunt, pignoris causam indiuisam esse, ideoque debitoris heredes de pignore teneri, quamuis vnus pro sua parte pignus liberasset. l. 65. D. *de euiction.* l. 7. §. 4. D. *quibus mod. pign.*

Et secundum VLPPIANVM, nisi uniuersum, quod debetur, creditori offeratur, nunquam pignus solutione partis liberatur. l. 25. §. 14. D. *fam.*



D. fam. ercisc. l. 9. §. 3. D. de pignorat. act. Igitur neque haec heredum obligatio ita diuisa est, ut ceteris alterius facto noceri non possit: cum omnium intersit, ut pignus, soluta omnia pecunia, luat. Quae cum cogitarent CASSIVS & CELSVS, eleganter responderunt, iudicio familiae erciscundae, cogi posse omnes coheredes, ut pecuniam soluant, & pignus liberent, ne vnus negligentia omnibus, etiam diligentibus, damnosa esse possit. l. 18. §. 4. & l. 44. §. 7. D. fam. ercisc. Quod PAPINIANVS etiam probauit. l. 65. D. de euict. Imo vero PAPINIANVS alio loco vnum posse pignus luere, notauit, & hunc a coheredibus, pro parte hereditaria cuiusque, pecuniam solutam iudicio familiae erciscundae recuperaturum esse. l. 18. §. 6. D. fam. ercisc. Ad has igitur ambages euitandas merito arbiter hereditatis diuidendae, vni imponet haec officium, ut & suo & procuratorio nomine rem oppignoratam, cum coheredibus communem, luat: sed coheredes cauere ipsi de indemnitate, aut sumtus pensare, iubebuntur. Hoc intellexit IULIANVS, qui rem a defuncto oppignoratam vni adiudicari posse, ait, sed hanc tanto minori pretio in adiudicatione aestimandam esse, quanto maiori pecunia pignus luendum videatur. l. 6. §. 8. D. commun. diuid. Hac enim adiudicatione atque aestimatione efficietur, ut ille solus, cui arbiter rem oppignoratam adiudicauit, illam liberare & coheredes defendere cogatur.

§. VIII.

Adhuc quidem expediuimus, quando necessitas quaedam cogat iudicem hereditatis diuidendae, ut etiam de nominibus hereditariis cognoscat, aut vni debita quaedam aut credita assignet. Comprobauimus enim, hanc necessitatem vel testatoris voluntate, vel ipsius negotii natura, inprimis in actionibus, quae diuidi nequeant, aut quibus alteri facto alterius noceri possit, iudici imponi, ut aut obligationes ad vnum ex coheredibus transferat, de mutua indemnitate.

Verum enimvero latius patet potestas iudicis, quem omnibus utilissimum sit, aut, quod malint litigantes. l. 21. D. commun. diuid. Quapropter disputatione vix indiget, etiam diuidua debita & credita vni imponi aut assignari posse, si, citra assignationem, difficultas quaedam diuisionem perturbatura & magnum incommodum habitura videatur, l. 3. D. fam. ercisc. aut si malint coheredes, tasc. VII. Z bita

*ne familiae bita & credita singulis imponi atque assignari.* Nimirum aperte *VL-erciscundae*. *PIANVS* tradit, quamuis in hoc iudicium *nomina non veniant*, ta-  
*Regulariter* men, *si stipulationes interpositae fuerint de nominum diuisione*, hanc  
*debita inter* ab arbitro defendendam esse. l. 2. §. 5. *D. fam. ercisc.* Et *PAPI-*  
*coheredes di-* *NIANVS* quidem, si quis placita *de diuisione nominum* detrectet, pos-  
*visa sunt non* se contra illum coheredes, quasi certa lege *permutationem* fecerint,  
*pro quanti* *praescriptis verbis* agere, respondit, l. 20. §. 3. *D. fam. erciscund.*  
*rate emolu-* Imo vero *DIOCLETIANO* placuit, vt, quamuis non interposita sti-  
*menti sed pro* *pulatione*, solo pacto *actiones diuiserint*, ille, qui placitum excedat,  
*parte here-* ad exhibendam fidem *praescriptis verbis* conueniri possit. l. 23. *C. fam.*  
*ditaria.* *ercisc.* Contra, secundum *CELSVM*, omnes illae controuersiae de  
*nomibus* hereditariis *iudicio familiae erciscundae* expedientur. l. 18. §. 4.  
*D. fam. ercisc.*

Quid igitur dicemus. Nimirum *PAPINIANVS* postulat, vt  
*permutationem fecerint* coheredes, si illum, qui placita detrectet,  
*praescriptis verbis* velint conuenire. Quae cum ita sint, omnino certius  
*videtur, post diuisionem reliquarum rerum factam*, non facile  
*familiae erciscundae iudicium* dari posse, cui, secundum *VLPIA-*  
*NVM*, post diuisionem *semel factam* vix amplius locus est, l. 20. §. 4.  
*D. fam. ercisc.* sed *praescriptis verbis* coheredem, quasi de *permuta-*  
*tionem*, quae in rerum hereditariarum diuisione & mutua adiudicatione  
*continetur*, a coherede conueniri: Contra, si de *solis nominibus* pa-  
*ctum interpositum fuerit*, reliquis rebus nondum diuisis, fidem pacti  
*a iudicæ familiae erciscundae* defendendam esse. Igitur *stabunt cohe-*  
*redes nominum diuisioni.* Et si de *actiuis* quidem *nominibus* conue-  
*nerit*, vt haec vni duntaxat assignentur, nulla dubitatio est, substi-  
*tere diuisionem*, cum actiones, etiam *inuito debitore*, *cedi & man-*  
*dari* posse censeantur. l. 3. *C. de hered. & act. vendit.* Itaque co-  
*heredes vel mandabunt* actiones suas illi, cui illas assignarunt, vt &  
*suo & procuratorio nomine* conueniat communes debitores, quod *GA-*  
*IVS* ait, l. 3. *D. fam. ercisc.* vel, vt in hereditate vendita, per  
*assignationem*, viles in illam acti- nes transferentur. l. 5. & 7. *C. de*  
*hered. vel act. vendit.* Illud expeditum est, debitorem, qui isti  
*soluit*, cui ipse a testatore vel coheredibus assignatus est, *exceptione*  
*doli mali* tutum esse, si a reliquis conueniatur; cum hi factum  
*suum aut testatoris*, impugare non possint. l. 1. *C. de except.* Sed  
*coheredes isti*, cui nomen assignarunt, etiam de euictione tenebuntur.  
 l. 14. *C. fam. ercisc.*

Atuero maiore cautione opus est, si *debita* seu *nomina passiva*, id est aeris alieni exsoluendi necessitas, vni imponantur. *Antiqua enim lege*, vt supra diximus, constitutum, vt *heredes singuli* creditoribus, *pro parte hereditaria* cuiusque, teneantur. l. 2. & 7. C. de *heredit. action.* & l. 6. C. de *iure deliber.* Pro *parte*, inquam, *hereditaria* duntaxat, non pro *quantitate*, aut *emolumentis*, quae ex hereditate ad singulos heredes peruenerunt, singuli tenentur. Hoc enim PAPINIANVS docuit. l. 35. §. 1. D. de *hered. instit.* & SEVERVS atque ANTONINVS probauerunt, vt ne *praelegata* quidem aestimentur, sed pro *quota parte*, ex qua quilibet heres scriptus est, a creditoribus conueniatur. l. 1. C. *si cert. petat.*

Quapropter, cum lex XII. tabularum creditoribus heredes debitoris singulos, *pro portionibus hereditariis*, addicat, res ipsa loquitur, ius quaesitum illis extorqueri & pacto hereditate immutari ac deminui, adeoque vnum ex heredibus, forte minus idoneum, ipsis inuitis obici, non posse. l. 2. §. 2. D. de *verb. obligat.* Generaliter enim placuit, transactionem coheredum tertio, inprimis creditori, non nocere. l. 1. C. de *transact.* Sed maxime ANTONINVS & VERVS, apud Scaeuolam rescripserunt, priuatis pactioibus ius ceterorum non laedi, aut corrumpi, ideoque heredes, scriptos testamento, conueniendos esse, quamuis ipsi vel inter se vel cum aliis de hereditate dicantur transegisse. l. 3. D. de *transact.*

Luculentissime autem DIOCLETIANVS, *pacto diuisionis* actiones, quae creditori aduersus singulos coheredes competant, mutari penitus non posse, docet. l. 23. C. *fam. ercisc.* Imo vero, quamvis *vsuras* a singulis heredibus, qui pacto aes alienum diuiserint, *in solidum acceptauerint* creditores, tamen de ipsa forte singulos heredes pro parte hereditaria obligatos habent, neque, acceptando vsuras, *pactum diuisionis*, inter coheredes interpositum, censentur agnouisse. l. 40. §. 2. D. de *pact.* Praeterea, quamuis *aliqui* creditores agnouerint & probauerint *pactum* illud *diuisionis* inter coheredes, tamen ceteri aduersus singulos ex lege XII. tabularum, pro parte hereditaria, experientur. d. l. 1. C. *inter alios acta.* Qua re efficietur, vt, si creditor coheredes singulos conueniat, frustra ipsi *pactum diuisionis*, quo aes alienum vni impositum fuerit, opponant coheredes, cum creditor, ex lege, singulos habeat obstrictos. Sed PAPINIANVS tamen *delegationibus adstringi creditores ait*, vt, si coheredes *vnum* creditoribus *addixerint*, & hi cum illo solo coherede de toto debito

soluendo conuenerint, ceteros vero coheredes acceptilatione liberauerint, etiam aduersus creditores tuta esse *diuisio* aeris alieni videatur. l. 77. §. 18. D. de leg. 2. l. 40. §. 2. D. de pact.

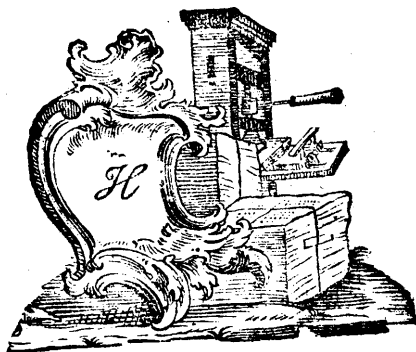
Interim, omitta *delegatione*, creditores, ex lege, contra singulos experientur: coheres vero, qui aes alienum susceperit, ab arbitro *cogetur*, onus *suscipere*, ceteros *defendere*, & cauere de indemnitate, quod PAPINIANVS & VLPIANVS praeceperunt. l. 20. §. 5. l. 25. §. 10. sqq. D. fam. ercisc.

## §. VIII.

*Summa capita totius argumenti.* *Nauigamus* in portu, ideoque vela contrahemus, & merces recipere censebimus. Ad hoc enim aduocatos, velim, aduertere animum, non prorsus cessare *officium iudicis*, in nominibus hereditariis diuidendis, sed illa interdum vni assignari aut imponi posse, si vel *testatoris voluntas*, quod supra §pho III. & IV. comprobatum est, vel alia *necessitas* hoc exegerit: hanc *necessitatem* iudici imponi maxime in actionibus & obligationibus, quae *diuidi nequeant*, & in quibus *facto vnus ceteris noceri possit*, imprimis in *deposito* & pignore, de quibus §pho V. VI. & VII. tractauimus. Praeterea cogitare illos velim, etiam propter *utilitatem* insignem, atque ad euitandas ambages litium, iudici permissum esse, vt singulis nomina singula attribuat: neque tamen creditoribus nocere diuisionem debitorum inter coheredes, sed hos singulos pro parte hereditaria conuenire posse, ideoque *pacto diuisionis* non confidendum esse, nisi *delegatio* interuenerit, quod §pho VII. ostendimus: hinc consilii esse, vt singulis debita assignentur, hi vero ceteris de *indemnitate cauere* & ipsos *defendere* officio iudicis cogantur.



DISSERTATIONVM  
ATQVE  
PROGRAMMATVM  
CRELLIANORVM  
FASCICVLVS VIII.



---

HALAE AD SALAM  
TYPIS ET SVMTV I. C. HENDEL.

1777  
*M.*

## Index diff. huius fasc.

- LXIII. Diff. *de dominio rerum sub nomine alterius emtarum & alteri adscriptarum; ad L. 3. C. si quis alteri vel sibi. defend. Frideric. Benedict. KETTNERVS, Lips. Viteb. d. 31. Dec. 1743. pag. 1259*
- LXIV. *Stillicidium altius tolli posse etiam cum damno seruientis; ad L. 20. §. 5. D. de seruit. pr. vrb. disputando euinc. Carol. Romanus REVSCHERVS, Ianishufa-Misn. Ib. d. 28. Mart. 744. 1282*
- LXV. *Obseruationes de iure infantium. defend. Gottlob Ernestus HERTEL, Rahnisio Osterlandus. Ib. Apr. eod. 1290*
- LXVI. *Legem commissoriam substationibus tacite inesse. pro licentia publ. defend. Ioannes Gottlieb REINHARDT, Vitemb. Ib. d. 28. Nou. 746. 1301*
- LXVII. *Obseruationes de adoptione in locum fratris non monstrosa; ad L. 58. §. 1. D. de hered. instit.; defend. Christian. Aug. STEMPPEL, Budissa-Lusat. Ib. Sept. 748. 1317*
- LXVIII. *Progr. inaug. de hypotheca; summos in vtr. iur. hon. Adam. Gottl. RÜFFERO, aduoc. & notar. publ. cæs. in Sax. el. immatricul. confer. indic. Viteb. d. 24. Nou. eod. 1348*
- LXIX. *Obseruat. de thesauro a mercenariis aut fabris inuento; ad L. 67. D. de rei vindicat. defend. Frideric. Guilielm. LEISNER, Plauia-Varriscus. Ib. d. 12. Apr. 749. 1356*
- LXX. *Obseruat. de thesauro a mercenariis aut fabris occultato; ad L. 3. §. II. D. de iure fisci.; publ. defend. Carol. Gottfr. SCHREIBER, Gubensis. Ib. d. 19. Apr. eod. 1376*
- LXXI. *Theses de iure optionis maxime in debitis alternatiuis; ad disputandum propon. Georg. Frideric. SCHELCHER, Dresdens. Ib. d. 3. Sept. eod. 1386*
- LXXII. *Obseruat. de delictis quibus honestum initium fuit, ad L. 6. pr. D. de acquir. vel amitt. possessione; ad disp. propon. Aug. Gottlob WINCKLER, Zinna-Misn. Ib. d. 20. Sept. eod. 1389*
- LXXIII. *Obseruat. de otii poena & iure magistratus in homines otiosos, ad L. 3. C. de veteranis; defend. Ioann. Carolus LEHMANN, Lubbena-Lusat. Ib. ad d. Iunii 750. 1407*

## LXIII.

DE DOMINIO RERVM  
SVB NOMINE ALTERIVS  
EMTARVM  
ET ALTERI ADSRIPTARVM.

---

AD L. III. C. SI QVIS ALTERI VEL SIBI.

---

VITEMBERGAE, DIE XXXI. DECEMBR. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXIII.

---

*L. III. C. Si quis alteri vel sibi sub alterius nomine, vel aliena pecunia, emerit.*

*Impp. VALERIAN. & GALLIEN. A. A. & VALER. G. CYRILLO.*

Quamuis instrumento emtionis focus nomen inscriperis: tamen, si, possessionem tenens, dominus effectus es, ob eam rem frustra calumniam mulieris, quamuis ipsa contractus tabulas habeat, reformidas.

## §. I.

*Difficile est temperamentum illud, quo cauemus, ne, dum inuidiam veremur, in contentum incurramus.* Opportune enim L. ANNAEVS Periculum inuidiae & contentus. SENECA <sup>a)</sup> admonuit, periculum esse, *ne nos timor inuidiae in contentum transferat subinde, neue, dum calcare noluimus, ab aliis calcari posse videamur.* Sed, cum vtrumque multis perniciosum fuerit, & *inuidia* quidem, quidam non men alienum vel factis suis praetexerunt, vel cum nomine suo *quidam non quod idem ille SENECA alio loco <sup>b)</sup> ait, exitiale optimis quibusque telum, non paucos inopinantes & securos disiecerit, aut procellæ more, quæ in ipsa ferendi fiducia solet emergere, aut in modum fulminis subiti, ad cuius ictum etiam vicina contremiscunt, quosdam vero etiam contentus depresso-* rit, coniunxerunt.

a) SENEC. ep. 14. T. II. p. m. 51.

b) Id. ep. 74. p. 280.

rit, vt reipublicae operam nauare & dignum sua virtute locum obtinere ac tueri non potuerint; quo quisque se diligentius ad bene beateque viuendum comparauit, tanto circumspectius aduersus vtramque illam pestem pro salute sua excubandum & vigilandum esse iudicauit.

Sed *contemptum* quidem multi magnitudine animi, praclaris facinoribus, virtute quadam, cui resisti non potest, inprimis sapientia & doctrina, cui tantum non omnes fauent, plerique mediocritate quadam, iucunda & amabili, vicerunt: cum efficerent, vt intelligeretur, posse ipsos, si vellent sua virtute eluctari. Hoc certe M. TVLLIVS philosophos fecisse ait, <sup>c)</sup> qui illis libellis, quos de contemnenda gloria scripserant, *nomen suum inscripserunt*, vt ostenderent, se, quamuis praedicationem & nobilitatem despicerent, tamen de se praedicari, seque omnino *nominari*, velle.

Neque tamen hac via eo peruenerunt, vt, contemptu superato, *ab inuidia* etiam tuti esse viderentur. Quapropter aduersus hanc quidem aduersariam alio <sup>d)</sup> praecepto opus est, vt, qui se abscondere & fugere non possint, discant fortunam suam quam maxime in planum deterre, *rebus per se superbis & inuidiosis superbiam detrahere*, mansuetudine, humanitate, manu benigna, sibi quaedam ad futuros casus praesidia parare, & quod SENECA alio loco monet, <sup>e)</sup> *non ingerere se oculis*, praeter aliquam necessitatem, *bona sua non iactare, in sinu maxime gaudere*. Quod cum intelligerent inter Romanos non pauci, *honoris* etiam a ciuibus aut municipibus delati, quamuis conspectissimi & insignis, *inuidiam* continentia, pudore, animi moderatione, temperarunt. Inprimis, quibus *statuae*, impensa municipum, aut ordinis, decretae, cum hae oculis sponte se ingerent, & tegi prorsus, aut auferri, secundum TREBATIVM & PEGASVM, <sup>f)</sup> non possent, *honore accepto se contentos, impensam remisisse*, <sup>g)</sup> aut *honore decreti usos statuam de suo posuisse* <sup>h)</sup> aut *impendium municipibus remisisse* <sup>i)</sup> adiecerunt, quod plurimi apud IANVM GRVTERVM litterati lapides loquuntur.

Alii, ne hoc quidem satis tutum rati, vt facilius *inuidiam* effugerent, vel operibus & factis, vel opibus & rebus suis, *alienum nomen* praetextere, quam suo vti, & *in oculos se ingerere*, aut *bona sua iactare*, maluerunt. Pauci certe imitati sunt illud *heroicum* hominis fere *ultra inuidiam positi*, qui laborauit, vt in posteris viueret,

aenea-

c) CIC. pro Archia postea c. II. sect. 26. d) SENECA. de tranquill. anim. c. X. T. I. p. 367. e) Id. epist. 108. T. II. p. 522. sq. f) l. 41. D. de adquir. rer. dom. g) GRVT. inscript. antiqu. tot. orb. Rom. T. I. p. 393. n. 8. p. 397. n. 1. p. 256. n. 10. h) GRVT. infc. p. 445. n. 6. i) GRVT. p. 390. n. 6.



*Aeneadasque, suo nomen de nomine, fluxit. k)*

aut illud Romuli, qui urbem Romam condidit

— — *Romanosque suo de nomine dixit. l)*

Qui cautius mercari didicerunt, *re contenti*, aliis honorem reliquerunt, & fecuti sunt illud P. OVIDII NASONIS. <sup>m)</sup>

*Utilitas tua sit, titulus donetur amicae*: ideoque acquisuerunt potius auctorem, in quem rei gestae *gratiam*, aut opulentiae suae *invidiam*, conferrent. DIOCLETIANVS quidem tractauit de *marito*, qui, cum forte nollet inter diuites haberi & fortunas aliis *suspectas* ostendere, *nomine uxoris* praedia comparauerat, sed *nominis huius titulo* duntaxat usus erat, cum ipse praedia uxoris nomine *coemta* possideret l. 16. C. de *donat. inter vir. & uxor.* & ANTONINVS, ALEXANDER, VALERIANVS atque GALLIENVS praeceperunt de dominis fundorum, qui *matris, uxoris, filiorum, sororis, nomen instrumentis inscripserunt*, vt, inter alias causas, forte suas ipsi diuitias haberent in occulto, & *utilitate contenti, invidiam tituli* vitarent. l. 2. I. 3. 4. C. *si quis alteri vel sibi.*

Alii, cum dissimulare nomen suum nollent, *ne, inuidiae timore*, quod fieri plerumque diximus, quasi abiecti & proletarii contemnerentur, ad *suum* etiam *alterius nomen* adiecerunt, vt, communicato fructu vel honoris vel gratiae, quasi diuisa praeda inuidiae, commodius elaborerentur.

Nonnulli certe etiam in *donis*, quae ex voto diis deabusque, aut illis qui deorum locum obtinebant, ponebantur, ad *suum nomen* etiam nomen alterius aliquando adscripserunt, & *de suo atque alterius nomine* illa poni curauerunt. Occurrunt exempla eiusmodi sexcenta. Sed, vt vnum atque alterum commemorem, apud IANVM GRVTERVM <sup>n)</sup> est *donarium*, cuius honorem cum marito vxor liberaliter communicauit. Si vacat, donarium inspiciamus :

IVNONIBVS  
AVG. SAC.  
METELLA. I. DE. NOMINE  
SVO. ET  
T. FLAVII. HERMETIS  
VIRI. SVI.  
D. D

A 2

Sed

k) VIRGIL. Aen. III. v. 18.  
amandi l. II. v. 293.

l) Id. ibid. I. v. 281.  
n) GRVT. inscript. antiqu. p. 24. n. 4.

m) OVID. de arte

Sed ecce etiam aliud: o)

CAECILIA. TROPHIME. STATV  
AM. PIETA. TESTAMENTO. SVO.  
EX ARG. P. C. SVO. ET CAECILI  
SILON. MARITI. SVI. NOMINE. P. C.

Hoc non ignoravit VLP IANVS, qui l. 5. §. 12. D. de *donat. int. viv. & vxor.* coniugibus permisit, vt donent alter alteri, *quod Deo detur, atque consecretur.* De quo loco postea commodius exponemus.

Sed neque inter coniuges communicatio illa honoris substitit, sed plures interdum complexa est, & ad fratres etiam & sorores & affines est prolata. AVGVSTVS certe, si C. SVETONIVM TRANQVILLVM audiamus p) non pauca *nomine alieno, nepotum scilicet, vxoris sororisque,* fecit atque dedicavit, vt porticum Basilicamque LVCIJ & CAII, item porticum LIVIAE & OCTAVIAE & theatrum MARCELLI. Sed haec diligentius deinceps prosequemur.

Et AVGVSTVS quidem in familia videtur substitisse. Sed GRVTERVS q) donum servavit, in quo SEXTILIA CALPVRNIO TIRONI, quem *extraneum* fuisse suspicor, adiecto eius *nomine,* honorem pietatis commodavit.

DOMINAE  
ISIDI. VICTRICI  
N O M I N E  
M. CALPVRNII TIRONIS  
ET. SVO. EX  
PARTE PATRIMONII SVI  
SEXTILIA. M. L. HOMVLLA  
VT. FIERET. CAVIT.

Sed haec talia interdum, inter alia consilia, invidiae diluendae causa, *alterius nomini* adscripta esse, ex his, quae proxime dicemus, apparebit.

§. II.

*Titulus. In-* Ne quid igitur nos postea perturbet, iuuabit viam antea munire, & *terposita per-* quae *simulatio* aut *dissimulatio* veritatis, sine *doli mali* nota & ignominia, *sonu perimit* in negotiis *bonae fidei* inprimis, tolerata a veteribus, & *bonam fidem* non *tebatur falsum aliquid* sollicitare visa fuerit, diligenter obseruare. Ita nimirum veteribus, inprimis *effingere in* mis LABEONI placuit, non confestim *dolum malum* accusari posse, si *negotiiis con-* *aliud*

o) GRVT. P. IOL. N. 2. p) SVET. vita August. c. 29. q) GRVT. T. II. p. 84. n. 2.

*aliud simuletur, aliud agatur: cum hoc sine dolo malo fieri ab illis videatur. trahendis si mus, qui per dissimulationem tempori seruiant, & vel sua vel aliena, ob alteri coniecto quodam titulo, tuentur l. i. §. 2. D. de dolo malo. Certe, in emtionibus venditionibus, si emtoris non intersit simulationes quaedam, aut non noceret. aut nominis mutatio permiffa.*

Et POMPONIVS quidem excusavit venditorem, qui fundum, *deducta, si reipublica aut alterius non interesset.* *affirmato usufructu,* vendidisset, sed usufructum ad TITIVM pertinere affirmasset, quamvis ille non competeret Titio, sed apud venditorem esset periturus. Respondit enim, *donec TITIVS vixerit, usufructum venditoris esse, neque emtorem, quasi deceptum, conqueri omnino posse, si usufructus ultra TITII tempora non retineatur: Neque enim interesse emtoris, ut sciat, cui usufructus vere referretur: satis videri, quod durior ipsi conditio, quam de qua conuenerit non obiiciatur: quamvis venditor mentitus sit emtori. l. 7. D. de act. emt. vend.*

Imo vero ipse M. TVLLIVS, qui de dolo malo, de simulatione, de bona fide, seuerissime præcepit, r) cum, in Palatio domum emturus, a P. SVLLA, tum reo, mutuum festertium viciens tacite accepisset, & ipsi obiectum esset, quod pecuniam, *domus emendæ causa,* a reo accepisset; inopinata opprobratione commotus, accepisse se pecuniam negavit, & domum etiam se non emturum esse, professus est: sed, cum postea emisisset, & in senatu ab inimicis hoc ei mendacium obiiceretur, risit satis, & adversarios ἀκρονόητους appellavit, qui in negotiis versari nunquam didicissent, cum ignorent, *quod prudentis & cauti patrisfamilias officio contineatur, quod emere velit, emturum se negare, propter competidores emtionis* s)

Sed inprimis, ut diximus, *dissimulatio veri nominis* neque ad lucrum, neque ad damna, venditoris pertinere visa est, cum sufficiat, ipsi, quamvis nomen ignorauerit emtoris, pretium exsolui. Abscisse enim DIOCLECIANVS, hominibus ingenuis dedit nominis, cognominis, prænominis, sibi aut rebus suis imponendi liberrimam omnino facultatem, adeoque & *mutationem nominum,* quæ sine aliqua fraude, licito iure, fiat, innocentibus non periculosam esse, dixit, l. un. C. de mutat. nomin. Et DIVVS MARCVS, cum fratre suo, quod CALLISTRATVS obseruat, pro humanitate sua, rem ita temperavit, ut, si per errorem, aut sine dolo malo, huiusmodi instrumenta proferantur, proferenti ignoscat. l. 31. D. ad legem Cornel. de falsis.

Neque vero apud veteres quidquam magis frequentatum est, quam, ut per interpositam, aut subpositam, personam, dissimulato vero nomine emtoris, emeretur. Hoc enim MARCIANVS, & HERMOGENIANVS,

A 3

atque

r) CIC. de offic. L. III. c. 14. seqq.

s) GELL. noct. Att. L. XII. c. 12. fin.

atque VLP IANVS, obseruauerunt, l. 46. D. de *contrah. emt.* l. 46 §. 2. D. de *iure fisci*, l. 2. §. 1. D. de *adminiftr. rer. ad ciuit. pertinent.* Et SCAEVO-  
LA proposuit insignem speciem, qua filius, pecunia matris, illa consentiente,  
mancipia & res *mercatus, instrumenta emtionum suo nomine* confecit, l. 58.  
§. 2. D. de *donat. inter vir. vxor.* & IAVOLENVS hoc etiam in *donationibus*  
inprimis obseruari, ait, vt, per *interpositam* personam, res ad il-  
lum perueniret, cui quis donare uoluisset. l. 12. D. *si quid in fraud. patr.*

Dubitare igitur non possumus, ferri aliquando *simulationem* aut *dis-*  
*simulationem veritatis*, & *obtentum nominis alieni*, si neque alterius, neque  
reipublicae, intersit, scire veritatem. Vnam, contra, speciem *Labeo* excepit,  
si, *decipiendi alterius gratia* hoc fiat, id est, si cuiquam ius commune &  
quaesitum, *obtentu alieni nominis*, extorqueatur. l. 1. §. 2. D. de *dolo malo*.  
Ideoque *nec per interpositam personam emere* omnino possunt, quibus qua-  
rundam rerum emtionis interdictae: quod HERMOGENIANVS, MARCIA-  
NVS atque VLP IANVS, docuerunt. l. 46. §. 2. D. de *iure fisci*. & l. 46.  
D. de *contrah. emt.* l. 2. §. 1. D. de *admin. rer. ad ciu. pert.* neque *donationes*  
legibus prohibitae proderunt accipienti, quamuis *nomen alterius* subii-  
ciatur, aut per *interpositam personam* res transferatur ad accipientem. Ita  
enim SCAEVO LA & IAVOLENVS tradiderunt. l. 58. §. 2. D. de *donat.*  
*int. vir. & vx.* l. 12. D. *si quid in fraud. patr.*

Sed inprimis in *emtionibus*, quae *iure gentium* reguntur, si quid per  
mendacium effectum fuerit, quod, si falsum esse emtor cognouisset, aut pla-  
ne non, aut alia conditione, emturus fuisse videatur, ille, qui veritatem im-  
mutauerit, efficaciter ab aduersario conuenietur. Enimvero, secundum I V-  
LIANVM, si quis in venditione fundi quinquaginta iugera vineae, quinquaginta  
prati, esse affirmauerit, quamvis in modo & mensura fundi emtorem  
non deceperit, tamen, si de qualitate mentitus sit, & plus sit vineae, minus  
prati, emtor ex emto habebit actionem. l. 22. D. de *act. emt. vend.* Res  
ita expedita est, vt superuacuum fuerit, in illa comprobanda laborare. Vna  
tamen species me tenet, quam HERMOGENIANVS. l. 49. pr. D. de *act. emt.*  
*vendit.* tractauit. Ait enim, ex emto teneri venditorem, si *per collusionem*,  
circumueniendi emtoris causa, *imaginarium* colonum supposuerit, quam-  
uis ipse, vt excogitatum fraudem occultaret, & colonum & pensionem pro-  
missam *in fidem suam* recepisset.

Enimvero poterat videri, non interesse emtoris, a quo pensionem ac-  
ciperet, & verus an *imaginarium* colonus offerretur, si venditor ipsi cauerit  
de pensione. Sed magis est, emtoris referre, qui seductus est coloni imagi-  
narii obtentu, vt crederet fundum venditum frugi esse, & facile colonum  
inuenire, adeoque, si fraudem intellexisset, forte non emturus fuisset, aut  
certe viliori pretio emturus. Ita quidem C. CANIVS, eques Romanus, apud

M. TVLLIVM <sup>1)</sup> a Pythio quodam, argentario Syracusano, deceptus est, qui, cum simulasset, hortos se non facile venditurum esse, Canium in hortos suos inuitavit, & piscatores omnes conuocatos rogavit, ut ante suos hortulos illo die piscarentur: qui cum, de composito, cymbarum multitudinem in illum locum conuexissent, & pro se quisque, quicquid cepissent piscium, ante pedes Pythii abiecissent, effecerunt, ut Canium incesset cupidus hortuli a Pythio emendi. Ideoque, cum interrogatus Pythius affirmasset, quotidie illo piscatores conuenire, & hac villa Syracusanos non carere posse, seduxit Canium, ut magno pretio villam ab ipso emeret, propter piscationis quam viderat, commoditatem. Sed hic quidem, cum postridie, perfecta emtione, nullos ibi piscatores inuenisset, atque ex vicinis, nullos ibi solere facile piscari, audiisset, frustra cum Pythio conquestus est; quandoquidem nondum AQUILIVS Gallus de dolo malo formulam proposuerat, qua simulationes perniciosa & tituli imaginarii coercebantur.

Sed, ut diximus, AQUILIVS atque LABEO non ferendum esse censuerunt, si per simulationem aduersarius deciperetur. Et ita accipiendus est PAPINIANVS, qui l. 13 pr. D. *ad legem Corneliam de falsis, falsi nominis vel cognominis asseverationem poena falsi*, ait, *coerceri*. Hoc enim in illis verum est, qui, decipiendi aduersarii causa, falso nomine vtuntur. Hoc cum sciat ille apud D. IVNIVM IVVENALEM <sup>2)</sup>.

— — faciem prius inspicit, & trepidat, ne  
Suppositus venias, ac falso nomine possas.

Desererem hunc locum, nisi artineret obseruare, quibus formulis vsi fuerint veteres, cum de rebus *alieno nomine* emendis disputarent. IVVENALIS enim, in hoc, quem proxime adduximus, loco, *suppositum* appellat, qui *nomen alterius prætexit*, & *falso nomine* vtatur. Et eodem sensu HERMOGENIANVS venditorem, ait, *supposuisse colonum imaginarium*, ut emtorem facilius circumveniret. l. 49. D. de *act. emt. vendit.* Sed VLPIANVS *subiectis* aliorum *nominibus* interdum emi, dicit, aut locari. l. 2. §. 2. D. de *administ. rer. ad ciuit. pertin.* PAVLLVS autem personam *interpositam* appellat, cuius nomen negotii, quod ad alium pertineat, accommodetur. l. 4. D. de *donat.* Plerique *titulum alieni nominis* dixerunt, si res per interpositam personam contraheretur. MARCELLVS quidem certe, *titulum & colorem alieni nominis* quasi situm esse, docet, si vxor viro fundum, quem marito donare voluisse, tradiderit, hoc obtentu, ut ille a parente, post mortem vxoris, filio eius redderetur. l. 49. D. de *donat. inter vir. & vxor.* Eadem formula OVIDIVS NASO, quod antea diximus, præcepit:

Vtilitas tua sit, titulus donetur amicæ;

vt

1) CIC. de off. III. c. 14. 2) IVVEN. sat. I. v. 98. x) OVID. II. de arte amand. v. 198.

vt, quod quis ipse facere voluerit, hoc amicæ precibus maxime tribueret, & quasi ab illa impetratum, amicæ nomine supposito, fecisse videretur. Non alio sensu DIOCLETIANVS, maritum *nominis* duntaxat *uxoris titulo* vsu esse, ait, qui prædia, sibi tradita, & a se possessa, *nomine uxoris* comparasset. l. 16. C. de *donat. inter vir. & uxor.* Haud multo secius accipiendi sunt *tituli amphorarum*, apud TITVM PETRONIVM ARBITRVM, y) quibus ætas vini indicanda erat, sed qui falsum plerumque consulem præferre videbantur. Ita denique apud C. SVETONIVM TRANQVILLVM z) DOMITIANVS, AVGVSTVS, plurima & amplissima opera restituit, *sub titulo tantum suo*, sine ulla memoria pristini auctoris.

Sed, quæ sub titulo *nominis alieni* facta aut emta essent, DIOCLETIANVS *nomine* alterius, vt, *fili*, aut *nomine uxoris*, comparata & coemta esse, dixit, l. 18. C. *fam. ercisc.* & l. 16. C. de *donat. inter vir. & uxor.* M. TVLLIVS, vero, cum adversus emtorem domus suæ verba faceret, emtorem in illis tenebris non ausum esse, ait, *nomen suum adscribere* illi emtioni, sed SCATONEM aliquem *posuisse*, qui se ædes M. TVLLII in palatio nobilissimas emisse affirmaret. a) Sed ANTONINVS habet *emtiones nomine uxoris factas a marito* l. 1. C. *si quis alteri vel sibi.* ALEXANDER, prædia, *nomine filii* emancipati aut *fratris*, emta, l. 2. & 3. C. *eod.* VALERIANVS instrumentum *emtionis*, cui *socrus nomen* sit *inscriptum* ab emtore, l. 4. C. *eod.* denique DIOCLETIANVS possessionem, cui maritus *uxoris suæ nomen accommodaverit*. l. 5. C. *eod.* & contractum *emtionis nomine suo, vel alterius, habitum*. l. 6. C. *eod.* itemque contractum *per mediam personam celebratum* l. 9. C. *eod.* SCAEVOLA commemorat agri plagam, quæ PVBLIO & GAIIO, MAEVIIS, *transcripta sit*, cum ab alio esset comparata. l. 41. §. 9. D. de *leg. 3.*

Sed, vt in viam redeamus, ex his, quæ adhuc disputata sunt, intelligetur, non admitti quidem *titulum nominis alieni, si hic cuiquam*, aut publice aut priuatim, *perniciosus* esse videatur: in reliquis speciebus, in quibus neminis intersit, vt resciscat veritatem, tantisper, tolerari simulationem & ipsius etiam *falsi nominis obtentum*. In quo argumento si quis accusauerit iuris interpretes, quasi oblitos virtutis atque honestatis, quæ in omnibus rebus fidem dictorum, animam illam atque neruum omnium inter homines societatum, desiderare videatur, illum cogitare velim, iurisconsultos in istis, quos antea tetigimus, locis: non de *honestate & virtute* præcipere, sed illud vnice tractare, quando, si res in iudicium deducta sit, adversarius habere censeatur causam conquerendi *de imputatione veritatis*. Et apparet quidem, inutilem esse actionem, quæ veteri illa formula, *tua non interest*, confestim eli-

y) PETR. SATYR. c. 34. z) SVETON. vita Domitiani, cap. V. domo sua, c. 44. sect. 116.

-, CIC. pro

elidatur. Ceterum & nostræ artis magistri probe perspexerunt, nihil vel ad perturbandum illum & distrahendum hominum *conuictum* commenamque omniū societatem affligendam esse accommodatius, nihil ipsi etiam *falsi tituli* architecto exitiosius, excogitari posse, *deliberata immutatione veritatis*. Hac enim qui vsus fuerit, quamuis *innocenter* mentitus esse videatur, manifestum est, illum *fidem decoquere* apud omnes bonos, qui verebuntur, ut etiam *in rebus arduis* illi possint *confidere*, a quo alios, in re innoxia, delusos esse intelligunt; & ipsa hominum societas suspecta erit, si, in vecto more, quo *aliud fieri simulatur, aliud agitur*, nihil omnino tutum atque certum maneat, sed semper excubandum sit & vigilandum, quasi in specula, ne in periculum & damnum alterius calliditate inducamur.

§. III.

Et profecto quidem aliquando non solum non reprehendendi sunt, sed *Quibusdam* etiam laudandi & ponendi in exemplis, *qui nomine alieno uti maluerunt, rebus nomen quam suo, in negotiis administrandis.* Ignoscendum enim videtur illis, qui, *alienum præcipue principis, ducis, licuius studio omnes maxime tenentur, constitutis operibus, quibus nomen illiberorum, parorum adscripserunt,* consulere & memoriam transmittere ad posteritatem *rentum, fratrum & sororum honoris & pietatis gratia adscribebatur.* voluerunt. Hac quidem excusatione digni sunt veteres, quos VIRGILIUS MARO tradit, *b)*

*Italiam dixisse, ducis de nomine, gentem.*

In qua re obsecuti sunt L. ANNAEO SENECAE, qui, *c)* cum præciperet, *In primis operum quæ in primis beneficia dari conueniat, primo necessaria, dein vilia, proximè rebus publicis, utique mansura omnino, danda esse, dixit.* Itaque illi quidem dare maluerunt *d)*

— — *æterni monumentum & pignus amoris*

Neque vero dare potuerunt aliquid minus moriturum, quam quod ipsa nominis commemoratione ad posteros propagaretur. Ita ad consolationem viliis *Europæ* pertinebat illud: *e)*

Mitte singultus, bene ferre magnam

Difce fortunam: *tua scetus orbis nomina ducet,*

& grauissimi lapsus memoriam æquiori animo reliquisset posteris Icarus, si sciuisset, quod Poeta canit, se certe cecidisse

vitreæ

*b)* VIRG. Aen. L. I. v. 337. & L. III. v. 166.

*c)* SENECA. L. I. de benef. c. XI.

*d)* VIRG. Aen. V. v. 372.

*e)* HORAT. III. Od. 27. v. 74. sq.

— — vitreo daturum  
nomina ponto. f)

Nimirum placuit veteribus, ipsas terrarum orbis partes, ipsa maria, flumina, gentes, montes, vrbes, opera publica, mœnia, porticus, ex *illorum nomine*, quos dignissimos commemoratione iudicarent, appellare. & horum quidem memoriam ipso *nomine* rerum conspectissimarum, quas ipsis adscribebant, consecrare. Qua propter mutato subinde imperio, quod VIRGILIUS MARO obseruauit, g) pleraque regna nomen mutauerunt

Sapius & nomen posuit Saturnia tellus,  
Tum reges, asperque immani corpore Tybris:  
A quo post Itali fluiuium cognomine Tybrim  
Diximus: amisit verum vetus Albula nomen.

Quod, cum vereretur Iuno, ne idem *latinis* accideret, hac lege *Troianis* pacem dedit g)

Ne *vetus* indigenas nomen mutare Latinos,  
Neu Troas fieri, iubeant, Teucrosque vocari:  
Sit Latium, sint Albani per secula Reges.

Sed AEGAEVM quidem *mare* cui ARCHIPELAGO nomen est, ab AEGEA, Amazonum regina, quæ, si POMPEIO FESTO i) credimus, in illo perit, posteri appellauerunt. Eodem honore MISENI memoriam Aeneas illustrauit, qui

— — ingenti molo sepulcrum  
Imposuit, suaque arina viro, remumque tubamque,  
Monte sub ærio, qui nunc Misemus ab illo  
Dicitur, aeternumque tenet per secula nomen. k)

Imo vero dedit hoc Aeneas etiam *nutricis* suæ memoriæ, si VIRGILIVM audimus l)

Tu quoque *litoribus* nostris, Aeneia *nutrix*,  
Aeternam moriens famam Caieta dedisti:  
Et nunc seruat honos sedem tuus.

Sed magis ille de LAVINIA, *coniuge*, quam de se, sollicitus, ipse sibi, cum de LAVINIO dedicando cogitaret, hanc legem dixisse fertur, m)

focer

f) Id. L. IV. Od. 2. v. 3. & 4.

ibid. L. XII. v. 323.

g) VIRGIL. Aen. VIII. v. 329. sq.

i) FESTVS de verbor. sign. v. Aegæum. Vid.

NICOLAVM LLOYDIUM in diction. Geograph. v. Aegæum. k) VIRG.

Aen. VI. v. 233.

l) Id. ibid. VII. init.

m) Id. ibid. XII. 192.



— — focer arma Latinus habeto,  
Imperium solenne focer: mihi *mania* Teucrici  
Constituent, *urbique dabit Lavinia nomen.*

Et, ne deferam MARONEM, <sup>n)</sup> Arcades

— — Genus a *Pallante* profectum,  
Delegere locum, & *posuere* in montibus *urbem*,  
*Pallantis proavi de nomine Paliantem.*

Denique nec CARYS nobis tacendus est, <sup>o)</sup> a quo

— — *nomen Campanæ ducitur urbi.*

& GCNVS præterea Mantus & Tusci filius <sup>p)</sup>

— — Muros *matrisque dedit tibi, Mantua, nomen.*

Sed plerique quidem, qui in *urbium appellatione*, aut *dedicatione* operum publicorum, pietatem suam extare voluerunt, aut *parentum*, aut *liberorum*, aut *sorum*, *nomen* rebus conspectissimis accommodarunt. CAIVS enim CORNELIVS TACITVS nobis auctor est, <sup>q)</sup> AGRIPPINAM, GERMANICI *filiam*, CLAVDII uxorem, impetrasse, ut in oppidum Vbiorum, in quo genita erat, veterani & *colonia* deducerentur, illique *coloniæ* nomen, AGRIPPINAE, *de ipsius nomine* inditum fuisse: de qua colonia, ut solent, multa erudite IVSTVS LIPSIVS <sup>r)</sup> & CHRISTOPHORVS CELLARIVS <sup>s)</sup> obseruauerunt. Neque minor fuit TRAIANI pietas, qui MARCIANAE, *sororis suæ*, memoriam immortalem posteris daturus, *Marcianopolim*, si *Ammiano Marcellino* <sup>t)</sup> credimus, *ex nomine* eius dedicauit.

Neque disputatione indigebit, *Helenopolim* in Bithynia ab HELENA, *matre* CONSTANTINI, indulgentia Augusti, nomen accepisse. <sup>u)</sup>

Ferne omissem ALBAM IVLIAM, quam multi, incerta fide, a IVLIA DOMNA, M. AVREL. ANTONINI CARACALLAE *matre*, nomen duxisse tradiderunt. <sup>x)</sup> Sed *Medeam* profecto *urbem*, si propter dignitatem gentis externæ, a Romanis mihi paululum diuertere permittis, *Medeam*, inquam, urbem, fraternæ pietatis monumentum, præterire vix possum, quam MEDIVS quidam, æmulus Iasonis, in honorem *matris suæ* conditam, ex

B 2

nomine

<sup>n)</sup> VIRG. Aen. VIII. v. 51. sqq.      <sup>o)</sup> Id. ibid. X. v. 145.      <sup>p)</sup> Id. ibid. X. v. 201.      <sup>q)</sup> TACIT. Annal. L. XII. c. 27. & de mor. Germ. c. 28.  
<sup>r)</sup> LIPSIVS ad Tacit. de mor. Germ. c. 28.      <sup>s)</sup> CELLAR. not. orb. antiq. L. II. c. 3. p. 328.      <sup>t)</sup> AMMIAN MARCELLIN L. 27. c. 9. IORNAND. de reb. Get. c. 16. PLIN. panegy. c. 84.      <sup>u)</sup> CEDRENVS, p. 295. edit. Parif. Sozomenus, L. II. c. 34.      <sup>x)</sup> Vide CELLAR. geograph. antiq. L. II. c. 8. T. I. p. 601.

nomine illius appellauit, & *Medorum* regnum constituit, omnes Orientis opes maiestate imperii complexum. *y)*

Habes igitur orbis terrarum partes, regiones imperia, maria & flumina, vrbes etiam & colonias, quibus, *pietatis & honoris causa*, ad consecrandam *propinquorum* memoriam, ex istorum nominibus illi, qui praefuerunt imperiis, apud *exteros* non minus ac *Romanos*, *nomina* dederunt.

Sed, vt ad *Romanos* redeam, etiam in aliis *operibus publicis*, quibus *vrbs aeterna* illustrata est, inque *publicis negotiis* administrandis, eminuit *pietas principum*, qui *suorum nomine* adiecto, opera a se facta appellari & ad posteros transire voluerunt. AVGVSTVS enim, quod supra ex SVE-  
TONIO TRANQVILLO *z)* a nobis obseruatum est, quaedam *opera sub nomine alieno*, *nepotum* scilicet, & *uxoris sororisque*, fecit, vt: *porticum basilicamque* LVCI & CAII: item *porticum* LIVIAE & OCTAVIAE, *theatrumque* MARCELLI. Praeterea TIBERIVS, SIDIONEM CASSIVM audimus, fano *concordiae suae* & DRVSI nomen, diuiso honore *pietatis*, *inscribi* iussit *a)* nec minus *templum* LIVIAE, *cum matre*, dedicauit: *b)* de quibus operibus FAMIANVS NARDINVS, *c)* & OLAVS BORRICHIVS *d)* diligentius exposuerunt. Sed Caius Caesar CALIGVLA quidem alio genere *honoris* vsus in sorores, harum nomina etiam sacramentis, itemque relationibus consulum, adici voluit, his fere formulis: neque me liberosque meos cariores habeo, quam CAIVM Caesarem, & *sorores* eius: aut: quod bonum felixque sit C. CAESARI, *sororibusque eius.* *e)*

#### §. IV.

*Opera publica non aliud nomen admittere* Sed AVGVSTORVM quidem pietas tam conspecta est, tamque luculenter se in oculos ingerit, vt superuacuum fuerit, de illa copiosus tractare. Igitur de *illis* videamus, qui infra principum conditionem positi fuerunt. Sed, horum quidem *nomina* rarius in *operibus publicis* extare, nemo facile mi-  
*pis & eius,* rabitur, qui cogitauerit, non solum DOMITIANVM, Augustum, quod *su-  
cuius pecu-* pra indicauius, plurima & amplissima *opera*, incendio consumta, sub  
*nia opera fa-* suo duntaxat *titulo*, *dissimulato veri auctoris nomine*, restituisse, sed praeterea  
*ita essent* etiam Romanos non facile passos esse, vt in *operibus publicis* nomen cuius-  
*Privati do-* quam, praeterquam *principis*, & *eius*, *cuius impensa & pecunia opus fa-*  
*era aliorum* etum fuerit, inscriberetur. Hoc enim, excitandae virtutis causa, vtque ale-  
*nomine sub* ret  
*inde fieri cu-* rabant.

*y)* IVSTIN. L. XLII. c. 3. v. 8.      *z)* SVET. vit. Aug. c. 29.      *a)* DIO  
CASSIVS L. LV. ex edit. HENR. STEPHANI p. 633. & L. LVI. p. 671.  
*b)* Id. L. LV. p. 633.      *c)* NARDIN. Rom. vet. L. III. c. 9. L. IV. c. 3.  
L. V. c. 16. in Thes. GRAEVII T. IV. p. 1076. 1241.      *d)* BORRICH. in  
antiqu. urb. rom. facie, L. V. in Thes. GRAEV. T. IV. p. 1536.      *e)* SVET.  
Calig. c. 15.

ret æmulatio studium, ideoque libentius priuati pecunias in *opera publica* erogarent, constitutum esse, MACER & CALLISTRATVS obseruauerunt. l. 3. §. 2. l. 7. §. 1. D. de oper. publ. Vna tamen pietatis occasio, si quis *opus a maioribus suis factum* ornare marmoribus & reficere suo sumtu vellet: huic enim, *manentibus titulis* prioribus, etiam suum nomen adiicere licebat: quod CALLISTRATVS docuit. d. l. 7. §. 1. D. de oper. publ.

Sed in *signis* deorum *dearumque*, atque in *donis*, quæ *priuati* illis dedicabant, *priuata* etiam *pietas* admissa, vt coniuñctorum aut aliorum nomina adscriberentur: *heredes* quidem certe plerumque testatoris nomen in *signis*, ex illius voluntate factis, inscribebant.

SCAEVOLA enim seruauit nobis testamentum cuiusdam Seixæ, quæ hac formula reliquerat legatum: Si mihi per conditionem humanam contigerit, ipsa faciam: sin minus, ab heredibus meis fieri volo, iubeoque *signum* Dei, ex libris centum, in illa sacra æde statui, *subscriptione nominis mei*. l. 38. §. 2. D. de aur. arg. mund. Neque frequentior facile formula in veteribus signis occurrit, illa: testamento F. C. fieri cauit: fieri curauit. Sed IANVS GRVTERVS f) descripsit *statuam*, quam quis *veneri Aug.* non suo tantum, sed etiam vxoris, nomine fieri testamento iussit:

VENERI. AVG.  
L. PORCIVS. QVIR  
VICTOR. CARTIMIT  
SVO. ET SCRIBONIAE  
MARCIANAE. VXORIS. SVAE  
NOMINE STATVAM TESTA  
MENTO PONI IVSSIT.

Neque longius ab hoc genere recedunt, quæ *pro salute coniugum, parentum, liberorum*, Diis immortalibus, *ex voto*, reddebantur. GRVTERVS quidem g) exhibet columnam, quam paterfamilias *pro salute suorum omnium* fieri curauit, vtque alio loco *donum* h) publice dedicatum

PROSERPINAЕ  
SERVATRICI  
C. VETTIVS. SILINVS  
PRO. EVNOIDE. PLAVTILLA  
CONIVGE. SIBI. RESTITVTA  
V. S. A. L. P.

B 3

item-

f) GRVT. infer. antiqu. T. II. p. 1063. n. 10.

h) Id. ibid. T. I. p. 97. n. 6.

g) Id. ibid. T. II. p. 1064. n. 7.

itemque lapidem loquentem, <sup>i)</sup> quod IULIVS POLYBIVS *salutem fortunæ opiferæ* restituerit, *pro salute Polybii Liberalis, patris sui.* Neque vero *parentum & inprimis matrum pro filiis* cura fuit remissior: Servata est ad posteros memoria matris, CAMILLA AMATAE, quæ <sup>k)</sup>

FEBRI. DIVAE. FEBRI  
SANCTAE. FEBRI. MAGNAE  
PRO. FILIO MALE  
AFFECTO

donum reddidit ex voto. Quam pietatem etiam *inter coniuges*, quamvis *donationem* continere videretur, ratam esse, docet VLP IANVS, l. 5. §. 12. *de donat. inter vir. & vxor.*

Itaque, propter metum deorum immortalium, etiam liberi, parentes, & coniuges, interdum *nomine suorum* donum fieri curabant. Sed maior fere *religio Deorum manium*, quorum placandorum officium, quo quisque melior haberi vellet, tanto facilius sumebat sibi, vt de posteris etiam bene meritus videri posset. Certe non pauci illud, quod Trimalchio iste apud PETRONIVM <sup>l)</sup> monebar, ad se pertinere iudicarunt: valde falsum videri, *viuo quidem domus cultas esse, non curari eas, ubi diutius nobis habitandum sit.* Igitur non solum ipsi sibi monumenta *viui* faciebant, quod lapides GRVTERI <sup>m)</sup> comprobant, sed *sibi & vxori & libertis, libertabusque, & posteris* eorum. <sup>n)</sup> Et, ne intra vnam domum diutaxat pietas includeretur, VETTIA PAVLLINA etiam SORORI SVAE. CARISSIMAE. PISSIMAE. LIBERTIS. LIBERTABVSQVE. SVIS. ET. POSTERIS. EARVM. fecit. <sup>o)</sup> Hoc intellexit *praetor*, itemque VLP IANVS, qui etiam *mortui negotia geri posse*, & si quis honori mortuorum consuluerit, hoc ad pietatem pertinere, censuerunt. l. 5. pr. & §. 6. D. de *neg. gest.* l. 14. §. 13. D. de *relig. & sunt. fun.* Ex hoc fonte deriuatum est, quod, secundum eundem VLP IANVM, etiam *viuae vxori sepulturae causa*, efficaciter donari potest, & si *monumentum purum*, id est, *cenotaphium*, maritus fieri curauerit vxori, donatio subsistit, etiam *soluta matrimonio*, si illa quondam vxor deinceps inferatur. l. 5. §. 8. 9. 10. 11. D. de *donat. inter vir. & vxor.* Quamvis enim maritus pauperior fieret, facto monumento, & vxor locupletior, quæ suo sibi sumtu monumentum facere, & emere locum sepulturae, debuisset; tamen, propter pietatem coniugum, admissum est, vt, quasi vxor non facta esset locupletior, donatio valeret. d. l. 5. §. 8. D. de *don. inter vir. & vx.* Propter  
*pie-*

<sup>i)</sup> GRVT. T. I. p. 75. n. 9.  
c. 71.

<sup>k)</sup> Id. T. I. p. 97. n. 1.

<sup>l)</sup> PETRON. satyric.

<sup>m)</sup> GRVT. inscript. antiq. T. II. p. 1149. n. 11. & 13.

<sup>n)</sup> Id.

ibid, T. II. p. 1120. n. 8.

<sup>o)</sup> Id. ibid. p. 1135. n. 8.



adnotauit. <sup>2)</sup> Et M. TVLLII CICERONIS *domus*, ob signum *libertatis*, in illa inuentum, publice *dedicata* est, quod ipsum, scimus, grauissime tulisse. <sup>a)</sup>

Sed res ipsa facile ostendit, plerumque aedes atque villas de *nomine domini*, vel *praesentis*, vel *pristini*, si huius *nomen* ad commemorationem posteritatis esset insignius, a veteribus *nominatas* esse. Neque enim quisquam affirmauerit, cum singulis possessoribus *fundorum nomina mutata*. Hoc enim aduersus omnis antiquitatis memoriam diceretur, cum constet, quasdam domos *nomen pristinum* per aliquot saecula retinuisse, & quorundam possessorum famam ita in obscuro fuisse, ut, propter emtores etiam, referret, illas *ex nomine domini prioris nominari*. Odiosum enim est, quod M. TVLLIUS <sup>b)</sup> ait, cum a praetereuntibus dicitur:

*O domus antiqua, heu quam dispari dominare domino.*

Contra, si domus ab obscurae originis viro perueniret ad potentiores, potius ex praesenti domino, quam ex conditore, *nomen* perpetuum nancisceretur. Euenit enim aliquando praediis, quod quibusdam in republica, & inprimis M. CATONI, qui, ut reliqui ex patribus, magis ex *filiiis* & *posteritate nominandi* esse videbantur. <sup>c)</sup>

Illud quidem constat, plerumque, inprimis *in prouinciis* & municipiis, propter  *censum* & *munera patrimonialia*, necessariam fuisse *veri domini professionem*. VLPIANVS enim & PAPINIANVS praeceperunt, ut vitia priorum censuum, *editis nouis professionibus*, corrigerentur, & quisque in sua ciuitate possessiones suas *profiteri cogere*tur: cum, *pro modo praediorum*, pecunia *tributi* debeat conferri. l. 2. l. 4. §. 1. & 2. l. 5. pr. D. *de censibus*. Imo vero, si HONORIVM & THEODOSIVM audiamus, omnium *praediorum domini conquirendi* sunt subinde, l. 13. C. *de omni agro desert.* maxime, postquam ANTONINVS praecepit, *ciuilia munera pro modo fortunarum* sustinenda esse. l. 1. C. *de muner. patrimon.* Certe *castellorum* territoria, & publica quaedam loca, duntaxat singulorum *personis adscribi*, id est; publica auctoritate assignari; HONORIVS testatur. l. 2. C. *de fundis limitroph.*

Præterea *in instrumentis emtionum nomen emtoris inscribendum* fuisse, tam natura negotii ostendit, quam GALLIENVS etiam & ceteri AVGVSTI, l. 1. 2. 3. 4. 5. & 6. C. *si quis alt. vel. sibi*, comprobarunt. In *emtionibus* autem *publicis* maxime nomen emtoris ob fidem publicam adscribebatur.

Hoc

<sup>2)</sup> GVTIVS. de vet. iure pontif. L. III. c. 10. in thes. Graeuii T. V. p. 137.  
pro domo sua, c. 45. 199.

<sup>b)</sup> Id. de off. L. I. c. 39.

<sup>a)</sup> CIC.  
<sup>c)</sup> Id. ibid.

L. III. c. 16.

Hoc enim M. TVLLIUS testatur, qui opprobrauit emtori domus suae, quod *nomen suum emtionis adscribere* non ausus sit, <sup>d)</sup> sed subiecerit imaginarium emtorem.

## §. VI.

*Plerumque* igitur, ut diximus, *nomen domini adscribebatur*, si quis possessiones nouas compararet. Sed suae cuiusque priuatae rationes aliquando haec emtoribus necessitatem imponebant, ut, *dissimulato suo, nomen alie- vel inuidiae num inscriberent* in emtionis instrumento. Et de metu quidem *inuidiae, diluendae qui rebus per se superbis superbiam nominis & tituli detrudere iubebat, su- gratia vel in fraudem le- pra sunt a nobis quaedam obseruata.* Sed PLINIUS auctor est, <sup>e)</sup> hortos aliquando, *adversus inuidentium effascinationes, alieno nomini dicatos esse: mine fiebant.* quod video etiam IACOBVM GVTHERIUM <sup>f)</sup> obseruauisse. Haec certe <sup>interdum etiam donandi causa</sup> emtorem illum domus M. TVLLII adduxit, <sup>g)</sup> ut *nomen suum em- caussa. Vecti- tionis adscribere non auderet*, sed SCANTONEM quendam subiiceret, sub <sup>caussa. Vecti- g)</sup> cuius titulo eius cupiditas lateret. Verebatur enim, ne magis suae commo- & tributa ditatis, & patrimonii amplificandi, quam religionis, causa illud fecisse vide- <sup>per interposi- tam perso- nam praesta-</sup> retur, & timebat odia hominum, si liberatorem urbis possessione sua spo- <sup>antur.</sup> liasset. Imo vero ipse M. TVLLIUS aliquando, cum *emturus domum, abantur.*

P. Sulla, tum reo, mutuuum sestertium viciens accepisset *emturum se negavit*, ne, domus emendae causa, pecuniam a reo accepisse diceretur. <sup>h)</sup> Praeterea depressioris fortunae homines etiam mouebat illud M. TVLLII, quod antea adduxi, ne *domus antiqua ad disparem dominum peruenisse videretur.* Interdum enim ampla domus *dedecori* erat domino, si in illa esset solitudo, & maxime, si aliquando, alio domino, solita esset frequentari. <sup>i)</sup> Sed plerumque, video, *in dotibus constituendis*, obseruatum esse, ut dos, non a muliere, neque a parente eius, sed *ab alio*, dari diceretur, inuidiae diluendae causa. PAVLLVS proposuit eiusmodi speciem, in qua *alius, nomine mulieris*, fundum *in dotem* dedisse dicitur, ut fundus, quasi *dotalis*, ad maritum, vxoris causa, perueniret. l. 14. §. 1. D. de fundo dotal. Sed elegantius NERATIUS disputat, vtrum, alio promittente dotem, si pater pro illo promissore fideiusserit, ipse pater *dotem profectitiam* dedisse videatur. l. 5. §. 6. & 7. D. de iure dotium. Ex quo loco non obscure intelligitur, cautos parentes aliquando, *per interpositam personam*, dotem filiabus, *dissimulato suo nomine*, constituuisse.

Sed non raro tamen *simulatio* illa suspecta est, *qua nomen veri emtoris aut domini occultatur.* Certe saepissime omnino fraude non carent, quae *clan-*

d) CIC. pro domo sua, c. 44. e) PLIN. L. XIX. c. 4. f) GVTHER. de vet. iure pontific. L. III. c. 12. in Graev. thes. T. V. p. 146. g) CIC. pro domo sua c. 44. h) GELL. noct. Attic. L. XII. c. 12. i) CIC. l. offic. c. 39.

clanculum, & quasi per insidias, administrantur. *VLPIANVS* enim obseruauit, aliquando *personam aliam interponi, ut creditores pecunia fraudentur.* l. 14. D. *quæ in fraud. credit.* Neque dubitari potest, quin debitor obaratus, qui rem, *alieno nomine subiecto,* emit, & alterum suo nomine patitur rem possidere, in fraudem creditorum hoc fecisse videatur, & reuocationi locum faciat, certe actiones suas aduersus possessorem imaginarium creditoribus cedere cogatur. l. 14. D. *quæ in fraud. credit.* Generaliter enim *PRAETOR* atque *VLPIANVS,* *quidquid gestum fuerit* in fraudem creditorum, ratum non videri, præceperunt. l. 1. 2. 3. D. *quæ in fraud. credit.* Idem certe *IAVOLENO* placuit, in rebus illis, quæ, *in fraudem patroni,* a libero in *personam interpositam* transferuntur, ut ille, ad quem res peruenit, illam restituere cogatur. l. 12. D. *si quid in fraud. patron.*

Sed videbitur *VLPIANVS* turbas dare, qui l. 6. pr. D. *quæ in fraud. credit.* & l. 1. §. 6. D. *si quid in fraud. patr.* permittit debitori & liberto, *quædam non ad quivere,* quamuis damnum ex illa re sentiant vel creditores vel patronus. Forte enim quis dixerit, hunc non tam alienasse, fraudandi animo, quam potius non acquisiuisse, qui *alieno nomine* rem comparauit, & *personam alterius interposuit,* cui res ab ipso emta traderetur.

Imo vero habebunt certe & creditores & patronus, cur *reuocent,* quæ *alieno nomine* comparata sunt, a possessore. Si enim *adquisiuit* debitor aut libertus *dominium,* nemo dubitat, rem subtrahi patrono & creditoribus non potuisse. Sin nunquam proprietatem consecutus est, sed emtioni, sua pecunia factæ, *nomen alterius* ita subiecit, ut res confestim traditione illa ad *personam interpositam* domini iure perueniret, *actionem emti,* quæ ipsi competebat, per *donationem transtulit* in *personam emtioni fraudulentæ* subiectam: ideoque rem reuocandam, & creditoribus restituendam esse, *PAVLLVS* atque *VLPIANVS* & *VENVLEIVS SATVRNINVS* docuerunt. l. 6. §. 11. l. 7. l. 8. & l. 14. D. *quæ in fraud. credit.*

Itaque non proderit *fraudatori* consilium, si rem *alieno nomine* emit, & alteri adscripsit.

Non minus odiosæ sunt calliditates, quibus *donationes prohibita* reunguntur. Sed hoc quidem *inter coniuges* inprimis vsu venire, *ut venditionis titulo donationes* ab ipsis *occultentur,* *GORDIANVS* obseruauit, l. 9. C. *de donat. inter vir. & vx.* Si enim *vxcri* pecuniam dederit maritus, ut ipsa *suo nomine emeret,* quod ad maritum pertineret & hic ipsi *donatum* vellet, *IAVOLENVS* docet, infirmendam esse *fraudulentam* hanc *donationem.* l. 50. §. 1. D. *de donat. inter vir. & vx.* Et hoc video etiam, *VLPIANO* placuisse l. 7. §. 3. +. 7. D. *eod.*

Sed propius ad calliditatem istam, quam tractamus, illa species accedit, quam *PAVLLVS* l. 26. D. *de donat. inter vir. & vxor.* reprehendit. Si enim



enim sua pecunia maritus prædium emerit, sed venditorem iusserit, vxori tradere possessionem, quasi *huius* nomine prædium emisset, *donationis* iure censendam esse, ait, hanc traditionem.

Non multum ab hac specie seiuncta est alia, quam MARCELLVS proposuit, l. 49. D. de *donat. inter vir. & vxor.* Ait enim, vxorem marito prædium, quod ipsi *donatum* voluisset, hoc titulo vsam, tradidisse, quasi illud ad filium communem deberet aliquando peruenire. Sed respondet MARCELLVS, si *titulus alieni nominis* duntaxat quæsitus sit donationi, hanc inutilem videri.

Atuero observandus est etiam alius *color*, qui inducitur *donationi*, si *foceri*, vel alterius personæ coniunctæ, *nomine* emerit maritus, & illi rem tradi curauerit, vt per personam *interpositam* res transferatur ad vxorem: de qua specie PAVLLVS atque VLPIANVS l. 26. §. 1. & l. 5. §. 2. D. de *donat. inter vir. & vxor.* tractauerunt. Sed hæc talia quo fructu & euentu fiant, postea intelligetur.

Non discedere possumus ab hoc loco, nisi antea dictum fuerit de *negotiorum gestione*, cuius natura facile permittit, vt *res nomine alterius ematur*. Nimirum *gessisse* quis *negotium alterius* dicetur, si *utiliter* rem emerit, sed, quod LABEO & IULIANVS praeceperunt, *contemplatione alterius*, & hoc animo, vt isti quaedam utilitas procuretur. l. 3. §. 1. & 3. D. de *negot. gest.* Atuero in *donationibus* etiam hoc agitur, vt utilitatem quandam liberalitate nostra alteri quaeramus. Quid igitur dicemus? Imo, vero opportune occurrit PAVLLVS noster, qui l. 34. D. de *negot. gest.* etiam hoc desiderat in *negotiorum gestione*, vt appareat, *animo alterum obligandi & impensas repetendi, nomine illius, aliquid emtum esse*. Igitur poterit aliquis, *propter aliquam utilitatem nostram*, quam *probabili* ratione praeuiderit, *animo nos obligandi, nostro nomine, rem emere*, & impensas repetere *contraria negotiorum gestorum actione*.

Eadem dicenda erunt, si quis, ex *mandato nostro*, emtioni suae *nomen nostrum adscripserit*, vt res nobis acquireretur. VLPIANVS enim praecipit, per liberam personam, nostro mandato, nobis & possessionem tradi, & per hanc dominium acquiri posse, l. 20. §. 2. D. de *adq. rer. dom.*

Habes iam omnia, opinor. Sed extremo tamen meretur obseruari, qui *negotio illicito nomen alterius* obtendunt, illos plerumque hac calliditate illud tegere, vt ipse, cuius *falso nomine* res comparata est, *professione patrimonii, census, functionum, tributorum praestatione*, efficiat, vt res ipsi vere acquisita videatur. VALERIANVS enim & GALLIENVS docuerunt, per *simulationem* aliquando *vectigal*, quasi tradita possessione, a quibusdam, vt acquirant dominii titulum, *exsolui*. l. 8. C. de *act. emt. vendit.*

*dit.* Quod frequenter factum esse etiam Q. M V C I V S S C A E V O L A l. 64. D. de adq. rer. dom. & V L P I A N V S l. 4. §. 4. D. de *cenfibus*, obferuant. Sed de huius confilii euentu proxime trademus.

## §. VII.

*Nominis Satis*, credo, viam muniuimus: iam facile, quo deftinatum eft, per-  
*alieni titu-*ueniemus. Reftat enim, vt expediamus, *ad quem pertineat proprietas præ-*  
*lus emtionis* *dii*, quod nomine alterius dicatur comparatum. Nimirum generaliter re-  
*adscriptus* ceptum eft, *folo titulo & nomine infcripto* nunquam *dominium* adquiri, fed  
*non trans-* fert *domini-voluntate domini*, & *traditione*. Aperte enim D I O C L E T I A N V S, fi in re-  
*um in illum* bus, quas *nomine vxoris* comparasti, *folo titulo nominis eius* vfus fueris,  
*qui nominis-* & tibi poffeffiones traditæ fint a venditore, non vxorem, fed te duntaxat,  
*tus eft.* Ne- *dominium acquifitiffe*. l. 16. C. de *donat. int. vir. & vx.* Imo luculen-  
*que pro-* tius V A L E R I A N V S & G A L L I E N V S, l. 4. C. *fi quis alt. vel fibi*, quam-  
*feffione &* uis in inftrumento emtionis *nomen focrus infcripferis*, & illa tabulas custo-  
*diat*, fi tu fundum *tibi traditum poffideas*, non ad focrum, fed ad te dun-  
*taxat*, proprietatem pertinere, referiferunt. Idem & D I O C L E T I A N O  
*placuit*, vt, fi *vxoris tuæ nomen* inftrumento emtionis tantum *accommoda-*  
*ueris*, fed res a te comparata & *tibi tradita* fuerit, res ad te confestim per-  
*tineat*, neque vxor tua, propter folum *nominis titulum*, *domina poffeffionis*  
*facta* cenfeatur l. 5. & 6. C. *eod.* Imo vero, quamvis *pecunia vxoris*  
*fundum comparaueris*, eiusque nomine vfus fueris in inftrumento, fi tibi,  
*fundum ementi*, ille traditus fuerit a poffeffore, ex D I O C L E T I A N I sen-  
*tentia*, dicemus, ad te proprietatem pertinere. l. 9. C. *eod.*

Itaque *folo nominis* infcriptione, *folo etiam pecuniae numeratione*, illi,  
*cuius nomine res ab alio emta* eft, *dominium rei emtæ* non acquiritur.  
 Imo ne *professione* quidem *folo*, apud *peræquatorem*, quem veteres dice-  
 bant, vel *cenfus & tributi & functionis publicæ præftatione*, quisquam *do-*  
*minus* efficietur, quamvis *nomen* eius vel in inftrumento emtionis *adscri-*  
*ptum* fit, vel in ipfas tabulas publicas relatum.

Luculentur enim V L P I A N V S *non amitti*, ait, *dominium*, quamvis alius  
*professus* fit, id eft, fibi adscribi curauerit poffeffionem l. 4. §. 4. D. de  
*cenfibus*. Sed clarius ille nofter Q. M V C I V S S C A E V O L A, *fi quis res alie-*  
*nas in cenfum deducat*, *illas nihilo magis eius fieri*, refpondit, l. 64. D.  
 de *adquir. rer. domin.* In eandem fententiam P R O B V S etiam referiferit,  
 fi *functiones*, exactiones, *tributa* aliquis *præftiterit*, cui res donata non effer,  
*nihil illud vero domino obefle* l. 4. C. de *donat.* Imo vero etiam *inter socios*  
 obtinuit, vt, fi vtrique fundus traditus fuerit, *quamvis vnus*, ab ero cellan-  
 te, *folus folennes penfitationes exfoluerit*, tamen apud vtrumque *dominium*  
 manfiffe iudicetur, l. 2. C. *pro socio.* Neque igitur *fmulatio* illius, qui  
*vecti-*

*veftigal*, quafi de poffeffione fibi tradita, exfoluit, vero domino nocebit. l. 7. C. de *act. emt. vendit.*

Ex his igitur intelligetur, illi, cuius falfo nomine fubiefto res comparata fuerit, neque per nominis *adfcRIPTIONEM*, neque per pecunie numerationem, qua res a venditore emta eft, neque per publicam *profeflionem*, neque per *veftigalium* & *functionum folemnium praeflationem*, dominium adquire.

Itaque ad *proprietatem obtinendam* opus eft, ut *ifti etiam traditus fit fundus, cuius ille nomine ab alio eft comparatus*. Aperte enim ANTONINVS tradit, fi maritus emtionem uxoris nomine fecerit, & illi res emtae traditae fint a venditore, illam quidem harum *dominam* videri, l. 1. C. *fi quis alt. vel fibi*. Et eleganter GORDIANVS, fi mariti pecunia vxori res comparata fit, & *ipfi tradita*, dominium, non ad maritum, sed ad uxorem, ait, pertinere l. 9. C. de *donat. inter vir. & vx.* Ita quidem certe etiam ALEKXANDER de *emancipatis filiis* refcripfit, vt, fi pater nomine *ipforum* fundos comparauerit, & *ipfis tradiderit*, dominium ad ipfos pertinere iudicetur. l. 2. & 3. C. *fi quis alt. vel fibi*.

Dominium igitur traditione demum acquiretur: non tamen nuda, quod PAVLLVS docet, l. 31. D. de *adqu. rer. dom.* fed, fi *iufta cauffa* praefecerit, propter quam *traditio* fequatur. Eleganter enim GAIVS *voluntatem domini* defiderat, qui *fciat, fe dominium transferre*. l. 9. §. 3. D. de *acquir. rer. domin.* Imo, ne quidem res per errorem tradita confectum acquiretur, cum *nemo errans dominium amittat*. l. 35. D. de *adqu. rer. dom.* Tunc enim demum, fecundum POMPONIUM, *res tua erit, fi velim tuam effe*, & tu caeperis illam poffidere. l. 21. §. 1. D. de *acquir. rer. domin.* Sed opportune IAVOLENVS admonuit, etiam *accipientis voluntatem* accedere debere: neque enim dominium transferri, nifi vtriusque contrahentis voluntate & affectu res tradatur, l. 55. D. de *oblig. & act.* Ideoque, fi rem *tuo nomine* emero, & venditorem iuffero, vt illam tibi *tradat*, tuque illam acceperis a venditore, videberis dominium adquiuffiffe. Hoc fenfit DIOCLETIANVS, qui *tradente & volente* venditore, ait, dominium in te transferri, quamuis pecunia a me fit numerata venditori, l. 9. C. *fi quis alt. vel fibi*.

Igitur nifi *res tradita fuerit*, quae *tuo nomine* emta eft, *superuacuum* eft, nomen tuum *adfcriptum* effe emtioni, quod IAVOLENVS etiam obferuat. l. 64. D. de *contrah. emt.*

### §. VIII.

*Dominium* igitur, fi rem dominus alienare, & in illum, cuius nomine *Donatio non* res emta eft, transferre voluerit, *traditione* acquiretur. Sed, vtrum emtori, *praefumitur*. qui *Sed ex in-*

Instrumento qui alieno nomine rem comparauerit, *petitio pecuniæ superfit*, operæ precui nomen al-  
terius inscri- tium fuerit, expedire.

Et donationes quidem, DIOCLETIANVS docet nunquam facile præ-  
sumi, cum neque ignorans quidam neque inuitus donare videatur. l. 10.  
suspicio dona-  
tionis oritur. C. de donat. Igitur verba, aut factum aliquod desideramus luculentum, ex  
Quod ad con-  
iuges atti- quo intelligatur, emtorem, aut dominum, rem liberaliter in nos conferre  
uer, multum voluisse. Eo pertinere credit VLPPIANVS, si quis nos rem accipere iubeat,  
interest inter & auferre patiatur, sine vlla obligationis inter nos contractæ mentione. l. 6.  
donationem, D. de donat. Sed magis, ex IVSTINIANI mente, si emtor aut dominus  
& negotio- vsumfructum sibi duntaxat seruauerit, mihi rem gratis dederit, res donata  
rum gestio- & tradita intelligetur. l. 35. §. 5. C. de donat.

Inprimis vero ex instrumentis publicis, in quibus emtor nomen alte-  
rius inscripserit, suspicio nascetur, istum illi, cuius nomen emtioni adscrip-  
tiberorum ferit, donare voluisse. Ideoque DIOCLETIANVS docet, probandum esse  
nomine ab emtore, quod non donandi animo prædia alterius nomine comparauerit,  
emunt, magis quem nominauit in instrumento emtione, sed quod solo titulo illius usus fue-  
centur il- rit in contrahenda emtione. l. 16. C. de donat. inter vir. & uxor. Certe  
lis rem desi- nasse quam instrumentis emtionum donatis atque traditis, res ipsæ donatæ & traditæ  
donare vo- centur: si SEVERVM & ANTONINVM audiamus. l. 1. C. de donat.  
tuisse.

Idem dicendum erit, si quis prædium, a se comparatum, nomine alte-  
rius in censum detulerit, & istius nomine illud professus sit, & præstitit so-  
lennes pensiones. DIOCLETIANVS enim rescripsit, probandum esse a pa-  
rente, qui filiorum suorum nomine prædia in censum detulerit, ipsum non  
animo donandi hoc fecisse, illaque in re desiderat manifestissimas probationes  
l. 8. C. de donat. Sed ipsum non sine ratione ita iudicasse, etiam MAR-  
CELLVS probat, qui census & publica illa monumenta potiora esse testi-  
bus, affirmat, & continere speciem certissimam exploratæ veritatis. l. 10.  
D. de probat.

Obtentus igitur alieni nominis, quod emtor in instrumento inscripsit,  
hoc efficiet, vt ipse probare debeat, se hoc colore & titulo duntaxat usum  
esse, sine animo donandi. Sed facile probabit, si ab initio testatus fuerit,  
se sibi rem emere, si ueniam ab illo petierit, cuius nomen adscripsit emtioni  
suæ, aut si non tradiderit, aut statim ostenderit animum, impensam impuran-  
di, & pretium emtionis repetendi.

Excluso igitur animo donandi, dubitari non potest, emtori pecuniæ  
repetitionem superesse: inprimis, si rem isti tradiderit, cuius nomine illam  
comparauit. Hoc enim si factum fuerit, cum alter, accipiendo, ratum ha-  
buerit negotium, de pretio efficaciter conuenietur. l. 6. §. 9. D. de ne-  
got. gest.

Quod ne cuiquam durum videatur, audiamus GORDIANVM, qui l. 9. C. de donat. inter vir. & vxor. etiam marito, ait, *davi repetitionem pecuniæ*, quam in prædia, nomine vxoris comparata, impenderit, quamvis dominium in hanc fuerit translatum. Et DIOCLETIANVS, quamvis donandi animo res comparata fuerit, nomine vxoris, *pecuniæ tamen persecutionem*, ait, competere marito. l. 16. C. eod.

Sed VLPIANVS illud temperavit, vt teneatur duntaxat vxor, in quantum facta est locupletior, illaque in caussa tempus litis contestationis maxime inspiciatur, atque iudicetur, vtrum duret commoditas & lucrum, quod vxori adquisierit maritus. l. 7. pr. & §. 3. D. de donat. inter vir & vx.

Sed in iudicandis coniugum donationibus tria, velim, vt diligenter distinguantur. Multum enim interest maritus, officio tantum maritali functus sit, an donauerit, an negotium gesserit vxoris: Donationem certe maritorum & negotiorum gestionem SCAEVOLA, & PAVLLVS, & GORDIANVS, seiunxerunt. l. 58. §. 2. D. de donat. inter vir & vxor. l. 12. D. de impens. in rem dot. fact. l. 9. C. de donat. inter vir. & vxor. Sed negotiorum gestionem ab officio mariti CELSVS etiam distinxit. l. 47. D. eod.

Nimirum ad officium mariti referuntur, quæ alendæ & ornandæ vxoris caussa comparantur, atque illam locupletiores non faciunt, sed ad præsentem vtilitatem pertinent, atque ad vitam commodius beatiusque exigendam. Hæc enim, expediti iuris est, non repetere maritum posse. Ideoque, quamvis domus coniugi efficaciter donari nequeat, tamen, secundum POMPONIUM, negotium valebit, si gratis illam habitare passus sit maritus. l. 18. D. l. 5. §. 8. l. 7. pr. l. 31. §. 8. & 9. D. & l. 11. C. de donat. inter vir. & vxor.

Contra, donasse videbitur maritus, si quid dederit, non repetiturus, ex quo ipse pauperior fiat, vxor locupletior futura & patrimonium suum amplificatura videatur. l. 5. §. 8. D. eod. Et hoc, certum est, reuocari a marito posse, donec donatio morte mariti confirmetur. l. 6. C. eod.

Denique vxoris negotium maritus celesbitur gessisse, si vtilitatem ipsi aliquam, ex qua locupletior fieri possit, procurauerit, & animum obligandi vxorem suam & impensas repetendi vel verbis declarauerit, vel factis. Et has impensas, etiam post mariti mortem, heredes eius negotiorum gestorum iudicio recuperabunt, cum donata heredes repetere non possint.

Sed satis de coniugibus tractatum. Adhuc liberi me tenent, qui ex coniugibus nascuntur. Et, si emancipatorum nomine parentes aliquid comparauerint, eadem, quæ inter extraneos, dicemus, locum invenire. Ita enim ALEXANDER iudicauit, l. 2. C. si quis alteri vel sibi. & DIOCLETIANVS atque GORDIANVS l. 2. atque 17. C. de donat.

Sed haud paullo secius dicemus sententiam, si pater, *filiorum nomine*, quos in potestate habet, praedium dicatur comparasse. DIOCLETIANVS enim, hoc negotio *destinationem magis*, ait, *paternae voluntatis, quam perfectam donationem*, contineri. l. II. C. de donat. Igitur expectandum erit *supremum iudicium* parentis, & inspiciendum an huius ipsum *destinationis* poenituisse videatur. Sed, si nihil pater contrario iudicio, proberur, immutasse, secundum eundem DIOCLETIANVM, *fili, quorum nomine pater res quasdam comparauit, per arbitrum familiae erciscundae, res illas praecipuas habebunt.* l. 18. C. fam. ercisc.



## LXIV.

STILLICIDIVM  
ALTIVS TOLLI POSSE

ETIAM

CVM DAMNO SERVIENTIS.

---

 AD L. XX. §. V. D. DE SERUIT. PR. VRB.
 

---

 VITEMBERGAE, DIE XXVIII. MARTII A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXIV.
 

---

*L. XX. §. V. D. de seruit. praed. urban.*  
PAVLLVS, *L. XV. ad Sabinum.*

STILLICIDIVM, *quoque modo adquisitum sit*, ALTIVS TOLLI POTEST: LEVIOR ENIM FIT EO FACTO SERVITVS: *cum, quod ex alto cadit, lenius cadat, & interdum direptum, nec perueniat ad locum seruientem: inferius demitti non potest; quia fit grauior seruitus, id est, pro stillicidio flumen. Eadem causa, retro duci potest stillicidium, quia in nostro magis incipiet cadere, produci non potest: ne alio loco cadat stillicidium,*  
quam

quam in quo posita seruitus est: lenius facere poterimus, acrius non. Et omnino sciendum est, MELIOREM VICINI CONDITIONEM FIERI POSSE, DETERIOREM NON POSSE: nisi aliquid nominatim, in seruitute imponenda, immutatum fuerit.

§. I.

*V*idebimur, in argumento humili & exiguo versari, dum de *stillicidiis* *Stillicidia* interpretamur. Certe M. TVLLIVS in oratore <sup>a)</sup> *indecorum* esse iudicatum uult, uerbis amplissimis & locis communibus subinde uti, cum de *stillicidiis* <sup>humile & exiguum, scilicet</sup> apud iudicem dicamus. Imo uero idem etiam alio loco, nihil tam <sup>humile ne. essarium</sup> humile, quam munus illorum, qui de iure consu- <sup>neque indi-</sup> lantur: cum hi quidem de *stillicidiis*, de parietibus, de stipulationibus, <sup>ex-</sup> ponant. Ideoque indignatur Attico suo, qui ipsum ad *ius civile* explicandum <sup>ries singula-</sup> aduocauerat, quasi ipsum hortatus esset, ut libellos conficeret de *stillicidio-* <sup>ris proponi-</sup> *rum & parietum iure*, aut ut stipulationum & iudiciorum formulas conscri- <sup>atur stillicidi-</sup> beret, quibus artibus fere disciplina *iuris civilis* continere videatur: sed haec <sup>altius subla-</sup> *humiliora* esse, ait, illis, quae a M. TVLLIO expectari possint. Et fa- <sup>mino seruien-</sup> teor, haec *quotidiana* magis *subtilitatem & diligentiam*, quam *ornatum & copiam* desiderare. Neque tamen indignum iudicamus, de *stillicidio* docere, de quo nisi recte caueatur, etiam ornati illi & delicatuli & copiosi, domi suae madefierent, & *laribus auitis*, quod Celsus l. 38. D. de *R. V.* luctuosum esse censuit, eiicerentur. Sed isti quidem, qui haec talia nobis obiiciunt, in se dictum putent, quod ueteres in proverbio habebant: τὸν ὀρθὸν βροχόμενον εἰς τὴν οἴκον ὀρθοίτη: illum, qui domi suae madefiat, aut cuius tigna perpluant, nec Deorum immortalium miseratione, (propter ignauiam) dignum iudicari.

Rectius alio loco M. TVLLIVS, <sup>c)</sup> etiam ad *viri principis & honorati* officium & curam pertinere, ait, ut in aedificanda & farcienda domo adhibeat dignitatis *commoditatisque* diligentiam: idemque *pro domo sua*, <sup>d)</sup> „quid sanctius est, inquit, quid omni religione munitius, quam domus uniuscuiusque ciuium: quid cura & diligentia nostra dignius? hoc perfrugium „est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas esse videatur.

Non igitur pudet, hanc pro sanctissimo illo ciuium perfrugio curam suscipere, ut commentatione subitaria *de stillicidio altius sublato* & in controuersiam adducto diligentius tradamus.

Nimi-

a) CIC. in oratore c. 21. sect. 72.  
I. de offic. c. 39. sect. 138.

b) Id. L. I. de legibus, c. 4. sect. 14.  
d) Id. pro domo sua c. 41. sect. 109.

c) Id.

Nimirum ante duos abhinc annos ICTIS Vitembergensibus hæc species proponeretur: in nobili quodam Germaniæ nostræ emporio, ædes Gellii, in area Aquilii, mercatoris, cuius paries sex fere pedes ab aedibus Gellii distabat, *ius stillicidii* habebant. Aquilius, cum parietem Gellii exilem & depressiorem esse intellexisset, ædes suas parieti Gellii, ex quo cadebat *stillicidium*, oppositas, altius sustulerat, & in medio pariete suo, *moenianum* seu *pergulam* ædificauerat, ut merces recte attractas, qui mos est mercatorum, ibi afferuaret. Post aliquod tempus ipsi etiam Gellio in mentem venit, parietem dominantem, ex quo cadebat stillicidium, tollere supra altitudinem parietis seruiantis, & restituere stillicidium, ut in eundem quidem locum areæ, sed ex loco altiore & editiore caderet in aream vicini. Aquilius, cum intelligeret, altius sublato ædificio dominante, merces in pergula, quæ antea supra parietem dominantem fuerat, aqua pluvia ex stillicidio, conspergi & contaminari, conquerebatur & aiebat, non esse ius vicino *deteriorem facere conditionem seruiantis*, sed hoc factum esse *stillicidio altius sublato*: ideoque parietem reduci ad pristinam formam postulabat.

Gellius fidem PAVLLI inuocabat, qui l. 20. §. 5. D. de *seruit. præd. urban. stillicidium*, quocumque tandem modo acquisitum sit, *altius tolli* posse, doceat: ideoque ius sibi fuisse, parietem suum *altius tollere*, & stillicidium *loco altiore* restituere, aiebat. *Opifices & architecti*, opere inspecto, *deteriorem fieri conditionem seruiantis*, *altius sublato stillicidio*, renunciabant. Igitur iudex, ex consilio iuris peritorum & artificum, damnabat Gellium, ut ne stillicidium alio loco, quam ex quo illud ante ceciderat, neue supra Aquilii, seruiantis, pergulam haberet. Sed nos quidem, leuiteratione interposita, neglecta architecti argutatione, obtemperauimus PAVLLO & Gellium absoluimus, *cum possit omnino altius tolli stillicidium*, & hoc ipso, ex sententia veterum, *leuior* fiat seruitus, & melior conditio vicini. Quod quibus ex causis factum sit, breuiter expediemus.

## §. II.

*Stricte qui- dem inter- pretamur seruitutes sed hæc ple- nam tamen significatio- nem habent, nisi modo aut tempore circumscri- ptæ sunt.* Et generaliter quidem, *propter odium seruitutis*, a veteribus receptum est, ut *melio- rem non deterio- rem vicini seruiantis conditionem facere possimus*. Hoc enim PAVLLVS docet, l. 20. §. 5. *in fine* D. de *seruit. præd. urban.* Imo vero VLP- IANVS specialiter *de pariete* obseruat, hunc quidem *melio- rem*, quam ab initio fuerit, nobis *facere licere*; sed *deterio- rem* si quis fecerit, illum actione, aut noui operis nunciatione, prohiberi. l. 6. §. 7. D. *si seruit. vindic.* Idem de aquæ ductu POMPONIUS præcipit, ut liceat quidem domino prædii dominantis in riuo aliquid facere, quod aquam melius exprimat, dum modo iste domino prædii seruiantis aquagium *deterius* ne faciat. l. 15. D. de *seru. præd. rust.* Et abscisse idem POMPONIUS alio



alio loco, totius, inquit, *rei conditio talis esse debet*, qualis erat, cum serui *Conditio ser-*  
tus imponeretur. l. 20. pr. D. *eod.* Hoc & PAVLLO in ædificiis placuit, *uituri adie-*  
vt liceat quidem dominanti *altius tollere* ædificium, in infinitum, modo in- *ita parit ex-*  
feriora ædificia *ne graviore seruitute* onerentur. l. 24. D. de *seruitut. præd.* *ceptiorem*  
*urb.* Sed, vt hoc in omnibus eiusmodi speciebus obtinere intelligatur, *doli mali.*  
audiamus VLPIANVM, qui etiam in *personali seruitute*, maxime in usufru-  
ctu, hanc fructuario legem dicit, ne ipsi liceat rem sibi seruientem *corrumpere*, & deformare, & deteriorem facere proprietarii conditionem. l. 17.  
§. 1. D. de *usufr.* Vt vero iæprimis de *stillicidio* dispiciamus, luculenter  
PAVLLVS noster, *lenius fieri posse*, ait, *stillicidium, acrius non posse*: hinc  
& *inferius illud demitti non debere, cum grauior fiat seruitus*: contra, *re-*  
*tro illud duci posse*, vt magis in nostro incipiat cadere, *produci non posse*,  
ne alio loco cadat, quam in quo seruitus sit constituta. l. 20. §. 5. D. de  
*seruit. præd. urb.*

Ex eodem fonte deducitur, quod, qui stillicidium habet, prohibere  
dominum prædii seruiantis nequeat, ne ædificet in illo loco, vbi cadit stilli-  
cidium, neue ædificium *vsque ad locum stillicidii* perducatur, neue etiam *supra*  
*illum locum* ædificet, dum tamen recte stillicidium recipiatur. l. 20. §. 6.  
D. *eod.* Certe, quod idem PAVLLVS docet, si vicino, in area, in quam  
*stillicidii* immittendi ius habeam, permiserim ita etiam ædificare, vt inter-  
uertat meum stillicidium, ius stillicidii videbor amisisse, *propter iuris odiosi*  
*strictissimam interpretationem*. l. 8. pr. D. *si seruit. vindic.*

Ex his igitur caussis contendebat Aquilius, *non potuisse altius tolli stil-*  
*licidium*, quo merces in sua pergula conspergerentur: non potuisse deterio-  
rem fieri conditionem seruiantis, ædificii dominantis pariete altius sublato:  
inuocabat PAVLLVM, qui l. 20. §. 2. D. de *seruit. præd. urb.* præcipit, vt,  
si *sublatus sit paries*, ex quo stillicidium cadat, ille *in eadem qualitate & spe-*  
*cie* restitatur: hoc neglectum esse a Gellio, qui parietem altius extulerit,  
cum damno seruiantis: sibi vero, aiebat, ius fuisse, in fundo suo seruiante,  
altius & *supra* Gellii *stillicidium* ædificare atque pergulam facere, cum illa  
re non perturbatum sit stillicidium Gellii, ab initio ipsi in loco inferiore  
constitutum.

Sed stabimus ex aduersa parte, & defendemus *stillicidium* Gellii, in-  
uito etiam vicino, altius sublato. Enimuero *strictè interpretamur* serui-  
tutes, sed ita tamen, *vt plenam significationem habeant*, nisi *nominatim*, pa-  
rtione, *immutata* sit natura seruitutis l. 20. §. 6. D. de *seruit. præd. urb.*  
Sed *plena est significatio*, quæ omnia comprehendit, *quæcumque naturali-*  
*ter sequuntur* seruitutem, & coniuncta esse solent cum iure seruitutis. Ita  
PAVLLVS interpretatus est *plenam significationem*, l. 38. §. 4. D. de *usufr.*  
Sed de *seruitutibus* ne quis dubitet, eleganter POMPONIUS, quædam *iura*

*tacite sequi seruitutem, & inesse in seruitute*, ait, ne pereat seruitus, & hæc semper intelligenda esse, *nisi nominatim aliquid excipiatur*: l. 11. pr. & §. 1. D. *commun. præd.* & l. 4. §. 5. D. *si seruit. vindic.* Et hæc est *plena signifiatio*, quæ omnia comprehendit, quæcumque naturaliter coherent cum iure seruitutis, nisi *nominatim* pactione aliquid excipiatur.

Quæ cum ita sint, non semper *contra seruitutem*, aut contra ius dominantis interpretationem admittimus, sed, si quid *naturaliter* cum seruitute & *utilitate*, quæ ex seruitute sperari potest, coherent, illud, nisi nominatim exceptum sit, quasi verbis expressum, *facile* supplemus. Hanc certe rationem in interpretatione seruitutum plerumque secuti sunt veteres magistri artis nostræ.

Sed, vt de *stillicidiis* imprimis videamus, multa in commodum prædii dominantis admittuntur, quamvis non expressa sint in definitione seruitutis. Eo pertinet, quod, secundum PAVLLVM & POMPONIVM, constituta seruitute *stillicidii*, non licet seruienti ita *alio* tollere ædificia sua, *vt mea stillicidia impediantur*, quamuis nihil conuenerit de modo ædificiorum in constitutione seruitutis. *Naturaliter* enim hoc *coheret* cum stillicidio, vt illud libere omnino cadat, neque facile concessio stillicidio impedimentum aliquod obiiciatur. l. 20. §. 2. & l. 21. D. *de seruitut. præd. vrb.* Eadem interpretatione utimur, *si paries*, cui competit ius stillicidii, *sublatus* sit a dominante, sed hoc animo, vt in *eadem qualitate & specie restituatur*. Si enim *strictius* hoc interpretaremur, sublato illo pariete, ex quo cadebat stillicidium, *extincta* videretur seruitus, quæ parieti illi singulari, iam deiecto, a seruiente concessa est, & paries, mox restitutus, iam alius iudicari posset, non idem, cui antea ius stillicidii fuerat tributum. Sed, si PAVLLO obsequimur, propter *utilitatem*, id est, summam *æquitatem*, benigna interpretatione receptum est, *vt idem paries*, cui antea *stillicidium* *competebat*, restitutus censeatur, si dominus illum reposuerit *eadem specie & qualitate*. l. 20. §. 2. D. *de seruit. præd. vrb.*

*Benignius* igitur interpretamur ius dominantis, qui ius stillicidii prædii suo adquisiuit, vt nihil exceptum videatur, quod *naturaliter* cohaeret cum illa seruitute. Vnum tamen, vt diximus, PAVLLVS desiderat, vt, si paries dominans sublatus sit, *in eadem specie & qualitate* reponatur. d. l. 20. §. 2. D. *de seruit. præd. vrb.* Et vix locus est dubitationi, quin PAVLLVS, qui eandem *speciem & qualitatem* exigit, *eundem locum* intellexerit, in quo ante constitutus fuerat, & *eandem regionem*, ad quam antea spectauerat, paries, ex quo *stillicidium* cadebat. Id enim verbis sequentibus præcipit, ne *producat*, quamuis *retro duci* possit, stillicidium, ne propius aut alio loco attingatur atque conspergarur a ea vicini, vt, cum antea ex regula ceciderit: iam ex tabulato vel alia materia cadere non possit, vt, si ad austrum spectauerit

uerit stillicidium iam ad aquilonem nequeat conuerſi. l. 20. §. 4. & 5. D. de ſeruit. præd. urb.

Sed eandem altitudinem parietis reſtituti PAVLLVS non exigendam eſſe iudicauit. Abſeſſe enim affirmat, *altius tolli poſſe ſtillicidium*: &, ne quis dubiter, quin *generaliter* hoc obtineat, ne *inter modos* quidem, quibus ſeruitus adquiſita ſit, diſcrimen aliud admittit, ſed, *quoquomodo* adquiſitum ſit, *ſtillicidium altius tolli poſſe*, ait. l. 20. §. 5. D. de ſeruit. præd. urb.

Dicemus igitur, *naturaliter* hoc *coherere* cum ſeruitute ſtillicidii, vt liceat, *altius tollere ſtillicidium*, quod antea ex inferiore parte *parietis* ceciderat. Et habet illud rationem, cum hoc actum videatur, vt parietem reſtitutum habeat, qui *ſtillicidium* quaeruit, neque iuri, *altius tollendi* parietem, quod *naturaliter* domino competit, propter ſtillicidium renunciale ceſſeatur.

Ex his igitur apparet, male conqueſtum eſſe Aquilium, de pariete Gellii altius ſublato.

Neque enim admitti poteſt illa Aquilii excuſatio, ex l. 20. §. 6. D. de ſeru. præd. urb. deriuata, quaſi licuerit ſeruienti in ſuo pariete pergulam aedificare, vsque ad illum locum, vbi cadebat ſtillicidium. Debuifſet enim vel obtemperare POMPONIO, qui l. 21. D. eod. prohibet ita aedificare, vt impediatur ſtillicidium, vel *ſcire* atque *cogitare*, quod liceat naturaliter vicino altius *tollere ſtillicidium*, niſi nominatim aliud agatur: ideoque vel alio loco conſtituenda fuiſſet pergula, vel *expreſſa pactione hoc definiendum*, *ne liceat ſtillicidium altius tollere vicino*. l. 11 D. *commun. præd.* & l. 4. §. 5. D. *ſi ſeruit. vindic.* Neque enim accuſare potuit Aquilius vicinum, qui iure ſuo uſus eſt, &, permittente iuris diſciplina, *altius* parietem *ſuſtulit*, cum nihil de iure communi immutatum eſſet pactione.

Extremo enim, vt rem totam exſequamur, non alieum erit, obſerua-re, *ſeruitutes* quidem, quod MARCELLVS docet l. 98. D. de *verb. oblig. promitti poſſe ſub conditione*, ſed ſemel conſtitutas *ipſo iure non admittere conditionem*: interim receptum eſſe, vt, ſi quis ſeruitutem, *neglecta conditione*, peteret, *exceptione doli mali* oppoſita, iudicis arbitrio *repelleretur*. Ita PAVLLVS l. 4. pr. D. de ſeruit. SABINVM atque CASSIVM tradit reſponſiſſe. Certe *modum* adici poſſe ſeruitutibus, veluti, in via, quo quis genere vehiculi utatur, idem PAVLLVS præcipit, l. 4. §. 1. D. de ſeruit. cui etiam placuit, *ad certam partem* fundi adſtringi poſſe ſeruitutem. l. 6. D. eod.

Itaque apparet, Aquilium, ſeruientem, ſi pergulam tuto aedificare voluiſſet illo loco, vbi nocturum erat ſtillicidium vicini *altius ſublato*, debuiſſe hunc ab initio ſeruituti *modum* adncere, *ne altius tolleretur paries vicini*.

*vicini.* Hoc est, quod PAVLLVS ait in lege nostra 20. §. 5. D. *seruit. præd. urb. altius tolli posse stillicidium, nisi aliquid nominatim immutatam fuerit in seruitute imponenda.* Quod cum ab ipso esset neglectum, de se magis, quam de vicino, conqueri omnino debuisset.

Sed vnum adhuc non indignum erit commemoratione, quod VLPIANVS, l. 10. D. *commun. præd.* & l. 17. §. 3. D. *de seru. præd. urb.* indicauit: veterem formulam, *stillicidia vti sunt, ita sint*, qua in venditionibus utebantur, *non sufficere, ad immutandam aut adstringendam naturam seruitutis*: hæc enim formula generalis est, & integrum seruat ius stillicidii, neque impedimento est, *quo minus possit altius tolli stillicidium*, cum hoc conueniat naturæ huius seruitutis. Idem dicemus de alia formula, quam M. TERENTIUS VARRO <sup>e)</sup> commendauit: *stillicidia & flumina ut ita fluant, cadantque, vti iam fluunt & cadunt.* Neque enim hac cautione vicini videbuntur a stillicidii communi natura discessisse: neque stillicidium alio modo cadere, aut immutatam esse, censebitur, *quamuis altius fuerit sublatum*: leuior enim hoc modo fiet seruitus, ideoque non inueniet vicinus causam conquerendi. Quæ enim *immutantur* in natura seruitutis, *nominatim adiicienda sunt*, quod supra ex POMPONIO l. II. D. *commun. prædior.* & l. 4. §. 5. D. *si seruit. vindicet.* est a nobis obseruatum.

## §. III.

*Interpretationem certam deserere non possumus, quamuis illa in una quadam specie dura esse videatur.* Satis, credo, ostendimus, *altius tolli posse stillicidium, inuito etiam vicino, & cum damno quodam seruiantis*, a quo hic sibi, pactioe, cum seruitus constitueretur, cauere debuisset. Sed obloquebatur ille Aquilius, de quo antea tractaui, & *restringendam* esse contendebat legem PAVLLI, qui, *altius tollere stillicidium, inuito etiam vicino, permisisset.*

Aiebat enim, admisisse quidem PAVLLVM in nostra lege 20. §. 5. D. *de seruit. præd. urb.* vt stillicidium altius tolli posset, sed *ex hac duntaxat causa, quod leuior hoc facto fiat seruitus*: cum, quod ex alto cadat, lenius cadat, &, interdum direptum a ventis, non perueniat ad locum seruientem: hac sola ratione adductum esse PAVLLVM, vt responderet, *altius tolli posse stillicidium*: sed hanc fere rationem interdum *falsam* esse, & durio rem fieri conditionem seruiantis, *si stillicidium altius tollatur*: cessante igitur causa illa, deserendam esse interpretationem PAVLLI, & obtemperandum generali regulæ iuris, quam ipse etiam PAVLLVS tradiderit, *melio rem conditionem seruiantis fieri posse, deterio rem non posse*: Sed in hac specie, manifestum esse, quod *deterior* fiat seruiantis conditio, cum merces in pergula, quam ipse iure licito ædificasset, conspergerentur, altius subia-

e) VARRO de latin. lingu. L. IV. in editione Iansoniana p. 12. v. 25.

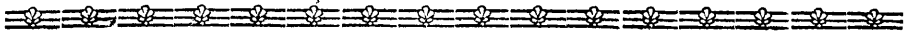
to stillicidio, quæ intactæ mansissent, si stillicidium vicinus in eodem, quo antea fuerat, loco reliquisset.

Atuero, hæc quamuis speciose & probabiliter dicantur, tamen me non mouent, vt a Paulli sententia discedam, aut existimem, non licuisse Gellio, in specie proposita, *stillicidium altius tollere, cum quodam incommodo vicini*. Largior quidem, interpretationem legis *ex fine & consilio* legislatoris, id est, quod CÆLSVS ait, ex vi & potestate legis, maxime sumendam esse. l. 17. D. de *legibus*. Sed cogitare debuisset A Q V I L I V S cessare hanc incertam & lubricam interpretationem, *si semel certi quid interpretatione sit receptum*: neque iuri auctoritatem suam constare posse, *si interpretationem certam, qua negotii natura in perpetuum definita est*, ex causa & ratione interpretis, quæ peperit interpretationem, subuertamus, & in sententiam contrariam detorqueamus.

Enimvero, si I V L I A N V M audiamus, hac de causa vtimur interpretatione, vt de his, quæ primo constituta sunt, tollendæ ambiguitatis causa, *certius aliquid interpretatione statuamus*. l. 11. D. de *legibus*. Sed nihil certi haberemus, nihil ambiguitatis tolleretur, si de interpretatione *recepta* argutari, & quasi ex ratione interpretis, in contrariam sententiam abire, adeoque iura constituta, prout visum sit, in omnes partes trahere vellemus. Qua de causa N E R A T I V S & P A V L L V S præceperunt, quæ semper *interpretationem certam* habuerint, minime mutanda esse, neque inquirendam interpretationis *rationem*, ne multa, quæ *certa* sint, prout cuiusque ingenium & cupiditas suaferit, interpretatione noua subuertantur. l. 21. & 23. D. de *legibus*.

Iam vero disputatione vix indiget, hac lege P A V L L I 20. §. 5. de *seruit. præd. urb. stillicidia interpretationem certam accepisse: vt liceat illa altius tollere*, inuito etiam vicino, cum leuior plerumque hoc modo fieri seruitus omnino videatur. Hæc igitur non potest *mutari*, aut argutatione aliqua *subverti*: quod N E R A T I V S & P A V L L V S non ferendum esse censuerunt. Misera esset conditio Gellii, qui *certa interpretatione* confusus, *stillicidium*, auctoritate legum, *altius sustulit*, & nihil, quod timeret, inuenit, misera, inquam, esset eius conditio, si, propter fastidium vicini, parietem deponere, & stillicidium reponere in priore loco cogeretur, ipse vero iure suo vti, & ædificare in suo, quod ipsi permissum est, prohiberetur. Neque audiendus erat Aquilius, qui regulam iuris generalem inuocabat, *ne conditionem seruiantis deteriorem faciamus*. Generali enim regulæ specialis regula derogat, postquam receptum est, vt *altius tolli possit stillicidium*, cum *leuior* fieri seruitus hoc facto videatur. Finge enim, factum esse in hac specie, quod *leuior* fiat seruitus, stillicidio altius sublato: hunc quidem scrupulum CÆLSVS facile tibi exemerit, qui, ex his, quæ *uno quodam casu acci-*

*cidere* possint, iura non constitui, sed ad ea potius aptari, docet, quæ frequenter & facile, quam quæ perraro, euentura videantur. l. 5. & 6. D. de *legibus*. Sibi, vt diximus, imputabit Aquilius, quod ius ignorauerit, quod non præuiderit, stillicidium altius tolli posse, quod pergulam alio loco non ædificauerit, quod ab initio nominatim non pactus fuerit, ne stillicidium altius omnino tolleretur. Neque hoc in stillicidio singulare est, quod interdum, præter opinionem feruentis, conditio eius fiat deterior, propter definitam stillicidii naturam. Etiam *usus certam* interpretationem habet, vt liceat vsuario cum vxore, & liberis, & libertis habitare, in ædibus, quarum vsus ipsi sit concensus, l. 2. 3. 4. 5. & 6. D. de *usu & habitate*. Sed, si *celibi* vsus sit permissus, & hic duxerit vxorem, præter opinionem augentur incommoda prædii feruentis, quamuis illa dominus antea nec præuiderit, nec, si præuidisset, concessurus vsum facile fuisset. Neque hic tamen recte conqueretur de vsuario, qui iure suo vsus & obsecutus est certae huius seruitutis & perpetuae interpretationi.



LXV.

## OBSERVATIONES

D E

## I V R E I N F A N T I V M.

VITEMBERGÆ, DIE

. APRILIS A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXIV.

§. I.

*Infantia*  
*aetas prima*  
*omnibus*  
*amabilis. In*  
*fantium ap-*  
*pellatio in-*  
*terdum vl-*  
*tra annum*  
*septimum*  
*porrigitur.*

*Non* iniucundum fuerit, de *aetate illa prima*, cui fauent omnes, inuidet nemo, quaedam obseruare, cum, quanto est illa *miseratione dignior*, tanto sit nobis *amabilior*, atque ab ipsa natura commendatior, vt ad defendendam *infantium* salutem, qua spes temporis futuri & posteritatis continetur, atque ad indigentiam illorum subleuandam, tantum non omnes sponte sua, inuitati & commoti occulto quodam sensu & quasi stimulo, concurrant. Certe Romulus aeternae vrbs parens, vt molliret iras Sabinarum, quasi e longinquo *paruulos illis liberos* ostendit, & hanc consolationem attulit, ipsas

in

in matrimonio, in societate fortunarum omnium, ciuitatisque, & quo nihil *Discrimen*  
*carius sit humano generi, communium liberorum, fore.* a) Sed inprimis *inter infan-*  
 AVGVSTVS, imperator, apud DIONEM CASSIVM b) in oratione, qua intem & pu-  
 coelibes inuehebatur, πῶς δ' ἔχῃ ἢ δὲ, ἔχῃ, ἀνελέσθαι τέκνον ἐξ ἀμφοῖν συμ- *pullum ad-*  
 πεφυκός, καὶ θρέψαι, καὶ παιδεύσαι, εἰκόνα μὲν τῆς σώματος, εἰκόνα δὲ *mittitur.*  
 καὶ τῆς ψυχῆς; nonne dulcissimum, aiebar, fuerit, infantem fuscipere ex  
 viroque coniuge prognatum, illum alere, & educare, quandam quasi ima-  
 ginem & corporis & ingenii parentum.

Enimuero, non sine dei immortalis consilio & prouidentia accidit, vt,  
 cum ferri propemodum ista taedia non possint, quibus illi, qui infantium  
 curam fuscipiunt, afficiuntur, ideoque hominis aetatem duratura esset illa so-  
 cietas bonorum, in quam coiuimus, vt, inquam, odiosæ illæ molestiæ,  
 quadam, quæ inest in infantibus, iucunditate temperentur. Quare euenit,  
 vt ipsa etiam vitia & offensiones infantium quadam specie virtutis parenti-  
 bus imponant, certe excusationem facile inueniant, qua animi cum misera-  
 tione quadam delectentur. Ita ille apud Q. HORATIVM FLACCVM, c)  
 quamuis delicatus & fastidiosus,

— — — strabonem

Apellat pætum patet, & pullum, male paruus

Si cui filius est, vt abortiuus fuit olim

Sisyphus: hunc Varum, distortis cruribus, illum,

Balbutit, Scaurum, prauis fultum male talis.

Imo vero generaliter M. MINVCIVS FELIX, liberos *amabiliore*s esse,  
 ait, *annis adhuc innocentibus*, & adhuc dimidiata verba tentantes, *loquela*  
 ipsa, *offensantis linguæ fragmine, dulciore*. Audis *annos innocentes*, quo  
 nomine veteres *infantiam* notabant. d) Inprimis enim in hac ætate *hilari-*  
*tas*, aliquando etiam *ingenium*, maxime *innocentia*, laudatur. Hoc testan-  
 tur tot lacrymæ parentum, in funeribus filiorum filiarumque *impu*berum,  
 tot dolores, quos ipsi *lapides literati*, memoriæ causa tumulis impositi,  
 loquuntur. IANVS certe GRVTERVS seruauit nobis in lapide memo-  
 riam *animæ innocentissimæ*, pueri, qui Hyacintho vel Narcisso comparan-  
 dus esset, ab infausto parente consecratam e) itemque *animæ innocentissi-*  
*mæ*, quæ vixerit An. VI. M. VIII. f) *animulæ insontis*, quæ diis manibus  
 rescicienda, a parente commendata esset, g) filia, animæ *dulcissimæ, iucun-*  
*dissimæ*

a) LIV. L. I. c. 9.

b) DIO CASSIVS, L. 56. ex edit. HENRICI STEPHANI

p. 657.

c) HORAT. lib. I. serm. 3. v. 44.

d) MINVC. Felix in Octauio,

c. 2.

e) GRVT. in corpore inscript. tom. I. p. 332. n. 2.

f) idem

p. 710. n. 6.

g) GRVT. Insa. T. I. p. 332. n. 1.

*dissimæ*, anno VI. defunctæ, <sup>h)</sup> filiae *impuberis dulcissimæ* <sup>i)</sup> *dulcissimi, innocentissimi filii*, qui vixerit An. VI. <sup>k)</sup> *innocentissimi, dulcissimi, boni, sapientis*, qui vixerit An. VI. <sup>l)</sup> *infantis*, similis Deo, <sup>m)</sup> *cuius annos ingenium excefferit*, <sup>n)</sup> filiae *supra* sexus sui captum & *ætatem prudentis*, <sup>o)</sup> pueri, qui *supra ætatem ingenio nobilissimo fuerit* <sup>p)</sup> *puerimiræ innocentie ac sapientie*, <sup>q)</sup> *infantis mellitissimi ac dulcissimi, qui vixerit An. II. diebus III.* <sup>r)</sup> vt intelligatur, quam bene & liberaliter de liberorum suorum *infantia* sperauerint & iudicauerint parentes.

Sed hae laudes iucunditatis, ingenii & innocentie, vt diximus, inprimis *infantiae* tribuebantur, & *primæ ætati*, quo nomine IVSTINIANVS *infantiam* notauit. l. 8. §. 3. C. de bon. quæ liber.

Ceterum vix attinet monere, infantem, *qui dari non possit*, appellari. VLP IANVS enim ab his, qui *dari non possunt, maiores septem annis*, interiecto quodam discrimine, seiungit l. 1. §. 2. D. de administr. & peric. tut. itemque PAVLLVS noster, illos, *qui dari possunt, furiosis & infantibus* opponit l. 5. D. de reg. iur. Imo vero M. TVLLIVS CICERO prodigii loco habet, Cræsi filium, *cum esset infans, locutum esse*, & hoc ostento regnum patris & domum funditus concidisse, EX HERODOTO, <sup>s)</sup> & post M. TVLLIVM, IVLIVS CAESAR BVLENGERVS <sup>t)</sup> obseruat. Ideoque, qui adhuc *sub nutrice* luderent, *infantes* dicebantur. Ita Q. HORATIVS FLACCVS. <sup>u)</sup>

*Sub nutrice puella velut si luderet infans.*

Sed *dari non posse* videbatur, non solum qui non tentaret verba, sed etiam, qui, quamuis tentaret, tamen apte, & apposite, & ex animi sententia, omnino verba eloqui non posset. Etiam adultis M. TVLLIVS CICERO <sup>x)</sup> *infantiam* obiecit, qui non disertus essent, & qui copiose acconuenienter instituto dicere non possent. Quosdam enim *infantes*, ait, actionis dignitate, sæpe fructum eloquentiæ tulisse: & disertos, deformitate agendi, multos *infantes* puratos esse.

Sed, vt dicere occupauimus, magistris quidem artis nostræ *infantes* videntur, qui *per ætatis* rationem, verba commode eloqui non possunt. Quæ res ne in incerto esset, placuit, *minorem ætate septem iuue infantium censeri*, MODESTINVS enim definiuit, l. 14. D. de sponsal. non esse *infantem*, qui *intelligat*, quid negotii contrahatur, id est, *qui non sit minor septem*

<sup>h)</sup> GRVT. infc. T. II. p. 1037. 4.    <sup>i)</sup> Id. T. I. p. 684. n. 4.    <sup>k)</sup> Id. p. 708. n. 3.  
<sup>l)</sup> Id. T. II. p. 1057. 2.    <sup>m)</sup> GRVT. p. 717. n. 11.    <sup>n)</sup> Id. p. 618. 5.  
<sup>o)</sup> Id. T. II. p. 1120. 7.    <sup>p)</sup> Id. T. II. p. 1037. n. 7.    <sup>q)</sup> Id. p. 1055. 4.  
<sup>r)</sup> Id. T. I. p. 675. n. 13.    <sup>s)</sup> CIC. de diuin. L. I. c. 53. in fine.    <sup>t)</sup> BVLENG. de prodigiis, L. II. c. 19. in GRÆV. thes. ant. Rom. T. V. p. 480.  
<sup>u)</sup> HORAT. II. Epist. I. n. 99.    <sup>x)</sup> CIC. in orat. c. 17.



*septem annis*: quod video etiam VLPIANVM l. j. §. 2. D. *administr. & pericul. tut.* itemque THEODOSIVM & VALENT. probauisse. l. 18. pr. & §. 4. C. *de iure deliber.*

Sed, ne quis existimet, hoc discrimen ipso etiam vsu loquendi scribendique perpetuo seruatum esse, audiamus *marmora antiqua* apud IANVM GRVTERVM, quibus *infantes* duodecim, vndecim, nouem etiam annorum, collaudantur. Seruauerunt enim memoriam Aureliæ Constantinæ, *infantis* innocentissimæ, quæ vixerit A. XII. mens. XI. y) & M. Aurelii, *infantis dulcissimi incomparabilis*, qui vixerit annis VIII. mens. II. diebus XIII. z) vt appareat, nomen *infantis*, maxime in puellis, vsque ad pubertatis fere tempora porrectum. Certe MODESTINVS, etiam illos, qui *fari possunt*, qui intelligant, quid fiat, qui *non minores sint septem annis, in primordio ætatis* constitutos esse, ait, l. 14. D. *de sponsal.* cum *prima ætas*, apud alios, *infantiam* notare videatur. Hoc enim supra ex l. 8. §. 3. C. *de bon. quæ liber.* a nobis indicatum est. Vnum meretur obseruari, PAVLLVM aliquando *pupillos infantibus*, qui sui iuris sint, & *fari* nequeant & cum furiosis coniungantur, in contrahendis negotiis opposuisse. PUPILLOS enim, ait, *quia fari possunt*, omnia, tutore auctore, negotia contrahere, cum furiosi, & *qui fari nequeant*, nihil ipsi gerant efficaciter, & ab omni negotio excludendi censeantur. l. 5. D. *de reg. iur.* Videtur itaque PAVLLVS, *pupillum* dicere, qui *fari possit*, & *supra annum septimum* porrexerit spatium viuendi, adeoque discrimen admittere inter *infantem* & *pupillum*: cum, contra, VLPIANVS illum qui *pubertatem* attigerit, quamuis minorem XXV. annis, *adultum* appellauerit. l. 1. §. 3. D. *de administr. & per. tut.* Sed constat, hoc discrimen neque ab omnibus, neque perpetuo, obseruatum esse. Hoc quidem certum est, illum qui *adhuc in utero est*, nunquam *pupillum* dici, quamuis in quibusdam caussis *infantium iure* censeatur. l. 161. D. *de verb. sign.*

## §. II.

*Infantes* igitur, post notissimas veterum de ætate altercationes, illi *Lustricus* maxime dicti sunt, qui *annum septimum non superauerint*. Neque in illa *dies infantis* re inter *mares & foeminas* discrimen aliquod admissum. Sed s. POMPEIVS *mares & puellas* *discernebat*. Proseiuñctos. LVSTRICI enim *dies infantium* appellantur, *puellarum octa-fessio natali-us, puerorum nonus*: quasi numero Deus impare gauderet, & virtuti se-um. *Infantes* *masculi*, ex deorum iudicio, *impar numerus dierum* conuenientior esse *qui nondum dentes habebant, non Diecremabant*.

E 2

y) GRVT. oper. inscript. T. I. p. 671. n. 13.  
a) FEST. de verbor. sign. v. *Lustrici dies*.

z) Id. inscr. T. I. p. 632. n. 9.

*sur. Infan* Die enim *lustrico infantibus* nomina dabantur: b) quod etiam PLVTAR-  
*res vtero ex-* CHVS c) ac SVETONIUS TRANQVILLVS, in vita NERONIS CLAV-  
*secti. Infans* DII d) & ex vtroque SIBRANDVS SICCAMA e) itemque FR. ROBOR-  
*die bissexto* TELLVS f) obleruarunt. Sed ISAACVS CASAVBONVS g) lustricos dies  
*natus. Bidu-* nomina, etiam Ὀνομασθήσῃα, subinde appellari docet.  
*um bissexto;* Praeterea, inter ipsos infantes, non referebat, quot annos aut men-  
*pro vno die* ses superassent, modo nondum egressi essent *septimum aetatis* annum. Si  
*accipitur.* tamen *extremum anni primi diem* infans atigerit, *anniculus* dicitur: ideo-  
 que, secundum PAVLLVM, qui extremo anni die moritur, videbitur  
*anniculus* decessisse. l. 123. pr. D. *de verb signif.* Imo vero idem PAVL-  
 LVVS alio loco luculentius, ANNICVLVS, inquit, *non statim, ut natus*  
*est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die, dicendus est, non exacto*  
*die, sed incipiente, quia annum ciuilitate, non ad momenta temporum,*  
*sed ad dies numeramus. l. 134. D. eod.*

Neque iniucundum fuerit, monere, quod OCTAVIUS FERRARIUS  
 obseruat, infantes, priusquam dentes ipsis nascerentur, demortuos, *quasi*  
*imperfectos homines, non crematos* Romae, sed cadauera illorum integra  
 tumulo reposita fuisse. h)

Ceterum res ipsa loquitur, partus, qui *mortui* nascantur, non esse  
 numero *infantium*, illosque, quod PAVLLVS docet, *neque natos* videri,  
 neque *procreatos*: & nunquam *liberos* omnino appellari potuisse. l. 129. D.  
*de verb. sign.*

Contra, qui *exfectus* fuerit ex vtero materno, quamuis non ab ipsa  
 natura *editus, neque prognatus*, iure *infantium* censetur. Ita enim POM-  
 PONIVS tradit, qui, *exfectus* quidem *non natos* esse, sed *partus* tamen  
 iura in illos conuenire, ait, non a matre progeniti, sed post mortem ma-  
 tris, *exfecto* ventre eius, extracti sint ex vtero materno. l. 11. §. 5. D. *de*  
*publ. in rem actione.*

Enimvero, non locus esset dubitationi, quin eodem iure, quo pro-  
 gnati, censetur, qui viuit, postquam in lucem prodiit, quamuis *exfectus*  
 sit ex vtero materno; nisi PAVLLVS turbas daret, qui falsum esse, ait,  
 matrem *peperisse, cui mortuae filius exfectus esset.* l. 132. §. 1. D. *de verb.*  
*signif.*

Sed

b) FEST. loc. cit. c) PLVTARCH. quaest. Rom. 100. d) SVET. vita  
 Neron. cap. 6. e) SICCAMA in fastis Kalendar. c. IV. in GRAEV. thes. ant.  
 Rom. T. VIII. p. 51. f) FRANCISCVS ROBERTELLVS, de cognomini-  
 bus ap. GRAEV. T. VII. p. 1142. g) CASAVB. comment. ad Persii Satyr. II.  
 h) OCTAVIUS Ferrar. de vet. Lucern. sepulchr. apud Graev. T. XII. p. 100;  
 lit. D.

Sed VLP IANVS succurrit opportune, &, proprie non quidem *peperisse*, ait, matrem, cui partus, *exciso utero*, ademptus sit, sed illam tamen filium *habere*, quae exciso utero, cum moreretur, edere partum possit. l. 141. D. de v. f.

In illa igitur varietate, quid dicemus? Nimirum, de *ipso infante*, nemo dubitat, quin pro *nato* habeatur, qui *uiuus exsectus fuerit ex utero materno*. Sed si de ipsa *matre* quaestio fuerit, recte iudicabimus, illam *non peperisse*, sed filium tamen *habuisse* atque reliquisse, quamuis partus ipsi *mortuae fuerit exsectus*. Itaque, nisi aliud ex orationis ordine appareat, si legatum matri relictum fuerit sub conditione: si *filium pepererit*, non adquisiuisse legatum censebitur, si utero mortuae exsectus fuerit filius: contra, ubi adscripta fuerit conditio, si *liberos habuerit*, aut *reliquerit*, legatum videbitur valere, quamuis, utero exciso, mortuae extractus filius. Ita IULIANVS etiam respondit, l. 18. D. *quando dies legat*.

Sed, ut ad aetatem reuertamur, si, quod saepius dictum est, septimo anno partus minor fuerit, iure infantium utetur. Neque cuiquam dubium videbitur, quin a die *natali*, aut quo editus fuerit infantulus, initium numerandi faciamus.

Sed *natiuitatis tempus* ne in controuersiam adduci possit, M. ANTONI-  
NVS PHILOSOPHVS si IULIO CAPITOLINO, in vita eius, fides est <sup>i)</sup> primus coegit ciues vniuersos, *profiteri natos liberos, intra vicesimum a natiuitate diem*, nomine imposto, apud praefectos aerarii Saturni. In prouinciis etiam *tabulariorum publicorum* usum instituit, ut apud illos, de *originibus* liberorum, vti apud praefectum aerarii Romae, *professiones* fierent, & *testationes natalium* ab his acciperentur, <sup>k)</sup> quod FRANCISCVS ROBERTELLVS etiam notauit. <sup>l)</sup> Rem ipsam non semel veteres interpretes iuris attigerunt. Placuit enim, credi *professionibus*, quae intra tempus legitimum factae essent, cum res recens facile inuestigari potuerit: nisi manifesta fraus probetur. TERENCEVS CLEMENS etiam *ait*, etiam *matris professionem* recipiendam esse, ait. l. 16. D. de *probat.* qui, si *diuersae* de eiusdem filii natalibus professiones proferrentur, Caesarem constituisse, docet, ut *veritas* excutiat, & iudex illud, quod credibilius videri possit, maxime sequatur: quod si fieri non possit, cum de statu *etatis* quaeratur, standum ea professione non esse, quae infanti nocitura videatur. Itaque tunc illam sententiam, quae partui faueat, accipiemus. l. 13. D. de *probat.* quod fere video etiam DIOCLETIANO & MAXIMIANO placuisse. l. 22. C. de *liberali causa*. Interim, si non inueniatur professio, aut omnino suspecta sit, non prohibentur liberi etiam alio vti genere probationis.

E 3

l. 15.

<sup>i)</sup> IUL. Capitolin. in vita M. Anton. philos. c. 4.  
de grad. honor. in thes. Græzui T. III. p. (43.)

<sup>k)</sup> Id. ibid.

<sup>l)</sup> ROBERT.

l. 15. C. de *liberal. cauff.* Nostri fere, *ex libris ecclesiasticis* facile probauerint natalem diem. PASTORIS enim, aut *scribæ ecclesiastici*, testimonio, ex libris ecclesiasticis petito, fides est. Sed finge, hos combustos, aut amissos: quid dicemus? in primis si de *orborum* aetate dubitetur. Memini, in illa re, etiam *iudicis domicilii* asseuerationem maxime in re recenti, cum infans non ita pridem natus esset, suffecisse. Creditur enim iudex facile nosse conditionem & origines ciuium: ut pastores ouium facturam, qua grex suppletur, & annos, atque menses, quibus quisque agnus a matre editus fuerit, facile enumerabunt. Sed desideramus, ut idoneam rationem suae scientiae, ex negotiis coram se gestis haustae, iudex afferat, si de *æta- te* ciuium testetur.

Sed ex diuerticulo in viam redeamus. Nimirum annos *infantiae*, ex *die natali*, quo editus est *infans*, computamus. Sed in illa re alia nobis non minima difficultas obiicitur, si quis *bissexto*, id est, *intercalari die*, editus dicatur. Olim quidem certe, in republica Romana, constat, *sacerdotes*, quibus haec cura temporis, propter ferias, commendabatur, quoties annorum orbis definitos numero dierum a cursu solis deflexisse obseruabant, quodcumque visum esset, sed in primis mense FEBRUARIO, anni, tunc postremo, post *terminalia*, quæ immota erant, ex arbitrio intercalasse, donec anni cursus cum sole in gratiam rediret. Hoc enim AVRELIVS MACROBIUS testatur. <sup>m)</sup> Aliquando etiam propter superstitionem plane non intercalatum est, aliquando per gratiam multi dies interiecti. Sed ne illa *interiectione* nomina & ordines dierum ac mensium perturbarentur, placuit, hoc tempus, atque hos dies, qui intericerentur, *pro superuacuis* accipi, computationibus & nugis extrahi, in negotiis administrandis illorum rationem non haberi, sed, quasi cum illo die, post quem intercalatum esset, dies *intercalares* cohærent, hos quidem pro nullis, aut certe pro accessione diei proxime præcedentis, in republica censeri. Hoc enim idem, quem antea laudavi, MACROBIUS testatur <sup>n)</sup> & in primis IOSEPHVS SCALIGER <sup>o)</sup> DIONYSIVS PETAVIVS <sup>p)</sup>, & ERYCIVS PVTEANVS, <sup>q)</sup> probauerunt. Hoc est, quod CELSVS refert, Catonem putauisse, tempus *intercalare* addititium esse, *omnesque eius dies pro momento temporis haberi*. l. 98. §. 1. D. de *verbor. sign.* Ex eo fonte deducitur, quod MACROBIUS ait, non nunquam *per gratiam* sacerdotum, *ut publicanis consulto proferrent vel imminuerent* dies anni, intercalatum & modo auctum, modo retractum, esse spatium intercalationis. <sup>r)</sup> Ex quo loco intelligitur, *pu- blica-*

<sup>m)</sup> MACROB. L. I. Saturn. c. 13.    <sup>n)</sup> Id ibid. c. 14.    <sup>o)</sup> SCALIGER de veter. anno Rom. in Graeu. thes. T. VIII. p. 310. sp.    <sup>q)</sup> PETAVIVS in doctrina temporum L. II. c. 71. & L. IX. c. 45.    <sup>p)</sup> PVTEANVS de bissexto in Graeu. thes. T. VIII. p. 424. sqq. & 448. sqq.    <sup>r)</sup> MACROB. I. Saturnal. 14. init.

*blicanos*, qui vsque ad extremum anni diem, post quem intercalabatur, publica conduxissent, per omnes *dies intercalares*, qui sequebantur, continuasse negotium, illosque, quasi *cum priore cohærent, apposuisse* lucro suo, ideoque, in negotiis administrandis, totum illud tempus pro accellione diei proxime superioris acceptum esse.

Sed, correctis temporum & KALENDARIJ rationibus, IVLIVS CAESAR effecit, vt quarto quoque anno, ante quinque mensis Februarii postremos dies, ideoque post *sextum Kalendarum mensis* proxime sequentis, dies vnus, qui cum priore *sexto Kalendarum* cohæreret, intericeretur. <sup>5)</sup> Qua re euenit, vt *bis sextum Kalendarum* in Fastis inscriberent, ideoque diem intercalarem commodissime *bis sextum* appellare posse, viderentur. Quæ cum ita sint, recte CELSVS noster, cum *bis sextum* KALENDIS est, inquit, *pro vno die illud biduum habetur*: ideoque nihil refert, *utrum quis priore an posteriore die natus sit*: Et deinceps *sextum* KALENDAS eius dies natalis est: ideoque quo anno non intercalatum est, *sexto* KALENDAS natus censebitur: cum *bis sextum* KALENDIS est, *priorem diem natalem habet*. l. 98. pr. D. de verb. sign. Itaque, cum nos quidem diem Februarii vigesimum nonum intercalarem habeamus, illo qui natus sit, *vigesimo octauo eiusdem mensis die censeatur editus* fuisse; & ab hoc quidem die septem anni infantia eumerantur. Ita fere VLPIANVS etiam de *minoribus* respondit, vt nihil referat, priore quis an posteriore *bis sexti* die natus sit, *cum illud biduum* pro vno die habeatur. l. 3. §. D. de min.

Hoc igitur biduo HERCVLES *sive miraculo* nasci potuisset, qui

Nocte vna non poterat creari <sup>7)</sup>

Difcedam ab hoc loco, si adiecero, dubitasse MARCELLVM, vt in omnibus negotiis *intercalaris* dies illi proficiat, qui certo die aliquid facere iussus sit, quamuis illud biduum, quo intercalatur, *pro vno die habendum* videatur. l. 2. D. de diuers. temporal. præscript. Et ipse quidem MARCELLVS facile largitur, in tempore, quod iudicatis constitutum est, aut quo lis perit, *die intercalari auctum tempus esse*, itemque si de vsucapione sit controuersia, quæ constitute tempore soleat expleri: sed, in lege commissoria, si emtori hæc lex dicta sit, vt, nisi intra XXX. dies pretium soluerit, res inempta esset, contra putat. d. l. 2. de diuers. temp. præsc.

Mihi quidem videtur, hoc discrimine interiecto controuersia definiri posse, vt aliter sentiamus, si quis intra certum numerum *annorum*, aliter, si, intra certum spatium *dierum proximorum*, aliquid iussus sit præstare.

In

<sup>5)</sup> MACROB. l. saturn. 14.

<sup>7)</sup> SENECA. tragoed. Agamemnon. act. III. v. 826.

In *annis* enim numerandis, merito regulam iuris sequimur, ut dies intercalaris cum proximo die præcedente coaluisse videatur. Dum enim annos dicimus, spatium annorum intelligimus fastis definitum, in quibus intercalaris dies, cum illo, post quem intercalatum est, pro vno die continuo habetur. Sed dum dies singulos & proximos debitori definimus, videbimur, de *diebus naturalibus* sensisse. *Naturaliter* autem intercalaris dies cum præcedente *non cohæret*, sed ipso numero horarum est discretus. Quare nemini, cui *spatium SAXONICVM*, id est, *quadraginta quinque* dierum sententia definitum sit, nemini, inquam, auctor sim, ut *diem intercalarem pro nullo* & superuacuo habeat, cum hoc quidem tempus de *diebus naturalibus* accipiatur. Quamuis interdum in pœna contumaciæ constituenta benigniorem sententiam sequamur.

Habes igitur tempus, a quo septem annos *infantiæ* plerumque numeramus. Superest, ut de *die* cognoscamus, quo *infans annum septimum expleffe* censetur. Et MARCIANO quidem in *puberibus* iudicandis placuit, si quis decimo quarto ætatis anno pridie kalendarum *post horam sextam noctis*, testamentum fecerit, qui *ipsis kalendis Ianuariis* natus sit, valere testamentum; cum iam *coeperit natalem diem attingere*, adeoque illum compleuisse videatur. l. 5. D. *qui testamenta facere poss.* Itaque dicemus, *infantem* qui natalem quidem diem, nec tamen *horam*, qua natus est, attigerit, septem annos egressum esse, & *infantia maiorem* iudicari. Et hoc quidem iure utimur, *si de infantis favore & commodo quæramus*. Contra, si de eius *incommodo* tractemus, aut si *damnum* ad ipsum perueniat, qui *infantiam* egressus esse iudicatur, si *captus* die natali videatur, obtemperamus VLPIANO qui etiam in minoribus, qui *capti* sint postremo die, admisit, ut, si diem natalem *non compleuerint*, a momento ad momentum, id est, ab *hora natali vsque ad natalem horam*, tempus computemus. l. 3. §. 3. D. de miu.

## §. III.

*Nascendi* *Accepisti* igitur, ex quo tempore, & ad quod vsque tempus, liberi *pro natis habentur etiam cum de favore tertii quaeritur si aequale. Infantes pro absentibus habentur. Ipsi tamen cum tu* prognati iure *infantium* utantur. Sed *nati* demum censentur iure *infantium*: interdum & *nascendi*, si *de ipsorum commodo* quaeratur. PAVLLVS enim docet, eum, qui nasci speratur, esse *superstitem*; tunc verum esse, cum *de ipsius iure* maxime quaeratur, *aliis* autem, nisi natus sit, illum *non prodesse*. l. 231. D. *de verb. signif.*

Imo vero commodius & curatius dicemus, *infantem* fingi *illo tempore* inprimis natum, *quod ipsi utilissimum* videri possit. Iudicamus enim aliquando partum *serius* prognatum, si hoc ipsi profuturum esse, intelligatur. HERENNIVS certe MODESTINVS respondit, si eo tempore ancil-

la enixa sit, quo ipsa manumitti debuisset, partum ingenuum videri, quasi post manumissionem natum. l. 22. l. 15. & 16. D. de statu homin.

Sed meretur observari, etiam tertio prodesse illum, qui in ventre est, si utilitas eius cum utilitate tertii coniuncta sit, aut si in argumento interpretationis occupemur, aut si alter locupletior fieret cum damno tertii, nisi nascendus pro nato haberetur. Ita verna nascendus, pro nato accipitur, in domini favorem, si mater pragnans surrepta sit, ideoque parvus, postea a matre surrepta editus, ne quidem a bonæ fidei possessore usucapi poterit, cum & ipse furivus, &, quasi ante furtum natus, cum matre sua surreptus videatur. Ita IULIANVS præcipit. l. 26. D. de statu homin.

Sed apertius idem IULIANVS etiam inter ingenuos admisit, ut patri, aut heredibus eius, profit nascendus; quasi vivo patre editus fuisset. Is enim, cui hac conditione aliquid legatum est, quando liberos habuerit, si, pragnante uxore relicta, decesserit, quasi expleta conditione videbitur decessisse. l. 18. D. quando dies legat. Censebitur enim mortis tempore iam fuisse, qui in utero relictus sit, quod TERENCEVS CLEMENS præcipit. l. 153. D. de verb. signif. Apposite etiam CELSVS noster, si quis, inquit, pragnatem uxorem reliquerit, non videbitur sine liberis decessisse. l. 187. D. de reg. iur.

Certe, qui in utero est, etiam in favorem tertii, pro nomine habetur. VLPIANVS enim docet, pragnantis mulieris consumendæ, quamvis damnatæ, supplicium differri, imo ne quæstionem quidem de illa haberi, quamdiu pragnans est, ne partui innocenti noceatur. l. 3. D. de poenis. Nec dubitari potest, quin fustigatio matris pragnantis non solum differatur, sed etiam remittatur matri propter partum. Res enim ipsa loquitur, si in carcere detinenda esset, pœnæ differendæ causa, ipsam hanc diuturnitatem carceris matri prodesse ad pœnæ mitigationem. Igitur mater pragnans, confestim, remissa fustigatione, relegatur.

Sed ad infantes vere natos redeamus. Hoc quidem expeditum est, infantes pro absentibus haberi.

Generaliter enim FLORENTINVS, si quis coram altero aliquid facere debeat, non videtur, inquit, præsentem eo fecisse, nisi hic intelligat, quid agatur. Itaque si furivus aut infans sit, coram illo non videbitur aliquid fecisse. l. 209. D. de verb. signif. Quare receptum est, ut pro his, qui fari nequeant, vel absint, tutores iudicium accipiant. l. 1. §. 2. D. de administ. & peric. tut. Ex hac causa PAVLLVS etiam deducit, ut pupillus ne pati quidem posse videatur. l. 110. §. 2. D. de reg. iur. cum non intelligat, quid patiatur, adeoque lædi sua patientia non possit. Absentes igitur habentur, imo furivis infantes comparantur. Sed est tamen

discrimen inter *furiosos & infantes*. Certe, si *infans* etiam vere *furere* incipiat, per *morbum, cum tumultu*, non tamen curatorem accipiet furiosus, sed, propter *ætatis miserationem* a tutoribus regetur, qui *testamento* patris ipsi sunt relictæ. Præterea, quamuis ipse *infans habeatur pro furioso & absente*, tamen nihil impedimento est, quo minus possit *curam absentis* suscipere, per *tutorem suum*. Enimvero *cura absentium ad patrimonium infantis* pertinet, & *pro occupatione præmatura hereditatis legitimæ* habetur, ideoque heredibus absentis sanguine coniunctis, iisque *proximis*, sine discrimine defertur. Hoc CARPZOVIVS, <sup>u)</sup> & BEYERVS <sup>z)</sup> obseruarunt.

Singulare est, quod quamuis *vsufructum*, quo patrimonium augeatur, *infans* habere possit, tamen *vsu non semper habere posse* videatur. Aperte enim POMPONIVS l. 55. D. *de vsufr.* si *infanti vsus tantum relictus sit, hunc interim nullum* esse, ait. Pleraque enim, quæ ad *vsu* referuntur, & *immediate* percipi debent ab *vsuario*, non proderunt *infanti*. Certe *vsu equi, armorum, bibliothecæ, suppellectilis, frustra* dederimus *infanti*. Sed receptum est, *omnia iura, etiam quibus iam quidem uti nequeat, infanti integra seruari*. Itaque quamuis *vsus interim nullus* sit, cum tamen *infantis ætatem vsuarius* excesserit, esse *vsus* ille incipiet, qui est *legatus*. d. l. 55. D. *de vsufr.*

Extremo admonendum est, *filium, quamuis infantiam excesserit, infantia proximum, infantia maiorem, non adultum, appellari*. *Adulti* enim nomen *puberibus* accommodatur. l. 1. §. 3. D. *de administ. & peric. tut.* Nostri *adultos, erwachsene Kinder*, solent appellare. Hac voce AVGVSTISSIMVS LEGISLATOR *noster* vsus est, dum constituit, si *pater in ius vocandus* sit, liberis *adultis, den erwachsenen Kindern*, citationem insinuari posse. tit. IV. §. 2. *ordin proc. Sax. recog.* Neque dubito hac voce, *erwachsene Kinder, adultos* intelligi, qui commode negotium perficere, & parenti rem indicare possint, quod, apparet, in *puberes* inprimis conuenire.

n) CARP. P. III. constit. 15. def. 48. n. 4. & 8.  
c. 27. th. 47.

z) BEYER. iur. Germ. L. 1.  
c. 27.





LXVI.

# LEX COMMISSORIA SVBHASTATIONIBVS TACITE I N E S T.

---

VITEMBERGAE, DIE XXVIII. NOVEMBER. A. R. S. CIO IO CC XLVI.

---

C. PLINIVS CAECILIVS SECVNDVS  
in *libr. IX. epist. XXVI.*

Tutius per plana, sed humiliter & depressius iter: frequentior currentibus quam reptantibus lapsus: Sed his non labentibus nulla laus, illis nonnulla laus, etiamsi labantur.

§. I.

Conquestus est sæpe immortalis nominis Ictus, Io. HENRICVS de *Querela BERGERI*, cum in resolutionibus legum obstantium tum in electis disceptationibus forensium, quod CARPZOVIVS, PHILIPPI ceterique DD. Saxonici, qui integram subhastationis materiam ex instituto exposuerunt, doctrinam de additione in diem ac lege commissoria, quas hastæ publicæ quemadmodum venditioni rei fiscalis tacite inesse arbitratur, penitus omisissent. In foro cum aliquando obveniret eiusmodi species, ut præter spem iudex immobilia sub hasta publica distrahens a concursu creditorum conveniretur, quod propter pretium, sub distinctis temporibus promissum, in subhastato prædio dominium vel hypothecam expresse non reservaverit, atque ille id ipsum propter legem commissoriam tacitam minus necessarium fuisse, responderet, resque inter partes fortuna ambigua disceptaretur: querela BERGERI mihi admodum visa est iusta, cum perlustratione deinde complurium iuris commentariorum edocerer, hoc argumentum vel parum vel leviter ac non sufficienter ab interpretibus iuris Romani & Saxonici esse excussum, a plerisque fere silentio prætermisum. Cogitanti igitur mihi de specimine, quod ab illis, qui honores petunt, exhibendum est, argumenti non vulgaris & ad utrumque ius & civile & patrium spectantis, in mentem rediit BERGERVS, operæque pretium me facturum esse existimaui, si de

paçto speciatim commissorio, quod emtionibus venditionibus sub hasta tacite inest, illisque continetur, quantum per vires atque ingenii mediocritatem fieri potest, deficiente lege speciali ex natura negotii exponerem. Quid enim frequentius in foro subhastationibus, quid spinosius subtili illa de lege commissoria disputatione? Interim tamen relicta in medio tacita addictione in diem id ipsum monere non negligam, PHILIPPVM omnino huius doctrinæ c. 3. *comm. 16. n. 138. seqq. de subhast.* non immemorem fuisse, vt appareat, hunc locum BERGERO forte non obuenisse.

## §. II.

*Per legem  
intelligitur  
conditio.*

Nihil itaque prius, nihil antiquius habeo, quam, vt significationes verborum, quibus in hac commentatione maxime vtatur, cognitæ rite perspectasque reddam. Primo posset aliquem mouere, quid per legem hic intelligatur? Concors fere omnium DD. est sententia, legem in hoc argumento non pro dispositione superioris, sed pro paçto, quo contrahentes quasi lege quadam teneantur. accipiendam esse, cum & veteres magistri artis nostræ eo sensu hæc loquendi formula vtantur, & ICris recentioribus illa familiaris sit, vt dubitari nequeat, paçtiones subinde legis nomine venire. Non ignoro ARISTOTELEM iam olim *rhetor. libr. 1. c. 14.* paçtum (*συνηκην*) per *νομον ιδιον* definiuisse, neque me fugit, capitulationem imperatoris Romani, quæ paçti inter cæsarem & electores quodam modo rationem habet, legem tamen regiam Germonorum vulgo appellari, neque ignotæ sunt *l. 40. §. 68. ff. de contr. emt.* in quibus paçtiones legis denominatione exprimuntur, neque sum nescius, hanc appellationem esse impropriam, translato scilicet legis nomine ad paçtiones propter effectus paritatem, cum & lex publica perinde vt paçtum actiones ciuium reformet, limitet et restringat, quod LAUTERBACH *in coll. theor. pr. Lauterbach. l. 18. Tit. 3. §. 1.* obseruat. Neque tamen minus elegans est illorum opinio, qui legem non significare ipsum paçtum, sed formam, qualitatem vel conditionem per paçtum contractibus adiectam, existimant, illaque inter se differre tradunt vt causam & effectum, atque ad *l. 7. §. 5. ff. de paçtis* prouocant, in qua VLPIANVS paçta dare legem i. e. conditionem, contractui docet. Neque enim alio sensu auctor *Nov. 136. c. 1.* hac formula vtitur, dum paçtum ait contractui formam & regulam addere, quam regulam VLPIANVS in *l. 7. §. 5. ff. de paçt.* legem appellauit. His rationibus & aliorum etiam argumentorum conuictus soliditate facio cum GOTHOFR. a IENA *in tr. de lege commiss. th. 3.* qui legem hoc loco pro conditione paçti accipit, cuius chartas compilare non audeo. Igitur alienum est a tautologiae vitio & tolerari omnino potest iuris canonici *in c. 7. X. de pign.* expressa formula, qua lex commissoria paçtum legis commissoriæ dicitur

citur, quam cum DVARENO, CVIACIO, ANTONIO FABRO aliisque STRYKIVS in usu mod. ad tit. de lege commiss. vt ineptam nimis injuste reprehendit. Pontifex enim videtur legem pro conditione accepisse, vt pactum legis commissoriae notet illud de conditione contractus, quæ lege commissoria continetur.

## §. III.

Accepisti, quo sensu legem in hac commentatione sumam, superest, *Cur dicatur commissoria.* Non conueniant Icti de origine huius formulæ, qua nomen legis commissoriae huic pacto accommodatur. Alius aliam affert rationem, & noua, ingeniosa magis quam uersimilis est sententia HENRICI de COCCII, quam SAMVEL filius in iure controu. l. 13. tit. 7. de pignor. act. laudet. Audiamus ipsissima uerba COCCII: *Committi ea, quæ contraria sunt, tunc dicuntur, cum facultas inuicem agendi incipit, ita prælium committi dicitur, cum duo exercitus signo dato concurrere incipiunt. Atque ita ad eius imitationem negotia quoque ciuilia nonnunquam committuntur: inprimis cum a lege agendi ex eis facultas suspenditur: in momento enim, quo id factum, vel casus existit, quasi signo dato incipit agendi in inuicem & congregiendi facultas, atque ita in momento illo committuntur partes, ut quasi in pugna litem conferere possint: huius igitur pacti momentum est quasi classicum, & signum illud, quo dato ius mihi deberi incipit, indeque recte dicitur, negotium siue ius committi, ut ipsa pugna.* Quis enim non statim intelligit, hanc comparisonem e longinquo inuita propemodum Themide esse petitam? Propius ad rem accedere uidentur illi, qui committere interpretantur peccare vel contrauenire, atque ita per legem commissoriam, legem transgressionis, qua fides in contractu data uiolatur, intelligunt, ea potissimum commoti ratione, quoniam in l. 4. §. 2. ff. de L. comm. uerba: *commissa lege, luculenter uiolatam legem norant, deinde in l. ult. §. fin. eod. commississe, idem illud atque in legem commissionis peccasse significat.* Sed uersimilior eorum est opinio, quæ & antiquæ latinitatis scriptorum & legum auctoritate stipata committere, per dominium & ius acquisitum amittere, perdere & vii BEYERVS in possit. ad ff. de L. comm. loquitur, *prætensionibus suis excidere, wenn das ganze Recht verfallen, interpretatur.* Sane si M. TVLLIUM CICERONEM arbitrum admittamus ille in l. 13. epist. ad famil. 56. *commissas* ὑποθηκας appellat, id est, amissas prorsus vel extinctas, neque minus C. SVETONII TRANQVILLI in CALIG. c. 41. locus sententiæ nostræ admodum conuenit: *huiusmodi, uetigalibus indictis neque propositis, cum per ignorantiam multa commissa fierent, tandem flagitante populo Romano proposuit legem.* Nihil certius

sius est, commissa ibi, iura amissa & deperdita notare. Cui nostræ interpretationi eo maius accedit robur, quo confidentius affirmare possumus, legum architectos eodem sensu hac formula usos esse. Quid enim est, quod *in l. 11. ff. de publ.* vectores, qui navii illicitas res imposuerunt, capite puniri, commissis mercibus dicuntur, nisi hoc pro amissione ac specieatim pro confiscatione mercium accipiatur? Quid denique clarius illo, quod *VLPIANVS in l. 14. ff. de publ.* disserit, quod commissum est statim desinit domini esse? Quæ cum ita sint, illis tamen dicam non scribam, qui utramque vocis, commissoriæ, significationem, ut committere sit peccare & ius amittere, in hac formula concurrere arbitrantur, quorum numero *FRANZKIVM* non iniuste accensemus. In commentario enim *ad ff. l. 18. tit. 3.* ita sentit: *quia emtor pretium non soluens in hoc pactum quasi committit, & ita potestatem facit venditori hoc pactum exercendi & rem recuperandi. Hic enim est usus in iure nostro verbi committere, quod significat propter delictum alicui quasi potestatem facere poenam promissam vel simile quid exigendi. Sic merces, quæ fisco, ob delictum eas non profitentis vindicantur, committi & merces ipsæ commissum dicuntur l. 14. & 16. ff. de publ.*

## §. IV.

*Definitio et  
formulæ.*

Ex his, quæ iam de vocabulorum notatione disputata sunt, quodammodo iam apparet, quid sit illud pactum, quod legis commissoriæ nomine venit. Cum autem hoc pactum aliis quoque negotiis accedere possit, quemadmodum *GOTHOFR. a IENA* de pignore, de locatione conductione, de emphyteusi & feudo docuit, *GROTIUS* vero *l. 1. c. 3. §. 16. & c. 4. §. 12. de iure B. & P.* in delatione imperii principes sub lege commissoria obligari posse memoret, cuius sententiam tuetur *ILL. DN. a LEYSER in medit. ad ff. sp. 198. coroll. 2. de l. comm.* necesse est, ut inprimis præstruamus, nos circa legem commissoriam, quæ in contractu emtionis venditionis occurrit, vnice esse occupatos. Igitur legem commissoriam per qualitatem siue conditionem resolutiuam, ut pretio intra iustum ac definitum tempus non soluto emtio venditio sit nulla, definimus. Formulas huius pacti, quibus contrahentes olim utebantur maxime, *POMPONIVS in l. 2. ff. de l. comm.* si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit, *VLPIANVS in l. 4. pr. eod.* ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret fundus, *SCAEVOLA l. fin. eod.* ut arrham perderet & inemptæ villæ essent, & idem *SCAEVOLA l. 10. §. 1. ff. de rescind. vendit.* ut si ex die pecunia omnis soluta non esset, & venditor ea prædia venisse noller, inuendita essent, suppeditant, largiorem vero earum copiam

BARNABAS BRISSONIVS in commentario eleganti de formulis & solemnibus populi R. verbis. l. 6. p. m. 505. colligit.

## §. V.

Duplici ratione in contractibus adesse potest lex commissoria, vel est *Quo sensu di-* expressa, cum nominatim eam contrahentes adiiciunt, vel tacita, quæ *excatur tacita.* expressæ opponitur. Hanc ideo tacitam vocamus, quoniam citra expressam partium conventionem ex dispositione legis vel ex consuetudine, quæ legis vigorem habet, l. 32. §. 1. ff. de leg. negotiis inest, & nisi aliud aperte actum sit, subintelligitur. Ita BERGERVS, ex lege, venditioni rei fiscalis conditionem commissoriam, exemplo tacitæ additionis in diem l. 21. §. fin. ff. ad munic., quæ propemodum eiusdem est naturæ, tribuit; ita moribus hodie tacite illam subhastationibus semper adiici arbitrat, id quod iure Saxonico recentissimo per ORDIN. PROC. RECOGN. ad tit. 39. §. 17. re ipsa confirmatum est. Hæc est vera vocis *taciti* in hoc argumento notatio, quamvis variæ adhuc occurrant in iure civili, quarum indicem idem BARNABAS BRISSONIVS de verb. significat. exhibet.

## §. VI.

Per subhastationem, quæ apud classicos linguæ latinæ auctores elegant *Quid sit sub-* ter per metonymiam hasta publica haud raro audit, vt apparet ex loco CORNELII NEPOTIS in Attico c. 6., illum intelligimus actum iudiciale, *hastatio.* quo bona vendenda a magistratu rite in publicum exposita plus offerenti conceduntur, & differt ab auctione, quia hæc priuata auctoritate plerumque suscipitur, aut certe si publice fiat, duntaxat ad mobilia refertur. Generali vocabulo, quod vtramque sub se comprehendit speciem, si quid plus licitantibus venditur, sectionem appellamus, quæ vox licet olim nihil aliud quam confiscationem, qua damnatorum & proscriptorum bona vendebantur, significaret, postea tamen ad quamvis auctionem & publicam & priuatam transiit. Egregium eius rei vestigium habet FLAVIUS EVTROPIVS l. 8. c. 6: *instrumentum, inquit, regii cultus, facta in foro diui Traiani sectione distraxit, vasa aurea, pocula cristallina, & murrhina, vxoriam ac suam sericam ac auream vestem: multa ornamenta gemmarum: ac per duos cotinuos menses venditio habita est.* *Eiusdem varietate denominationes.*

## §. VII.

In honorem venditoris, quod ait GERH. NOODT. in comment. ad ff. Probatur lex §. 1. de L. comm. in poenam vero emtoris emtioni venditioni priuatae additur commissoria lex commissoria. Haec est ratio, cur in venditoris positum sit arbitrio, *subhastationibus tacite* litne legem commissoriam exercere, id est, contractum resolvere, an em- *inest.* tozem

tozem via iuris ad soluendum pretium adigere. Quod cum *l. 3. ff. de L. comm.* expresse cautum sit, eius dispositionis causam hanc esse maxime arbitror, quia omnes licentiam in *l. 29. C. de pact. & Nou. 136. c. 1.* habere dicuntur, his, quae pro se introducta sunt, renuntiandi, sine quoniam, quod *BRVNEMANNVS ad l. 3. ff. de L. comm.* commentatur, quando in alicuius fauorem actus redditur nullus, sub hac tacita conditione hoc fieri intelligitur, si ille cuius fauorem respicit, actum nullum esse velit. Hac adductus ratione in eam primus incidit cogitationem *BERGERVS*, legem commissoriam, expresse quamuis non sit adiecta, tacite tamen subhastationibus inesse. Nihil enim eius naturae ac definitioni magis consentaneum esse autumat, quam vt arbitrio iudicis subhastantis, aut eorum, quorum interest, permittatur, vtrum compelli licitatore[m] eiusue heredem velint ad deponendum pretium, an potius repeti subhastationem. Vnde etiam varie pronunciar[i] affirmat, modo vt licitator pretium deponat simpliciter, modo vt fundus vel res emtore non soluente denuo haestae publicae subiiciatur, daß in *Verbleibung dessen mit Subhastation des Guts anderweit gebührend billig verfahren werde.* Quod quidem vix alio, quam ad legem commissoriam referre possis. Fauet doctrinae *BERGERI* de lege commissoria, quod illa in subhastationibus, quamuis expresse non sit adiecta, locum habeat, *WERNHERVS in obs. 353. P. X. p. 631.* eamque praecudicio *ordinis iuridicis Viembergensis* corroborat.

## §. VIII.

*Aduersarii  
refutantur.*

Sententiam *BERGERI* cum prorsus meam faciam, necesse est, vt tela aduersariorum retorqueam. Obiciunt maxime, non esse in venditoris voluntate positum, vt possit contractum emtionis venditionis ex capite non soluti pretii rescindere, aut ab eo, inuito emtore, resilire, id quod *l. 8. C. de contr. emt. vendit. & l. 3. C. de rescind. vendit.* manifeste prohibet, atque ita circa expressam contrahentium conuentionem poenam legis commissoriae perpetuo cessare. Sed quis non statim videt hanc legem loqui de priuatis atque ordinariis venditionibus, non de subhastationibus publicis, quae a *DD.* non absone venditiones priuilegiatae vocantur. Quarum fides cum non conuelli debeat, *arg. l. 8. C. de remiss. pign.* propter vtilitatem publicam merito eiusmodi priuilegio gaudent, vt, si licitator tergiuersetur statim tempore pretium soluere, iudici vel iis, quorum res agitur, permissum sit, rem subhastaram, rescisso contractu, reuocare. Certe qualitatem & conditionem negotii rectissime ex fine aestimamus. Sed in venditionibus publicis id maxime agitur, vt creditoribus quantocyus ex bonis debitoris obaerati, qui iam diu creditores detinuit, satisfiat. Hunc finem frustra quaesueris, nisi emtori necessitas imponatur pretii confestim & sine noua mora exsoluendi, quod

com-

commodissime efficietur, si emtorem metu legis commissoriae ad fidem implendam adigamus.

## §. IX.

Alia tamen a dissentientibus mouetur controuersia, nimirum non naturaliter emtioni venditioni inesse legem commissoriam, sed iure tantum per mittente ac non reprobante, ideoque non adiectam a partibus nunquam praesumi, suaeque opinionis praesidium in l. 13. §. 26. ff. de act. emt. vendit. se inuenisse gloriantur, vbi VLPPIANVS pactiōnem commissoriam aperte, legem contractui dictam, non improbatam nominat. At enim vero, quamuis nec ipse affirmare audeam, ad naturam siue ad naturalia emtioni venditionis spectare legem commissoriam, sed quia a mero paciscentium arbitrio saltem dependet, ad accidentalia potius eiusdem contractus referam; nihil tamen obstare video, quominus illam subhaftationibus auctoritate publica susceptis citra expressam pactiōnem tacite inesse defendam. Cum enim illud, quod superius in §. II. dixi, negotio tacite inesse, credatur, quod vel a lege vel a consuetudine, cuius eadem cum lege vis est ac potestas §. 9. I. de iure natur. & gent. definitur, porro ex antea dictis iam pateat, moribus hodiernis & per ordinat. proc. recogn. in Saxonia probari, quod licitator, fide neglecta, iusto tempore pecuniam non numerans, iure excidat suo, atque si ex re videatur, noua haud raro suscipiatur subhaftatio, necesse omnino est, vt pactum hoc commissorium in hasta publica praesumatur, nec est, quod illud ius odiosum appelles, cum publica illud postulet utilitas, vt venditionibus publicis eo maior accedat fides atque auctoritas. Non patrocinator illis, qui odium pacti commissorii defendunt, l. 1. pr. C. TH. de commiss. rescind. quae lex in l. ult. C. Iust. de pact. pign. paene tota relata legitur, quamuis IMPERATOR CONSTANTINVS inrer alias captiones praecipue commissoriae legis asperitatem crescere ibi describat. Quod cum de contractu pignoratitio duntaxat sit intelligendum, IACOBVS GOTHOFREDVS in commentario ad CODICEM THEODOSIANVM recte ineptam appellat eorum sententiam, qui cum SALMASIO hanc legem ad pactum commissorium in venditionibus pertinere existimant.

## §. X.

Dissoluitur contractus l. 1. ff. de l. commiss. existente conditione, id est, Subhaftatio res fit inempta, exinde prono alueo cosequitur, vt interim dominium certa ratione transferit ad emtorem. Dominia autem rerum cum suas debeant habere causas, æque sint vel remotæ, quæ ius ad rem, vel proximæ, quæ dominium & ius in re tribuunt, quarum priores tituli, posteriores modi acquirendi vocantur. HEINECCIUS ad ff. P. VI. §. 162. quidni subha-

stationem, quia species est emtionis venditionis, ad titulos habiles §. 40. *I. de R. D.* adiudicationem vero per expressum textum §. 7. *I. offic. iudic* quæ reuera nil nisi mera traditio iudicialis est, ad modos acquirendi domini referam. Accedit *l. 6. §. 1. ff. de usufr.* videantur præterea *CARPLOVIVS P. 3. C. 16. defin. 10.* & *PHILIPPI de subhast. c. 4. comm. 3. n. 2.* Quem admodum autem venditæ res & traditæ non aliter acquiruntur emtori, quam si is venditori pretium soluerit, vel alio modo ei satisfecerit, vel fidem emtoris secutus fuerit venditor *per §. 41. I. de R. D.* quem operose interpretatus est *ANTONIUS a MARA de concursu credit l. 1. t. 1. n. 15.* ita etiam ex causa subhastationis res adiudicatæ, non nisi soluto vel deposito licito *l. 5. §. 1. ff. de iure fisci*, aut fide de pretio habita, ad quam creditorum consensus inprimis necessarius est, in licitatoris transeunt dominium *BERGERI discept. for. p. 1195.* Quibus licet requisitis, in emtione venditione immobilium priuata, ex dispositione *decis. el. 61.* & resignatio & traditio siue inuestitura iudicialis ad effectum transferendi domini iure Saxonico adiungenda sit, priorem hodie secundum *ordin. pr. recogn. ad tit. 39. §. 18.* & olim iure Saxonico in adiudicatione necessariam fuisse, cum *BERGERO in oecon. iuris l. 2. t. 2. §. 20.* merito negare possum, propterea quod subhastatio plerumque fit debitore inuito, ideoque eius consensus & resignatio non desideratur, dissentiente *CARPLOVIO p. 1. const. 32. defin. 46. MARTINI ad tit. 39. §. 12. n. 37.* ad *PHILIPPI de subhast. c. 4. comm. 3. n. 16.* Posteriores vero ad consequendos domini effectus expresse requirit *ordin. pr. recogn. l. c.*

## §. XI.

*Quando con-* Cum itaque, si legem commissoriam subintelligamus, res nunquam  
*ditio existat* vendita siue non subhastata censeatur, si quando emtor oblatum atque ac-  
*inve Roma-* ceptatum pretium non soluat iusto tempore, videbo in præsentem, quodnam  
*no.* illud sit tempus, quo ad depositionem liciti obligatus sit. Iure civili nullus quidem determinatus est terminus, ex analogia tamen non incongrue id colligi videretur, licitum confestim deponendum fuisse. Finita enim subhastationis sollennitate præsens requirebatur pecunia: quandoquidem res pignori captas præsentem pecunia *l. 15. §. 7. ff. de re iudic.* distrahere oportebat, quo apprime facit illud *M. ACCII PLAVTI in Men. act. 5. sc. 9.*

*Auctio fiet Menæchmi mane sane septimi  
Venibunt serui, supplex, fundi, ædes, omnia  
Venibunt, quique libebunt, præsentem pecunia.  
Venibit uxor etiam, si quis emtor venerit.  
Vix credo tota auctione capiet quinquagesies.*



Nec fides de pretio habenda erat, quoniam lex laudata res pignori captas ita distrahere vetat, vt post tempus pecunia soluatur. Immo vero secundum l. 5. §. 1. ff. de iure fisci generaliter licitum in continenti absque vlla mora est deponendum. Nec sufficit præsens pecunia, si pars pretii tantum soluatur, sed totum pretium numerandum est, vt PHILIPPI de subhaft. c. 3. comm. 12. n. 7. auctoritate ICtorum docet, quo loco insimul monet, iudicem, qui consentit, vt fides de pretio habeatur, actione doli mali, tanquam male versatum in distrahendis pignoribus, recte conueniri. Sed quamuis maximus hic rigor sit iuris ciuilibus, quoniam tamen sola creditorum agitur res in subhaftationibus, quippe quæ ad illorum desiderium plerumque instituuntur, ideoque eorum fauor vnice respiciendus est, nullum est dubium, quin consentientibus creditoribus, aut lege permittente statutoria, tempora distincta solutioni constitui possint, & hoc casu cautionem vel fideiussores a licitatore iuste exigunt creditores.

## §. XII.

Iure Saxonico commendatur non minus parata pecunia tanquam commodissima, vt creditoribus fiat satis, adeo vt res dubio non careat, vtrum Iure Saxo-licitationes conditionatæ, si scilicet solutio pretii in termino demum distribu- ta et in di- tionis promittitur, admitti possint. BERGER el. discept. for. p. 1121. PHILIPPI de subhaft. c. 3. comm. 13. n. 53. Illæ profecto prohibentur, vbi distinctos ter- minos distribu- buta pecunia loco pretio nomen licitatoris offertur dec. el. Sax. 71. Attamen cum parata acceptatur. tæ pecuniæ vicem sustineat pretium, quod in certis & distinctis terminis, auf Tagezeiten soluitur, in Saxonia res sub hasta publica expositæ vel præfenti pretio, vel solutione in certas pensiones distributa, alienari possunt per constit, el. 32. p. 1., quæ edito Torgauensi de ao. 1583. tit. von Seilbiethen, confirmata est. Præterea certus hodie modus per nouissimum editum de subhaftationibus de dat. Varsouia d. 26. Aug. 1732. præscriptus est, in quo sancit serenissimus legislator, quod solutio distinctis interuallis oblata acceptari non debeat, nisi pro prædiis feudalibus dimidia, pro allodialibus tertia, pro rusticis vero quarta pars promissi liciti in termino adiudicationis, aut post proximas nundinas Lipsienses vernaes vel auctumnales, intra quatuor hebdomades parata deponatur pecunia, simulque addit, quod termini residui pro re nata vltra 4. 6. 8. & 10. annos non debeant prorogari. Quo loco probe obseruabis dici non posse, iudicem in hac specie suo periculo habere fidem de pretio, si distincta, modo præscripto, solutionis tempora acceptauerit, cum id lege facere cogatur.

## §. XIII.

*Quando con-  
ditio existat  
iure Saxo-  
nico.*

Promissa parata pecunia, tempus iure olim Saxonico lege non erat de-  
finitum, intra quod pretium deponi oporteret, vsu tamen forensi atque ob-  
seruantia obtinuisse tradit BERGERVS *in el. discept. for obs. 9. n. 7. p. 1188.*  
vt, posteaquam subhastatio finita, & licitatori ius irreuocabile acquisitum  
fuit, id est, wenn er sein Licitations-Recht erstanden, certus dies a iudice ad  
deponendum denominetur. Neque hoc alienum est a iuris Romani præcep-  
tis, cum soleat prætor omnibus debitoribus, adeoque etiam emtoribus rei  
fiscalis laxamentum aliquod temporis vel modicum spatium tribuere *l. 23. in  
fin. ff. de obl. & act.* Quod modicum spatium PAVLVVS *in l. 105. ff. de  
solut.* temperamentum temporis appellat, atque contra bonos ibidem mores  
esse arbitratur, vt creditor, qui exinde non absone pro oneroso atque in-  
ciuili habetur, debitorem illico cum sacco adire velit. At enim vero con-  
suetudini huic derogatur per *ordin. proc. recogn. ad tit. 39. §. 16.*  
in Saxonia, vbi *serenissimus legislator* legale atque absolutum præ-  
fixit depositionis tempus. Ita enim disposuit, vt finita omni subhastationis  
sollennitate licitator statim, aut ante adjudicationem, decimam ob-  
lati pretii partem in iudicio deponat, aut de pretio soluendo idonee satis-  
det, in ipso deinde termino adiudicationis, quæ ultra trium hebdomadam  
spatium non est differenda, residuum soluat, nisi pretium sub distinctis tem-  
poribus fuerit promissum.

## §. XIV.

*Iure Romano  
ad exercen-  
dam legem  
commissori-  
am non est  
necessaria  
interpella-  
tio, si dies  
adiectus fue-  
rit, sin mi-  
nus, est ne-  
cessaria ea-  
que iudicia-  
lis vt in Sa-  
xonia.*

Legem commissoriam emtioni venditioni priuatæ adiectam exercens  
opus iure Romano non habebat, vt, priusquam hac vteretur, emtorem ad-  
moneret morosum *l. 4. §. fin. ff. de l. commiss.* huiusque rei rationem in-  
terpretes ad vnum omnes illam allegant, quia in huiusmodi obligationibus  
dies additus interpellat pro homine *l. 12. C. de contrah. & committ. stipul.*  
*l. 23. ff. de obl. & act.* vnusquisque vero promissa seruare in memoria sua,  
nec desiderare debet, vt creditor ipsi aurem vellicet, sed vltro sese offerre,  
& debitum spontanea voluntate persolvere. *l. 2. C. de iure emphyt.* Et  
hoc iuris est certo solutioni præfinito tempore; sed quid si dies adiectus non  
fuerit? Eo casu necessitas omnino poscit, vt interpellatio præcedat, cum non  
incidat in pœnam commissi, qui non est in mora, mora vero sine interpella-  
tione non contrahatur *l. 32. ff. de usur. l. 32. ff. de V. O. c. 60. de reg. iur. in  
6to* GOTHFR. a IENA *in § 5 tractatus sæpius laudati*, interpellationem, quæ  
fit per viam iudiciariam, siue iudiciale commendat. Illam quoque vt fortiorem  
extra iudiciali ipse commendo, in eo tamen dissentio, quod litis contestatio-  
nem requirat, vt mora recte contracta dicatur, cum hodie sola citatio iu-  
dicialis sufficiat, id quod STRYK *in usu mod. ad legem commiss. §. 6.* probat  
arg.

arg. l. 2. C. de annali except. Vide ordin. proc. Sax. recogn. ad tit. 5. §. 4. quæ luculenter præcipit, per solam insinuationem citationis, quamuis libellus tanquam ineptus reiiciatur, atque ita litis contestatio cesset, sufficere ad effectum interrumpendæ præscriptionis, ideoque moræ inducendæ: quæ res habet rationem, cum iure etiã civili mora & improbitas tunc demum locum habeat, cum debitor scit & intelligit debitum suum, quod per citationem efficitur l. 99. ff. de R. I.

## §. XV.

In subhaftationibus publicis cum iure civili nullum certum atque determinatum esset tempus, quo pretium necessario deponi oporteret, ideoque licitator eiusmodi moram, quæ pœnam legis commissoriæ mereretur, contrahere non posset, l. 40. ff. de reb. cred. l. 88. ff. de R. I. interpellationem expressam præmittere necessitatis fuisse, rationi iuris respondet. In subhaftationibus iure Romano est necessaria interpellatio, secus vero iure Saxonico. Hac enim facta iudex inuitabatur, vt emtori solutionis diem constitueret, idque iudicis potestati relictum erat, tempora in iure non definita, dehnire l. 1. §. ult. ff. de iure deliber. l. 1. §. 1. ff. de effract. propt æquitatem. Iure Saxonico veteri, cum vsu forensi, quod auctoritate BERGERI superius probaui, inualuisset, vt a iudice simul denominaretur terminus, statim elapso illo, sine vlla interpellatione legem commissoriam locum habuisse, vt in emtione venditione priuata, propter paritatem rationis nemo temere in dubium vocabit. Longe aliter res sese habet per ordin. proc. recogn. ad tit. 39. §. 17., quæ emtori in termino adjudicationis, vel in statutis pensionibus iudicialiter non soluenti licitum, spatium adhuc trium hebdomadum indulget, quo prætermisso, si denique non soluit pretium cum vsuris moræ & expensis, iure excidit suo, & subhaftatio tandem noua decernitur, in quo verus legis commissoriæ effectus consistit.

## §. XVI.

Porro commissæ lege emtor priuatus iure Romano non solum dominium rei emtæ, sed arrham etiã & partem pretii, quam soluit, das Angeld lege arrham amittebat l. 4. §. 1. ff. de l. commiss. & l. 6. ff. eod. Commissæ lege arrham perdit emtor priuatus et æquissima est hæc iuris ciuili dispositio. Quam dispositionem tantum abest, vt pro dura cum SCHILTERO in exercit. ad ff. 30. §. 54. pro suspecta vsurariæ prauitatis, cum ZOESIO ad l. 4. §. 1. ff. de l. commiss. & pro lædente tranquillitatem conscientiae cum BRUNNEMANNO ad l. 6. ff. de l. commiss. habeam, vt potius illam æquissimam omnium non merito nominare audeam. Praeterquam enim, quod emtor fructus parte pretii iam soluta lucreretur l. 4. §. 1. ff. de l. commiss., de huius cautionis iniquitate conqueri nequaquam potest, propterea quod fidem non seruauit,

in eos autem, qui fidem fallunt, quod ait Illustris DN. a LEVSEER *in med. ad ff. spec. 198. coroll. 4.* pœnam statui, durum non est. Monet tamen ille celeberrimus ICTUS, ius canonicum *in c. 9. X. de poen.* temperare quodammodo rigorem iuris Romani, atque tunc, cum maxima pars pretii fuerit soluta, pœnam contractui adiectam remittere.

## §. XVII.

*In subhastationibus idem obrinet iure Romano & Saxonico.*

Non est, quod in subhastationibus publicis aliter sentiam. Eadem enim subest ratio, immo eo fortior, quia publicam violat fidem, iudicisque auctoritatem eludit emtor, iusto tempore pretium non deponens, ideoque iuste hanc legis commissoriæ pœnam in eundem cadere arbitror. Præterea etiam fructus a tempore perfecti contractus *per §. 3. I. de emt. & vendit.*, qui in subhastatione finitis omnibus, quæ ad formam eiusdem pertinent, von der Zeit, wenn er sein Licitations-Recht erstanden, usu fori perfectus habetur, percipit ac suos facit. Cum vero lucrum ex tergiuersatione minime capere possit, neque desiderare, ut locupletior fiat cum alterius damno, impossibile est, ut arrham & partem pretii iam soluti adhuc petere valeat. Ius Saxonicum nouissimum in *ordin. proc. recogn. l. c.* hanc legis commissoriæ pœnam confirmat, ac decima parte pretii, quæ ante adiudicationis terminum deponenda est, emtorem morosum penitus priuat, insimulque addit, ut illa decima liciti pars, quodsi ante adiudicationem non fuerit numerata, nec cautio de residuo præstita, emtori, etiamsi ius ex subhastatione quæsitum perdiderit, per modum executionis sit extorquenda, sin vero soluendo non sit licitator, carcere aut pœna arbitraria, eaque haud leui, afficiatur.

## §. XVIII.

*Electio non est adempta creditoribus in Saxonia, legem commissoriam exercendi vel premium postulandi.*

Illam tamen quæstio plus difficultatis habet, vtrum emtor, relicta decima parte pretii, pœnitere, atque a contractû subhastationis resilire possit, ideoque iudex vel potius creditores, quorum interest, hoc lucro simpliciter contenti, recuperato rei subhastatæ dominio, nouam instituere subhastationem teneantur? vel quod idem est, num dispositione *ordinat. pr. recogn.* creditoribus electio sit adempta, quæ iure ciuili ipsis competebar, an legem commissoriam exercere velint, an emtorem ad depositionem residui actione venditi compellere? Ita possit censerî, quoniam alternatiua iuris occurrere videtur, in alternatiuis vero obligationibus, quod ait BONIFACIUS VIII. *c. 70. de R. I. in 6.* electio est debitoris. Placet nihilominus negans sententia, quod lex commissoria, quemadmodum in §. VII. diximus, in gratiam venditoris, cuius locum in subhastationis actu creditores sustinent, adiecta creditur. Cum vero *serenissimus legislator* electio-

tionem creditoribus antea competentem expresse non abrogauerit, huic fauori vim inferre noluisse, sed potius illum propter insignem subhaftationis utilitatem confirmasse, rectissime præsumitur. Præterea decima pars pretii, quam perdit emtor morosus, si rem vere æstimes, est pœna pœnitentiæ, Neugeld, & quidem legalis, cuius ea est natura, vt, quamuis soluta sit, inuita tamen altera parte a contractu recedere non liceat *arg. l. 47. ff. de act. emt. vend. l. 6. C. de rescind. vendit.* BERGER *in oecon. iur. l. 3. t. 5. §. 7.* Quo loco tamen simul obseruandum est, hanc pecuniam pœnitentialem simul esse partem pretii, quia in decima parte liciti consistit. Quæ cum ita sint, ne *decis. el. nouissima XIV.* quidem sententiæ nostræ obsistit, quamuis hæc emtori, soluta pecunia pœnitentialem, facultatem faciat a contractu discedendi. Expresse enim in hac decisione additur, quod hæc potestas resiliendi a contractu, soluta pecunia pœnitentialem, non debeat referri ad illas emtiones, vbi pars pretii, das Ungeld, iam numerata, vel alia ratione ab alterutro contrahentium, vel toti contractui, vel parti eiusdem, satisfactum fuerit. Verba ita se habent. Wenn in einem Kauf oder andern Contract ein gewisser Neukauff oder Neugeld gesetzt worden, stehet demienigen Theil, welcher solch Neugeld erleget, daferne nicht ein anders ausdrücklich bedungen, von dem Contracte so lange wieder abzugehen, frey, bis selbiger wenigstens auf einer Seiten, mit Zufriedenheit des mitcontrahirenden Interessenten zum Theil oder gänzlich erfüllet worden, iedoch ist solches nur vom Neukauf, keinesweges aber von Ungelde, so von einem Contract, darinnen kein Neukauf constituiret, entrichtet worden, zu verstehen. Iam vero ex his, quæ antea disputata sunt, apparet, decimam pretii partem esse simul veram partem liciti, adeoque etiam naturam des Ungeldes quodammodo continere, præterea vero venditorem, id est creditores & iudicem, per adiudicationem, quæ instar traditionis est, contractui satisfacisse, quibus casibus in hac decisione emtori facultas resiliendi a contractu, inuito venditore, expresse denegatur. Quapropter negari non potest, ex sententia huius nouissimæ decisionis licitatore qui velit decimam partem amittere, & contractum deferere, non simpliciter audiendum esse, sed si creditores velint, ad solutionem liciti nihilo minus compelli posse.

## §. XIX.

Ex dicta *ordin. proc. recogn. ad tit. 39.* contrarius nobis videtur *Non obstat* §. 16. qui licitorem a licito suo recedere, atque pœnitere non prohibet, *ordinat.* amissa videlicet decima parte, dessen er denn, wenn er von seinem licito wie *proc. recogn.* der abgehen oder pœnitiren wolte, vor verlustig zu achten, adeoque posset dubitari, vtrum solutio residui pretii a creditoribus recte vrgeatur? At enim vero istis ex verbis consequi non credo, quod licitator inuitis credito-

ribus

ribus citra illorum consensum, data decima parte, implementum contractus detrectare queat. Cum enim pretium promissum ita sit comparatum, ut creditoribus ex asse faciat satis, tunc autem, si quando ad nouam iudex subhastationem progreditur, talis non inueniri possit emtor, qui eandem offerat summam, creditoribus ingens manifeste damnum emergeret. Consensum igitur concursus, si apud animum constituit pœnitere emtor, secundum aequitatem requiri, plenissime sum conuictus. Accedit, quod, reiterata subhastatione nouus emtor, data decima pretii parte, priori similem ludere posset fabulam, ideoque subhastatio in infinitum esset redintegrandam, & concursus ultra modum protrahendus. Verba vero *ordinat rec.*: Wenn er pœnitiren wolte, simplicem pœnitendi facultatem licitatori non tribuunt, neque consensum creditorum, qui hoc casu necessarius est, excludunt.

## §. XX.

*Propter tacitam legem commissoriam & actio venditi et rei vindicatio vel actio Publiciana locum habet.* Salua igitur actione venditi, qua creditores emtorem ad soluendum, quod restat, pretium cum vsuris a tempore moræ l. 13. §. 20. ff. de act. emt. vend. l. 5. C. eod. l. 3. C. de usur. conuenire possunt, salua etiam propter tacitam legem commissoriam manet rei vindicatio, tum maxime, cum iisdem proficuum videatur, rem subhastatam, si licitum die existente non depositum fuerit, hastae publicae denuo subiicere. Quae actio, quoniam ex vnanimi DD. sententia venditori vi domini, quod ipso iure recipit l. 41. pr. ff. de R. V., existente conditione contractui adiecta competit arg. l. fin. ff. de L. comm. l. 4. C. de pact. inter E. & V. GOTHOFER. a IENA th. 65.; concursus creditorum, qui venditoris partes sustinet, rem subhastatam tanquam suam, non solum ab emtore non soluente, sed a quocunque etiam possessore, cui emtor eandem vendidit, vel oppignorauit l. 9. ff. de R. V., rei vindicatione, vel quae compendiosior via est, actio Publiciana l. 5. ff. de Publ. in rem, act. & arg. §. 4. I. de action. rectissime reperet, cum omni causa, accessionibus, fructibusque secundum qualitatem possessionis l. 17. §. 1. l. 34. ff. de R. V. HEINECCIUS ad ff. P. II. n. 88.

## §. XXI.

*Non requiritur reseruatione dominii vel hypothecae ratione liciti ad obtinendum ius praelationis in concursu licitatoris.* Superest nobilissima omnium quaestio, quae praecipue huius commutationis primam subministrabat cogitationem. Scilicet in *ordin. proc. Sax. recogn. ad tit. 42. §. 7.* residuum pretium & pecunia hereditaria, rückständige Kauf-Gelder und Lagenzeiten, in concursu creditorum singulari gaudent praerogatiua, si nimirum illius intuitu hypothecam vel dominium sibi reseruauerit venditor. Quid igitur iuris ratione liciti ex capite subhastationis? Bene memor ac conscius illius prohibitionis, quæ *ordinat. proc. recogn.* praemissa est, religioni mihi duco, grauissimam hanc legem

gem interpretatione vel decisione aliqua violare, sed sufficit argumenta in utramque partem tantum allegare. Verosimile quam maxime videtur reservationem hypothecae vel domini aequae necessariam esse, si quando concursus creditorum, exorto nouo licitatoris concursu, eadem frui praerogatiua concupiscit. Sed quamuis dictus locus in *ordin. proc. recogn.* generaliter loquatur de omnibus emtionibus, ex quibus residuum pretium poscitur, ideoque nullum plane discrimen inter venditionem publicam, & priuatam admittat, mea sententia illi parum a vero aberrant, qui subhastationis licito vel parata pecunia, vel distinctis promissio temporibus, sine reservatione domini vel hypothecae idem illud ius praelationis largiuntur. Cum enim, quod satis haecenus demonstrasse credo, lex commissoria per sanctionem *ordin. proc. sax. recogn.* tacite inest, quae id efficit, ut, licitatore statim temporibus non solvente, dominium rei subhastatae redeat ad concursum ipso iure *l. 4. C. de pactis inter E. & V.*, superfluum esset, propter soluendum adhuc pretium dominium vel hypothecam reseruare, cum contra in priuatis emtionibus regulariter dominium cum periculo transeat ad emtorem, ideoque expresse reseruandum sit.

## §. XXII.

Quam restrictionem licet expressis verbis non adiciat dispositio *ordin. Ratio expoc. proc. recogn.* firmat tamen eandem satis ratio sana, quae anima est cuiusvis <sup>uitur, cur in</sup> sanctionis, cum sufficiat generalem regulam iuris, in qua sententia mea <sup>venditionibus priuatis</sup> fundatur, hacce lege non esse abrogatam. Etenim maxima adest differentia intuitu <sup>propter pretium reseruata, cum certa</sup> pretii, inter emtionem venditionem priuatam, ac publicam. Scilicet in <sup>uariatio domini & hypothecae sit necessaria.</sup> priuata, cum certa solutioni constituentur tempora, fidem atque integritatem emtoris tacite sequi censetur venditor *l. 3. C. de pact. inter E. & V.* Quoniam vero effectus habitae de pretio fidei in eo consistit, ut, dominio per eam translato, nullum amplius ius reale competat venditori, nec, terminis sine solutione praeterlapsis, dominium reuertatur ad venditorem, actionem solummodo personalem contra emtorem morosum habet, ideoque inter ceteros chirographarios sine vlla praerogatiua collocatur. *l. 5. §. 18. ff. de tribut. act.* quod & hodie in Saxonia, abrogato *per ordin. proc. recogn. ad tit. 49.* priuilegio personali, obtinet. Vides igitur rationem, cur in emtione priuata pretium & pecunia hereditaria, *rückständige Kauffgelder und Tagezeiten*, nisi dominium vel hypotheca fuerit reseruata, ius praelationis non consequantur, atque venditor, cuius in arbitrio possum erat, vtrum velit fidem de pretio habere, nec ne, culpa suae debeat tribuere, quod nullo sibi prospexerit iure reali. Perinde tamen fecisset, si pactum legis commissoriae expresse adiecisset, ita enim dominium, pretio in diem non soluto, ipso iure recuperasset, & fides ad datum vsque terminum duntaxat ha-

bita censeretur, STRYK *dissert. de fide habita*, quia, dum legem commissoriam adiicit, luculenter dominium reseruat & paciscitur, ut res sit in emta, atque ad ipsum reuertatur illo casu, quo emtor legi commissoriae non paruerit.

## §. XXIII.

*Hæc cessat  
in subhastationibus.*

Neutiquam hac in specie a priuata ad publicam venditionem, siue subhastationem, ducendum est argumentum. Non habetur ibidem, siue sit necessaria siue voluntaria, fides, quamuis licitum ex interuallis soluendum promittatur. Apparet hoc ex eo, quod adiudicatio plerumque fiat absentibus creditoribus, PHILIPPI *c. 3. comm. 13* §. 22. & iudex suum saltem interponat ministerium nec insciis atque inuitis creditoribus, quorum causa & utilitas vnice in hac re versatur, fidem habere possit, nec habere voluisse presumendus sit. Cum denique laudatum de subhastationibus editum, numerata pro feudis dimidia, pro allodiis tertia & pro praediis rusticis quarta parte pretii in termino adiudicationis acceptare licitum distinctis pensionibus ad 4. 6. 8. & 10. annos promissum, iudici iniungat, creditoribus mimime est imputandum, quod licitatoris integritatem vnice respexerint. Quapropter summae aequitatis olim BERGERVS *in el. discept. for. p. 1436.* censuit, ut concursui nomine liciti in nouo licitatoris concursu, ad consequendum praelationis priuilegium, hypotheca tacita constituatur, quod tamen consilium serenissimo legislatori non placuit. Nec erit necessaria eiusmodi constitutio hypothecae legalis, cum, quod ipse pro aris quasi & focis pugnans defendit, lex commissoria subhastationi tacite insit, ideoque vi huius dominium, quod pinguius est hypotheca, ad creditores reuertatur. Atque hæc sunt argumenta, quæ in vtramque partem adduci possent. Submitto illa vnice sereniss. legisl. decisionem, inerea posteriorem opinionem, exercitii duntaxat gratia, pro cathedra tueri satagam.

## C O R O L L A R I A.

- I. *Lex commissoria entioni venditioni in gratiam quoque emtoris adici potest. e g. si mercem integram intra centum dies non praestet, contractus sit nullus.*
- II. *Ratione ultimi termini, in quo non soluit emtor, in Saxonia locus est legi commissoriae.*
- III. *Pacto commissorio adiecto, venditori aliis rebus, quam pecunia nequit satisfacere emtor. l. 1. §. 1. l. 3. ff. de reb. cred. l. 16. ff. de solut.*
- IV. *Lex commissoria non est mera inuentio iuris Romani, sed iuris gentium, sicut ipsa emtio venditio, dissentit GOTHOFR. a Iena th. 13.*



- V. *Ludicra est ratio Glossatorum ad l. 38. ff. de minor. 25. ann. quod imperator RUTILIANAE puellae propter egregiam formam contra legem commissoriam, in quam peccauerat, restitutionem in integrum concesserit vide STRVV. decis. sabbath. 32. c. 2.*
- VI. *Nusquam abrogata est legis commissoriae poena, quemadmodum GROE-NEWEGIVS de legibus abrogatis somniat.*



LXVII.

OBSERVATIONES

DE

ADOPTIONE  
IN LOCVM FRATRIS  
NON MONSTROSA.

---

AD L. LVIII. §. I. D. DE HERED. INSTIT.

---

VITEMBERGAE, DIE . SEPTEMBRIS A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXVIII.

---

*L. LVIII. §. I. D. de hered. institut.*  
PAVLLVS *L. IV. ad VITELLIVM.*

*Qui FRATER non est, si FRATERNA CARITATE DILIGITVR, recte, cum nomine suo, SVB APPELLATIONE FRATRIS, HERES INSTITVITVR*

§. I.

*Cum durare & coli atque ornari haec societas bonorum, ad quam ab ipsa natura procreati sumus, non possit, nisi, diuino quodam consilio, insituum inter se essent animis nostris amores quidam & igniculi, quibus mutuuum inter nos quaedam studium cognatio effi-*

*cacissimæ  
blanditiæ  
cognomina  
amicorum  
ex iure s. n.  
gninis dedu-  
itur. hinc ex  
traneis et-  
iam accom-  
modantur  
nomina pa-  
trum, filio-  
rum, fra-  
trum & so-  
rorum.*

studium & communis benevolentia accenderetur, ut tot incommoditates & tædia humanæ vitæ, quæ homini ab homine subinde afferuntur, dulcedine quadam ac iucunditate temperentur & emolliantur;

*Cognatio* quaedam, quod FLORENTINVS ait, l. 3. *D. de iust. & iur.* inter nos constituta est, quæ prohibeat, hominem homini insidiari, seu, quod ille apud QVINCTILIANVM prædicat, <sup>a)</sup> *publica* omnium mortali-um sub vno parente naturæ *cognatio* est, ut propter communes orgines non tam plures focii, quam plura esse membra vnius corporis, per quæ *vnus* duntaxat *spiritus* diuisus sit, <sup>b)</sup> adeoque vno quasi spiritu regi, videamur.

*Enim* vero, nisi vel sola necessitas homines inter se ita coniungeret & conglutinaret, ut carere sociorum ope omnino nequeamus; ipsa recordatio communis causæ, ex qua vitam hanc traximus, ipsa communitas primordiorum, homines inter se copulat & connectit, ut homini, qui hominem lædere audeat, illa, quæcunque est, *pietas* obsistat & manus quasi obiciat, ne, dum læuire vult in focium, ipse se sibi oculos effodere & suas manus in sua viscera armare censeatur. <sup>c)</sup> Quarum rerum cogitatione efficitur, ut socios, quos nostri simules esse, & ex eadem origine nobiscum descendisse nouimus, contemnere ne audeamus, sed illa magnificiamus in aliis, quæ in nobis ipsis improbare non possumus, ideoque eos omnes, qui nostri generis fuerint, necessitudine quadam nobiscum coniunctos & amicitiae colendæ causâ factos & ab ipsa natura nobis oblatos esse, iudicemus. Hæc est *memoria illa humane conditionis*, quam MODESTINVS l. 27. *D. de condit. institut.* collaudauit, & quæ nos admonere debet, ne in ipsis etiam de mortuorum reliquiis condendis indignitatem quandam admittamus, sed iniuriam illis illatam, propter sanguinis coniunctionem ad nos ipsos pertinere arbitremur.

*Arcana* autem illa *vis naturæ & sanguinis*, cum animos nostros tunc tanto fortius ad inuicendas societates trahat & commoueat, quando *propius* ipsa *cognitione* naturæ nos inuicem attingimus, & quanto minus sanguinis alieni nostris originibus admixtum est, ut quasi *gemini & iidem* esse, & solo numero atque appellatione inter nos discerni, videamur: amoris & studii maioris significandi gratia inualuit, ut etiam *extraneos* atque longius remotos, si diligamus ardentius, quasi *propinquitate coniunctos*, & ex eadem stirpe progeni os, sub nomine quodam *cognitionis & consanguinitatis adsciscamus*. <sup>a)</sup> Quippe, si QVINCTILIANVM <sup>e)</sup> audiamus, qui *blandiri* amicis volunt, nullam *adulationem* inueniunt, quæ ultra nomen *cognatorum* procedat, neque est vlla voluntatis nostræ significatio luculentior, quam, si illos,

<sup>a)</sup> QVINCTILIANVS declam. IX. c. 15.  
declam. 321.

<sup>b)</sup> Id. declam. 321.

<sup>c)</sup> Id.

<sup>d)</sup> CICER. de amicis. 14.

<sup>e)</sup> QVINCTIL. de-

clam. 321.

illos, qui amici esse videntur, nomine quasi dulciori, id est familiari & domestico consanguineos *patres*, *fratres* & *propinquos* appellamus.

Quæ cum ita sint, ad officium *candidatorum*, quo etiam *blanditia* seu blanda appellatio civium, ante leges *de ambitu* coercendo latas, continebatur, <sup>f)</sup> in petitionibus honorum in primis pertinebat, ut non solum, adhibito nomenclatore, suo quemque nomine proprio & gentilitio salutarerent, sed etiam, quo facilius animos quorumvis obuiorum occuparent, *fictitium cognationis nomen* adiungerent & seniores *patrum*, æquales *fratrum* minores natu *filiorum*, appellatione ornatos, amplecterentur. Hoc adulationis genus Q. HORATIVS FLACCVS <sup>g)</sup> *adoptionem* aliquam appellat, qua amicitia in republica latius spargantur atque propagantur:

Mercedur feruum, qui dicitur nomina, — — —

— — — — Frater, pater adde

Ut cuique est ætas, ita quemque facetus adopta

Hoc fere consilio, ipse IVSTINIANSVS, quos in summa PATRICIA-TVS dignitate constituerat, illos a principe loco *patris* honorari & a se in locum patris *electos* esse profiteretur l. 5. C. *de consul.* quasi nomen *patris*, ex toto ordine cognationis, maxime in illum, cuius consilio princeps regitur, propter domesticam affectionem, conuenire videatur. Eodem honore ALEXANDER VLPIANVM, præfectum annonæ, dignum iudicauit l. 4. C. *de locato & conducto.* IVSTINIANSVS vero etiam *fratrum nomen* ad præfides accorum dedit & *fratrem iucundissimum* dixit *Basilium*, cum, quo familiariter versari consueuerat *Nou. 121. in fin.* Quod ut ad honorem & beneuolentiæ singularis significationem pertinere intelligatur, non alienum erit, hoc loco obseruare, eosdem præfides & præfectos, quos subinde *fratres* dixerunt, etiam *amicos* principis, quasi arctiori vinculo sibi coniunctos, ab imperatoribus romanis appellatos; l. ult. D. *de offic. præf. vigil.* l. 17. pr. D. *de iure patron.* l. 4 C. *de contr. & committ. stipulat.* sed reliquis ciuibus interdictum esse, ne illos, quos princeps fratres dixerit, eodem compellere *fratrum nomine* audere ut l. 2. C. *de de offic. diuers. iudic.* Neque superuacaneum erit admonere, eundem morem, etiam ad externos propagatum, ad *Gallos* in primis peruénisse, quorum reges non solum eos, qui sanguine ipsos attingunt, & ex familia regis prodierunt, prout cuiusque ætas postulauerit, modo *patres*, modo *consanguineos* & *fratres* & *propinquos* *Cousins* beneuolentiæ ostendendæ causa appellant, sed eundem etiam honorem ducibus & comitibus, suæ diuini subiectis, imo etiam

H 3

ex-

f) CICER. de petit. consulat. c. 11.  
54. 55.

g) HORATIUS I. epist. 6. v. 50.

extraneis, in ducum aut comitum dignitate constitutis, tribuunt, quasi omnes illustres animæ communi quodam ipsius *sanguinis* & naturæ vinculo & necessitudine continerentur. <sup>h)</sup> Imo vero *Turcarum* etiam *imperatores* natura docuit, quanta vis inesset in necessitudine & sanguinis propinquitate, ut ipsi etiam cum imperatoribus & regibus extraneis nomen *patris* & *filii* communicarent. Ita certe Turcas cum Rudolpho II. egisse legimus, ut anno 1606. conuentione solenni definiretur, Rudolphum II. allegatis Turcis nunquam, nisi adiecto *patris nomine*, Turcam non nisi *nomine filii*, in tabulis publicis & instrumento pacis commemorandos esse <sup>i)</sup>

*Haud* multo secius de *sororum nomine* existimandum est, quod & ipsum proserpsit extra familias & ad illas feminas peruenit, quas pari secum gradu esse & æqualitatis iure secum uti, denique quas foedere quodam singulari & nexu arctiore sibi coniunctas esse arbitrabantur. Certe CAROLVS *du FRESNE* <sup>k)</sup> etiam *uxoribus* regum exterorum a reliquis regibus Europæ, in tabulis publicis *nomen sororum* sæpius tributum, maxime autem a clericis hoc nomen frequentatum esse, diligenter & copiose comprobauit. Sed de his quidem deinceps erit locus exponendi.

## §. II.

*Inter reli-* Ex his, quæ adhuc disputata sunt, apparet, etiam *extraneos* amicos  
*qua cognati* blandius tractari, si *nomina cognationis* domestica & familiaria ad illorum  
*onum nomi-* appellationem accommodemus. Ipsa autem *familia* cum plures easque san-  
*na dulcissi-* etissimas societates, inprimis ipsorum *coniugum*, *parentum* atque liberorum,  
*imum vide-* *dominorum* seruorumque, comprehendat; nulla tamen, præter *paternum*  
*batur no-* nomen, dulcedine, gratia, simplicitate & innocentia *fraternum* illud *confor-*  
*men fru-* *tium* & *incundissimum sodaliti-um*, quod CATVLLVS <sup>l)</sup> appellat, & *concor-*  
*trum in pri-* *diam fratrum*, quam QVINCTILIANVS <sup>m)</sup> prædicat, superare & vin-  
*mis propter* *cerere* videtur. Sola enim paterna beneuolentia & affectio præfertur *foederi*  
*aequalita-* *cordiam* *fraterno*, hinc ex Q. HORATII FLACCI sententia, <sup>n)</sup>  
*tem & con-*  
*cordiam*  
*hinc reliqui-*  
*etiam con-*  
*sanguinei*  
*præter fra-*  
*tres fra-*  
*trum nomi-*  
*ne quasi dul-*  
*ciori ornati*  
*sunt.*

Viuet extento Proculeius æuo,

Notus in fratres animi paterni:

ut intelligatur, accessisse aliquid ad fratrum caritatem, cum PROCULEIVS paterno animo, id est, studio & diligentia maiore, quamque inter fratres usu venire soleat, salutem fratrum procurasset. Idem enim HORATIUS alio

<sup>h)</sup> VID. LIMNAEVS ad capit. Caroli V. p. 125. qui hoc ex *Loyseau tr. des Ordres* ch. 7. n. 103. obseruat. <sup>i)</sup> Id. ad capit. Carol. V. p. 125. ex *Baudier*, dans l'inventaire de l'histoire generale des Turcs liure 17. ch. 11. p. 711. <sup>k)</sup> Du FRESNE in Glossario medii æu. tom. 2. p. 999. voce: soror. <sup>l)</sup> CATVLLVS carm. 101. v. 78. <sup>m)</sup> QVINCTILIANVS declam. 321. <sup>n)</sup> HORATIUS carm. L. II. ode 3. v. 5. 6.

alio loco o) tres quasi ordines amorum in familia constituit, & fratres proximo, post parentes gradu habendos esse præcipit :

Quo fit amore parens, quo frater amandus & hospes.

Neque vero, cum in hunc locum inciderim, negligere & intactum relinquere possum, nomen *sanctitatis* ad nullos fere cognitionis gradus, præterquam ad *parentes & fratrum consortium*, referri. In parentibus enim colendis, quod PLANCVS p) ait, *patriam* nobis *sanctitatem* constituimus; sed *fratres* etiam, bene de nobis meritos, *sanctissimos* subinde appellamus. Hoc elogio vitur ille apud PETRONIVM, q) qui *sanctissimi fratris* nomen inuocat: hoc loquuntur lapides litterati apud GRVTERVM, r) & monumenta fratribus sanctissimis & benemerentibus a fratre superstite posita, quo nomine sanctitatis omnes amores & omnia beneuolentiæ genera comprehenduntur. Hoc agnouit IULIANVS, qui *fratres & sorores* pro personis *maxime coniunctis* habuit, ideoque tutori fratris impuberis permisit alere sororem, & donationibus necessitatem eius subleuare, l. 1. §. 2. D. de tutel. & rat. distr. quamuis alimenta, si regulam sequemur, solis *liberis & parentibus* subinde debeamus.

Nimirum si ipsas societatum humanarum origines spectemus, illisque ex antiquitate pretium constituamus, *primum*, post coniugum & parentum cum liberis coniunctionem, *primum*, inquam, & *simplicissimum*, & naturæ humani ingenii inprimis conueniens, *fratrum* illud est *consortium*, ad cuius exemplum ceteræ deinceps sodalitates, prout cuiusque necessitas & commoditas poscebat, constitutæ: vt omnes fere ordines hominum, tum communi vinculo, tum singularibus fœderibus inter se adstringerentur. Cum enim non esset sociorum copia, ex quibus sodales & amicos deligerent, aut cum quibus studia & vitæ consuetudinem conferrent, ipsa rerum omnium procreatrix natura fratres fratribus obrulit, cum quibus amicitiam iungerent, cum quibus gaudia & incommoda miscerent, cum quibus vitam, quæ sine societate & aliorum ope nulla est, iucundius commodiusque tolerarent. Enim vero a *parentibus* ipsa horum grauitas & seueritas liberos plerumque se iungebant; sed *amicitia*, quæ *pares* aut inuenit aut facit, desiderabat socios *aequales*, communibus studiis atueros, iisdem moribus exultos, vno verbo, *fratres*, in quibus suam quis ne imaginem, & corpore & animi virtutibus expressam, inueniret. Hæc est, quod auctore *Nigidio*, apud A. GELLIUM s) *frater* dictus est quasi *fere alter*, id est, qui discrimine exiguo & obscuro a fratre suo distaret, vt dissimulare communem originem non posset. Hoc sensu

o) HORATIUS de art. poet. v. 313.

p) PLANCVS ad CICER. epistol. ad famil. L. X. 4.

q) PETRONIVS satyr. c. XI.

r) GRVTERI inscrip-

tion. p. 339. n. I.

s) GELLIUS lib. XII. c. 10.

fu M. TVLLIVS <sup>z)</sup> cum, ex prouincia discedens, illam *fratri* suo commendaſſet, ſuſpicabatur, quosdam iudicaturos eſſe, quod *ſe alterum* in prouincia reliquiſſet.

*Vt* cunq̄ue autem alii de arguto & ſubtili illo *εὐρύω* exiſtimauerint, illud expeditum eſt, *aequalitatem* hanc *fratrum* & ſimilitudinem atque communionem rerum omnium continere iſtas cauſſas, per quas maxime conciliatur ſædus illud fraternum & amicitia, quam *ius fraternitatis* ſolemus appellare. Hioc ille apud QVINCTILIANVM <sup>u)</sup> recte iudicauit, iſti, qui in fratrem intueatur, ſuccurrere communem vterum, eandem cauſſam vitæ, eadem primordia, eadem membra, per quæ vnus ſpiritus diuiſus eſſe videatur. Certe M. VAL. MARTIALI <sup>x)</sup> ipſa *ſimilitudo vultus* & membrorum viſa eſt, argumentum *fraternitatis* continere:

Cur *frater* tibi dicor? — — —

An *vultu ſimiles* videmur eſſe?

& effecit proſecto illa inter fratres *aequalitas*, vt quæcunq̄ue paria & inter ſe ſimilia a rerum natura procreata eſſent, *conſanguinei fratres* & *ſorores* dicerentur. Sic apud VIRGILIVM MARONEM: <sup>y)</sup>

— *conſanguineus* lethi ſopor, — —

quia quædam inter lethum & ſoporem ſimilitudo eſt, propter quam alter cum altero comparari poſſet. Geumani luculentius in notiſſima formula: *Der Tod iſt des Schlafes Bruder*. Imo vero ipſa membra vnus corporis a natura *geminata*, *fratres* & *ſorores* a veteribus dicuntur, hoc animo Agoraſtocles apud PLAVTVM <sup>z)</sup>: *manum læuam dextræ ſororem* appellavit, quod & alii Poëtæ imitati ſunt apud TAVEMANNVM: <sup>a)</sup>

Interdum feſſæ ſuccedit *læua ſorori*.

*Extremo* generaliter SEXT. POMPEIVS FESTVS membra eiſdem corporis, quæ *paria* ſint, & ſimul ſuccreſcant, atque ad maturitatem perueniant, *fratrare* & *ſororiare* dixit, <sup>b)</sup> quaſi hoc proprium ſit *fratrum* ac *ſororum*, vt inter ſe *pares* ſint & in eadem domo iſdem ſtudiis innutriantur.

*Aequalitas* igitur & ſimilitudo ingenii, vultus & omnium membrorum videtur *fratribus* maxime *fratrum* amicitiam & iucundiſſimum illud *ſoda-*

<sup>z)</sup> CICERO ad famil. lib. II. epiſt. 15.

<sup>u)</sup> QVINCTILIANVS dec'am. 321.

<sup>x)</sup> MARTIALIS lib. X. epiſt. 65. v. 3. ſeq.

<sup>y)</sup> VIRGILIUS Aeneid. VI.

v. 278. <sup>z)</sup> PLAVTVS Pænul. act. I. ſcen. 3. v. 8. & 9.

<sup>a)</sup> TAVEMANN ad locum allegatum PLAVTI.

<sup>b)</sup> FESTVS de verb. ſignific. in

vocibus: *fratrare* & *ſororiare*

*sodalitium* conciliaffe. Sed ad hanc naturæ inuitationem accessit *vitæ*, ab ineuntibus ætatibus, *consuetudo* & coniunctio, quæ, vt QVINCTILIANVS obseruat, c) *affectum* aliquem *fraternitatis* parit, & *alienos* etiam nullaque necessitudine inter se coniunctos componere & adstringere adfectibus potest: d) vt inter illos amicitia & iungantur facilius & pertinacius retineantur. Enim vero postquam adoleuerunt, qui ex eadem stirpe oriundi sunt, ipsa *recordatio* actæ pariter infantia, pueritiæ, studiorum, ludorum, tristitiæ, iocorum, communium etiam periculorum, inter quæ succreuerunt, amorem *simplicissimum* & *innocentissimum* non solum iniicit animis, sed etiam mirifice confirmat, vt coaluisse in vnum corpus, & diuelli a se inuicem non posse, videantur. e) Ipsa enim illa vitæ in iisdem laribus consuetudo, quæ sine consensione animorum subsistere non potest, efficit, vt omnia aperta sint inter fratres, & in aprico posita, nihil facile regi possit aut dissimulari, nihil clanculum administrari, ex qua re oritur *simplicitas* illa fraterni & innocentissimi amoris.

Ex his igitur fontibus deducitur hæc *fratrum concordia* & *simplicissima* voluntatum conspiratio, quam qui fratribus ademerit, ille, quod idem QVINCTILIANVS f) ait, omnem gratiam & auctoritatem detraxerit fraternitati. Tunc profecto inter amicos ius aliquod *fraternitatis* nascitur, cum.

— — — pene gemelli

*Fraternis animis, quicquid negat alter & alter,  
Adiuuimus pariter g)*

Hæc est illa *consanguinea charitas h)* & *fraterna beneuolentia*, quæ, si VAL. MAXIMO i) fides est, *omnes fere cognationes superat*, & sanctissimam in familia constituit societatem, adeoque in animis fratrum tam alte infigitur, vt ne morte quidem alterutrius extinguatur. Hoc agnouit *Iturna* in funere fratris *Turni* apud MARONEM: k)

— — Haud quidquam mihi dulce meorum  
*Te sine, frater, erit.*

Hoc loquuntur tot marmora litterata & fraternæ pietatis monumenta apud GRVTERVM, quæ fratres superstites *fratri admirandæ pietatis, l) aman-*  
*tissimi.*

c) QVINTILIANVS declam. 16. c. 2. d) Id. declam. 321. e) Id. declam. 321. f) Id. l. c. g) HORATIUS lib. I. epist. X. v. 3. 4. 5. h) VAL. MAXIMVS exempl. memorab. l. V. c. 5. pr. i) Id. l. c. §. 3. k) VIRGILIUS Aen. XII. v. 884. l) GRVTERI inscript. p. 392. n. 5. & p. 1098. n. 4.

tissimo, m) pientissimo benemerenti, n) dulcissimo atque incomparabili, o) innocentissimo, p) nobilissimo, q) optimo, r) fidelissimo, s) sanctissimo, t) vt supra obseruatum est, fratri, qui ad diem mortis simplici affectione ungue animo cum fratre egit, u) poni curauerunt.

*Accepisti* non solum sanguinis nomina extraneis tributa plerisque dulciora & plenissima gratiæ videri, sed inter nomina cognationum, post parentes, iucundissimam esse *fratrum* appellationem, qua fides mutua, concordia, simplicitas amoris & innocentia maxime contineantur. Hæc res, in primis illos, qui ex eodem sanguine originem ducunt, commouit, vt, quamuis fratres non essent, sed vltra secundum gradum constituti, modo æquales quodammodo fuerint, & ætas eorum hoc tulerit, *fratres dici mauerint*, quam reliqua sibi cognationis nomina imponi: quandoquidem, auctore QVICNTILIANO, x) nulla coniunctio potest esse tam felix, vt *fraternitatem* imitetur. Quod quamuis in primis in *agnatis*, quos natura ad nominis societatem nobis adiunxit, ferri potuisset, tamen ad cognatos etiam proferpsit *fratrum nomen* & communicatum est cum omnibus, qui *æquo iure* ex eadem stirpe prouenerunt. Vix attinet monere, *sorores* etiam *fratrum* appellatione comprehendi; vt, qui *fratres* aut totam *fraternitatem* nominauerit, etiam de *sororibus* sensisse censeatur. Luculenter enim SCÆVOLA noster l. 93. §. 3. *de legat. 3.* fideicommissum fratribus relictum etiam ad *sorores* pertinere, ait, nisi manifeste appareat, aliud sensisse testatorem. PAVLLVS etiam Lucium & Titiam sub *fratrum* nomine coniunxit l. 38. *D. famil. hercisc.* & lapis litteratus apud GRVTERV M y) habet Fuficium & Fuficiam *fratres*. Hoc CORNELIVS TACITVS intellexit, z) qui *fratrum* incestum nominauit, cum ageret de incestu fratris & sororis.

Magis nos attingit, quod, qui ex *pluribus fratribus* aut *sororibus* nati sunt, *fratres* vel *patruales* vel *amitini* vel *consobrini* nominantur. Ita enim PAVLLVS tradidit l. 10. §. 15. *D. de gradibus & affin.* Quod ne quis credat nouitur & extremis demum temporibus a Romanis inuectum esse, audiamus C. IVL. CAESAREM, a) qui Marcellum, ait, fratri patrueli Marco in consulatu successisse. Imo vero MARCVS TVLLIVS b) etiam ad affinitatem *fratris* nomen transtulit, & *marito sororis* illud attribuit; vt intelligatur, omnes propinquos, quorum ætas hoc tulerit, *fratrum* nomine blandiori ab antiquissimis temporibus comprehensos esse.

II.

m) Id. p. 804. n. 3.      n) Id. p. 851. n. 10.      o) Id. p. 844. n. 7.      p) Id. p. 850. n. 8.      q) Id. p. 735. n. 6.      r) Id. p. 846. n. 13.      s) Id. p. 582. n. 1.      t) Id. p. 339. n. 1.      u) Id. p. 844. n. 7.      x) QVICNTILIANVS declam. 321.      y) GRVTERI inscript. p. 848. n. 9.      z) TACITVS annal. L. XII. c. 4.      a) SVETON. in Cæs. c. 29      b) CICER. pro dom. c. 15.



*Illud* quibusdam mirum videri posset etiam matri, propter turpis amoris societatem, *sororis* nomen a filio adiectum, quod M. VAL. MARTIALIS <sup>c)</sup> obseruauit; de quo loco infra erit admonendum. Et ita quidem de fratris appellatione in familia existimandum est.

§. III.

*Vides*, quanta sit vis sanguinis & propinquitatis in amicitii conciliandis, & societatibus iungendis, vt etiam extranei existimarent, multum sibi tribui, si sub nomine sanguinis adsciscerentur in societatem. Sunt enim hæc nomina sanguinis, quæ ex cognatione deducuntur, si P. OVIDIO NASONI <sup>d)</sup> obsequamur:

Iam dominium appellat, iam nomina sanguinis odit:  
Byblida iam mauult, quam se vocet ille sororem

*Nimirum*, quia iudicii nostri monumentum relinquimus, dum extraneos sub nomine sanguinis nobiscum coniungimus, quod GALBA Pisoni prædicat apud CORNELIVM TACITVM, <sup>e)</sup> & ostendimus nos antea delibasse & iudicasse de amico, vt SENECAM <sup>f)</sup> præcipit, priusquam illum tam arcto foedere nobiscum copularemus; multi magis de fictitia illa cognatione, quæ ex benevolentia & iudicio profecta sit, quam de ipso sanguinis & naturæ vinculo gauisi sunt, ideoque moribus inualuit vt multi amicitias sub nomine sanguinis contraherent, & illos quibus amici essent ad domesticam familiaritatem aduocarent. Neque enim obscurum erat, quod QVINCTI LIANVS <sup>g)</sup> ait, casum tribuere ius sanguinis & confortii, sed socios eos eligi, si illos viderimus dignos esse, cum quibus res & fortunas nostras miscuamus.

*Quæ* quamuis vera sint, tamen, ne quid dissimulem, propter iura sacrorum & familiarum quarundam interitum, quem Romani metuebant, si gentes priscae arrogationibus & adoptionibus promiscuis exhaurentur, quæ per se subsistere omnino potuissent, non placuit veteribus, temere quemquam & sine discrimine in familiam recipi. atque ad communionem sacrorum & hereditatis admitti, nisi publica auctoritas vel populi & pontificis & postea principis, vel certe magistratus, accessisset. Igitur electio in locum propinqui et consanguinei solemnitas ab VLPIANO appellatur l. 25. D. de adopt. quam MODESTINVS naturæ opposuit l. 1. D. eod. vt superuacanea videri possit hæc, de naturali adoptione, disputatio, cum adoptio non ex natura, sed ex legis actione & solemnitate vim aliquam nancisci iudicaretur.

c) MARTIAL. l. II. epigr. 4. d) OVID. metamorph. IX. v. 467. seq. e) TACIT. hist. l. 15. f) SENEC. epist. 3. g) QVINCTILIANVS declam. 320.

*Adoptare est  
nere, recipere. Qui sub  
nomine sanguinis ad-  
sciscuntur  
naturaliter  
adoptantur  
& qui tan-  
quam æquu-  
tur sub no-  
mine fra-  
trum adop-  
tari solent.  
Adoptio na-  
turalis et-  
iani priuata  
& pactitia  
Romanis non  
incognita &  
effectum ha-  
bit pro fa-  
cultate con-  
trahentium.  
Hæc dicitur  
etiam quasi  
adoptio.*

*Verum* salua res est, & fructu atque effectu non carebit *naturalis* illius *adoptionis* beneficium, neque a romanorum institutis aliena videbitur naturalis amicorum *in locum fratris* adoptio, si expediuerimus, quæ sit naturalis adoptio, a nobis in controuersiam adducta.

*Nimirum adoptamus* quos *eligimus* & ita nobis coniungimus, vt quasi nobiscum coalescant. Ita apud PLAVTVM <sup>h)</sup> femina in magnis difficultatibus constituta, ex quibus se extricare non poterat, opem alterius feminæ implorabat quasi per adoptionem:

— — *Sociam te mihi adopto* ad meam salutem,

hoc est, *adiutricem te eligo*, vt elabar ex hoc periculo, quod sola euadere non possum.

*Habes adoptionem pactitiam & electionem* sociæ sine vinculo civili. Imo vero, qui ciuilitate adoptant, auctore VOPISCO, <sup>i)</sup> in locum filiorum fortissimos *eligunt*, vt vel senescentes familias, vel foetus matrimonii iam caducos substituta fecunditas prolis ornaret. Qua re euenit, vt cum adoptandos *eligimus*, quod *Galba*, apud CORNELIVM TACITVM, <sup>k)</sup> proficitur, *adoptio possit optimum inuenire*.

*Igitur* quoscunque *eligimus*, societatis arctioris ineundæ causa, illos videmur *adoptare*. Generaliter, quos *assumimus*, vt nobiscum quasi coalescant, & quos non repudiamus neque *excludimus*, illi videntur nobiscum *per adoptionem* quodammodo coniuncti. Sic

— — — ramum ramus *adoptat*

Statque peregrinis arbor operta comis, <sup>l)</sup>

aut, si PLINIO <sup>m)</sup> obtemperare mauis; arbores mitiores fiunt *adoptione*, id est, infitione rami adoptiui, quem arbores *assumunt*, & non repudiant neque expellunt, adeoque secum succrescere & fructus ferre patiuntur. Sed vt arbor ramum *infinitum assumit*, quasi *per adoptionem*, aut certe non expellit, sed alit atque educat; ita in familiis *adoptio* est, cum extranei ex aliena familia *sumuntur*, quod A. GELLIVS <sup>n)</sup> obseruat, atque apud CRISPVM SALVSTIVM, <sup>o)</sup> qui liberos a se non genitos *adoptauerat*, dicitur liberos *sumfisse*,

Quoscunque igitur *eligimus* & *sumimus* & *admittimus*, illos, etiam Romano more, *naturaliter adoptasse* iudicamur. In primis si nomen sanguinis adiiciatur, ex quo intelligi possit, quod adoptato quasi locum quandam

<sup>h)</sup> PLAVT. in cistellar. act. 4. scen. 2. v. 78.    <sup>i)</sup> VOPISCVS iu aureliano c. 4.  
<sup>k)</sup> TACIT. hist. l. I. c. 16.    <sup>l)</sup> OVID. de remed. amor. l. I. v. 39.    <sup>m)</sup> PLIN.  
 hist. nat. lib. 16. in prooem.    <sup>n)</sup> GELLIVS noct. Att. l. V. c. 19.    <sup>o)</sup> SALVST.  
 de bello Iugurth. c. 10.

dam in familia aſſignemus. Hoc ſenſu candidari, qui obuios nomine *patris*, aut *fratris*, per blanditias ſalutabant, illos dicebantur *facete adoptaſſe*, quod ſupra ex Q. HORATIO FLACCO p) obſeruatum eſt :

— — — frater, pater, adde,  
vt cuique eſt aetas, ita quemque *facetus adopta*.

Ex quibus rebus conficitur, *naturalem adoptionem*, quæ *ciuili* opponatur, eſſe *electionem perſonæ extraneæ*, ſub nomine ſanguinis, *ſine ciuili & publica ſolemnitate*. Ita fere *Iuno Herculem naturaliter adoptaſſe* dicitur, cum ipſa *ſine ciuili ſolemnitate*, habitum parturientium imitata, Herculem per veſtem deſluere in terram pateretur, & deinde ſuſciperet quaſi ex ſe proſeſſatum: quod THEODORVS MARCILIUS q) ex DIODORO SICVLO r) obſeruat.

*Sed*, vt reuertar ad Romanos, non omni fructu caruit *naturalis illa adoptio*, etiam ex Romanæ iurisprudentiæ præceptis. s) Ipſe IVSTINIANVS habet eiſmodi ſpeciem; ſ. *ult. Inſt. de adopt.* in qua quis ſeruum ſuum, actis interuenientibus, *filium nominauerat*, nulla adhibita ſolemnitate.

*Sed* IVSTINIANVS, bene apud *Catonem* ſcriptum eſſe, ait, ſeruum ex illa ſcriptura *liberari*, quamuis hoc ei ad ius filii accipiendum non ſufficiat. Et merito probauit IVSTINIANVS hoc *Catonis* iudicium, cum & *naturalis ratio & iuris regulæ præcipiant*, *vim* cuiusque negotii, etiam imperfecti, *ex facultate agentis & contrahentis æſtimari*: vt qui *plus & maius* quoddam voluerit, cuius illi perficiendi poteſtatem non habeat, etiam *minus*, quod ſub maiori comprehenditur, omnino voluiſſe cenſetur. Nimirum generaliter receptum eſt, ita in iudicandis negotiis verſandum eſſe, vt, quantum fieri poſſit, *actus etiam imperfectus* conſeruetur, & potius valeat, quam pereat & pro *nullo* habeatur. Igitur cum dubitari non poſſet, dominum, qui ſeruum naturaliter in locum filii adoptauerat, quod ipſi *ſine ſolemnitate* efficere non licebat, eidem ſeruo libertatem, ſine qua filius fieri non poterat, dare voluiſſe, ad quam concedendam nuda voluntatis ſignificatio ſufficiebat; placuit, *adoptionem imperfectam*, ne proſus inutile ſit negotium, *libertatis dationem continere*.

*Satis*, credo, comprobauimus, Romanos neque ignorariſſe naturalem adoptionem, neque vim omnem illi detraxiſſe. Sed ne quis ſuſpicetur in extrema ſpecie, quam tractauimus, *libertatis fauore*, qui apud IVSTINIANVM maximus fuerat, ab illo aliquid conſtitutum eſſe; audiamus PEGA-

p) HORAT. I. epiſt. VI. v. 54. 55. q) THEODORVS MARCILIUS in interpretam. leg. XIII tab. c. 101. in theſaur. OTTONIS tom. IV. p. 313. r) DIODORVS SICVLVS l. IV. p. 170. b. s) V. ld. MARCIL. apud OTTONEM theſ. tom. IV. c. 71. p. 289.

**SVM**, qui l. 19. §. 6. *D. de donat.* de alia specie disputat, quæ inter homines liberos obuēnit. Proponit enim aliquem centum spondidisse, si alter iurasset, se nomen sponsoris *laturum* esse. Habes speciem adoptionis naturalis, quandoquidem, si **M. TVLLIVM** <sup>e)</sup> audias, hic non exiguus fructus est adoptionis, ut *hereditas nominis* perueniat ad adoptatum. De quo loco deinceps exponemus. Apparebat, hanc stipulationem non sufficere ad ius filii vel familiæ consequendum, cum adoptio desideret solennitatem. Quærebatur ergo, nulliusne momenti sit *stipulatio*, an potius *donationis*, an contractus rationem habere videatur. Respondit **REGASVS**: adoptionem non esse, imo nec donationem, sed contractum innominatum, *do ut facias*, hac sponione contineri, quia ob rem facta sit, & res secuta.

*Igitur* eousque valebat negotium, quatenus stipulantium facultas ad illud contrahendum sufficiebat, quamuis illa stipulatio vim adoptionis non haberet. Ita etiam **GAIO** visum est de testamento, quo quis heredi hanc conditionem adscripserat, ut ferret *nomen testatoris*. Ait enim, parendum esse conditioni ab herede, quamuis hæc verba adoptionem perfectam non absoluant; cum nihil mali sit, *honesti hominis nomen assumere* l. 63. §. 10. *D. ad SCtum Trebell.*

*Sed* de testamentariis adoptionibus postea videbimus. Iam vero dimittere non possum, quod & princeps eum *in locum patris elegisse* videatur, quem ad patriciatus dignitatem euexit, quamuis non adhibita solennitate, quam desiderant adoptiones. Neque tamen fructu caret illa patris electio, sed efficit, ut patricius a potestate patris naturalis liberetur. Qua re intelligitur, adoptiones *imperfectas* & *naturales* non prorsus inutiles & superuacaneas censerī. Imo vero **VLPIANVS** noster l. 63. §. 10. *D. pro socio* longius procedit, & illis etiam fauet, qui extraneos tanquam *æquales* receperint in societatem. Respondit enim, societatem initam quodammodo in se habere *ius fraternitatis*. Ita qui socium eligunt, eum *in locum fratris* videntur *adoptare*. Sed quamuis societas sine solennitate ciuilis adoptionis contrahatur, adeoque ius familiæ non tribuat illa *fraternitas*, non tamen inanis est & infructuosa, sed vim nanciscitur ex *facultate contrahentium*, ut *familiarior* nobis fiat *socius*, & vinculo arctiori nobiscum coniungatur, eaque de causa in id tantum, quod facere potest, damnari debeat, si propter debitum conueniatur. d. l. 63. §. 10. *D. pro socio*. Sed operæ pretium fuerit de his speciebus postea diligentius tractare.

*Igitur* defererem hunc locum, nisi adhuc admonendum esset, adoptionem naturalem seu imperfectam etiam *quasi adoptionem* appellari. Certe **DIOCLETIANVS** & **MAXIMIANVS** illum, quem pater *in locum fratris adoptare* voluerat, *velut* adoptatum, hoc est, quasi adoptatum esse dixerunt l. 7. C.

de

e) **CICERO**. pro dom. c. 13.

de hered. instit. Nouissime, augustissimus rex & legislator noster in edicto nuper Drefenæ die XIII. Ian. huius anni proposito, *de contracto vitalitio*. von der Leib, auch Familien-Renten-Negotiation §. 20. clementissime permisit cuique *successorem*, ad quem fructus contractus vitalitii post mortem eius perenniat, designare, & hunc *quasi adoptare* in locum filii sine ciuilibus solennitatibus: daß der erste Gewinner eines Familien Haupt-Stammes berechtiget seyn solle, in Ansehung dieser Rente, einen Sohn gleichsam zu adoptiren: vt appareat etiam apud Germanos adoptionem naturalem & imperfectam fructu non carere.

§. IV.

Ex his igitur speciebus, quæ adhuc a nobis tractatæ sunt, satis, credo, *Adoptio naturalis* subintelligitur, Romanos adoptioni naturali *in locum fratris* non omnem vim *uomine fratrum in usu* omnino ademisse. Sed res erit luculentior, si ostenderimus, in quibus *nomen fratrum* adscitorum vel adoptiuorum in primis frequentatum *fuit inter amicos & suos* fuerit in republica Romana.

Et primo quidem ipsos maxime *amicos*, tanquam aequales, exacto iudicio *eligimus*, & plerumque sub *nomine fratrum adoptamus*. si PAVLLO *suos reges, gentes extraneæ nomen fratrum acceperunt a* fides est, amicos appellare debemus, non leui notitia coniunctos, sed quibus fuerint iura cum patrefamilias, *honestis familiaritatis, rationibus* quæ *fratrum acceperunt a* sita. l. 223. §. I. D. *de verb. signif.*

*Desiderat* igitur PAVLLVS, vt sint iura quædam inter amicos, & *familiaritas*, honestis rationibus quæsitæ. Sed nulla familiaritas certior, nulla familiaritatis ratio honestior, quam vitæ ab ineunte ætate *consuetudo* & *commilitones dicti* animorum perpetua consensio, quæ, auctore QVINCTILIANO, *u)* *pa-*rit speciem aliquam *fraternitatis*, atque alienos etiam, & nulla necessitudine *coniuictos, adfectibus deuincit x)*

Quæ cum ita sint, nomen fratrum in primis videbatur *amicis* conuenire, cum amicitia, quod idem QVINCTILIANVS ait, sit *umbra* quædam *naturæ & fraternitatis* & vtramque imitetur. Certe quoties blandiri volumus his, qui esse amici videntur, nulla adulatio procedere vltra hoc nomen potest, quam vt *fratres* vocemus. *y)* Quæ res efficit, vt nullum magis idoneum sit argumentum familiaritatis, quam PAVLLVS desiderat, & amicitia probandæ, quam, si *nomen fratris* vsurpatum esse, inter amicos, ostendatur. Hæc est *fraterna* illa *caritas*, qua illi, qui fratres non sunt, vt PAVLLVS noster docet, fraterne diliguntur, & in summam familiaritatem adducuntur, vt etiam heredes, cum nomine suo, sub *appellatione fratris* recte & efficaciter instituantur, l. 58. §. I. D. *de hered instit.* Ex qua lege apparet,

u) QVINCTILIANVS declam. 16. cap. 2. clam. 321. pr.

x) Id. declam. 321.

y) Id. de-

## LXVII. *D i s s e r t a t i o.*

paret, fructu non carere illam, quæ inter amicos contrahitur, *fraternitatem*, ut etiam in supremis tabulis hoc nomen admittatur. Habet igitur appellatio fratris, inter amicos recepta, hoc quasi proprium præcipuum, ut in omnibus negotiis, quasi iure civili constitutum, adhiberi possit, quod SEVERO & ANTONINO in reliquis *cognationis nominibus* non placuit, cum in aliis speciebus, qui *non cognatum* quasi cognatum sub nomine sanguinis heredem instituit, interdum nihil egisse & errasse censeatur, l. 4. C. de hered. instit. Imo vero plus tribuit amico, qui illum fratrem appellat, cum, si CRISPVM SALVSTIVM audiamus, <sup>z)</sup> nemo alteri amicior, quam *frater fratri* videatur, & natura omnes amicitias superet. Agnouerunt certe Romani quanta vis adfectionis insit in nomine *fratris* & *amici*, qui utrumque aliquando publica auctoritate facto Scto regibus extraneis honoris significandi causa tribuerunt. CAESAR certe ARIOVISTO hoc obiecit, quod senatus & populi Romani beneficio rex & *amicus* appellatus fuerit, adeoque ad referendam gratiam obstrictus esse videatur. <sup>a)</sup> Certe in omnibus fœderibus contrahendis hac formula Romani utebantur: *amicitia inter nos esto*, quod BARNABAS BRISSONIVS <sup>b)</sup> obseruat.

*Est* igitur species quædam *naturalis adoptionis*, si illos, quos diligimus, in primis sub fratrum nomine *in amicitiam* adsciscimus.

*Hac* formula imperatores Romanos præfidibus prouinciarum & præfectis, quos fratres & amicos appellabant, honoris amorisque significationem edidisse supra a nobis comprobatum est. Eundem honorem Carolus V. *principibus electoribus* S. R. I. habuit, quos in *capitulatione Cæsarea*, <sup>c)</sup> *amicos*, unsere lieben Freunde, Neven, Oheim und Churfürsten, appellauit, & eundem morem etiam ad posteros transmisit, qui ex communi Europæ consuetudine, princ. electoribus, *regia dignitate eminentibus*, *fratrum* nomen adiecerunt. <sup>d)</sup> Quod ne quis heri aut nudus tertius inuectum esse credat, admonendum est, etiam antiquissimis temporibus SALOMONEM HIRAMO, Tyrionum regi, *nomen fratrum* tribuisse <sup>e)</sup>

*Præcipue* autem, ut dicere occupauimus, inter *socios*, quos *facto foedere* nobiscum coniungimus, obtinet ius aliquod fraternitatis, l. 63. pr. D. *pro socio*: quapropter fœdus, quod arctissime contractum fuerit, *foedus fraternum* appellamus. Hoc enim ex loco Q. HORATII FLACCI <sup>f)</sup> intelligimus

— — — *fraternum rumpere foedus,*

&

<sup>z)</sup> SALVST. de bello Iugurth. c. 10.    <sup>a)</sup> IUL. CAES. de bello Gallico l. I. c. 35.  
<sup>b)</sup> BRISSONIVS de form. l. II. c. 48.    <sup>c)</sup> Vid. capitulatio Caroli V. in prooemio. & LIMNÆVS ad hunc loc. p. 124.    <sup>d)</sup> Vid. capitulatio nouiss. Francisci imp. in prooemio & epilogo.    <sup>e)</sup> I. Reg. IX. 13.    <sup>f)</sup> HORAT. l. I. epist. 3. v. 35.    <sup>g)</sup> QVINCTILIATVS declam. 320.

&, secundum QVINCTILIANVM; g) *societas sacra res est*, & quædam *fraternitas* propositorum animorum, vt appareat societatem *sacram* & *sanc-  
tam* dici eodem fere iure, quo *fratres sanctissimos* appellatos esse, supra  
indicauius; sed in primis fratrum nomen sociis conuenit, qui fortunas suas  
miscuerunt, cum ex eadem causa propter communionem domus & heredi-  
tatis ipsi fratres naturales inter se *confortes* appellentur, l. II. C. *commun.  
de success.*

*Socii* igitur, etiam *privata* pactione assumti, *fratrum* iure quodammo-  
do censentur, & PLAVTVS <sup>h)</sup> noster, quem supra restem inuocauimus,  
aperte docet, esse hanc speciem aliquam *adoptionis*, si socium & adiutorem  
nobis adsciscamus.

— — — *sociam te mihi adopto ad meam salutem.*

*Habes* igitur *nauralem adoptionem sociorum*. Neque tamen inter  
*privatas societates* substitit hæc pietas *fraterna*, sed etiam ad *publica foede-  
ra*, & ad *gentes exteras* porrecta est a Romanis in societatibus iungendis.  
Notum est fraternum nomen, *Aeduis* tributum, quod C. IVL. CAESAR <sup>i)</sup>  
& CORNELIVS TACITVS <sup>k)</sup> commemorant, quorum hic quidem, solos  
ex Gallis *Aeduos* hoc honore dignos iudicatos esse, ait, vt Scto *fratres* ap-  
pellarentur. Illud certum est, *fratrum* appellatione in formula foederis in  
primis contineri spem *mutuæ defensionis*, quam socii fratres sibi inuicem de-  
bebant. CAESAR <sup>l)</sup> enim ARIOVISTO hoc *foedus fraternum* ita inter-  
pretatus est, factum esse Sctum, vt qui prouinciam Galliam obtineret,  
*Aeduos ceterosque amicos populi Romani defenderet*.

*Eodem* iure etiam CLAVDIVS Imperator, apud SVETONIVM TRAN-  
QVILLVM, <sup>m)</sup> *Iliensibus* hoc datum esse, ait, vt *consanguinei* populi Ro-  
mani dicerentur, ideoque *Seleuco* regi commendatos, vt illos immunes ab  
omni onere præstaret.

*Extremo* attinet monere, etiam *Iudæos Spartanis*, cum quibus fidem  
& amicitiam iunxerant, *fratrum* nomine blanditos esse, vt ostenderent, *so-  
cios* & foederatos habere *ius fraternitatis*. <sup>n)</sup> Hæc eadem causa AHAEVM,  
regem Iudæorum permouit, vt legatis BENHADADI, regis Syriæ, pro  
vita eius deprecantibus, ita responderet: si viuit, *frater mihi esto*, <sup>o)</sup> hoc  
est, *foedus mihi & amicitia* cum ipso esto, si superstes fuerit; quasi ex nomi-  
ne fratris ipsum ius societatis deduci posse videretur.

*Proxi-*

h) PLAVT. in Cistell. act. IV. scen. 2. v. 78. i) IVL. CAESAR de bello Gall. l. I. c. 36.

k) TACIT. annal. l. XI. c. 25. l) IVL. CAES. de bello Gall. l. I. c. 35. m) SVET.  
in Claud. c. 25. n) I. Macc. XII, 10. 17. o) I. Reg. XX, 32. 33.

*Proximum* post socios inter fratres adoptiuos seu pactitios locum obtinebant *collegæ*, id est, *sodales*, qui, interpretante GAIO l. ult. D. *de colleg.* eiusdem collegii sunt, & *societatis* iure quodammodo deincti, ideoque etiam *fratrum nomine* inter se vtuntur. Et profecto conuenit in illos fratris nomen, cum & ipsa fratrum coniunctio dulce *fraternum sodalium* dicatur a CATULLO, p) quod supra iam a nobis obseruatum est.

*Insignem fratrum, collegarum seu sodalium speciem* A. GELLIVS q) ostendit, dum de *fratribus arualibus* exponit, & mansisse, ait, *collegium fratrum arualium* numero duodecim sodalium, qui fratres aruales dicebantur. Non vacat disputare de origine huius appellationis, quam GELLIVS, SABINVM MASSVRIVM secutus, a ROMVLO reperit. Hunc enim, *Accæ Larentiæ* nutricis suæ filiis vndecim *veris fratribus*, quibus se ipsum quasi adoptiuum admiscuerit, nomen *fratrum arualium* dedisse, tradit. Illud caret dubitatione, nomen & collegium fratrum arualium diutissime durasse, & tanta dignitate ornatum fuisse, vt principes etiam viri ciuitatis ad illam societatem se adiungerent. r) Largiamur igitur GELLIO, veros fratres ab initio instituisse hoc collegium; postea tamen certe, non nisi per *adoptionem* seu electionem, *fratres aruales adoptiui* in collegium recepti sunt. Apud GRVTERVVM s) in marmore litterato commemoratur frater arualis *allectus*, vt intelligatur, per adoptionem acquisitum esse ius illud sodalitiæ & fraternitatis.

*Satis diu te tenui & diutius quam vellem.* Igitur discederem ab hoc loco, nisi *militēs* aut commilitones me tenerent, *terribile* genus hominum, e quorum manibus elabi facile non possum. Quamuis enim sint terribiles hostibus, tamen inter se dicuntur etiam per rimas galearum sanguine consperfarum familiariter ludere, & inuicem sibi arridere. Certe societas periculorum, iidem labores, iidem casus, idem contubernium, & totius vitæ consuetudo pariunt aliquam speciem *fraternitatis*, vt merito inter se *fratrum nomine* vtantur. Enim vero fortior est affectio illa, quæ ex communi militia oritur, quam quæ solo sanguine & necessitudine est constituta: profecto etiam inter veros fratres *commilitium* addit aliquid amicitiae fraternæ, cum ipsa societas peregrinationis & obeundorum munerum illos vice mutua cariores sibi reddidisse videatur. Recte igitur GORDIANVS hereditarem a *vero fratre*, sed eodem etiam *commilitone* in iisdem castris, relictam ad peculium retulit, quasi frater fratrem commilitonem, non tam ob ius sanguinis, quam ob amorem commilitonis, scripserit heredem. l. 4. C. *de castrens. pecul.* Idem video & SCAEVOLAE & in primis TRYPHONINO placuisse, l. 19. pr. D. *de castrens. pecul.* Imo vero, ne quis hæc sine exemplo constituta esse arbitretur, ad-

mo-

p) CATULLVS carm. 101. v. 4. q) GELLIVS noct. Att. l. VI. c. 7. r) GRVTERTERI inscript. p. 1083. n. 10. p. 117. seq. e. p. 381. s) Id. inscript. p. 421. n. 2.



monendum est, non raram fuisse illam fratrum & commilitonum pietatem, qua & heredes se inuicem scripserint, & auctam per militiæ pericula *fraternam* affectionem ostenderit publicis subinde monumentis. DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS l. 19. C. de pactis tractauerunt eiusmodi speciem, in qua eminet pietas fratrum & commilitonum. Fratres enim in eadem militia degentes, cum ad discrimen prælii pergerent, ob communem mortis fortunam ita pacti sunt: vt ad eum, qui superstes fuisset, res eius, cui casus finem vitæ attulisset, pertinerent. Et placuit imperatoribus valere pactiōnem, quasi supremum iudicium commilitonum. Apud GRVTERVM <sup>z)</sup> loquitur pietas fraterna in marmore antiquo, quod *fratres & contubernales optima pietate* fratri & contubernali demortuo poni curauerunt. In alio quoque lapide apud eundem GRVTERVM <sup>u)</sup> *fratri & contubernali & commanipulo rarissimo* gratias agit frater ab ipso *heres* institutus. Occurrunt eiusmodi alia sexcenta, de quibus RADVLPHVS FORNERIVS <sup>x)</sup> diligentissime tractauit. Sed meretur tamen obseruari, hereditatem *commilitonum* etiam ab intestato interdum peruenire ad commanipulos, aut vexillationem & reliquos cohortales, quasi ex *præsumpta voluntate* militis, qui commilitonibus maxime fauere & eodem, quo alios *consanguineos* & cognatos, loco habere existimatur l. 2. & 3. C. de hered. decur.

*Duplicem* igitur fructum habet electitia illa & per *adoptionem naturalem* inter milites constituta *fraternitas*; alterum, vt quæ a commilitone in nos profecta sunt, quasi propter commilitium data, iure peculii castrensis censeantur: alterum, quod excluso fisco, si alii magis propinqui deficiant, fratres illi adoptiui superstites ad commilitonis defuncti perueniant hereditatem.

*Aut* omnia me fallunt, aut ex *militiæ* in primis consortio ortæ sunt confraternitates illæ Germanorum, die *Brüderschaften*, quæ plerisque in locis inter burgeneses & sodales eiusdem opificii contractæ sunt, & ab antiquissimis temporibus ad posteros transmissæ. Nimirum burgeneses & opifices illis temporibus, quibus Germania priuatis bellis & latrocinii perturbatur, plerumque in armis habebantur, ad repellendam a mœnibus & officinis suis iniuriam & ad vim exterorum ingruentem vi armata & mutua defensione reprimendam.

*Erat* igitur inter burgeneses & opifices plerumque quædam species commilitiū, cum pariter in armis exercitarentur, sub communi duce, & per vices omnia onera militum obirent. Sed communio illa periculorum, laborum & munerum, vt supra ostendimus, parit speciem aliquam fraternitatis, & contubernales facile inuitat ad *fraternum nomen* inter se communicandum.

K 2

z) GRVTERI inscript. p. 525. n. 7.

u) Id. ibid. p. 517. n. 9.

x) FORNERIVS

reum quotidian. l. IV c. 7. in thesaur. Otton. tom II. p. 234.

dum. Enim vero ipsa vitæ simplicitas & communio laborum, quos sub vno duce, quasi sub *parente communi*, & in eodem contubernio, quasi in iisdem laribus, suscipiunt, efficit, vt omnia inter commilitones aperta sint, & dissimulationi & fraudi non facile locus relinquatur. Sed nihil magis allicit ad consortium & *fraternum sodalitiū*, quam vitæ simplicitas, perquam fraudes & machinationes excluduntur.

*Plerique* igitur burgenſes & opifices ad eandem militiam simul defensionis causa obeundam sese comparabant, ideoque maxima familiaritate & iure fratrum ac commilitonum utebantur. Hinc euenit, vt FRIDERICO II imperatori, conglutinationes illæ & confraternitates burgenſium atque opificum suspectæ essent, cum res ad vim spectare videretur, & timeri posset, ne illa sodalitia, ad vim repellendam instituta, vim patriæ inferrent, & Germaniam priuatis bellis ac digladiationibus vexarent. Hinc enata est seueritas illius edicti, y) quo FRIDERICVS II. militiam & confraternitates & pleraque collegia burgenſium & opificum, vel euertit & prohibuit, vel certe arctissimis vinculis adstrinxit. Hoc imitari sunt etiam reliqui imperatores, in primis CAROLVS IV. qui in *aurea bulla tit. XV.* confraternitates illas plerasque detestatus est, donec, *pace publica* studiosius confirmata, bella illa priuata penitus opprimerentur. Sed de hoc argumento, quod diligentissime ab aliis z) tractatum perpetua disputatio non est huius loci, ideoque sufficere extremo quasi digito tetigisse, quæ ad ius fraternitatis pertinere videbantur.

*Sed* dum de confraternitatibus ex militia deductis trado, non omnittendum esset, etiam ad sacram militiam & clericorum ordines fratrum & confraternitatum nomen tractum & propagatum esse; nisi operam perdituri esse videremur in re trita & omnibus notissima & a multis aliis excussa. Vnum attinet morere, antiquissimam esse inter collegas & prophetas fratris appellationem, cum & tempore *veteris antiqui*, a) in funere prophetæ alter propheta cum suis hac lamentatione: *heu frater*, ach Bruder, vterentur. Sed de plerisque confraternitatibus ordinum diuersorum in primis de fratribus Rosarii B. Virginis, de fratribus kalendariis, CAROLVS du FRESNE, b) FELLERVS, c) & alii complures d) ex instituto curatius exposuerunt, quos exscribere non vacat.

## §. V.

y) PETER LUDWIG in commentar. ad a. b. tit. 25. §. 1. lit. m. p. 123.  
 z) vid. DATTIVS de pace publ. c. 14. n. 15. p. 103. & Peter a Ludewig l. c.  
 a) I Reg. XIII, 13. b) CAROLVS du FRESNE in glossari. medii æui, voce: *frater*. c) IOACHIM FELLERVS in disertat. de fratribus Kalendariis.  
 d) BOSIVS de signis ecclesiæ lib. X. Gisbertus VOETIVS in tractat. de confraternitate Mariana, & Henr. LINCK. in disertat. de confraternitate compotatoria.

## §. V.

*Fratrum* igitur sanctissimum nomen ad omnes fere ordines & societates *Ad obtegen-*  
peruenit, atque ipsos etiam milites & sacerdotes. Sed sororum adoptio, *dos turpes*  
plerumque suspecta, aliquid monstri alere videbatur. Neque enim dissimu- *amores mul-*  
lari potest, Romanos hoc nomine ad obtegendam *nequitiam* subinde vfos *ti etiam cle-*  
esse. Nimirum amasias suas, quibus ius coniugum non darent, id est, con- *rici, subinde*  
cubinas atque meretrices, quasi honestiore nomine, *sorores* appellabant. *fratrum &*  
Aperte M. VAL. MARTIALIS e) *fratrum & sororum nomina nequiora esse* *sororum no-*  
dixit: quod occultandis turpibus amoribus adhiberentur, *mine abusi*  
*sunt. Sororum adoptio*  
*suspecta.*

*Fratrem* te vocat & *soror* vocatur.

Cur vos nomina *nequiora* tangunt?

itemque alio loco f) *sororem* vxori opponit in amore:

Quare non habeat, Fabulle, quaeris

*Vxorem* Themison? habet *sororem*.

Hoc sensu ille apud PETRONIVM g) amico suo concilibat sororem ab ipso  
*adoptandam*, vt citra matrimonii vinculum illam in amoribus haberet.  
Imo vero TIBVLLVS h) feminam, cuius amore exarserat, vel in vxoris vel  
etiam sororis, hoc est, concubinae locum adsciscibat: seque ipsi vel viri vel  
fratris loco futurum promittebat:

Haec tibi *vir* quondam, nunc *frater* munera mittit,

Sive sibi *coniux* siue futura *soror*.

imo vero, qui socium sibi nefandae libidinis & turpissimae nequitiae quaere-  
bant, fratrem sibi *prospicere*, i) fratrem *eligere*, k) dicebantur.

Sed in primis clericos accusant HONORIVS & THEODOSIVS l. 19.  
C. de *episcop. & cleric.* quod consortio sororiae appellationis decoloraren-  
tur, id est, quod, feminis sub *sororum* nomine a se adscitis, maculam sibi  
adspergerent, & indignitatem admitterent, quae sanctitatem huius ordinis  
contaminaret. Ambigi non potest, imperatorem concubinas intelligere,  
quarum turpitudine nomine sororum tegebatur, constat enim clericis subinde  
permisum fuisse, vt *veras cognatas*, in primis *matrem & sororem*, ad se  
accenserent, quarum ope, res familiaris commodissime administrari posse  
videbatur. Has igitur *συνεσώκτους*, id est, simul introductas in monaste-  
rium & domos clericorum appellabant & permittere iure, cum nulla esset  
turpitudinis suspicio, cum illis versabantur. Sed hi quidem *ἀγαπητὰς* sub-

K 3

sti-

e) MARTIAL. l. II. epigr. 4. v. 3. 4. f) Id. l. XII. epigr. 20. g) PETRON.  
satyr. c. 127. h) TIBVLLVS l. III. eleg. I. v. 23. i) PETRON. satyr.  
c. 10. k) Id. c. 80.

stituebant, id est, amafias, quas turpitudinis occultandae caussa cognatarum & *sororum* nomine, quamuis extraneae & nulla necessitudine ipsis coniunctae essent, appellabant, ut viderentur *συνείσακτοι*, seu cognationis iure simul introductae, utque nulla in illos propter *foedus naturale* saevi criminis caderet suspicio. Hoc igitur est *sororiae appellationis* dedecus & suspecta illa adoptio sororum, de qua eleganter & copiose exposuit DESIDERIVS HERALDVS. <sup>1)</sup> Hanc turpitudinem etiam detestatur IVSTIANVS noster, qui episcopis omne cum mulieribus domesticum commercium ademit, reliquis clericis sub poena remotionis interdixit, ne quam, praeter *cognatas, sorores, matrem, amitam*, de quibus nemo suspicari posset, turpitudinis caussa illas adscitas esse, domi alerent, & sorores appellarent Nou. 123. c. 29. & Nou. 133. c. 3. Eadem fuit concilii Nicani severitas, qua interdictum est: *Ne episcopo, ne presbytero, ne diacono, vel alicui omnino, qui in clero est, liceat subintroductam habere mulierem, nisi forte aut matrem, aut sororem, aut amitam, aut etiam eas idoneas personas, quae fugiant suspensiones.* can. XVI. dist. XXXII.

Sed merito indignamur illi saeculo, quod innocentissimi nominis sanctitatem facta nequitia corruptit. Igitur ad reliqua festinamus.

## §. VI.

*Redimus ex diuerticulo in viam, & postquam turpem causam adoptionis remouimus, totam de honesta adoptione in locum fratris controuersiam expediemus. Quod ut commode a nobis fieri possit, ab instituto nostro non erit alienum, si exposuerimus de honestissima adoptionis caussa, ut immortalitati nominis & familiarum consulatur, in qua veteres magnum momentum reipublicae versari arbitrabantur, neque enim certius credebant ad immortalitatem & aeternam hominum memoriam se commendari posse, quam, si post se relinquerent aliquem, cuius appellatione & nomine sui etiam memoria quotidie repeteretur. Ex hac fere origine deducitur conditio illa nominis ferendi, negotiis tum inter viuos, tum mortis caussa, saepe numero a veteribus adiecta. Ne quis enim existimet, Romanos hoc inter leuia officia retulisse, ut nomen ipsorum ab aliis feratur; admonendum est, quosdam etiam iurisiurandi fidem ab illis exegisse, quibus nomen saum imponi volebant, ut doceamur, ipsos de hoc honore, quasi de re ardua & graui sollicitos fuisse. Supra enim ex VLPIANO obseruatum est, non neminem centum spondidisse, si alter iurasset, se nomen eius laturum esse l. 19. §. 6. D. de donat. Ex quo loco intelligitur, etiam negotiis, inter viuos contractis, hanc conditionem interdum adiectam esse, ut quis*

<sup>1)</sup> DESIDERIVS HERALDVS de rerum iudicat. auctorit. l. II. c. 20. in thesaur. Ottonis tom. II. p. 1258.

quis nomen alterius ferret. Neque vero locus est dubitationi, esse hanc speciem *naturalis & pactitiæ adoptionis*. MARCVS enim TVLLIVS <sup>m)</sup> docet, quod adoptionem *hereditas nominis* sequatur. Sed, si hæc est adoptio, magis videtur illa esse adoptio *in locum fratris*, quam in locum filii & nepotis, quandoquidem nulla ætatis ratio habita est in eligendo illo, quem veteres nomen suum ferre voluerunt; cum, si hæc esset adoptio in locum filii, conditio ista non admittenda esset, nisi adoptans alterum octodecim annis superasset. Certe nomen cognationis & sanguinis cum illis communicamus, quos *nomen nostrum* ferre in posterum iubemus, illisque quasi locum & gradum quendam in familia assignamus, propter quem hereditas nominis ad ipsos possit peruenire. Quod ut luculentius intelligatur, obseruandum est hoc loco, cum hereditate nominis plerumque etiam bonorum hereditatem relictam esse illis, quibus quis nominis sui ferendi imposuerunt necessitatem. Idem enim MARCVS TVLLIVS <sup>n)</sup> indignatur illis temporibus, ubi quis nomen alterius ferre iussus erat, cum bona ad alium heredem peruenissent. Apparet igitur cum nomine etiam bonorum hereditatem plerumque coniunctam fuisse, ut in adoptionibus ciuilibus, quas nominis & bonorum hereditas sequitur. Maxime autem in testamentis & heredum institutionibus frequentata est illa *conditio nominis ferendi*, cum plerique in ultimis voluntatibus cogitent de nominis sui immortalitate. GAIVS autem certe probat hanc conditionem, & recte facturum esse heredem scribit, si impleuerit conditionem; cum *nihil mali* sit honesti hominis nomen assumere, l. 63. §. 10. ad *SCtum Trebellian.* Vnam speciem GAIVS excipit, si quis nomen *famosum & turpe* ferre iubeatur, quod MARCIANVS l. 7. D. *eod.* de nomine Vispellionis videtur interpretari; tunc enim remittenda est conditio a prætore, & bonorum possessio secundum tabulas impetranda, ut heredi liceat repudiare conditionem nominis ferendi. d. l. 63. §. 10. ad *SCtum Trebell.* MARCVS TVLLIVS <sup>o)</sup> etiam dubitat, rectumne sit nobili adolescenti, *mutare nomen ex mulieris* testamento. Sed GALBA etiam a *nouerca*, Liuia, adoptatus est, & nomen eius ferre iussus paruit conditioni, & prænomen suum mutauit, quod SVETONIVS memoriæ prodidit <sup>p)</sup>

*Probauerunt* igitur veteres magistri artis nostræ hanc adoptionis naturalis speciem, neque omnem fructum illi ademerunt, sed parendum esse conditioni censuerunt, quamuis nulla sollemnitas ciuilis interuenisset in hac adoptione.

*Elegantissimam* adoptionis naturalis speciem habet PAVLLVS l. 132. D. *de verb. oblig.* in qua quis filium alterius *sine sollemnitate ciuili* sola stipulatione pœnali adiecta *susceperat* hac lege, ut illum non aliter, quam filium

<sup>m)</sup> CICERO pro dom. c. 13.  
Attic VII. 8.

<sup>n)</sup> Id. de offic. l. III. c. 19.

<sup>o)</sup> id. epist. ad

<sup>p)</sup> SVETON. in Galba c. 4.

filium, obseruaret; si secus fecisset certam pecuniae quantitatem promiserat illi, qui filium tradiderat. Et PAVLLVS quidem certe admittit illam stipulationem eamque adoptioni legitimæ opponit, vt appareat, PAVLLVM de *adoptione naturali, quæ a civili seu legitima distinguitur, sensisse.* Igitur cum non credat nullius momenti esse naturalem hanc adoptionem, tradit, pecuniam & poenam promissam deberi, si adoptans filium sine iusta causa domo expulerit & deseruerit officium parentis.

*Sed, vt diximus, plerumque testamentaria erat hæc adoptio, quæ re-ctius refertur ad adoptiones naturales, quam ad civiles.* Deest enim adoptioni testamentariæ, qua quis filius nominatur & nomen ferre iubetur, deest, inquam, solennitas civilis, sine qua efficaciter iure civili adoptare non possumus. Hinc OCTAVIVS AVGVSTVS postquam intellexit, se ab auunculo in testamento adoptatum esse, hanc adoptionem lege curiata confirmari iussit, vt more maiorum adoptatus esse videri posset. <sup>q)</sup> Imo vero cum etiam mulieres in testamento quosdam adoptauerint sub conditione nominis ferendi, illis temporibus, quibus feminæ iure civili adoptare non poterant, vt ex loco Ciceronis proxime adducto intelligitur; dubitari non potest, hanc adoptionem testamentariam non *civilem sed naturalem* fuisse, & tamen vim quandam habuisse, quia implenda fuit illa conditio nominis ferendi. Sed de hac quidem RADVLPHVS FORNERIVS <sup>r)</sup> & in primis BARNABAS BRISSONIVS <sup>s)</sup> luculenter exposuerunt.

*Accepisti species adoptionis naturalis a Romanis approbatæ & cum fructu aliquo coniunctæ.* Ausim affirmare, quoties quis ab altero, etiam inter viuos atque in re certa, *successor* designatur, in primis sub *nomine sanguinis*, hanc esse *implicitam* adoptionem. Successio enim ad illos naturaliter refertur, qui ex eadem stirpe nobiscum descenderunt, aut certe ad nostram familiam pertinent: vt videatur ille quasi in familiam receptus, quem successorem eligimus, & cui res nostras destinamus. Huc referrem *ius simultaneæ inuestituræ*, qua extraneus successor *adoptatur*, ad quem perueniat feudum nostrum, quod, si regulam sequeremur, ad illos duntaxat pertineret, qui a primo acquirente originem duxerunt, sed hoc vnum huic adoptioni deest, quod simultaneæ inuestitus non semper nomen cognationis & sanguinis tribuitur; quamuis ad successionem in feudum admittantur. Eodem exemplo augustissimus legislator noster in edicto <sup>t)</sup> *de contractu vitalitio*, quod antea adduximus, hanc *quasi adoptionem* appellat, cum *successorem*, ad quem fructus ex contractu vitalitio perueniat, arbitrio

<sup>q)</sup> APPIANVS bell. civil. III. p. 586.

<sup>r)</sup> FORNERIVS rerum quorid. l. V.

c. 17. in thesaur. Otton. Tom. II. p. 269.

<sup>s)</sup> BRISSON. de formul. l. VII.

c. 26. p. 574.

<sup>t)</sup> Vid. edictum VON DER LEIB; auch Familien-Renten; negotiationen †. 20.

bitrio nostro eligimus & designamus. *Luculentissima* species eiusmodi adoptionis, qua successor designatur, apparet in *pactis confraternitatis*, in denen Erbverbrüderungen, quibus *principes & status* imperii R. G. mutuam successionem cum defensione mutua inter se paciscuntur & *nomen sanguinis*, id est, *fratrum* adiiciunt, quæ vera natura est *pactitiæ* adoptionis. Dignum esset argumentum, quod exsequeremur, nisi hoc a centum aliis occupatum esset <sup>u)</sup>.

§. VII.

Tenes iam fere omnia, opinor, quæ pertinent ad dirimendam controversiam, quam tractamus. Superest, ut ipsam hanc speciem a nobis *Adoptio in locum fratris non est monstrosa sed umbra nature & com- modior interdum quam adoptio in locum filii.* proponam ex illis, quæ adhuc disputata sunt, exequiamur.

*Nimirum*: duo amici inter se *privatim pacti sunt, ut alter apud alterum fratris locum obtineret*, perinde ac si utriusque *ex eodem patre & eadem matre progeniti fuissent*. Quæsitum est, utrum *utiliter* pacti esse videantur, *ut admitti possit illa adoptio, & fructum aliquem pariat inter fratres adoptivos*. Dubitabatur, I. quia adoptio debet naturam imitari, & *pro monstro esse videtur, quemquam sibi ipsi fratrem generare*, cum fratrem ex thoro & beneficio patris atque matris expectare debeamus. Et

maxime movebat II. *DIOCLETIANI & MAXIMIANI* auctoritas, qui l. 7. C. *de hered. instit.* rescripserunt: nec apud peregrinos posse sibi quemquam omnino fratrem facere per adoptionem, ideoque fratrem illum hoc modo quasi adoptivum ad successionem non admitti, *sed irritam esse hanc adoptionem*. Accedebat III. quod frater fratrem in potestate habere nequeat, adeoque in hac specie præcipuus fructus adoptionis cessare videatur.

*Habes causam dubitandi, sed respondemus: naturalem esse hanc adoptionem & eum fructum habere, ut fratres adoptivi iure sociorum & aequalitatis & familiaritatis singularis inter se utantur: ceterum, hanc adoptionem ius succedendi ab intestato non tribuere fratribus adoptivis, nisi pactum successorium efficaciter inter illos contrahatur, neque fratres adoptivos ad iura familiæ admitti, nisi a principe adoptio fratris confirmetur, & consensus illorum, quorum interest, accedat. Quod quibus rationibus confirmari possit, brevitè dispiciemus.*

*Nimirum naturalis adoptio*, quod supra §. III. p. XIX. docuimus, est electio personæ in locum cognati, sub nomine sanguinis, sine civili solemnitate, quæ electio effectum habet pro facultate adoptantium. Vides hæc omnia

u) De pactis confraternitatis vid. GOLDASTVS de regn. Bohem. l. VI. c. 18. p. 719. Peter a LVDEWIG in comment. ad A. B. P. i. p. 449. & REINECCIUS in iur. perm. tom. I. p. 91. 92.

nia in adoptionem fratris conuenire. Fratri enim adoptiuo *locus cognati* assignatur, *nomen sanguinis* ipsis tribuitur, neque principis, neque magistratus auctoritas, quæ *solemnitatem* ciuilem maxime absoluit, adhibetur, sed res intra consensum adoptantis & adoptati subsistit: neque tamen inanis est, *neque inutilis*, cum omnes actus *pro facultate agentium* vim aliquam & fructum nanciscantur, quod supra §. III. & IIII. exemplo sociorum, sodalium & commilitonum aliisque argumentis a nobis comprobatum est. Ius autem succedendi DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS adoptiuis fratribus adimunt, l. 7. C. *de hered. instit.* neque fingi potest ius ab intestato succedendi, nisi illud quibusdam personis *lege*, vel ex Germanorum moribus *pacto successorio*, eoque efficaciter contracto, vel *beneficio principis*, deferatur, neque iura familiæ & priuilegia singularia, nisi ex principis voluntate, qui familias priuilegiis ornare potest, a priuatis in alios transferri possunt, quapropter adoptiuo fratres *ius natalium & insignium*, sine auctoritate principis, consequi non possunt: sed si *principis* auctoritas accedat, dubitari nequit, quin sanentur vitia adoptionis, & ex illa confirmatione adoptio vim plenam nanciscatur: quandoquidem auctore MARCELLO, adoptio non iure facta a principe confirmari potest, l. 38. D. *de adopt.* principis autem beneficio nemini *ius quaesitum* facile adimitur, l. 4. C. *de emancipat.* quapropter & confirmationem principis & *consensum* illorum, *quorum interest*, desideramus, vt adoptio in locum fratris facta, iure adoptionis legitimæ & civiliter perfectæ censeatur.

*Non* esset difficile, hæc omnia plenius & explicatius exponere, nisi res postularer, vt antea dubitationes illas, quarum mentio a nobis iniecta est, dilueremus.

*Et primo* quidem nobis obitare videbatur, quod adoptio *naturam imitari* debeat, ne *pro monstro* habeatur, quod IAVOLENVS præcipit l. 16. D. *de adoption.* & IUSTINIANVS §. 4. *instit. eod.*

*Verum* enim vero, res salua est, & ipsa amicitia, seu adoptio naturalis in locum fratris, est *umbra* quædam naturæ & fraternitatis, quod QVINCTILIANVS \*) ait, & ipsa societas ac vitæ consuetudo habent naturalem speciem *fraternitatis*, l. 63. D. *pro socio*, vt nihil monstri habeat, si amicum & socium in locum fratris adsciscamus. Res erit luculentior, si exposuerimus, quid IUSTINIANVS *monstruosum* & *naturæ aduersum* dixerit in adoptione. Nimirum, in adoptionibus & omnibus *fictionibus* iuris hoc demum *monstruosum* est, si *fingamus* aliquid, ad quod efficiendum vires naturæ simpliciter & absolute non comparatæ sunt, seu *quod per rerum naturam effici* non posset, quamuis omnia media in promptu essent & adhiberentur: seu quod in ipsa definitione sua *contradictionem* continet: vt, si quis fingeret,

\*) QVINCTIL. declam. 321. pt.



geret, hominem, natu *maiolem*, esse filium eius, qui natu *minor* est, & a minore generatum, hoc enim natura nunquam efficere posset, quamvis omnia media adhiberentur: ideoque adoptio filii, natu maioris, a minore suscepta dicitur monstrosa, quia adoptio debet naturam imitari. Sed ad imitationem naturæ hoc non desiderat IUSTINIANVS, vt omnia illa *proxime* & *immediate* adsint, & inueniantur in adoptantibus, quæ *naturaliter* adesse deberent, si adoptandus a natura in illo gradu familiæ constituendus esset, in quem ille adoptatur. Hoc enim, si posceremus, multa *monstrosa* admilla essent a IUSTINIANO in adoptionibus. Si postulas exempla, illa non longius accersenda sunt. Ecce enim: potest quis in locum filii adoptare, *qui uxorem non habet*, l. 30. D. de adopt. quæ vxor tamen *necessario* & *immediate* desideraretur, si quis vellet naturaliter filium habere. Eodem pertinet, quod quis possit in locum nepotis adoptare, quasi *ex incerto filio*, quem non habet, l. 43. D. de adopt. quamvis, nisi filius interueniat, cogitari non possit de nepote. Ex quibus locis intelligitur non requiri in adoptionibus, vt illa *immediate* & *proxime* in promptu sint, quæ deberent adesse, si adoptandus naturaliter obtinere vellet locum illum in familia, quem ipsi assignamus. Certius est, ad *imitationem naturæ* hoc duntaxat requiri, vt adsint *remota* illa *instrumenta*, sine quibus naturaliter effici non posset, vt adoptandus ex familia nostra sanguinem & originem duceret. Sic in adoptione filii sufficit *facultas generandi*, quamvis vxorem quis non habeat, quæ *immediate* ad sobolem procreandam requiritur. Sic in adoptione nepotis hoc vnicum videtur necessarium, vt *ea ætate* sit adoptans, in qua posset filium habere, qui ipsi nepotem generare potuisset, & hunc octodecim annis ætatis superaret, quamvis auus sibi ipse nepotem sine filio naturaliter facere non possit.

Qua re apparet, nihil monstri inesse in hanc adoptione per quam quis in locum fratris adsciscitur. Qui enim adoptat in locum fratris, in promptu habet *remota* illa instrumenta, ex quibus ipsi frater naturaliter enasci potuisset. Quilibet enim adoptans, habet, vel certe habuit parentes, patrem atque matrem, qui fratrem procreare potuissent, quamvis ipse nequeat *immediate* fratrem sibi facere per generationem. Itaque, si quis potest filium habere sine vxore, & nepotem sine filio, modo facultatem generandi habeat, profecto poterit quis fratrem adoptare, quamvis ipse sibi fratrem efficere nequeat, modo patrem & matrem habuerit, ex quorum thoro frater prodire potuisset. Non enim fingimus, quod frater adoptiuus *a nobis* sed quod *a parentibus nostris* generatus sit.

Igitur extinctum est illud *monstrum*, quod quidam in adoptione fratris sibi effugerunt. Sed grauius nobis obstat difficultas illa, quam *secundo loco* adduximus & imperatores l. 7. C. de hered. instit. nobis, obiecerunt. Hi

enim abscisse negant, posse sibi quemquam omnino *fratrem facere per adoptionem*. Sed facile tibi eximetur illa dubitatio, si cogitaueris imperatores d. l. 7. C. *de hered. instit.* non de *naturali* effectu adoptionis in locum fratris disputare, sed de iure successionis, quod ex *iure civili* deducitur & sine solennitate aut principis auctoritate acquiri in familia non potest, quod ipsis facile largimur.

*Peruenio ad tertiam causam* dubitandi, dum quis posset obmouere, quod *frater fratrem in potestate patria habere nequeat*, adeoque extraneum in locum fratris adoptare non posse videatur. Sed vt verum fatear, hoc nihil me perturbat. Nimirum, etiam *iure civili* variæ species adoptionis admiffæ sunt, *in quibus potestas patria non acquiritur* ab adoptante. Quid enim dicemus de adoptione minus plena, cum pater naturalis dat filium extraneo in adoptionem. Aperte IUSTINIANVS rem definit, & nihil, ait, transire ad patrem adoptantem, sed intactum manere ius patris naturalis, filio autem adoptivo ius succedendi acquiri ab intestato per adoptionem, §. 2. *Instit. de adopt.*

*Ex his intelligitur, ratam esse adoptionem*, quamvis per illam ius potestatis patriæ non acquiratur. Opportune occurrit exemplum *mulierum*, quæ interdum *adoptare possunt*, quamvis nec naturales liberos habeant in potestate, sed permiserunt tamen feminis principes, vt in solatium liberorum amissorum alios in illorum locum adoptarent, perinde ac si ex ipsis & maritis earum filii progeniti fuissent, l. 5. C. *de adopt.* Et hoc sæpius accidisse, vt mulier, in primis nouerca, priuignum aut alios in locum filiorum adoptaret sine patria potestate, supra §. VI. ostendimus.

*Quæ cum ita sint*, adoptioni in locum fratris præcepta iuris ciuilis non prorsus aduersari, merito censemus: quamvis dissimulari non possit, illam, quoad effectus ciuiles, habere aliquid difficultatis, quæ tollitur per principis confirmationem, l. 38. D. *de adopt.*

*Extremo*, ne quis hanc in locum fratris adoptionem superuacaneam esse arbitretur, cum eadem commoditas per adoptionem in locum filii sine illa difficultate obtineri posse videatur; hoc loco admonendum est, multas commoditates inesse in adoptione fratrum, quæ frustra quæsiueris in adoptione liberorum, illamque incommodis carere, quæ adoptionem in locum descendendum necessario sequuntur. Enim vero, *socium* quærimus, dum fratrem adoptamus, sed societas aequalitatem aliquam desiderat & pares aut inuenit, aut facit. Ex hac aequalitate nascitur aliquod ius *familiaritatis* & consortii, cuius anima est communio quædam iurium & rerum & summa voluntatum consensio. Hæc omnia non conueniunt societari parentum atque liberorum, cum patres quædam seueritas & grauitas amore temperata, filios

filios reuerentia deceat, qua patrem venerentur. Sed grauitate & reuerentia non parum detrahitur iucunditati domesticæ societatis.

*Habes* causas, cur adoptionem fratrum omnibus aliis cognationibus fictitiis præferas. Præterea, adoptio fratrum illis incommodis non vrgetur, quæ adoptionem filiorum molestam facere videntur, filios alere tenemur, vt dignitas familiæ postulauerit: fratribus, non nisi in paucis quibusdam speciebus, alimenta necessaria subministrantur: denique necessitas liberis portionem legitimam relinquendi in parentibus multo arctioribus vinculis adstricta est, quam in fratribus, qui fratres præterire possunt, & honestas ipsis personas libere præferre.

*Imo* vero, ne quid omittam, fraternitas, si naturam sequamur, non solum iuniorem admittit, sed etiam natu maiorem aut æqualem, sine discrimine ætatis, cum natura nobis & seniores fratres, & geminos offerat & iuniores. Hoc vnicum natura desiderat, vt frater adoptiuus octodecim annis minor sit patre adoptantis; vtque fingere possimus, patrem adoptantis hunc fratrem adoptiuum generasse. Contra, filiorum adoptio in illis tantum locum habet, quos adoptans octodecim annis superat, & non admittitur, si quis vel natu maiorem quærat filium, vel etiam æqualem. Igitur possunt quædam opportunitates obuenire, in quibus adoptio filii non permittatur, adoptio autem fratris nihil habeat difficultatis. Ceterum immortalitas nominis & familiæ per fratres adoptiuos, qui nomen nostrum ferunt, non minus commode, quam per liberos in familiam receptos, propagatur.

§. VIII.

*Cum* igitur ex his causis multi malint fratrem adoptare, quam filium; videamus quem fructum pareat illa naturalis adoptio sine principis confirmatione, omnia scilicet fratrum iura singularia per illam acquiruntur, quæ sunt in ipsorum fratrum potestate, vt supra demonstratum est. In primis videntur in societatem & arctissimam familiaritatem recipi, quos fratrum nomine adoptamus. Enim vero, cum ipsa societas vim in se habeat fraternitatis l. 63. D. *pro socio*; nihil prohibet, quo minus dicamus in fraternitate contineri ius aliquid societatis. Obiicit forte, inter socios desiderari bonorum aliquam collationem, fratres autem adoptiuos non semper conferunt pecuniam. At certe conferunt ac promittunt inuicem mutua studia, opem, auxilium, quibus communia commoda societatis domesticæ promouentur. Qui vero operam, industriam & gratiam conferunt in societatem, non minus conferre censentur, quam, qui pecunias afferunt, quod vlpianus docet l. 5. & 29. §. I. D. *pro socio*.

*Igitur* in societatem nostram veniunt illi, quos tanquam fratres adoptamus, ideoque sociorum iure merito censentur, sed præcipuus fructus est, ideoque sociorum iure merito censentur, sed præcipuus fructus est

natur in id societatis, quod non facile inter socios delicta præsumantur, propter summam confessionem animorum, quæ peperit societatem. Quæ re efficitur, quod facere possunt re- vt si quid durius & incontinentius gestum sit, hoc magis ex errore & leu- nuntiatione tate & imbecillitate animi, quam ex studio nocendi profectum esse iudicetur. tollitur hæc adoptio. Hoc argumento frater ille, apud QVINCTILIANVM, y) vtitur, vt suspicionem dilueret, sibi obiectam, quod fratrem veneno peremisisset.

Ex eodem fonte derivatur, quod nec iniuriarum actio dari possit fratribus adoptiuis, propter leuas quasdam offensiones, quæ inter personas coniunctas potius iurgii, quam litis rationem habent, l. 5. C. *fratrum regund.* ideoque non facile continent *contumeliam*, ex qua natura iniuriæ æstimatur. Ipsa enim actio iniuriarum ex æquo & bono deducitur & causæ cognitionem desiderat, vt *ratio etiam personarum habeatur*, ex qua iudicandum est, quid in contumeliam alterius susceptum videri possit, l. 11. §. 1. & l. 18. pr. D. de *iniur.* Hinc nec liberto datur contra patronum actio iniuriarum, nisi *atroces* fuerint, cum domestica familiaritas suspicionem doli & contumeliæ excludat & atrocitas iniuriæ *ex personis* æstimetur l. 7. §. 2. & §. D. *eodem.* Quapropter si quid inter personas familiarissimas obuenerit, quod durum & acerbum videri possit, magis illud ex calore iracundiæ, quam ex consilio subnatum esse iudicabimus l. 5. C. de *iniur.*

Non multo secius de actione furti habendum est, quæ nec inter socios facile locum habet, neque inter fratres adoptiuos propter summam familiaritatem & communionem, quæ efficit, vt socium magis communionis contemplatione, quam lucrificandi animo, res nostras contrectasse arbitremur. Certe, si VLPIANO obsequamur, non facile credendum est, socium furti consilium inire, qui potius iure familiaritatis vsus fuisse censetur l. 51. pr. D. *pro socio*, quandoquidem ipsa *vitæ societas* fratres adoptiuos quodammodo dominos facit rerum fraternarum l. 1. D. *rerum amotar.* Certe HARMENOPVLVS z) expresse fratrem excipit, ne furti teneatur, quod in primis verum est, si pacto successorio fratribus adoptiuis spes facta sit mutux hereditatis. a) Sed hanc controuersiam MARQVARDVS FREHERVS b) diligentissime tractauit.

Ex eodem societatis iure, quo fratres inter se vti solent, deriuatur, quod alter alteri ex debito non semper in solidum, sed *in id, quod facere potest*, condemnetur, quod SABINO placuit & VLPIANO, etiam si non sint socii vniuersorum bonorum, sed vnius tantum rei, quod summam rationem habere dicitur propter ius fraternitatis, l. 63. pr. D. *pro socio.* Neque enim

h) QVINCTILIANVS declam. 321.

z) HARMENOPVLVS l. I. tit. 3.

a) VID. ordin. criminal. Carol. artic. CLXV. So einer etwaß nimmt von Gñtern, deren er ein nächster Erbe ist.

b) MARQVARDVS FREHERVS pa-

terg. l. I. c. 5. in thes. OTTON. T. I. p. II. p. 867.

enim idem VLPPIANVS nos perturbat l. 16. D. *de re iudic.* quæ lex ex iisdem libris VLPPIANI ad edictum defumta est, ex quibus lex 63. D. *pro socio* prouenit. Probabilis vero est illa emendatio MARQVARDI FREHERI, <sup>c)</sup> qui, interiecta uocula *non*, etiam in l. 16. D. *de re iud.* socios tam *uniuersorum* bonorum, quam unius rei, intelligit, ut in id., quod facere possint, condemnentur. Certe frater efficere debet, ne frater egeat, quod PAVLLVS desiderat inter illos, qui arctiori vinculo coniuncti sunt, l. 19. §. 1. D. *de re iudic.*

Quoniam vero in societatem incidi, ex cuius iuribus ius fratris adoptiui æstimatur, venit in mentem, inter socios quidem foedus contractum dirimi poenitentia tempestiua & *renunciatione*. l. 63. in fin. & 65. §. 3. D. *pro socio*. Igitur tentabimus, an frater se possit seiuungere a fratre adoptiuo, si videat fratri secum non satis conuenire. Nimirum censeo, in hac quæstione tractanda distinctionem admittendam esse. Aut enim *simpliciter* frater a fratre receptus est, aut cum poenali stipulatione, quæ in hac specie tutissima videtur, quod, si illum non tanquam fratrem obseruauerit, certam pecuniæ quantitatem soluere velit fratri adoptiuo, aut denique pactum successorium adoptioni sine conditione adiectum est. Dicemus enim, si non adiecta pœna & sine pacto successorio frater adoptatus sit, nihil mutatum esse ex communi natura omnium societatum, quæ, si dolus malus abfuerit, simplici *renunciatione* dissoluuntur. d. l. 63. in fin. & 65. §. 3. D. *pro socio*. Aliter sentiendum, si pœnam promiserit adoptans, PAVLLVS certe in specie non dissimili, ait, stipulationem committi & pœnam deberi, si adoptans sine iusta causa, *domo expulerit* adoptatum, cui pœnam promiserat in eum casum, quando ipsum aliter, quam cognatum, obseruasset. l. 132. D. *de verb. obl.* Igitur in hoc casu, sine iusta & insigni causa, *renunciatio* ius fratris adoptiui non dissoluet. Denique, si pacto successorio simpliciter & absolute successio mutua efficaciter promissa sit, a fide pacti neuter discedere poterit, nisi mutuo dissenso uterque rationes suas separauerint, & alter alteri remiserit ius succedendi.

*Extra* has species igitur *renunciatione* tollitur etiam fraterna societas inter fratres adoptiuos antea contracta. CORNELIVS TACITVS <sup>d)</sup> auctor est, plerosque olim amicitiae, cuius ipsos pœnituerit, per epistolam, qua *ius amicitiae amico remiserint*, solenniter renunciasse. Qua formula, si SVETONIUM <sup>e)</sup> audias, amico repudiato etiam domo interdicebatur. Non alienum est ab hoc loco, quod etiam ZACHARIAS <sup>f)</sup> diuinus vates, iussu Dei immortalis, fracto baculo, quem manu tenuerat, fustulerit illam, qua domus Iudæ & Israëlis naturaliter coniungebatur, gentilitiam fraternitatem.

## §. IX.

c) MARQVARDVS FREHERVS l. c. d) TACIT. annal. l. II. c. 70. e) SVETON. in August. c. 66. f) ZACHARIAS prophet. XI. 14.

## §. IX.

*Adoptio naturalis ius pactitia adoptione. Tradidimus, quæ quis iura fraternitatis sperare possit ex naturali & iurales ius pactitia adoptione. Superest, ut extremis digitis tangamus, quæ iura non succedendi transeant ad fratrem adoptivum. Et primo quidem videbimus de successione in bona fratris adoptantis. Imperatores l. 7. C. de heredib. instit. fratrem, qui velut adoptatus in familiam irrepserit, excludunt ab hereditate, quamvis enim summa sit huius legis obscuritas, & illa in primis de specie fuerit aut singulari accipienda videatur, cum quis hereditatem amico per errorem, veni- nisi confir- matio prin- cipis accesserit, hæc ta- men strictam interpretationem desiderat, igitur nec hæc tri- buit ius no- bilizatis & insignium nec successio- nem in bona reliquorum agnatorum nisi hæc iu- ra expresse commemorata sint & agnati con- senserint.*

*Tradidimus, quæ quis iura fraternitatis sperare possit ex naturali & iurales ius pactitia adoptione. Superest, ut extremis digitis tangamus, quæ iura non succedendi transeant ad fratrem adoptivum. Et primo quidem videbimus de successione in bona fratris adoptantis. Imperatores l. 7. C. de heredib. instit. fratrem, qui velut adoptatus in familiam irrepserit, excludunt ab hereditate, quamvis enim summa sit huius legis obscuritas, & illa in primis de specie fuerit aut singulari accipienda videatur, cum quis hereditatem amico per errorem, veni- nisi confir- matio prin- cipis accesserit, hæc ta- men strictam interpretationem desiderat, igitur nec hæc tri- buit ius no- bilizatis & insignium nec successio- nem in bona reliquorum agnatorum nisi hæc iu- ra expresse commemorata sint & agnati con- senserint.*

lut adoptato fratri, quem adoptatum putauerat, reliquisset; illud tamen intelligitur, non favere imperatores successioni fratris adoptivi, & habet rationem illorum sententia, quia hereditas non nisi lege, testamento, aut apud Germanos pacto successorio acquiri potest. Igitur cum lex adoptivis fratribus non succurrat, deficiente testamento efficaci, pacto successorio opus est, quo adoptans successionem promittat fratri adoptivo. Non ignoro quidem DIOCLETIANVM & MAXIMIANVM ne huic quidem pacto inter priuatos locum facere, quamvis inter fratres conuenerit ut ad superstitem pervenerit hereditas bonorum, l. 19. C. de pactis. ex qua lege frustra fratres adoptivi ex pacto successorio sperarent commodum hereditatis. Sed, quod fatentur fere omnes, g) communi Germaniæ consuetudine, etiam inter priuatos, recepta sunt pacta successoria, quæ illos, qui consenserunt perfecta obligatione deuinciunt. h) Pactum autem successorium luculentum, & quod dubio careat, desideramus. Quamvis enim omnes adoptiones in primis eo tendant, ut hereditas nominis pariter ac bonorum perueniat ad adoptivum; tamen adoptio fratris, quæ a regula communi adoptionum discedit, strictè accipienda est, & trahi nequit ad successionem, nisi de illa speciatim conuenerit in formula adoptionis.

*Sed quid fiet, si a principe confirmata fuerit illa in locum fratris adoptio?* respondeo, hac confirmatione adoptionem naturalem in *ciuilem & legitimam* mutari. Licet enim largiamur hanc adoptionem discedere a iuris regula, quæ tantum personas quasdam *in locum descendantium* adoptare permittit, ut adeo adoptio fratris *non iure facta* a principe efficaciter confirmari potest, si MARCELLVM audimus, l. 38. D. de adopt.

*Iam* igitur legitima & ciuilis erit illa in locum fratris adoptio, postquam a principe confirmata est, ex quo conficitur, si fratres adoptivi generali formula, ac si ex eodem patre & eadem matre progeniti fuissent, so-

g) WENERVS in voce: Bruderschaft, impugnat pacta successoria & gregem doctorum allegat, qui contra pacta illa disputant. h) Pacta successoria affirmatiua, quæ non pertineant ad hereditatem tertii non consentientis, detrahit de BERGER oecon. iur. L. II. tit. 4. §. 48. n. 1. Peter a LVDEWIG in comment. ad A. B. tit. 7. litt. V. n. 4. & HEINNECCIUS in iur. German. tom. I. p. 91. 92.

cietatem inierint, & principis confirmatio accefferit, fratres illos eodem iure, quo fratres naturales, censendos esse in successione Ergo & præteriri frater adoptivus poterit in testamento, si non turpis persona ipsi præferatur. cum & fratres, quos natura non bis adiunxit, illud æquo animo ferre debeant, si heres extraneus ipsis præferatur, nisi fratres expresse pacti sint de mutua successione. Ab intestato igitur succedent, si non a liberis defuncti, aut etiam a parentibus, in Saxonia in primis, excludantur. Nimirum *certa* spes successione pacto successorio quaerenda est. Neque tamen hæc pactio ad feuda pertinebit, nisi tum ipse dominus directus, etiam feudi conferendi causa, illam confirmaverit & feudi mentionem fecerit in confirmatione, tum reliqui etiam *agnati* & in Saxonia *simultaneæ investiti*, ad quod spes feudi pertinuerat, consenserint in hanc successione.

*Ceterum*, utcumque accefferit confirmatio principis, tamen quia a iuris regula discedit hæc adoptio, *strictè illam interpretabimur*. Hinc *nemo iura nobilitatis, familie & insignium* transferet in fratrem adoptivum, nisi princeps, qui ius nobilitandi habeat, expresse etiam, quoad ius nobilitatis & insignium, confirmaverit fraternam hanc adoptionem.

*Princeps* igitur, a quo *nobilitas* etiam *noviter*, cum *iure insignium* tribui posset fratri adoptivo, qui nondum fuerit nobilis, princeps, inquam, confirmare potest adoptionem fratris, etiam huius effectus causa, ut *nobilitas & insignia*, quæ alias ad solos descendentes legitimos auf die ehelichen Leibes Erben propagantur, perveniant ad adoptivum. Sed num *consensum* etiam *agnatorum* desiderabimus, ut frater adoptivus ius insignium & nobilitatis consequatur. Certius est, *agnatorum consensu opus non esse*, quia, ex perfecto iure, *illorum non interest*, cum quo iura nobilitatis & insignium communicentur, & quia ipsi principem prohibere nequeunt, quo minus noviter, ut diximus, fratri nobilitatem & eadem, quæ agnati habent, insignia, tanquam tons omnis dignitatis, liberaliter concedat.

*In* reliquis autem negotiis, in quibus aliud detrahitur de iure perfecto, ab agnatis antea acquisito, nihil nocebit agnatis illa adoptio, quamvis a principe sit confirmata, ideoque nec succedet frater adoptivus reliquis agnatis, qui non consenserunt in adoptionem & pactum successorium, quod adoptioni adiectum est. Quamvis enim *CELSVS* l. 7. *D. de adopt.* agnatorum consensum in adoptione non requirat; hoc tamen non eo trahendum est, ut agnatis etiam ius quaesitum extorqueri possit, si de illorum prejudicio agatur. Hoc enim ne fiat, naturalis ratio & communis regula iuris impedimento est, quæ non paritur quemquam, cum alterius iniuria & damno, illa ad se pertrahere, quæ aliis iure perfecto iam dum tributa & assignata esse videatur. Hoc certe disputatione non indiget, quod filius fratrem adoptivum patri suo, tanquam filium, obtrudere nequeat, ne patri inuito heres

adnascatur. Est eiusmodi species apud QVINCTILIANVM, <sup>1)</sup> in qua pater filium domo expulit, quia amicitiam iunxerat cum filio vicini, cui pater inimicus erat: vt appareat, inuito patre, neminem in domum & familiam recipiendum esse.

*Extremo* præterire non possum, quod ne princeps quidem adoptiones imperfectas facile confirmet, nisi causa cognita l. 39. D. *de adopt.* & auditis illis, qui lædi possent per adoptionem. Ceterum in causæ cognitione etiam versabitur, vtrum honesta sit, ne *turpitude* quædam, fororum inprimis nomine, tegatur, sed quæ sit illa turpitude supra §. V. tetigimus. Ita quidem *de adoptione in locum fratris* habendum est.

1) QVINCTILIAN. declam. IX.



## LXVIII.

### PROGRAMMA

# DE HYPOTHECA.

---

VITEMBERGAE, DIE XXIV. NOVEMBR. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXVIII.

---

#### §. I.

**I**n tam foecunda *fraudum* tegete, quæ quotidie succrescit, & palladium illud humanæ, ac ciuilibus maxime, societatis, *fidem publicam*, conuellit & tantum non suffocat, subit mirari, quosdam interpretes excusare & defendere *negligentiam* atque *improbritatem iudicum*, qui, cum fraudibus obuiam ire deberent, sæpissime negotia fraudulenta non solum obtegunt & dissimulant, sed etiam auctoritate & *consensu* suo *confirmant* & tuentur. Plerumque enim homines simplices decipiuntur calliditate debitorum, iniecta spe pignoris aut hypothecæ, in rebus immobilibus constituendæ, quæ, cum *iudicis* auctoritate & *consensu* in terris iuris Saxonici munienda & confirmanda sit, incautos creditores, nihil fraudis subesse, suspicatos, & iudici confisos, omnino securos reddere videtur, & tanto facilius illos turpissime deludit. Nimirum infedit in animis multorum iudicum illa CARPZOVII <sup>a)</sup> sententia, qui iudicem maxime *testimoniū* & probationis causa *hypothecas confirmat*.

a) CARPZOV. ad const. eccl. XXIII. P. II. def. XXVI. n. 7. & 8.



confirmare censuit, ideoque magistratus a creditoribus conveniri posse negat, quamvis ipsi hypothecam infructuosam & inutilem & aliis iam obligatam, dissimulato iure antiquiorum creditorum, confirmauerint & in illam consenserint, nisi iudices specialiter de securitate a creditore nouo fuerint interrogati. Ait enim, si creditor ex iudice quaesuerit, vtrum hypotheca iam dum aliis obligata sit, iudicem vel doli vel culpa reum esse, & creditoribus teneri, quod ipsis non indicauerit anteriores hypothecas; extra hanc speciem vero, & si creditor simpliciter cum debitore confirmationem hypothecae petierit, magistratum impune hypothecam, quamuis inutilem, confirmare posse, nec iure perfecto obstringi, vt indicet ius prioris creditoris, ideoque non habere, cur actionem timeat de damno faciundo. Sed hodie quidem in electoratu Saxoniae res disputatione vix indiget, cum multis iisque luculentissimis legibus & in ipsa etiam ordinatione processus recognita iubeantur iudices, curiosi esse in hypothecis confirmandis & iudicem quendam hypothecarum conscribere, in quo omnia iura realia, etiam per executionem acquisita, annotentur, vt creditores posteriores de periculo admoneri possint. Es soll auch solches dem Consens Buche einverleibet werden. ord. proc. rec. tit. XXXIX. §. 10. Sed in aliis prouinciis, quae iure communi Saxonico vtuntur, dici non potest, quantum hac CARPZOVII opinione corrupti sint multorum animi iudicum, qui, saepe etiam accepto honorario, miserum & securum creditorem confirmatione sua decipere non dubitarunt, & interea in sinu gauisi sunt, sibi mercedem improbitatis suae numerari. Oblata est mihi ante annos aliquot eiusmodi species, quae digna est, vt exponatur. Mæuius in vrbe quadam Saxoniae inferioris, in qua iuris Saxonici communis praecipua, non solum quoad alienationem & oppignorationem rerum immobilium iudicis consensu confirmandam, simpliciter recepta erant, Iauolenum rogauerat, vt trecentos sibi aureos mutuos daret. Debitor obtulerat domum suam, quam iure hereditario, mortua vxore intestata, dominii iure se acquisiuisse mentitus erat, iure hypothecae, interueniente magistratus rei sitae consensu, obligandam. Iauolenus, nihil malae rei odoratus, promiserat trecentos aureos, si hypotheca a iudice confirmaretur. Vterque creditor & debitor iudicem adierant & rogauerant, vt auctoritatem suam interponeret, & consensu muniret hypothecam. Sed hic quidem, quamuis sciret, aut facile scire potuisset, maritum in res immobiles vxoris iure Saxonico non succedere, sed in mobilia duntaxat, domum vero ad eius liberos, matris suae heredes, pertinere, adeoque hanc domum in debitoris dominio non esse, sed Iauolenum creditorem, iuris non peritum, hac fraude deceptum iri prauideret, tamen, quia partes consentiebant, nihil cunctatus, accepto honorario, hypothecam, in re aliena & debitoris non propria constitutam, confirmauerat,

neque Iauolenum de periculo suo & de nullitate hypothecæ ad monuerat, ratus, ad iudicis officium non pertinere *diligentiam & fraudis indicium*, nisi specialiter interrogatus esset. Iauolenus cum nihil iudicem obicere, sed paratissimum esse ad hypothecam confirmandam, intellexisset, spem omnem in iudicis auctoritate collocauerat, trecentos aureos numerauerat, satisque sibi prospectum esse, arbitratus erat. Mox Maenius debitor, bonis lapsus, conturbauerat, & foro cesserat. Iauolenus, hypothecam petens a liberis Maenii emancipatis, qui domum, a matre ad se translata, possidebant & in oppignorationem non consenserant, derisus repellabatur, & iam se deceptum esse sentiebat: sed hac re mirifice commotus iudicem superiorem adierat, magistratum, a quo hypotheca inutilis confirmata erat, actione pulsauerat, ut omne damnum pecuniarum sarciret, sed ab ipso etiam iudice supremo bis repulsus erat, quasi inepta actione instituta, quia iudex credito consentienti nunquam propter confirmationem hypothecæ quamuis inutilis & inefficacis, teneri videretur. Ipse de ea re consultus CARPZOVII sententiam deserui & respondi: locum esse actioni aduersus magistratum, & hunc quidem, ut damna omnia sarciret, condemnandum videri. Quod quibus ex rationibus factum sit, breuiter enarrabo.

*Præcipuum* huius controuersiæ momentum in eo maxime versatur, ut intelligamus, *quo consilio*, & cui bono, Saxones in alienationibus & oppignorationibus fundorum auctoritatem iudicis rei sitæ eiusque consensum desiderent, si quis ius reale efficaciter transferre & ipsum fundum obligare velit creditori. Illud certe expeditum est, solius *testimonii & probationis* duraxat causa, non requiri iudicis consensum. Hoc enim si ageretur, ut *probari* tantum possit hypothecæ constitutio, nihil appareret causæ, cur hypotheca a tribus vel duobus testibus signata, quorum fide, quid partes inter se egerint, commodissime probari possent, non eodem iure, quo hypotheca, a iudice rei sitæ confirmata censeri debeat, & cur hæc demum ius reale aduersus quemcunque possessorem & ius prælationis tribuat. Neque occurrit satis idonea ratio, ob quam iudici hypothecam confirmani & in alienationes consentienti honorarium satis largum, & quod nudi testimonii ac scripturæ mercedem excedit, soluendum sit, si solam veritatem negotii contracti, quæ minore sumtu probari possent, ex confirmatione iudicis elicere uellemus. Imo vero ipsa soluendi honorarii necessitas ostendit, diligentiam aliquam & studium singulare magistratus expectari, quo in confirmandis alienationibus & oppignorationibus utatur. Denique nemo hariolari possent, cur prorsus inefficax esse debeat conuentionalis hypotheca quæ non iudicis auctoritate munita sit, quamuis alia instrumenta superpetant, quibus probari possit veritas conuentionis. Extremo si nudum *testimonium* iudicis requiramus, cur ad *unum* illum *iudicem rei sitæ* creditores concurrere iubeantur?

tur? cur omnes hypothecæ ab eodem iudice duntaxat confirmandæ essent? quidni actus ille iurisdictionis voluntariæ secundum naturam omnium negotiorum, quæ inter consentientes contrahuntur, apud quemcunque iudicem eodem fructu suscipi & libere ab omnibus magistratibus confirmari possit? cum eadem sit fides omnium iudicum in probanda rei coram ipsis gestæ veritate. Nimirum hæc omnia suspicionem nobis certissimam iniiciunt, alud quidquam maioris causæ latitare, quæ Saxones permouerit, vt solum magistratum rei sitæ idoneum in hac causa iudicem existimauerint, sine cuius auctoritate frustra de acquirendo iure reali hypothecæ laborent creditores. Hoc enim luculenter auctor speculi Saxonici præcipit: Ohne der Erben Urlaub und auffer dem rechten Gerichte mag niemand sein Eigen oder seine Leute weggeben I. &. R. 52.

Neque vero longius accersenda est illa causa, cum ipse DIVVS AVGVSTVS, serenissimus quondam Saxoniae legislator, & iuris Saxonici etiam communis locupletissimus atque certissimus interpret in const. elect. 23. part. II. rationes huius consuetudinis Saxonicae exponat, atque hoc animo illam introductam esse doceat, *ne creditores simplices decipiantur*, neue res vna pluribus obligetur, ad quorum securitatem ipsa non sufficiat, &, quod maius est, ne res debitoris non propria, iure pignoris inuili & inefficaci, obstringatur, spesque miserorum creditorum improba calliditate deludatur. Und dieses hat vernünftige Ursachen, damit ein Gut nicht vielen versetzt und also die Leute betrogen werden d. const. el. 23. quod in decisione electorali 38. reperitum legimus his verbis: daß niemand gefähret werde. Vides igitur, ideo probari illam consuetudinem, & creditores ad vnum iudicem rei sitæ ablegari, vt *fraudibus* debitorum occurratur, vt admoneri possint posteriores creditores de iure reali, quod ab aliis prius acquisitum sit, ide que ad officium iudicis pertinere, vt se opponat calliditati debitorum, illamque compescat, vt creditores admoneat, ne facile decipiantur, denique, vt omni iniquitati, qua fides publica turbari possit, efficacissime resistat. Sed his quidem verbis manifestum est, magistratus ad diligentiam adstringi, ne temere consentiant, ne hypothecas sine causæ cognitione, inconsulto arbitrio, confirmet, ne ipsi in societatem fraudis & iniquitatis veniant, & creditores, qui iudici quam maxime confidunt, decipiant confirmatione sua, & multo peiori exemplo, quam ab ipsis debitoribus fieri possit, illos in periculum adducant. Enim vero, si etiam nihil de fraude debitorum coercenda cautum esset, ipsa cerre naturalis ratio, quae omnes leges ac consuetudines interpretatur, magistratum, qui iustitiae administrandae causa ciuitat præfectus est, inprimis iuber, vt fraudibus & iniquitatibus resistat, simplices, qui in eius sinum confugiunt, in eius fide acquiescunt, seque securos esse arbitrantur, si res auctoritate iudicis administraretur, vt simpli-

ces illos, inquam, ciues, quasi pupillos quosdam tueatur & defendat, denique ne committat, vt negotia, auctoritate magistratus confirmata, cum macula quadam & magno dedecore suae potestatis, *propter nullitatis vitium* postea infirmentur & derideantur, extremo, ne improbitati decipientium nomen suum & auctoritatem iudicalem commoder, qua interueniente, creditores tanto facilius decipiuntur.

*Habes* primam & praecipuam causam, cur ad solum magistratum rei sitae haec res pertineat, qui solus, cum omnes creditores hypothecarii ipsum adire debeant, fraudes debitoris detegere & posteriores creditores admonere potest, ne spe pignoris inefficacis deludantur. Sed accedit etiam alia, non minus insignis, causa, quae ab antiquissimis Germanorum institutis repetenda est. Nimirum semper censuerunt maiores nostri, publice interesse, ne fundorum dominia & iura temere a priuatis permutari & solo contractantium arbitrio, neglecta iudicis auctoritate, in alios transferri possint. Audiamus enim IULIUM CAESAREM, <sup>b)</sup> qui iam suis temporibus obseruauit, neminem Germanorum agrum certum aut fines proprios habere, sed *magistratus* in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui vna coiuerunt, quantum eis, & quo loco visum est, *attribuere* agri, eiusque rei multas esse causas, inprimis, ne potentiores subinde humiliores possessionibus expellant. Ex quo apparet, habuisse magistratus particulam quandam dominiū, vi cuius, propter publicam vtilitatem, fundorum permutationes & translationes ipsi dirigebant, ne quid respublica detrimenti caperet per hanc occasionem. Et hodie quidem certe mansit eiusdem rei vestigium, & magistratibus rei sitae ius reale tributum est in fundis priuatorum, vt, nisi ipsis interuenientibus & consentientibus, nec alienari possint illorum dominia, cum effectu iuris realis aduersus quoscumque possessores, I. l. N. 52. nec iure hypothecae obligari.

*Quae* cum ita sint, ius reale in oppignorationibus, non tam a priuatis iure dominiū, quam a magistratu propter ius illud reale & singulare, quod ipsi in fundis priuatorum competit, creditoribus tribuitur & assignatur. Hoc est, quod in ipsis venditionibus & traditionibus iudicialibus rerum immobilium venditor antea *resignat* dominium in manus magistratus, idque deinde a magistratu demum emtori cum solemnī ritu & formula confertur. Ex his originibus intelligitur, magistratum, qui hypothecas confirmat, non modo fidem negotii suo testimonio munire, sed ipsum efficaciter & principaliter concurrere ad ius reale transferendum, vt creditores, qui pignus ab ipso accipiunt, quodammodo cum ipso magistratu contraxisse videantur. Sed, si ipse principaliter cum creditoribus contrahit, quis ferat, magistratum cum debitor improbo societatem nequitiae inire, & cum illo rem, debitoris non propriam, aut certe aliis obligatam,

b) IUL. CAESAR de bell. gall. lib. VI. c. 22.

tam, oppignorare, aut securitatem promittere creditori, quem decipi & circumueniri, hypotheca inutili constituta, vel ipse intelligit, vel facile omnino praevidere potuisset. Quis dubitet, quin magistratus, qui ipse simul contrahit, de culpa, &, quia honorarium accipit, etiam de culpa leui teneatur. At vero non levis sed latissima hæc culpa est, non intelligere, quod omnes intelligunt, aut quod quis solus facillime omnino potuisset intelligere. Ita enim PAVLVS atque VLPIANVS præceperunt *l. 213. §. 2. & 223. pr. D. de verb. sign.* Plus dicam, *dolus* est illa supina negligentia, quod idem PAVLVS alio loco docet *l. 226. D. eod.* aut certe suspicionem doli parit in causis pecuniariis, si de damno farciendo laboremus.

Neque vero tantum culpæ reus est & doli suspicionem contrahit magistratus, qui patrocinator debitori improbo, & hypothecam, in re debitoris non propria, vel alius obligata, & nouo creditori non suffectura, constitutam, temere confirmat; sed criminis etiam alieni, quod a debitore committitur, contagio contaminatur. Nemo enim facile negauerit, *falsum* committi a debitore, qui rem alienam, ad se non pertinentem, offert creditori, ut hæc ipsi iure hypothecæ obstringatur, aut certe, si VLPIANO fides est, *stellionatus* crimine tenetur, qui securitatem creditoris delusit, & rem alii obligatam huic, dissimulato prioris creditoris iure, pignori dedit aut distraxit *l. 3. D. de stellionatu.* Quid igitur potest esse luculentius, quam magistratum, qui creditoris calliditati fauet, & eius delictum, auctoritate sua interposita, confirmat, adeoque efficaciter ad illud factum illicitum concurrit, ipsum incidere in stellionatus crimen, & merito de damno farciendo conueniri. Enim vero, qui falsum non *prohibuit*, cum prohibere potuisset, secundum VLPIANVM peona falsi afficiendus est *l. 9. §. 1. D. ad l. Cornel. de falsis.*

*Frustra* igitur in illa specie, quam tractamus, magistratus rei sitæ negligentiam suam & supinam culpam excusabat, quasi ipse seductus esset a creditore, qui petiisset hypothecam confirmari, & qui sibi vigilare, atque conditionem eius, cum quo contraxerit, nosse debuisset *l. 19. D. de reg. iur.* Nimirum sibi omnino vigilauit creditor, qui debitori soli fidem non habuit, sed ad iudicem, quasi ad sacram anchoram confugit, eius fidem implorauit, in hac spem omnem & fiduciam collocauit, & tunc decipi se non posse censuit, si hypotheca auctoritate & prouidentia iudicis, cui conditiones fundorum non possint esse obscuræ, confirmaretur.

Neque vero magistratum defendere poterat illud vulgatum, quod ipse ex GALLIO <sup>c)</sup> & centum aliis interpretibus repetebat: *confirmationem nihil noui addere negotio*, neque per confirmationem illa mutari, quæ ab contrahentium arbitrio pendeant. Debuisset enim cogitare, quod hoc loco non nuda confirmatio desideretur, sed iudicis consensus, es muß der Obrigkeit

Günst

c) GALLIUS lib. II. observ. cameral. l. n. 3. & 5.

Gunst darüber ausgebracht werden, *ord. proc. Sax. vet. tit. XXXXVI. §. 2.* quo non interueniente, negotium perfici non potuisset. Sed, qui contulit in negotium, ipse, quid agatur, indagare, & ne quis decipiatur, cauere debet, ne ipse in societatem alienæ improbitatis veniat. Hic enim consensus & hæc confirmatio addit aliquid noui, & ipsum magistratum obligat. Certe auctoritas iudicialis non accommodanda fuisset factò *illicito*, quod ipse potius prohibere & punire potuisset.

*frustra* idem magistratus causabatur, ipsum iudicem interdum ignorare, ad quem bona immobilia pertineant, inprimis, si iure hereditario bona ad alios subinde possessores transferantur, ideoque a creditore possessiones illas inuestigandas, magistratui autem nec dolum, nec culpam imputandam esse. Frustra, inquam, hæc afferebantur. Eam enim excusationem GAIUS reiecit, qui, publice interesse, ait, *ne dominio rerum in incerto maneant l. 1. D. de usurp. & usucap.* quare conficitur, ad magistratus rei sitæ officium pertinere, vt ipse exquirat, qui fundorum domini sint, & a quibus res immobiles possideantur. Profecto enim non ignorare debuisset, mortua vxore, fundos, communi iure Saxonico, non ad maritum, sed ad liberos defunctæ matris peruenire, *III. §. R. 76.*

*Tandem frustra* magistratus ille, de quo diximus, cum CARPZOVIO <sup>d)</sup> fidem *Modestini* inuocabat, qui tradit, testem ex eo, quod testamentum alienum, sibi perniciosum, signauerit, nullum præiudicium sentire, nec iuri suo renunciasse censeri. *l. 39 D. de pignorat. action.* Nihil hoc ad magistratum pertinet, qui hypothecam inutilem confirmat. Testis enim testamentarius solemnitatis causa tantum adhibetur, &, signato testamento, quod ipse plerumque non legit, significat, hanc veram fuisse testatoris voluntatem, quæ in hac scriptura contineatur, præter ea vero in ipsa capita testamenti non consentit. Magistratus autem non testis est, sed efficaciter & principaliter concurrat, cum hypotheca confirmatur. Neque vero hic quaeritur, an magistratus iuri suo renunciauerit per confirmationem, sed an hoc impune ferre debeat, quod debitoris *falsum & stellionatum* non derexerit nec prohibuerit, cum prohibere potuisset, vno verbo, quod ipse cum debitore, vt locius criminis, creditorem deceperit.

*Denique nec IUSVINIANVS* in dispositione legis 26. *C. de admistrat. tutor. & curat.* ad quam CARPZOVIVS prouocat, magistratui patrocinatur. Imperator enim in dicta lege negat quidem, tutoribus hoc obesse, si auctoritatem pupillo accommodauerint in negotio, ex quo ipsi præiudicium timere potuissent, cum non videatur tutor ius suum dimisisse, quamuis negotium pupilli confirmauerit ex officii necessitate. Tutor certe, qui ipse inefficaciter credit testamentum, pupillo potest auctor esse, vt hic he-

re-

d) CARPZOVIVS l. c.

reditatem ex illo testamento petat, neque ideo tutor impeditur, quò minus illud testamentum tanquam inofficiosum postea impugnet. Neque vero IUSTINIANVS illa lege tutori veniam promittit, si interposita auctoritate sua extraneum quendam deceperit vel ipsum etiam pupillum. Igitur magistratui, falsam hypothecam confirmani, hoc exemplum tutoris non proderit. Nimirum nulla necessitas magistratum cogit, ut hypothecam inutilem confirmet, neque id quæritur, an suo iuri renuntiauerit per hanc confirmationem, sed an non illis teneatur, quos deceperit vel dolo suo vel supina negligentia; cum, contra, tutor ille, de quo IUSTINIANVS tractauit, pupillo auctoritatem ex officii necessitate accommodauerit ad agnoscendum illud testamentum, quòd ipse tutor postea inofficiosum dixit, ideoque nec doli nec culpæ possit accusari.

*Præterea* me non perturbat, quod magistratus non specialiter interrogatus fuerit, an domus illa, quæ pignori offerebatur, in dominio debitoris esset, & an domus illa sufficeret ad securitatem. Ipsa videlicet hæc petitio, ut magistratus confirmet hypothecam, continet interrogationem & sciscitationem, an securitas sperari possit ex illa hypotheca. Dum enim creditor ad iudicem confugit eiusque fidem implorat, videtur iudicem obtestari, ne patiatur se falli calliditate debitoris, sed, ut sua prouidentia efficiat, ut ipse securitatem plenam consequatur. Hoc igitur iudex dum negligit, videtur *falsum & stellionatum*, vel per dolum, vel certe per supinam negligentiam, commisisse.





## LXIX.

OBSERVATIONES

DE

THESAURO  
A MERCENARIIS AVT FABRIS  
INVENTO.

---

 AD L. LXVII. D. DE REI VINDICAT.
 

---

 VITEMBERGAE, DIE XII. APRILIS A. Q. S. P. EST CIO 10 CC XXXXIX.
 

---

*LLLXVII. D. de rei vindic.*
*S CAEVOLA lib. I. responsorum*

*A tutore pupilli domum mercatus, ad eius refectiorem fabricum induxit, is pecuniam invenit. Queritur, ad quem pertineat. Respondi, si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte peripita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata, nibilo minus eius eam esse, cuius fuerat.*

§. I.

*Odiunt thesauri fauoris inuentionis.* **I**mpatientissima illa auri fames, qua multa etiam erecta ingenia in tot humanis necessitatibus consumuntur, docuit humanum genus, verum esse illud, quod M. TULLIUS ait, <sup>a)</sup> etiam a sapiente, non profus contemni debere pecuniam, quæ sit effectrix & procreatrix multarum & incredibilium iucunditatum. Neque enim facile Q. HORATII FLACCI <sup>b)</sup> consilio quam obtemperauerit, vt

— — — in mare proximum  
gemmas & lapides aurum & inutile  
summi materiem mali  
mittamus — — —

a) CICERO. de finib. lib. II. cap. XVII.

b) HORAT. III. od. XXIV. vers. 47.



aut ab hominum vsu illa felicitatis humanæ instrumenta separemus, quibus vis ac neruus societatis vniuersæ continetur. Rectius omnino VLP IANVS l. 14. §. 5. D. de relig. docet, *simpliciores homines* hoc facere & *aurum* terra *abscondere*, quod obuium esse & in publico versari debeat ad subleuandas plurium necessitates & communis vitæ commoditates procurandas. Quapropter etiam PAPINIANVS l. 113. §. vlt. D. de legat. 1. *ineptam* illorum *voluntatem* esse iudicat, qui *res pretiosas* terra iniectas in sepulcris occultari præceperint, cum illæ quidem ad hominum vsum, non ad tenebras & noctis silentium ab ipsa natura comparatæ censeantur. Imo vero non solum non proiciendæ, sed etiam in lucem protrahendæ sunt occultæ illæ opes, quæ, si manibus hominum permutatione assidua teruntur, ciuium industriam acunt, egenos & pauperes alant & tuentur, omnibus illis, per quorum manus in alios transferuntur, aliquid lucri afferunt & relinquunt, materiam artis & virtutis exercendæ probis ingeniis subministrant, census & vectigalia augent, gentes & nationes commerciis inter se miscent & coniungunt, copiam rerum omnium procurant & efficiunt, vt, si PLINIVM c) audiamus, quod genitum sit usquam, illud ad omnes prouehatur & pecuniæ interuentu apud omnes gentes natum & procreatum esse videatur. Agnouit hoc idem poëta, d) qui alio loco illum delirum & amentem appellauit,

Qui nummos aurumque recondit, nescius vti  
Compositis, metuensque velut contingere sacrum.

Igitur odiosi sunt & perniciosi reipublicæ thesauri, qui a vivis terra occultantur, & profecto merentur illud odium, si ineptas illas causas cogitemus, propter quas solent tenebricosa ista ingenia opes suas abscondere & terra occultare. Plerumque enim *custodiæ causa* depositus esse thesaurus dicebatur, si PAVLLO fides est l. 31. §. 1. D. de adq. rer. dom. at vero custodiæ, non præsentis, sed *perpetuæ gratia*, quod IAVOLENVS EX LABEONE refert l. 39. §. 1. D. de auro argent. nimirum, vt ita custodiatur, ne vnquam ad alios, nisi forte fortuna, possit peruenire. Sed nihil ineptius est illa custodia, qua res ita asseruatur, vt perpetuo sit inutilis & hominum manibus exempta. Optime imperator in *nouella LEONINA 51. inhumanum* illud *inuentum* & *plenum inuidiæ* appellat, si qui thesauros suos defodiant, ne solis radiis collustrentur, cum non solum hominibus, sed ipsi etiam soli & luci opes suas inuideant, quibus aliorum indigentiam subleuare & communibus omnium necessitatibus subuenire debuissent. Quare olim, vt MARCIANVS docet, mandatis principum cautum est, *ne pecunia sepeliretur*, l. 4. §. 6. D. ad l. Iul. pecul. Si enim vel custodiæ causa factum hoc fuerit, tamen ineptum est ita custodire, vt neque alius facile inuenire possit, & ipse, qui de-

N 2

posuit,

c) PLIN. paneg. cap. XXIX.

d) HORATIVI II. serm. eclog. III. v. 109. 119.

posuit, loci illius *obiuiscatur*, in quo recondit thesaurum. Hoc enim plerumque illis accidere, qui pecunias, peregre abituri, sepeliunt, ut deinde locum *memoria repetere non possint*, PAPINIANSVS monet l. 44. D. de *acquir. vel amitt. possess.*

Neque vero magis fauendum est illis, qui *metus & praesidii* causa pecunias locis abditis reposerunt, quod PROCVLVS, quosdam bellis civilibus factitasse & nummos ita repositos *peculium* appellauisse, ait, l. 79. §. 1. D. de *legat.* 3.

*Ridiculum* est enim, pecunias, ne in manus hostium perueniant, ita recondere, ut ab ipso hominum commercio separatae in perpetuum occultentur. Si verum profiteri lubet, plerumque subest aliquid monstri & inuidiae, quod malevola & saturnina ingenia inuitat ad thesauros abscondendos, quos nunquam volunt ad hominum vsus reuerti. Hoc certe consilio DIDO apud CORNELIUM TACITUM <sup>e)</sup> occultasse aurum ferebatur, ne nouus populus nimia pecunia lasciuiret, aut reges Numidarum cupidine auri ad bellum accenderentur. Ex eodem fonte deriuatum est illud IYNONIS apud HORATIUM, <sup>f)</sup> quae

*Aurum irrepertum & sic melius situm  
cum terra celaz, — — —*

illis opibus praetulit, quae in humanos vsus cogerentur, neque longius ab inuidia abfuerunt, qui res pretiosas in sepulcris & monumentis secum condi praecerunt, quod olim plures fecisse etiam ex PLAVTO <sup>g)</sup> itemque ex SCAEVO LA PAPINIANO, & VLPIANO l. vlt. §. 2. D. de *aur. argent.* l. 113. §. vlt. D. de *legat.* 1. l. 14. §. 5. D. de *relig.* discimus <sup>h)</sup>

*Enim* vero non potest cogitari idonea ratio, quae hominem sanum per-moueat, ut opes suas post mortem iubeat abscondi in sepulcro, nisi forte nolit illas ad superstites peruenire, & perire pecunias malit, quam in vsus hominum conuerti, ideoque sepulcris illas celari cupiat, ad quae propter religionem & horrorem non facile quenquam accessurum esse suspicatur.

*Habes* causas illius *odii*, quo veterem depositionem pecuniae & inuidiam atque ineptias illorum, qui thesauros abdiderunt, detestamur. Sed hi forte ferri possent facilius, quos PAVLLVS ait *lucris causa* pecunias deponere & occultare, l. 31. §. 1. D. de *A. R. D.* cum ignoscendum sit illis, qui ex re sua lucrum honestum & innoxium quaesuerunt. Neque tamen concipi animo potest aliquod *lucrum*, quod ex depositione pecuniae quisquam expectet, nisi forte sperauerit, aut auctum iri pretium nummorum

tem-

<sup>e)</sup> TACITVS *annal.* XVI. cap. I. <sup>f)</sup> HORAT. III. od. III. vers. 49. <sup>g)</sup> PLAVT. *pseudol.* act. I. scen. IV. vers. 19. <sup>h)</sup> Vid. RADVLPHI FORNERII *lib.* III. *serum* quotidianarum. cap. XVIII. apud OTTONEM in *thesaur.* iur. tom. II. p. 214.

tempore futuro, aut se subinde aliquid additurum esse ad depositam pecuniam, ut tandem illa in magnum acervum & thesaurum pecuniæ excreseat. <sup>2)</sup> Verum, ne hi quidem carent nota invidiæ, qui, *lucri* incerti causa, quod sine depositione acquirere certius commodiusque potuissent, res ad usum humanum prognatas hominum visibus eripiunt, & opes naturæ, per se pauperis, aut certe non prodigæ, subtracta insigni portione, debilitant atque infirmant.

Quæ cum ita sint, nemo mirabitur, quosdam imperatores non solum malos illos & Gothicos, quod FORNERIVS iudicat, <sup>k)</sup> sed etiam bonos, aut si mauis, malos principes, non iniusta tamen ex causa, ut recte FREHERVS obseruauit, <sup>l)</sup> omnes thesauros etiam fortuito inuentos *fisco vindicasse*; cum, qui thesauros occultauerint, non modo contra legem prohibentem, quæ vetuit pecunias abscondi atque sepeliri, illas loco occulto reposuerint, sed etiam fisco & reipublicæ *fraudem* fecerint, quæ, si pecunia in usu hominum versata fuisset, auctis vectigalibus, censibus & commerciis locupletior fieri omnino potuisset, & per illam occultationem magna parte communis utilitatis spoliata est. Qua re commotum Nicephorum Phocam CEDRENVS & THEODORICVM CASSIODORVS <sup>m)</sup> thesauros, ut damnum ex occultatione acceptum pensaretur, totos *fisco* applicuisse docuerunt, neque enim reprehendenda erat cupiditas principis, quod CASSIODORVS <sup>n)</sup> ait, si illa auferret, quæ nullus dominus se amisisse ingemisceret.

*Illud* certe expeditum est, siue ad fiscum siue ad quemcunque alium perueniat thesaurus, *plenissimam fauoris esse inuentionem veteris depositionis*, qua efficitur, ut ad hominum augendas commoditates reuertantur opes occultæ, quæ praua ingenia inuidiosa occultatione interuerterant. Recte igitur imperator LEO etiam *præmio dignos inuentores* & spe partis capiendæ excitandos esse iudicauit, ne thesauros a se inuentos, sine spe fructus & præmii, negligenter, sed ut illos cupidius protraherent, & parte accepta, fortunæ beneficio gauderent, l. vn. C. de thesaur. & nou. Leon. 51. quod iam antea, etiam HADRIANVM & D. FRATRES probauisse, deinde locus erit exponendi.

## N 3

## §. II.

1) Ita interpretatur hanc legem TVSSANVS RVÆVS in amoenis iuris obseruat. cap. VII. apud OTTON. in thesaur. iur. rom. tom. V. p. 1498. <sup>k)</sup> GVIL. FORNERIVS lib. II. cap. XXVI. selection. apud OTTON. in thesaur. iur. rom. tom. I. p. 76. <sup>l)</sup> MARQV. FREHERVS lib. I. cap. IV. verisimil. apud OTTON. tom. I. p. 866. <sup>m)</sup> CASSIODOR. lib. VI. variar. epist. VIII. <sup>n)</sup> Id. lib. IV. epist. XXXIV.

## §. II.

*Odium in-  
figationis  
species sin-  
gularis pro-  
ponitur.*

*Odiosus* igitur est thesaurus & fauore digna inuentio, cuius beneficio societas hominum opes sibi subtractas recuperat & in vsum omnium conuertit. Videlicet.

Nullus argento color est *auaris*

*Abdito terris* — — —

— — — nisi temperato

splendeat vfu, o)

ideoque bene meretur de republica, qui illud reducit ex tenebris in lucem, vt splendeat in manibus ciuium, atque ad vtilitates plurium accommodetur, Neque tamen hoc est perpetuum, vt inuentori faueamus, sed ad illam thesauri speciem duntaxat, pertinet, quam PAVLLVS l. 31. §. I. D. *de acquir. rer. dom.* tractauit, cuius memoria non extat, & quæ dominum non habet, siue de qua nullis probabilibus argumentis conicere possumus, dominum, qui illam deposuerit, aut heredes eius deprehendi posse, vt ipsis res deposita restituatur. Extra hanc speciem, si quis pecuniam vel deperditam, vel per errorem ab illo, qui deposuerit, non ablatam, inuenerit, illam SCAEVOLA in l. 67. D. *de rei vind.* quam explicandam in fronte dissertationis proposuimus, eius manere, ait, cuius & fuerat, ita vt nihil lucri perueniat ad inuentorem. Et hoc quidem genus depositæ pecuniæ SCAEVOLA in d. l. 67. *opposuit* thesauro. Ita enim ille: *si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte perditæ, nihil ominis eius eam esse, cuius antea fuerat.* Quo loco meretur obseruari, interdum etiam illam depositionem pecuniæ, quam quis *sciens* aliquo loco *occultauerit*, & cuius dominus non ignotus est, quam SCAEVOLA a thesauro seiunxerat, *thesaurum* appellari. Generaliter enim, quæ in futuros vsus atque ad necessitates crastini diei *ἐς ἀγχιον* reposita erant, *thesauri παρὰ τὸ ἐς ἀγχιον τῆσδε* dicebantur, vt omnem copiam & abundantiam rerum vtilium, ad vsus futuros congestam atque comparatam, thesauri nomine veteres comprehenderent. Ita apud VIRGILIUM *ΜΑΚΟΝΕΜ* p) faui, quos apes faciunt, & mel in illis reconditum, thesauri appellantur. Sed & pecuniæ a dominis congestæ, & postea ab ipsis dominis, qui eos deposuerant, reclusæ & retractæ in lucem, dicuntur *veteres thesauri*. Ita SICHAEVS DIDONEM iussit fugam arripere,

Auxiliumque viæ, *veteres* tellure reclusit

*Thesauros*, ignotum argenti pondus & auri. q)

Est

o) HORAT. II. od. II. vers. 1.  
Aeneid. lib. I. vers. 362.

p) VIRGIL. georgic. lib. I. vers. 228.

q) Id.

Est etiam apud POMPONIUM l. 15. D. ad exhibend. thesaurus, quem dominus deposuerat in fundo alterius, & ibi defossum esse sciebat, ideoque præstito calumniæ iuramento, vt dominus fundi se thesaurum effodere & eximere & totum auferre pateretur, postulabat <sup>r)</sup>

Habes igitur thesauros, quorum dominus non ignoratur. & qui a domino suo possidentur, quod PAPINIANVS ait l. 44. pr. D. de acquir. vel amit. possess. Plus dicam, quicquid deponitur & digeritur in certos locos, quicquid ita occultatur, vt retrahi in lucem possit, thesaurum veteres dixerunt. Ita BRVTVS <sup>s)</sup> ad MARCVM TVLLIVM omnes copias pecuniarum thesauros, & ipse CICERO <sup>t)</sup> locos argumentorum thesauros appellauit. Præterea, si Q. VALERIVM SORANVM apud A. GELLIVM audiamus flauissæ & thesauri sunt cellæ subterraneæ, in quibus signa & alia religiosa & res pretiosæ data opera reponebantur <sup>u)</sup> Imo vero T. LIVIVS habet thesaurum publicum sub terra saxo quadrato septum, in quem facinorosi vinciti, tanquam in carcerem coniecti sunt, <sup>x)</sup> quod ALCIATVS in parergis obseruauit. <sup>y)</sup> NÆVIUS etiam, vetus poëta apud GELLIVM, orcum, in quem mortui deferebantur, thesaurum orcinum appellauit. <sup>z)</sup> Neque alio sensu apud PLAVTVM <sup>a)</sup> accipitur thesaurus mali, id est, infortunium maximum, & alio loco, <sup>b)</sup> homo improbus & nefarius, qui omnes nocendi artes, omnia fraudum ingenia in promptu habere videatur. Est enim appellatio illa thesauri mali inter appropriata, vt inter blanditias illa apud eundem PLAVTVM <sup>c)</sup> decus populi, thesaure copiarum, quod amantes nostri notissima formula, mein Schatz, subinde imitantur. Habemus etiam thesaurum, stupri, <sup>d)</sup> id est, stuprum antea occultatum & postea deprehensum a marito.

Ex his locis intelligitur, omnia, quæ occultata fuerint, & omnem omnino copiam repositam & custoditam thesauri nomine venisse. In his igitur speciebus tantum abest, vt inuentio fauore digna sit, vt interdum etiam poenam mereatur, in primis, si dominus probabilem causam habuerit occultandi. Insignem eiusmodi speciem offendimus in argumento fabulæ Menandrinæ, quod TERENCEIVS, <sup>e)</sup> & eius interpres DONATVS, itemque

<sup>r)</sup> vid. ad hanc legem MARQUARDVS FREHERVS lib. I. verisimil. cap. IV. apud OTTON. tom. I. p. 866. <sup>s)</sup> BRVTVS in epist. Cic. lib. XI. 10. <sup>t)</sup> CICERO. de finib. lib. IV. cap. IV. <sup>u)</sup> A. GELLIVS noct. Attic. lib. II. cap. X. <sup>x)</sup> LIVIVS lib. XXXIX. cap. I. <sup>y)</sup> ALCIATVS parerg. iur. lib. VII. cap. I. <sup>z)</sup> A. GELLIVS noct. Attic. lib. I. cap. XXIV. <sup>a)</sup> PLAVTVS mercat. act. I. sc. II. vers. 51. <sup>b)</sup> Id. ibid. act. III. sc. IV. vers. 56. & ibi Taubmannus <sup>c)</sup> Id. alinar. act. III. scen. III. vers. 66. <sup>d)</sup> Id. in amphitruon. act. IV. scen. II. in suppositis. <sup>e)</sup> TERENCEIVS. eunuch. in prolog.

que DEMPSTERVS *f)* & ALCIATVS *g)* retulerunt: nimirum senex quidam præuiderat filium heredem suum bona paterna nequitia sua perditurum esse, ideoque magnam vim pecuniæ in *sepulcro* deposuerat, & ne illa periret, sed filio egenti aliquando prodesset, præceperat filio, ut post decennium epulas deferret in sepulcrum: quia sic euenturum arbitrabatur, ut filius thesaurum inueniret, cum epistola adiecta. Habes thesaurum non solum bono animo, sed prouidentissimo etiam consilio depositum, & plenum prosperi euentus.

In his autem exemplis *inuentio* & *retentio* thesauri proxime ad furti speciem accedit, ut alio loco comprobabimus. Hoc commouit legum architectos, ut *inuestigationem thesauri*, præsertim in fundo alieno, *odiosam* & aliquando *illicitam* censerent, ne cuiquam res sua prudenter occultata, aut certe ius quæsitum & alia commoditas, *inuestigatione inopportuna*, interuertatur. Igitur generaliter constitutum est, illum qui *data opera* thesaurum in fundo alieno quæsitum inueniret, non mereri præmium inuentionis. l. vn. C. de thesaur. & nou. Leon. 51.

Sed aliquando, etiam *poena* dignus est, qui inuestigauerit, inprimis qui *sepulcra* recluserit, cadauera spoliauerit & cineres turbauerit *thesauri inquirendi* causa, quod ne fiat, D. SEVERVS interdixit l. 3. §. 7. D. de sepulcr. viol. Et recte CASSIODORVS *h)* indignatur sceleri *presbyteri* cuiusdam LAURENTII, qui effosis cineribus *funestas diuitias* inter hominum cadauera perscrutus esset.

Imo vero ex MASSURIO SABINO A. GELLIUS *i)* & ex SERUIO SVLPICIO MACROBIUS *k)* obseruauerunt, *religiosum a relinquendo* dictum, cum a sepulcris & locis religiosis abstinere, & quæ ibi reposita sint, *relinquere* intacta, debeamus. Sed, ut appareat, *odiosam* esse thesauri *inuestigationem*, POMPONIUS ne domino quidem pecuniæ permittit, ut *thesaurum suum*, quem ipse deposuit in fundo alieno, ex illo loco effodiat & exportet, nisi domino soli vel de damno infecto caueat, vel de calumnia iuret, se nihil dolo malo & in domini iniuriam moliri, l. 15. D. ad exhibend.

Extremo generaliter PLATO *l)* iniustum credit thesaurum vel quærere, vel tollere inuentum, quem quis neque ipse deposuerit, neque sciuerit a maioribus suis depositum fuisse, cum abscisse a rebus alienis abstinere debeamus: quod AELIANVS *m)* refert etiam legislatoribus *flagitiorum* placuisse.

Du-

*f)* DEMPSTERVS in not. ad Rosini antiq. p. 520. *g)* ALCIATVS parerg. iur. lib. VII. cap. I. *h)* CASSIODORVS lib. IV. variar. epist. XVIII. *i)* GELLIUS lib. IV. cap. IX. *k)* MACROBIUS lib. III. saturn. cap. V. *l)* PLATO lib. X. sub init. de legibus. *m)* AELIANVS variar. histor. lib. III. cap. XLVI.

Dubium igitur est *præmium inuentionis*, in cuius locum aliquando poena etiam succedit. Ante aliquot menses ordini nostro proposita est eiusmodi species, in qua ambigi poterat, præmium, an poena inuentori decerni debeat. IAVOLENVS fabros induxerat in ædes suas, cellæ reficiendæ causa, illosque iusserat parietem ruinosum deiicere, vt integrum postea restitueret: in primis vero fabros admonuerat, ne quid temere proiicerent, sed vt omnia, etiam ferramenta, & si quid aliud obueniret, asseruarent atque custodirent. Fabri ollam inuenerant, quadringentis aureis repletam, illamque occultauerant, nummos inter se partiti erant. Dominus, cum ex multis indiciis colligeret, fabros thesaurum inuenisse atque subtraxisse, apud iudicem criminis ac furti quodammodo reos detulerat, atque, vt *dimidium thesauri* sibi restituere cogerentur, postulauerat. Iudex, thesauri parte apud fabros deprehensa; ex responso ICTorum Lipsiensium poena extraordinaria fabros affecerat, iusseratque illos domino restituere *partem dimidiam* thesauri. Sed dominus ædium, ductus poenitentia, iam quidem, leuiteratione interposita, non *dimidium*, sed *totum thesaurum* a fabris repetebat. Neque petitio illa colore aliquo carebat. Causabatur enim dominus, fabros mercedem laboris sui accepisse, ideoque omnem fructum huius laboris ad conductorem pertinere, & *totum thesaurum* domino fundi acquisitum esse: præterea monebat actor, fabros, dum thesaurum occultauerint, furti reos delicto se contaminasse, ex quo *locupletiores fieri* & lucri partem dimidiam capere omnino non deberent. Fauebat actori constitutionis Leoninae §1. luculenta dispositio, qua cautum est, vt, si quis thesaurum inuentum vel totum vel partem eius occultauerit, beneficio inuentionis excidat, & rem totam, nulla parte retenta, fundi domino restituat. Multa in vtrumque partem disputabantur, & res erat in ambiguo. Sed placuit confirmandam esse Lipsiensium ICTorum sententiam & dimidiam thesauri partem inuentoribus, quamuis pessime de domino meritis, quamuis totum thesaurum per mendacium occultauissent, relinquendam esse. Quod quibus ex rationibus factum fuerit, si indicauerimus, operæ pretium nos facturos arbitramur.

## §. III.

Nimirum, ne quid dissimulem, miris difficultatibus perturbatur illa *Dimidium de dominio thesauri inuenti disputatio*, quæ superstitionibus veterum aucta *thesauri inuenti ideo inuentoribus tribuitur* sunt, & ita rem in ambiguum adduxerunt, vt PLATO <sup>n)</sup> controuersiam illam humano ingenio expediri non posse *oraculum* & iudicium Deorum explorandum esse, censeret, ex quo solo constitui possit, ad quem thesaurus

per-

n) PLATO lib. IX. de legibus.

quia in du-pertineret. Hoc Consilium sequuti sunt piscatores illi, qui tripodem aureo-  
 bio res liti-um inuentum *sapientissimo* ex fide oraculi restituerunt. Imo vero APOL-  
 giosas equi-  
 partibus di-  
 uidere sole-  
 mus, thesan-  
 rus credebatur  
 tur benefici-  
 um dei &  
 fortuna, the-  
 saurus non-  
 est pars fun-  
 di thesaurus  
 occultus non  
 possidetur a  
 domino fun-  
 di.

Dei voluntatem intelligi posse crederet, si PHILOSTRATVM <sup>o)</sup> audiamus, regi cuidam Indorum auctor fuit, vt, orta inter emptorem & venditorem fundi controuersia de thesauro inuento, hunc quidem illi adiudicaret, qui *innocentissimus*, & propter morum integritatem Diis immortalibus inprimis probari, adeoque illorum beneficio dignior esse, videretur. <sup>p)</sup> Inuasa-  
 saurus non-  
 luit etiam apud Romanos illa opinio, thesaurum, cuius dominus ignoretur, *est pars fun-*  
 di aut *fortuna donum* esse, quod induxit TRYPHONINVM, vt thesau-  
 rum a seruo inuentum eodem iure, quo res seruo *donatus* & ex liberalitate  
 alterius profectas, iudicaret, quia thesaurus *donum fortunæ* censeatur, l. 63.  
 §. I. D. de *acquir. rer. dom.* Et paulo post idem ICtus de seruo, qui ter-  
 ram ex alia causa fodiebat, & omnia alia agens, thesaurum inueniebat, re-  
 spondit, illum alii rei operam infumisse, sed *fortunam aliud*, id est, the-  
 saurum, tanquam *fortunæ beneficium*, dedisse. d. l. 63. §. 3. Sciemus  
 enim, quae ab exiguis causis concurrentibus & inter se coniunctis ita profi-  
 ciscuntur, vt intelligi nequeat, quantum quælibet causa ad effectum produ-  
 cendum attulerit, solemus, inquam, illa plerumque *fortunæ* tribuere, tan-  
 quam effectrici & procuratrici omnis prosperi euentus, cuius specialem cau-  
 sam ignoramus. Sed cum exigua illæ causae non sine numine & Dei consilio  
 saepissime concurrant; optimi principes thesaurum, quem veteres *donum*  
*fortunæ* dixerant, *Dei beneficium* appellauerunt, l. vn. C. de *thesaur.* imo &  
*loci beneficium* a Deo tributum, quod imperator obseruauit *Nou. Leon. 51.*  
*in fin.* Sed & olim quibusdam thesauri in Deorum immortalium, aut cer-  
 te Daemonum, custodia constituti esse, <sup>q)</sup> illorumque beneficio, inprimis  
 HERCVLIS indulgentia & voluntate, inuentoribus tribui & offerri vide-  
 bantur. Eo pertinent preces illius coloni apud PERSIVM <sup>r)</sup> ingemiscentis:

— — — — — O si

Sub rastro crepet argenti mihi serua, *de viro*

HERCVLE.

Ex eadem causa apud Q. HORATIVM FLACCVM <sup>s)</sup> mercenarius, qui  
 agrum arauerat, & illum postea mercatus erat, thesauro ibi inuento,

— — di-

<sup>o)</sup> PHILOSTRATVS lib. II. in fine. <sup>p)</sup> Vid. VERANDVS ADDVENSIS  
 lib. II. cap. XXVIII. explication. in OTTONIS thesaur. iuris. rom. tom. II.  
 P. 593. <sup>q)</sup> CEDRENVS in Anastasio 297. apud RADVLPVVM FORNE-  
 RIVM lib. III. cap. XVIII. rerum quotidianar. in OTTONIS thesaur. iur. rom.  
 tom. II. pag. 214. <sup>r)</sup> PERSIVS satyr. II. <sup>s)</sup> HORAT. II. sermon. VI  
 vers. X.



— — — diues, amico

HERCVLE, — — —

appellabatur. *Fortunae igitur donum & dei beneficium* thesaurus esse creditus est. Itaque si quis in suo solo thesaurum inueniret, vix dubitationi locus erat, quin thesaurus *Dei beneficio* inuentori tributus & assignatus esse censeretur. In eo enim omnes fere consenserunt. l. 31. D. de acquir. rer. dom. l. vn. C. de thesaur. & Nou. Leon. 51. Sed si quis in alieno solo forte fortuna thesaurum deprehendisset, ambiguum erat ad quem fortunae beneficium spectaret, & vtrum inuentori, an domino soli, attributus esse thesaurus videretur. Et LEO quidem *thesaurum loci beneficium* appellat, Nou. Leon. 51. in fin. Neque vero colore destituitur illorum sententia, qui thesaurum ex naturali ratione domino soli tribuerunt, quandoquidem, qui solum tenet, etiam illa, quae *naturaliter aut artificialiter coheret*, etiam *infossa* acquisiuisse iudicatur. Ita enim VLPINVS l. 9. §. 2. & 3. D. quod vi aut clam. & IAVOLENVS l. 18. pr. D. de action. emt. & vendit. praeceperunt. <sup>2)</sup> Certe ad quem dominium fundi pertinet, illi fructus fundi & omnia commoda debentur.

Imo tentari posset, an non *possideat* thesaurum, qui fundum iure domini possidet, cum non sit necessarium, vt per omnes glebas etiam infraterram obambulet possessor, sed sufficiat, quod ipse fundi possessionem corpore & animo apprehenderit, & hoc facto, omnia, quae cum fundo coniuncta sunt, omnino possidere censeatur. Ad hæc accedit, quod & *damna fortuita* & quae per vim maiorem accidunt, ad dominum fundi referantur, ideoque non iniustum videri possit, si etiam *lucra insolita* atque *inexpectata* ipsi tribuamus. Denique & illud habet aliquam speciem, quod dominus pecuniæ, qui thesaurum deposuit, hoc forsitan animo illud fecerit, vt thesaurus cum fundo ad quemcunque possessorem transeat, quamuis ipse ignorauerit, ad quem fundus postea sit peruenturus.

Sed hæc, vt diximus, ad speciem dicuntur. Certius est, si iuris regulam sequamur, thesaurum *non esse fundi portionem*, sed *corpus a fundo separatam*, quod etiam CARPZOVIVS <sup>u)</sup> obseruat. Neque enim, quae *infossa* sunt, continuo ad fundum pertinent, nisi ex domini *destinatione*, quod ex LABIONE VLPIANVS docet l. 17. §. 7. D. de act. emt. vend. At vero in pecuniæ depositione manifestum est, deponentem non ad vsum perpetuum ædium aut fundi thesaurum defodisse, sed vt vel ipse eum repereret, vel perpetuum ab hominum vsu separaret. Extremo, thesaurus *fructuum* nomine non venit, quod VLPIANVS l. 7. §. 12. D. solut. matrim.

O 2.

com-

<sup>2)</sup> Vid. SCHILTERVS in exercit. ad D. XLV. §. XXVI. constit. elect. Sax. LIII. defin. V.

<sup>u)</sup> CARPZOV. p. II.

comprobavit, qua propter nec fructuum iure ad dominum fundi pertinebit. Quæ cum ita sint, commodius dicitur, thesaurum ne *possideri quidem* a fundi domino, qui *nesciat*, illum in solo suo latitare. Luculenter enim PAVLLVS contra BRVTVM & MANILIVM defendit, eum, qui thesaurum in fundo esse *nesciat*, quamuis totum fundum possideat, *thesaurum* tamen *non omnino possidere*, l. 3. §. 3. D. de *acquir. vel amitt. possess.* Et aperte POMPONIVS, si quis *nesciat* thesaurum in suo fundo esse, eumque loco *non mouerit*, quamuis fundum possideat, tamen thesaurum in fundo reconditum non possidere. l. 15. D. ad *exhibendum*. Tantum igitur abest, ut dominus fundi eum solo etiam thesaurum acquisiuerit, ut illum ne *possideat* quidem, neque vsucapere possit, nisi sciat, ibi thesaurum esse, & nisi inuenerit atque loco mouerit thesaurum, l. 3. §. 3. D. de *acquir. vel amitt. poss.*

Hæc igitur cum expedita sint & dubio careant, *obscurum* est ius domini, in cuius fundo thesaurus inuenitur. Itaque de *inuentore* inquiremus, an illi magis, quam fundi domino, Deus & fortuna thesaurum obtulisse videatur. Nimirum cum *inuentor primus* incidat in thesaurum, quem in alieno fundo deprehendit, videtur ipsi fortuna, & quod regit omnia, numen, thesaurum quem alii ante ipsum non viderunt, reseruasse. Accedit, quod thesaurus dominum non habeat, cum inuenitur; adeoque si PAVLLO fides est, quod alterius non sit naturali ratione, censeatur ad inuentorem pertinere, l. 31. §. D. de *acquir. rer. dom.* cum nemo conqueri possit, suum sibi ablatum esse fortuita inuentione. Neque multum a veri similitudine discederet, qui thesauri dominium inuentori ex domini voluntate & quasi ex *generali traditione* acquiri affirmaret, cum ex illa causa dominus pecuniam deposuisse iudicaretur, ut quisquis eam inuenturus sit, iure domini quasi traditam sibi retineret, ut in iactione missilium, quamuis dominus deponens ignoret, ad quem thesaurus aliquando peruenturus sit.

Accepisti, quibus argumentis causa inuentoris commendari possit iudici, si de thesauro acquirendo litigetur. Neque tamen hæc ita certa & expedita sunt, ut nihil supersit fundi domino, quod pro sua causa dicere possit aduersus inuentorem. Faciamus enim, *fortunæ donum esse veterem thesaurum*; tamen videri potest fortuna, thesaurum domino fundi prius, quam inuentori, obtulisse. Dum enim totum omnino fundum dominus acquirit, & obtinet omnia, quæ cum fundo cohærent, quodammodo censeatur occupasse, atque ipsum etiam thesaurum, priusquam inuentor aliquid resciscat de deposito thesauro. Cur igitur inuentor eripiat domino, quod fortuna cum fundo eius quodammodo coniunxit, inprimis, cum thesaurus in fundo alterius repositus, non cuius occupanti obuius esse debeat, sed dominus fundi possit ingressu prohibere inuentorem, ne thesauri quærendi causa ter-

ram

ram fodiat in fundo suo. In quo argumento negligi non oportet, *damna fortuita* dominum fundi onerare, vt non immerito etiam *dona fortunæ* improuisa & cum fundo suo coniuncta sibi arrogare possit. Denique, si quaeratur de voluntate deponentis, certius est, dominum voluisse rem ad neutrum pertinere, cum nemo suum iactare aut derelinquere voluisse censeatur. l. 25. pr. D. *de probat.* Si probabilem sententiam sequi voluit deponens, facilius suspicari potuit, futurum possessorem fundi, pecuniam a se depositam inuenturum esse, quam quemlibet alium, qui fortuito in thesaurum incidit & de quo non cogitare potuit deponens.

In his igitur tenebris quid dicemus, cum & odiosus sit thesaurus, quod supra comprobauimus, & fauore digna inuentio, & odii plena inuestigatio, & non minus probabiliter multa pro domino soli, quam pro inuentore disputentur. Veteres quidem in illa dubitatione variauerunt, cum alii fauerent inuentori, alii contra fundi domino, multi fisco, quia per depositionem pecuniæ census imminuti & vectigalia deteriora facta censeantur. \*) Tandem HADRIANVS, si fortuito thesaurus inuentus fuerit, *dimidium* domino soli, *dimidium* inuentori tribuit, quem & D. FRATRES & LEO imperator secuti sunt l. vn. C. *de thesaur.* & nouissime IUSTINIANVS, qui illud ab HADRIANO *naturalem æquitatem* secuto constitutum esse arbitratur §. 39. *inst. de rer. diu.*

Ne quid dissimulem, *obscura est* illa naturalis æquitas, quæ adduxit HADRIANVM, vt inter dominum soli & inuentorem æquis partibus diuideret thesaurum. Enimvero *æquitatem naturalem* appellamus, cum vel manifesta est supremi legislatoris voluntas, quam naturali ratione cognoscimus, vel cum *deserimus regulam iuris scripti*, propter singularia quædam, quæ in facto occurrunt, & ostendunt regulam iuris in illo facto legislatoris finibus & voluntati aduersari. Sed vt diximus, obscurum est in hac specie, vtrum magis domino fundi faueat voluntas maximi legislatoris, an inuentori potius, qui forte fortuna incidit in thesaurum. Magis placet, ex politica inprimis causa, id est, vt studium inueniendi & protrahendi thesauros, spe præmii iniecta, excitetur, lucrum aliquod tributum esse inuentori, quod imperator LEO obseruauit constit. Leon. 51. Itaque videtur HADRIANVS in ista dubitatione securus esse illud consilium, quod sæpius legislatoribus in causis *dubiis & obscuris* placuit, vt *scinderent* nodum Gordium, quem *solvere* non possent, & rem litigiosam inter litigantes diuiderent, si non constaret, vter litigantium iure meliori uteretur. Ita in interpretatione vltimarum vo-

\*) De variationibus imperatorum circa thesauri acquisitionem vid. MARQUARDI FREHRI lib. I. cap. IV. verisimil. apud OTTON. in thesaur. iur. rom. tom. I. pag. 865. GROTIUS de iure belli & pacis lib. II. cap. VIII. §. VII. RVFENDORF. de iure nat. & gent. lib. IV. cap. VI. §. XIII.

luntatum, si alteri proprietas fundi relicta, alteri ususfructus legatus sit, ususfructus inter utrumque legatarium *diuiditur*, quia non apparet, utrum restatur priorem legatarium ususfructu prorsus excludere voluerit. Hoc enim MODESTINVS docet, l. 19. *D. de usu & usufructu*. Eodem iure utimur, si iuscula *in medio flumine* nata sit, neque intelligatur, cui ripæ sit viciniior, & cui fortuna hoc beneficium suum tribuere voluerit: tunc enim illam inter istos *diuidimus*, qui prope utramque ripam prædia possident. l. 7. §. 3. *D. de acqu. rer. dom.* Eandem rationem IUSTINIANVS in alia specie probauit, cum quis seruum heredem instituisset, quem liberum esse crediderat, & seruo substitutum dedisset in eum casum, si ipse heres non fuerit ex testamento. Quia enim dubitari poterat, an non testator seruo præferre voluisset substitutum, si sciuisset, heredem seruum hereditatem non sibi, sed domino, acquisiturum esse; in re obscura substitutus in *partem dimidiam* admissus est, quamuis heres scriptus iussu domini hereditatem aduisset §. vlt. *Inst. de vulg. subst.* quod & antea IULIANO visum est l. 40. *D. de hered. instit.* Eodem consilio usus est CONSTANTINVS in dominio rerum sponsæ demortuæ a sponso, *interueniente osculo*, donatarum, sponsæ heredibus adiudicando, l. 16. *C. de donat. ante nupt.* cum enim incertum esset, an subsisteret donatio, quæ sub conditione futuri matrimonii, per mortem sponsæ interpellati, facta erat, sed ex altera parte moueret, quod donatio, *interueniente osculo*, adeoque animo serio & maritali confirmata esse videretur, & hinc ambiguum esset, utrum res donatæ sponso reddendæ, an heredibus sponsæ relinquendæ sint; placuit in re obscura *dimidiam partem* apud sponsæ heredes manere, alteram partem ad sponsum, qui illas donauerat, reuerti. d. l. 16. *C. de donat. ante nupt.*

In causa dubia igitur, qualis est inuentio thesauri, rem diuidimus inter utrumque litigantem, quia, si metuimus, ne alterutri, re tota vni adjudicata, iniuriam faciamus, æquior videtur sententia, qua utrique lucrum aliquod relinquimus, & utrique aliquid detrahimus; cum certe leuior sit iniuria, si quis *partem* amiserit, quam si *totum* ipsi extorqueatur. Eleganter enim IAVOLENS: quoties nihil sine captione inuestigari potest, *eligendum est, quod minimum habeat iniquitatis*. l. 200. *D. de reg. iur.* Dicerem, hoc consilium SALOMONI placuisse, cum partem dubium, de quo duæ matres litigabant, medium diuidi & utrique matri dimidium assignari iusserit; nisi constaret SALOMONEM non serio illam sententiam dixisse de partu diuidendo. y) Sed DAVIDES certe serio *diuidi* agrum litigiosum iussit inter ZIBAM & MEPHIBOSETVM cum non vacaret controuersiam audire, & ad quem ager iure meliori pertineat, inuestigare. z)

y) I. Reg. III. 24. 25.

z) 2. Sam. XXIX. 29.

## §. IV.

Tenes, quo iure dominus fundi & inuentor pecuniæ depositæ inter se <sup>Mercenarii,</sup> vrantur in thesauro partiendo, cum non tam ex æquitate naturali, quam <sup>fabri in ne-</sup> potius arbitraria legislatoris dispositione, ne alteruter illorum conqueri possit, <sup>gotiis ad</sup> vterque in partem dimidiam admittantur. Ex his igitur, quæ antea dispu- <sup>quæ condu-</sup> tata sunt, non difficile fuerit iudicare, an etiam <sup>ti sunt no-</sup> mercenario & fabro ad fo- <sup>his acqui-</sup> diendum, aut domum reficiendam, a nobis inducto, <sup>runz qui</sup> dimidia pars thesauri <sup>per</sup> per occasionem operarum suarum inuenti <sup>debeatur.</sup> debeatur. Vix autem videtur esse <sup>aliena nego-</sup> locus dubitacioni, quin <sup>tia suscipi-</sup> iure inuentionis partem dimidiam acquirerent, cum <sup>unt omnia</sup> luculenter LEO imperator eum, qui <sup>lucra etiam</sup> arando, colendo terram alienam, in <sup>extrinsecus</sup> thesaurum incidisset, in partem dimidiam admittat, l. vn. C. de thes. Sed <sup>allata resti-</sup> turbas tamen dederunt ANGELVS a) & PETRVS GREGORIUS THOLO- <sup>tuere tenen-</sup> SANVS, b) qui mercenarios & fabros ad fodiendum & aedificandum con- <sup>tur.</sup> ductos, si inter has operas thesaurum inuenerint, ab omni parte excluderunt, & CORNELIUS van BYNKERSHOEK non dissimulat; etiam Franeque- rae & Hagae Comitum contra mercenarios & fabros, thesaurorum inueñ- tores, iudicatum esse, ne ex illa vetere depositione pecuniæ aliquid lucrentur. c) Quæ res cum etiam in specie illa singulari, quam supra §. 2. in fine tetigimus, in controuersiam adducta sit, non superuacaneum fuerit exponere, quid in vtramque partem disputari posse videatur.

Nimirum *mercenarii* dicuntur, quorum ministerio *pro mercede* utimur, quos conduximus, qui apud nos degunt, qui inter domesticos a nobis suscepti sunt, quod ait MARCIANVS l. II. §. I. D. de poenis, quos adeo VLPIANVS cum filiofamilias coniunxit, ita, vt illorum facta nobis quodammodo imputari posse censeantur, l. I. §. 20. D. de vi & vi arm. homines liberi, quos loco seruorum in operis habemus, quod idem VLPIA- NVS ait l. 4. pr. D. de usu & habit. aut quorum ministerio non minus, quam seruorum utimur, vt nobiscum habitent, velut serui, §. 2. Inst. de usu & habit. quibus merces est *auctoramentum* seruitutis, quod MARCVS TVLLIUS d) ait, quorum operas illasque illiberales & sordidas *emimus*, quosque ab artificibus distinguimus, & qui denique, vt idem TVLLIUS alio loco docet, e) quamuis non sint serui, tamen nostræ familiae & genere & nomine continentur. De his vero dubitari non potest, ipsos, si quid ex *re nostra*, *nostræ iussu*, suis operis, quas mercati sumus, acquisuerint, illud nobis acquirere, cum in illa causa fere pro seruis habeantur. Habet Q. HORATIVVS FLACCVS eiusmodi *mercenarium*, qui agrum arauerat, po-  
stea

a) ANGELVS ad §. XXXIX. Instit. de rer. diu.      b) THOLOSANVS in syntag-  
mat. lib. III. cap. XI. n. §.      c) BYNKERSHOECK in obseru. iur. rom. lib. II.  
cap. IV. in fin.      d) CICERO in offic. lib. I. cap. XLII.      e) Id. pro  
Cæcin. cap. XX.

stea agrum mercatus, amico Hercule, thesaurum inuenerat & diuitias acquisuerat hac inuentione *f*).

Sed a mercenariis non longe recedunt *fabri*, qui & ipsi pro mercede operas faciunt & conducuntur, non tamen quascunque operas vendunt, sed illas duntaxat, quibus utimur ad *aedificandum*, cuiuscunque generis sit aedificium. Ita enim GAIUS rem interpretatur, l. 235. §. I. D. *de verb. signif.* Hi sunt *fabri illi*, quos emtor aedium ad domus refectionem induxerat, & qui pecuniam inuenerant apud SCAEVOLAM l. 67. D. *de rei vindic.* & quos MARCVS TVLLIVS opponit *architectis*, g) cum illi quidem domum aedificent, sed iussu & auctoritate architecti.

Mercenarii igitur & fabri, dum terram fodiunt, dum parietem deiciunt, si pecuniam veterem inuenerint, videamus, vtrum partem sibi acquisuerint, an totum nobis restituere cogantur. Et videtur, hoc illis quidem obesse, quod *data opera* in fundo alieno inuenerint thesaurum. Hos autem, qui data opera thesaurum quaesuerint, imperator LEO & IVSTINIANVS, ne quid lucrentur ex thesauro, prohibuerunt & parte dimidia inuentoribus debita excluderunt. l. vn. C. *de thes.* Nou. Leon. 51. & §. 39. Inst. *de verum diuisione.*

Habes primam causam dubitandi, an mercenarii & fabri in partem admittantur. Sed obstat adhuc grauius, quod hi quidem pro mercede nobis *vendiderint* operas, adeoque omnem fructum laboris sui, quem nostra pecunia mercati sumus, nobis relinquere debeant & mercede sua contenti esse, quam solam ex locatis operis acquirunt. Enim vero eleganter VLPIANVS, si mercenarius, inquit, meus saxum exemit, quod mihi donatum est, *mihi videtur exemisse*, cum, quicquid ille per operas a me conductas, meoque iussu & nomine susceptas, lucratus fuerit, mihi pro mercede acquisuisse iudicetur l. 6. D. *de donat.* Ex quo loco intelligitur, factum mercenarii & fabri, non ipsis quidem, sed domino, qui eos conduxerit, prodesse. Quid igitur faciemus, si thesaurum inuenerint, cum terram nostro iussu fodiunt, aut aedes reficiunt, an hanc fructum laboris sui nobis pro mercede relinquere tenebuntur. Ita videtur, si VLPIANO abscisse obsequendum est, d. l. 6. D. *de donat.* Imo vero plus dicam. Generaliter etiam homines liberi, ob nullam mercedem nobis obligati, qui nostra negotia suscipiunt & *nostro nomine* administrant, *nihil ex illis retinere*, sed quicquid per illam occasionem lucrati fuerint, nobis *restituere* tenentur. PAVLLVS enim luculenter, quod ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, *nihil remanere* oporteat, praecipit l. 20. pr. D. *mandat. vel contr.* nec minus scite VLPIANVS, si, praeter rem mandato comprehensam, procurator etiam

f) HORAT. II. sermon. VI. vers. 11. 12. epist. II.

g) CICERO ad Varronem lib. IX.

etiam fructus acceperit, illos restituendos esse docet. l. 10. §. 2. & 3. D. *mand.* Vterius progreditur GAIUS, qui vult lucra, quæ procuratori non solum ex re mandata, sed etiam *extrinsecus ob eam rem* omnino obuenerunt, restitui domino, qui negotium mandauit. l. 45. §. 4. D. *de procurator.* Quæ res summam rationem habet, cum & ipse mandatarius reciperet, quicquid impendit, & officium ipsi non quidem lucrosum, sed nec *damnosum* esse debeat, quod VLPIANVS præcipit l. 12. §. 9. D. *mand.* & quia præterea ad omnem euentum negotii mandati constitutus esse videatur, adeoque iniustum sit futurum, si quid retinuerit, quod ex negotio mandato ad ipsum peruenisset. <sup>h)</sup>

Apud procuratorem igitur nihil ex illo negotio, quod nostro nomine suscepit, remanere debet. Sed GAIUS, eandem rationem sequendam esse, ait, etiam in illis iudicandis, qui sine mandato nostra *negotia gesserunt.* Aequum enim esse docet, negotiorum gestores eo nomine condemnari, quicquid ex illis negotiis *retineant*, cum nihil lucri apud istos remanere debeat. l. 2. D. *de negot. gest.* Non tamen hic subsistit VLPIANVS, sed *iniusta* etiam *lucra* negotiorum gestori extorquenda esse ait, e. gr. si per obreptionem vsuras maiores exegerit, quæ peri omnino non potuissent: quia generaliter placuit, *nihil* gestorem *lucrari* ex suscepto negotio debere. l. 8. §. 1. D. *de negot. gest.* Sed luculentius adhuc POMPONIVS ex PROCULO demonstrat, si quid insolitum meo nomine suscepis, casum & damnum a te præstari, *lucrum* vero etiam fortuitum & insolitum ad dominum negotii referri, l. 11. D. *de negot. gest.* Ex quibus locis apparet, illum, qui iniussu meo, me absente & ignorante, thesaurum quæsiuerit & inuenerit, totum mihi restituere teneri.

Itaque, cum ne illis quidem, qui liberaliter & nulla mercede inducti, in nostris negotiis versantur, aliquid lucri, quod ipsis obuenerit, relinquamus, non alienum a iuris ratione videri posset, multo magis mercenarios & fabros, qui mercedem accipiunt, ad thesaurum occasione nostri negotii inuentum, cum omnibus accessionibus restituendum in iudicio obstringi.

## §. V.

Sed hæc quidem, quæ proximo capite diximus, ad speciem duntaxat, *Dona fortis* non serio a nobis disputata sunt. Certius videtur, *mercenarios & fabros, nec quæ mer-* qui, cum operas conductas nobis præstant, thesaurum non quæsitum for *cenariis & tuito inueniunt, incidere in nouum aliquod negotium, ab operis conductis* <sup>fabris occa-</sup> *plane separatum,* & deprehendere *beneficium dei ac fortunæ,* quod non co- <sup>sione opera-</sup> *hæreat cum operis locatis & negotio suscepto.* Ita certe visum est meliori <sup>rum condu-</sup> *tarum ob-* bus

h) BYNKERSHOECK in obseru. iur. rom. lib. IV. c. 2.

ueniunt bus principibus, qui *fossorem* non excludendum esse parte dimidia thesauri  
 prorsus se iudicarunt. CALPURNIVS, <sup>i)</sup> qui sub CARO imperatore vixit, refert  
 parata sunt hoc ad felicitatem suorum temporum, quod  
 ab operis

conducit &  
 ipsis acqui-  
 runtur. Cau-  
 zionis est vt  
 illos specia-  
 tim conduca-  
 mus ad the-

Iam neque damnatos metuit iactare ligones  
 Fossor, & inuento, si fors dedit, vitur auro,  
 Nec timet, vt nuper, dum iugera versat, arator,  
 Ne sonet offenso contraria vomere massa  
 Iamque palam presso magis ac magis instat aratro.

scilicet fors seu fortuna, vt supra §. III. comprobauimus, dedit illud aurum,  
 reudum aut quod fossor inuenit, cum terram foderet iussu conductoris. Quæ autem in-  
 cum ipsis uidia est, illud mercenariis & fabris relinquere, quod hi quidem, non tan-  
 transigamus quam mercenarii, sed vt homines liberi ex aliena liberalitate acceperunt.

Solemus fabris permittere, vt dona emendicent & colligant a prætereunti-  
 bus, dum operas præstant in nostro ædificio, neque fortuitum illud lucrum  
 ipsis extorqueamus. Eleganter hoc TRYPHONIVS in seruo fructuario  
 obseruauit, l. 62. §. 2. & 3. D. de acquir. rer. dom. Quamuis enim, quic-  
 quid seruus fructuarii operis suis sibi demandatis acquisuerit, illud omne  
 ad usufructuarium pertineat; tamen TRYPHONIVS censet, seruum fru-  
 ctuarium, si terram fodere iussus thesaurum inuenerit, hunc quidem non  
 operis serui acquisitum esse, ideoque non usufructuario acquiri, sed fortu-  
 nae donum, videri, cum thesaurus in fundo usufructuarii deprehensus seruo  
 aliunde obueniat, & dimidia eius pars inuentori acquisita per seruum ad do-  
 minum, cum quo seruus vna persona sit, non vero ad usufructuarium, cui  
 fructus operarum duntaxat debetur, merito transferatur. Alii enim, in-  
 quit TRYPHONIVS, rei operam insumebat, aliud fortuna dabat.

Satis, credo ex hoc loco intelligitur, thesaurum inuentum nihil com-  
 mune habere cum operis, quæ nobis a seruo, vel fabro, vel mercenario de-  
 bentur, quamuis per occasionem operarum inuentus sit, sed hoc esse bene-  
 ficium separatum, quod ad illum pertineat, ad quem reliqua lucra fortuita  
 referuntur, quæ vel seruis vel hominibus liberis, operas præstantibus, qua-  
 cunque ex causa, obueniunt.

Neque aliquem moueat, quod data opera mercenarius in fundo alie-  
 no inuenerit thesaurum, adeoque nihil lucri expectare posse, sed totum the-  
 saurum domino soli acquisiuisse videatur, §. 39. Inst. de ver. diu. Hic enim  
 rigor legis, vt thesaurus data opera in fundo alieno inuentus, domino fun-  
 di totus acquiratur, tunc demum obtinet, si quis data ad hoc opera, id est,  
 opera thesauri quærendi gratia, iniussu domini suscepta, inuenerit thesau-  
 rum.

(i) CALPURNIVS eclog. IV. vers. 117. apud MARQUARDVM FREMERVM lib. I.  
 verisim. cap. IV. in thesauro OTTONIS tom. I. pag. 366.



rum. d. §. 39. de ver. diu. Sed nihil hoc nocebit mercenario, qui operam quidem dedit, sed iussu domini, ex locationis lege, operas præstitit, neque operam dedit thesauro inquirendo, sed alii rei illam insumsit, aliud fortunæ beneficio accepit.

Neque plus difficultatis obiicietur mercenariis ex eo, quod & mandatarii & negotiorum gestores lucra, quæ *extrinsecus* siue extra rem mandatam acceperunt, domino restituere cogantur, vt supra ex l. 46. §. 4. D. de procuratoribus, & l. 2. D. de neg. gest. a nobis demonstratum est. Hoc enim ad ea lucra pertinet, quæ non quidem *principaliter* ex eo negotio, adeoque *extrinsecus*, sed tamen ob eam rem & *propter susceptum negotium* ad mandatarium vel gestorem peruenerunt. Eleganter enim ita GAIUS rem definit l. 46. §. 4. D. de procur. quod apparet etiam ex exemplis ibi adiectis, vt, si vel per errorem & iniuriam iudicis præter summam mandato expressam *indebitum aliquid* aut maiores, quam oportuit, vfuras acceperit, quæ non quidem *principaliter* ex negotio & quodammodo *extrinsecus* ex facto improviso & fortuito iudicis descenderunt, sed tamen *ob eam* litem & propter actionem a procuratore institutam ad ipsum peruenerunt. d. l. 46. §. 4. D. de procurat. & l. 8. §. D. de neg. gest. Hæc igitur lucra, quamuis fortuita, domino litis restituenda sunt. Cetera ipsi mandatario & negotiorum gestori acquiruntur, vt: si quid per occasionem negotii commissi emerint in itinere, aut aliunde liberalitate fortunæ acceperint, quorum rationem reddere non tenentur. Optime & scitissime PAVLLVS noster illa, quæ *ad mandatum pertinent*, distinguit ab his, quæ *casibus* imputantur. Hæc enim postrema ad solum mandatarium perueniunt. l. 25. §. 6. D. mand. alia vero lucra, quæ ex re mandata descendunt, domino sine dubio restituuntur.

Itaque vt ad mercenarios & fabros redeamus, hi quidem, quicquid acquirunt per operas locatas, conductori restituent, sed si quid *aliud* eis obtulerit, dum operas facerent, velut thesaurus, quem non quæsiuerunt, inuentionis iure ex parte dimidia, *Dei & fortunæ beneficio* fruuntur. l. vn. C. de thesaur. & 63. §. 1. D. de acquir. ver. dom.

Igitur, qui ad operas faciendas a nobis conducti sunt, quicquid ex operis conductis prouenerint, nobis, cetera sibi, acquirere videntur, quod supra ex lege 6. D. de donat. comprobatum est. Sed illud, inquam, nobis acquirunt, quod prouenerit *ex operis conductis*: ideoque cum raro ad thesauros inuestigandos, sed plerumque reficiendæ domus causa, fabros & mercenarios adhibeamus, hi quidem, nisi aliud actum sit, sibi acquirunt partem dimidiam thesauri. Sed fingamus *ad hoc* illos conductos esse, vt *thesaurum inuestigent*, quod raro accidit. Certius, omnem fructum laboris, quem thesauri inquirendi causa susceperunt & ad quem conducti sunt, ideo-

que totum etiam thesaurum ad conductorem pertinere, & ipsos fabros nihil præder mercedem ex illo casu fortuito lucrari. *Nihil enim tunc noui fortuna illis obtulit*, cum thesaurum deprehenderent, sed illud inuenerunt, ad quod quærendum conducti sunt. Quicquid autem ex operis conductis acquiritur, illud totum conductori ex lege contractus reddere tenentur. l. 6. D. *de donat.* Hoc intellexit TRYPHONINVS, qui thesaurum a seruo fructuario inuentum negat ad usufructuarium pertinere, quia seruus hoc non ex operis suis acquisiuerit, & quia *nemo ad thesauros quærendos seruorum opera utatur*, hoc est, quia nemo *uti soleat* opera seruorum ad thesauros inquirendos. His enim verbis concedit, quod, si quis præter consuetudinem *expresse uelit* & iubeat seruos thesaurum quærere, tunc thesaurus inuentus ex operis serui acquisitus videatur. l. 63. §. 3. D. *de acqu. rer. dom.* Apertius autem & simplicitati naturæ conuenientius SVEVI thesaurum in illa specie conductori addixerunt, mercenarium sua mercede contentum esse voluerunt: Und ist das jemand icht find uf seinem Gut, das ist sein mit Recht. Findet es aber jemand anders, wan er selbs, und daß er nicht hat heissen suchen, dem soll er den vierden Theil heissen geben, das ist sein Fund, Recht, und hat er ihn heissen suchen, so soll er ihm sein Lohn heissen geben, den er ihm hat gebeissen, und er mit ihm nichts gedingt, was er ihm dann geit, das soll er nehmen mit Recht. Spec. Sueu. c. 388. k)

Ex his igitur intelligitur mercenarium, *qui conductus sit ad thesaurum inuestigandum*, nihil præter mercedem lucrari ex thesauro inuento. Ideoque in specie singulari, quam §. II. in fin. proposuimus, potuisset dubitari, an fabri partem dimidiam thesauri acquisiuisent, cum dominus illos iussisset principaliter quidem parietem deicere, sed tamen simul *ad omnia attendere*, nihil negligere, omnia etiam ferramenta colligere, vt viderentur ad thesaurum quærendum conducti esse, quo casu nihil mercenariis debetur præter mercedem. Sed magis tamen, censuimus, fabros ad cellam reficiendam, quam ad thesaurum inuestigandum, conductos esse, quia *thesauri mentio expressa* in formula conductionis non iniecta erat. Thesaurus autem, cum ad *singularia & insolita* pertineat, in pactis vulgaribus non intelligitur, neque appellatione ferramentorum, ad quæ fabri attendere iussi erant, continetur, nisi speciatim sit expressus, eaque de causa dimidium dedimus fabro inuentori, qui non speciatim ad thesaurum quærendum conductus erat.

Quæ adhuc tradita sunt, ostendunt, mercenarios partem dimidiam thesauri inuenti acquirere, nisi specialissime conducti sint ad thesaurum requirendos. Quapropter qui fabros inducit ad ædes reficiendas, in quibus suspicatur thesaurum latitare, non tutus erit, si fabros aut mercenarios generaliter iusserit ad omnia, quæcunque inuenerint, attendere omnia conquire-

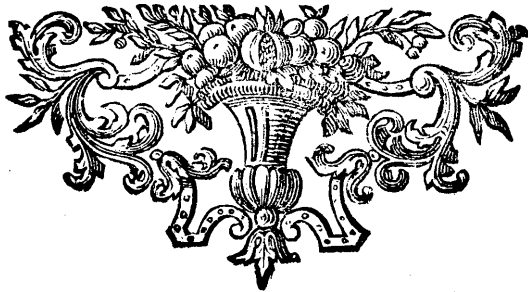
re,

k) vid. SCHILT. in exercit. ad D. XLV. §. 32.

re, & domino restituere, cum de thesauro inuento tunc nihil actum esse censetur, sed specialiter indicandum esse fabris, quod suspicio sit, ibi thesaurum latitare, illumque requirendum & domino restituendum esse. Tunc enim ex l. 6. D. de donat. sola mercede contenti esse debebunt fabri & mercenarii.

Qui timidus fuerit, ille tutissimum consilium sequetur, si cum fabris specialiter transigat, vt simpliciter, quamuis etiam thesaurum inueniant, sua mercede contenti sint neque conquerantur, etiamsi inuento thesauro, ipsos *ultra dimidium laesos* esse apparear. Ita enim omnibus litibus & euentui etiam incerto obicem certissimum opponimus l. 2. C. de transaction. & const. elect. Sax. 34. p. 2.

Accepisti, quo iure vtamur, si fabri & mercenarii thesaurum inuenierint & conductori *renunciauerint*, se thesaurum inuenisse. Sed quid dicemus, si *reticuerint & occultauerint* & totum thesaurum in suos vsus conuerterint, an furti tenebuntur, an dimidia parte excludentur, ne locupletiores fiant ex delicto suo, ita videri poterat ex l. 3. §. II. D. de iur. fisc. & nou. Leon. 51. sed de hoc argumento proximis abhinc diebus in alio libello, *de thesauro a mercenariis aut fabris occultato* diligentius exponam.





LXX.

OBSERVATIONES

DE

THESAURO  
A MERCENARIIS AVT FABRIS  
OCCULTATO.

---

 AD L. III. §. XI. D. DE IVRE FISCI.
 

---



---

 VITEMBERGAE, DIE XIX. APRILIS A. Q. S. P. EST CIO IO CC XXXIX.
 

---

L. III. §. XI. D. de iure fisci.

CALISTRATVS lib. I. de iure fisci.

*Deferre autem se nemo cogitur, quod thesaurum inuenerit, nisi ex eo thesauro pars fisco debeat. Qui autem, cum in loco fisci thesaurum inuenerit, & PARTEM AD FISCUM PERTINENTEM SUPPRESSERIT, TOTVM CVM ALTERO TANTO COGITVR SOLVERE.*

§. I.

*Scitissime* AGRIPPA, apud DIONEM CASSIVM, <sup>a)</sup> facilius nos *Odium occultationis & illa ferre, ait, quæ vi aperta aduersus nos gerantur, quam quæ tecte & clandestini consilii.* *culum & per insidias* administrentur. Quæ sententia summam rationem habet, cum *apertis* machinationibus resistere, atque ad vim repellendam nos comparare, consiliis consilia opponere, possimus; sed per *insidias* imprudentes & omnia alia agentes, cæco impetu, perturbemur & in difficultates maximas, quas prævidere non potuimus, adducamur. Hoc LABEO apud VLPIANVM l. I. §. 2. D. de dolo mal. intellexit, qui ipsam naturam *doli in clandestinis consiliis*, quibus quis alterum decipiat, consistere docuit, & *dolum*

a) DIO CASSIVS lib. LII. pag. 532. in fin. edit. Henr. Stephani.

*dolum malum esse dixit omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumueniendum, fallendum decipiendum alterum adhibitam.* Quamuis enim in delictis iudicandis ad *doli* accusationem sufficiat solus *animus nocendi*, ut in homicidio dolo, in quo etiam aperto Marte pugnatur, & sine dissimulatione caput alterius petitur; tamen in *ciuilibus negotiis fallaciam* & occultam machinationem cum decipiendi studio maxime desideramus, ut quis de *dolo* teneatur. Et hactenus recte VLPPIANVS ait, LABEONIS definitionem veram esse. Porro inter ipsa etiam delicta, quæ *insidiosa* dicuntur, grauiore animaduersione digna sunt. Refert enim in omnibus delictis, *consilio*, hoc est, inprimis *insidiosa machinatione*, an casu & *impetu* delictum sit admissum, l. 5. §. 2. & l. 11. §. 2. D. de poen. ut etiam in pubertati proximis aliquando *malitia suppleat ætatem*, & hi quoque ad pœnam trahi possint, si ex insidiis & machinationibus appareat. ipsos non per ætatis lubricæ imbecillitatem, sed *improbe*, & consilio nefario, inprimis *clandestino*, peccauisse. Eleganter illud architecti *constitutionis Carolinæ*, art. CLXIV. definiuerunt: Wenn die beschwerlichen Umstände so gefährlich, daß die Bosheit das Alter erfüllen möchte. Ex uocula enim *gefährlich*, quæ *doli* significationem continet, intelligitur, tunc maxime pœnas imminere impuberibus, si ex calliditate consilii cognoscatur, illos satis ad nequitiam sapere & gnauiter facinorosos esse.

Odiosa igitur sunt delicta clandestina, quæ commodius, teguntur, & exemplo periculosa sunt, cum *spe impunitatis* plures inuitent ad peccandum. Certe facilius excusationem inueniunt, quæ aperta sunt, & nulla dissimulatione adhibita, longius a suspitione fraudis abesse iudicantur. Neque tamen quæuis occultatio rei gestæ notam delicti continet, sed hæc demum, quæ, ut PAVLLVS ait, cum *decipiendi & intercipiendi animo* coniuncta sit. l. 1. §. 2. D. de furt. Imo vero

Est & fideli tuta *silenzio*  
merces, b) — — —

eum & honesta consilia tamdiu tuta sint, quamdiu recta, ideoque nihil vitii *occultatio* contineat, nisi qua *ius alterius interuertere* studemus. Apposite igitur CALISTRATVS noster in l. 3. §. 11. D. de iure fisc. quam explicandam proposuimus, respondit, quod *nemo se ipsum deseruere cogatur* ob inuentionem fortuitam thesauri, nisi cum *fiscus ex illo partem capiat*, aut, quod generaliter *innoxia sit thesauri occultatio, nisi alterius ex iure perfecto intersit*, ut resciscat, detectum esse veterem thesaurum. Sed plerumque ex diligente & sollicita occultatione coniecimus aliquid monstri & fraudulentum consilium subesse.

Ne-

Neque tamen humano ingenio quidquam familiarius est, quam *occultatio lucri improuisi*, cuius cupiditate plures accensos esse intelligimus. Accedit hoc plerumque illis, qui *thesauros* inueniunt. Hi enim inopinato gaudio correpti & perturbati malunt *foli retinere* fortunæ liberalitatem, quam cum aliis illam communicare & dominum foli in partem thesauri admittere, quem fors & fortuita inuentio ipsis totum videtur tribuisse. Qua re cum dominium illius, qui fundi dominus est, & ad quem pars dimidia thesauri pertinet, clandestino consilio & occultatione nefaria interuertatur, iuste indignamur illis, qui parte sua contenti esse nolunt, & pluribus tanto cupidius inhiant, quanto plura, nullo ipsorum merito, ad eos peruenerunt. Sed plerumque suo se indicio produnt illi forices, qui, cum praeter opinionem in diuitias incidunt, satis caute illas occultare nondum didicerunt, & incontinentia animi sublati, quae diligentissime celare voluerant, facillime & inconsultissime factis suis detegunt. Sequuntur enim consilium *NERVAE* imperatoris, qui Attico cuidam, de thesauro a se inuento referenti, *vetere* igitur *invento*, rescripsit, aut, si magnitudine thesauri superaris, etiam *abutere*, quia tuus est. *c)* Abutuntur, inquam, plerumque repentinis illis diuitiis, easque temere consumunt, aut ita certe illas collocant, vt in oculos incurrat subitarium illud incrementum facultatum. Qua propter, cum omnis nouitas suspecta sit, onerantur suspicione ista, quam *CAROLVS V.* illis obstare ait, qui, magna conuersione rerum facta, cum pauperes fuissent, confestim insignes & pro modulo suo inuidiosas diuitias ostendunt. ord. crim. Art. XLIII. §. Wann ein mercklicher &c.

*Sed*, vt diximus *odiosa* est illa *occultatio*, quia sic facilius tegitur perfidia, & proxime abest ab ipsa furti turpissimi infamia: excusatione tamen aliquando non caret, propter simplicitatem illorum hominum, qui, occasione oblata, cupiditati suae imperare non possunt. Nuper *IAVOLENVS* quidam, quod alio libello *d)* proposui, fabros, quos cellæ reficiendæ causa in domum suam induxerat, thesaurum inuenisse suspicatus, apud iudicem detulerat; & repertierat *partem dimidiam thesauri*. *ICTI* Lipsienses fabros, occultationem confessos, pœna arbitraria coercendos, & partem dimidiam domino restituendam esse, responderunt. Sed hic quidem leuiteratione interposita, iam non dimidium, sed totum thesaurum sibi restitui volebat, inter alia hoc colore vsus, quod *occultatores* thesauri furto se contaminauerint, ideoque merito omni fructu inuentionis exuantur. In quo argumento vtrum actor recte senserit, breuiter exponam.

## §. II.

*c)* *PHILOSTRATVS* in vitis sophistarum lib. II. in Herode. præfidis de thesauro a mercenariis aut fabris inuento §. II.

*d)* vid. dissert.

## §. II.

Igitur, vt de fabris & mercenariis, *thesaurum a se inuentum occultantibus*, certius constituamus, refert ante omnia inuestigare, *ad quem dominium thesauri pertineat*, quem contrectauerunt illi inuentores. Nimirum alio loco a nobis comprobatur, & disputatione vix indiget, thesauri in fundo alieno casu fortuito inuenti partem dimidiam domino fundi attribui, alteram partem inuentoribus etiam fabris & mercenariis relinqui. Sed cum vtrique iustum titulum acquirendæ partis dimidiæ habeant, inquirendum est, vtrum fundi dominus pariter atque inuentores partem dimidiam acquisiuisse censeantur, an *alio quodam facto* opus sit, vt dominium partis dimidiæ ad dominum fundi atque inuentores transferatur.

Et de inuentore quidem, cum thesaurum *αθέσποτον*, id est, cuius dominus non apparet, quasi rem nullius, suum facere velit, dubitari non potest, quin occupatione demum, id est, si *actu corporali* eum mouerit & apprehenderit, suæ partis dominium acquirat. Neque enim sufficeret, si præuiderit thesaurum, sed si ceperit, tetigerit, mouerit. arg. l. 3. §. 3. D. *de occupationem. acqu. vel amitt. poss.* e) Hoc enim iure generaliter vtitur in omnibus speciebus *occupationis*. l. 1. §. 1. l. 3. pr. D. *de acqu. rer. dom.* & §. 2. Inst. *de rer. diu.*

Sed de domino soli difficilior disquisitio est, vtrum ipso iure pars thesauri ad ipsum pertineat, atque etiam *ignoranti*, solo beneficio loci, acquisita esse videatur. Illud quidem controuersis locum non facit, quod dominus soli thesaurum *non possideat*, quamuis fundi totius possessionem nactus sit, quamdiu *nescit* thesaurum in fundo suo latitare, l. 44. pr. D. *de acqu. vel amitt. poss.* Hoc etiam PAVLLVS docet l. 3. §. 3. *eod.* Neque enim facile per alios nobis acquiritur possessio, nisi nostro iussu, aut certe nobis scientibus, aut nostro nomine res apprehensa fuerit, l. 1. §. 19. & l. 9. D. *de acqu. vel amitt. poss.* Igitur nec *mercenarius* fundi domino thesauri acquisiuerit possessionem, nisi eo animo illum apprehenderit, vt domino soli scienti possessionem partis dimidiæ acquireret.

Non igitur *possidet* thesaurum soli dominus, si *nesciat* thesaurum esse in fundo suo. Sed de iure dominii superest vt videamus. Et potest rentari, an non *iure accessionis* fortuitæ dominium thesauri, qui in fundo eius latuit, cum primum ille ab inuentore *detectus fuerit*, ipsi acquiratur. Ita enim, vt sentiam, TRYPHONINVS me adducit, qui his fere verbis vtitur; *dimidia pars est domini fundi, pertinet ad dominum fundi, cedit fundi domino*, l. 63. D. *de acqu. rer. dom.* quibus formulis plerumque *modus acquir-*  
*ren-*

e) vid. CARPZOV. ad const. elect. Sax. LIII. part. II. def. VII.

*rendi domini realis*, qui nullum aliud factum desideret, significatur. Certe etiam IUSTINIANVS ait, HADRIANVM domino soli concessisse dimidiam partem thesauri, quem alius in eius solo inuenerit, & dimidium eius esse. §. 39. Inst. de rer. diu. Quæ verba sine dubio ad domini acquisitionem referuntur. Potest enim nobis, maxime accessionis iure, vt in alluione, coalitione, inædificatione, implantatione, satione, etiam ignorantibus dominium acquiri. l. 7. & 9. D. de acqu. rer. dom.

Inuentor igitur, cum primum thesaurum tetigerit & mouerit; partis suæ dominium obtinet iure occupationis, sed fundi dominus, simulac thesaurus ab inuentore detectus est, ipso iure accessionis, parrem dimidiam acquirat. Quapropter, si inuentor partem dimidiam thesauri, etiam domino fundi inuito, retineat, nihil peccauerit, cum secundum GAIVM, qui iure suo vitur, nihil dolo fecisse iudicetur, l. 55. D. de reg. iur. Igitur operæ pretium est, vt dispiciamus, vtrum mercenarii & fabri, si thesaurum occasione laboris sui inuentum, totum occultauerint, furto se contaminasse censeantur. Ita quidem posset videri, cum rem alienam, id est, thesaurum pro parte dimidia domino fundi acquisitum, contrectent inuito domino lucri faciendi causa. Sed hanc esse naturam furti omnes profitentur, vt illud contrectatione dolosa rei alienæ inuito domino lucri causa committatur. Imo vero abscisse LEO in nou. Leon. 51. illum, qui thesaurum in loco alterius a se inuentum vel totum, vel partem eius occultauerit, improbum & malitiosum rerum alienarum occultatorem & furem appellauit, ideoque occultatorem thesauri parte dimidia, quæ aliis inuentoribus tribuitur, exclusit, totum thesaurum fundi domino reliquit.

Quid multa? Audiamus CALISTRATVM, qui l. 3. §. II. D. de iure fisc. inuentorem thesauri, cuius pars ad fiscum pertineat, si eum occultauerit, totum cum altero tanto fisco iussit restituere, vt occultator ille, quasi furti nec manifesti reus, non solum parte sua exuendus, sed etiam dupli poena afficiendus esse videatur.

### §. III.

*Inuentor est condominus thesauri a se vt furto se contaminasse & beneficio inuentionis, id est, parte dimidia thesauri a se inuenti excidisse viderentur: Sed multa omnino argumenta efficiunt, vt credam, furti proprie sic dicti reos non esse inuentores illos, qui furtum non committit, totum thesaurum occultauerint, & partem etiam retinuerint, quæ ad dominum soli pertineret. Primum enim illud expeditum est, si inuentores non & fabri sunt intercipiendi animo, sed alia ex causa totum thesaurum retinuerint, illos, se.*



secundum PAVLLVM, furti actione conueniri non posse, l. I. §. 2. D. de domesticis, furt. Imo vero qui depositum abnegat, quod grauius videtur, si non in-adeoque pot. tercipiendi animo hoc fecerit, furti non tenetur. d. l. I. §. 2. D. de furt. na furti or. dinaria iure

Sed faciamus, etiam intercipiendi animo thesaurum a mercenariis oc-  
cultatum esse, tamen, quia domestici sunt, furti actione non tenebuntur. non tenen- tur. Qui alie- nam posses- sionem non inuadit, leui- us delinquit.  
Aperte enim idem PAVLLVS noster alio loco negat, furti actionem nasci, Pertinet ad ius subtile non vero ad æquitatem  
si MERCENARIVS, aut quicumque alius, qui a nobis conductus, dum nam posses- sionem non inuadit, leui- us delinquit.  
apud nos degeret & nobis cum versaretur, aliquid subtraxerit, l. 89. D. de ius subtile non vero ad æquitatem  
furt. Huius rei rationem adducit MARCIANVS l. II. §. I. D. de poenis, ius subtile non vero ad æquitatem  
qui omnes mercenarios apud nos degentes, & omnes, qui operas suas no- Pertinet ad ius subtile non vero ad æquitatem  
bis locauerint, domesticos esse ait, ideoque, si quid interceperint, publice & ius subtile non vero ad æquitatem  
poena ordinaria illud non vindicandum esse docet. d. l. II. §. I. de poen. æquitatem

Si igitur iuri communi & legum romanarum præceptis simpliciter ob-  
sequimur, fabros & mercenarios, quippe domesticos, non vt fures commu-  
nes, sed benignius tractabimus, siue ciuili actione, siue criminali persecu-  
tione, ob furta domestica experiamur. Sed & aliud grauius argumentum quod dimi- dium thesau- ri domino fundi tribu- amus.  
in hac specie fabris & mercenariis proderit ad furti actionem ciuilem & cri-  
minalem persecutionem subterfugiendam, quamuis thesaurum a se inuen-  
tum occultauerint hoc animo, vt illum totum interciperent. Nimirum su-  
pra §. II. comprobauimus, dimidiam partem thesauri, a mercenariis aut  
fabris fortuito inuenti, ad inuentores, alteram partem ad fundi dominum,  
sed ad utrosque iure dominii perfecti, pertinere. Quæ cum ita sint, appa-  
ret, fabros illos, postquam veterem istam depositionem detexerint, esse con-  
dominos thesauri. Sed omnes illi, quos qualiscunque societas & commu-  
nio rerum nostrarum quasi condominos fecerit, secundum NERVAM &  
CASSIVM, ne quidem furtum facere intelliguntur, aut si furtum faciunt  
& nobis aliquid furripiunt, iuxta PROCVLVM & SABINVM, furti tamen  
actione non tenentur, quod & IULIANVS & PAVLLVS rectissime proba-  
uerunt. l. I. D. ver. amot. Igitur condominiumi iure tui sunt occultatores illi the-  
saurorum, quos ipsi in fundo alieno inuenerunt, vt neque actione furti fa-  
mosa pulsari, neque in criminali persecutione poena ordinaria furtorum  
affici omnino posse videantur. Sed neque illud negligendum est in poena  
occultationis illicitæ constituenda, quod dominus fundi ne possideat quidem  
partem dimidiam thesauri, quem nescit defossam in fundo suo detineri.  
Hoc enim supra docui ex lege 3. §. 3. D. de acq. vel amitt. possess. Itaque  
possessionem alienam non inuasit faber aut mercenarius, qui, dum parietem  
deiceret aut terram foderet, thesaurum inuenit & retinuit & non detexit  
fortuitam inuentionem. Iam vero, qui in alienam possessionem non inua-  
dunt, sed rem tortuito deprehensam aut sibi etiam commissam subripiunt,  
si propriam furti significationem sequamur, non tam furantur, quam potius  
rebus

rebus ad se delatis *abutuntur*. Certe hic *abusus*, nisi legibus prouincialibus, vt in electoratu Saxoniae, aliud in quibusdam speciebus constitutum fuerit, aut nisi magna perfidia appareat, vt in administratoribus iurisiurandi vinculo obstrictis, nunquam poena ordinaria subinde coercetur. De hoc autem argumento deinceps locus erit exponendi.

Denique, ne quid omittamus, furtum certe *sine dolo malo* & sine affectu & animo furandi non committitur. §. 7. Inst. *de obl. quæ ex delict. nasc.* Potest autem accidere, vt quis thesaurum *probabili opinione* ad solum inuentorem pertinere existimet, adeoque *per ignorantiam iuris subtilis totum retineat thesaurum*. Hanc enim legis dispositionem, quod domino fundi pars dimidia thesauri restituenda sit, ex iure subtili & arbitrario, non vero ex lege naturali, quam nemo ignorare debet, descendere, alio loco <sup>f)</sup> comprobauimus. Quæ vero per iuris non naturalis, sed arbitrarii & subtilis ignorantiam commissa sunt, doli suspicionem in mercenariis & hominibus simplicioribus excludunt. Et poruisset profecto faber aut mercenarius pro simplicitate humani ingenii facilius in illam opinionem delabi, thesaurum *ἀδέσποτον*, qui nullius fuerit, *inuentoris esse*, cum dominus, qui illum deposuit, & iam pridem periit atque ignotus est, de re sibi ablata ingemiscere non possit.

#### §. IV.

*Delicta quæ honestum initium habuerunt minus puniuntur, occulta tantum delinquit in parte dimidium dominum fundi pertinet, poena dupli & iacturæ odio sa est.* Lex intelligimus igitur, vix locum esse dubitationi, quin aliter de furibus, aliter de occultatoribus thesauri, ex iuris communis formula constituendum sit, si de poena criminali *odiosæ occultationis* disquiratur. Sed res illa minus habebit difficultatis, si cogitaueris, in plerisque delictis, quæ *honestum initium* habuerunt, de quibus proxime ex instituto diligentius tractabo, in plerisque, inquam, eiusmodi delictis excusatius, aut certe exemplo non tam periculoso, peccari quam si quis data opera & sola improbitate sua adductus accesserit ad delinquendum. Hæc enim delicta, quæ *honestum initium* habuerunt, plerumque *excessum* duntaxat in negotio per se innoxio commissum, aut *abusum rei innoxie* continent, a quo proba quoque ingenia non semper sibi satis cauere didicerunt, cum etiam in recte susceptis multum interdum, incontinentia animi, aut leuitate, aut errore aliquo seducti in factum illicitum subinde delabantur.

Sed thesauri inuenti quidem *occultatio* sequitur *inventionem fortuitam*, quæ *per se honesta est*, & *præmio* etiam digna iudicatur. At vero hæc improuisa & iucunditatis plenissima opportunitas, quam facile decipiet hominem pauperem, vt in tanta rerum suarum conuersione, aut credat, aut certe malit thesaurum ad se totum pertinere. Non incleganter glossator

spe-

f) vid. dissertat. prædis de thesaur. a mercenariis aut fabris inuento §. III.

speculi Saxonici hæc delicta describit: Der Anfang ist ehelich, aber hernach wird es diebisch, wenn jemand etwas nicht diebisch, sondern mit Ehren an sich nimmt, ob er es vielleicht gefunden hat, aber dasselbige hernach verleugnet. Dann dis Verleugnen ist dem Diebstahl nicht fast ungleich cz. Aber diese Dieberey gehet keinen an den Hals, sondern auf Geld. Bussē 2)

Non longe igitur abest a furti nota thesauri occultatio: quia autem honestum initium habuit *iure furti proprie sic dicti* & *eximii* non censetur. Imo si auctori speculi Saxonici fides est, ne *infamiae* quidem nota contrahitur delictis illis, quæ *initium honestum* habuerunt, bergleichen Diebstahl er daran nicht gethan, der ihm an seine Ehre, oder an seinen Leib, oder an seine Glieder gehet. 2. l. R. 29. Non tamen hoc de omnibus illis delictis, quæ ab honesto initio profecta sunt, & in sola abnegatione & occultatione consistunt, affirmare audeam. Nam & actio *depositi famosa* est, si aduersus occultantem & inficiantem *ob dolum* in iudicio instituat, quamuis *depositum sit honestissimum* contractus, in quo tamen nota perfidiæ & ignominiae se contaminat, qui depositum negat & occultat animo illud lucrandi & intercipiendi. l. 1. §. 2. D. de furt.

Vtunque vero hæc existimata fuerint, certe plerumque aliquam excusationem inuenit, qui ab initio honesto delabitur in speciem aliquam delicti. Itaque, vt ex diuerticulo ad occultatores thesaurorum reuertamur, hi quidem, quia honesto titulo inuentionis thesaurum occupauerunt, mitius, quam fures tractandi sunt. Sed in primis expediendum est, an præmio inuentionis, id est, parte dimidia thesauri excidant propter dedecus in occultatione a se admissum, *ne ex delicto suo locupletiores fiant*, ex quo etiam poenam meriti fuissent. Apposite enim VLPIANVS prohibet, *ne quis ex delicto suo meliorem suam conditionem faciat*. l. 134. §. 1. D. de reg. iur. Nimirum, ne quid dissimulem, *delinquent* quidem thesauri inuectores, qui illum totum retinent & occultant fortuitam inuentionem. Neque tamen in hac causa iudicanda negligendum est, quod illi quidem, dum partem dimidiam inuentoribus debitam retinent, *iure suo utantur*, & nihil illiciti admittant, sed in altera duntaxat parte dimidia, quæ ad dominum fundi pertinet, delinquant, dum illam occultant animo intercipiendi. Itaque hanc quidem postremam partem domino fundi restituere tenentur, ne meliorem conditionem faciant ex delicto suo. Verum enim vero *utile per inutile non vitiatur*, neque tota res vitii aliquid concipit, quamuis in parte quadam interuenerit aliquid iniquitatis. In parte autem dimidia, quæ inuentoribus debetur, nihil delicti admissum est. Neque recte dicitur, occultatores, cum suam partem retinent, ex delicto locupletiores fieri, cum eam ex liberalitate

fortuna inuentionis beneficio lucentur. Quæ cum ita sint, nulla inueniri potest causa idonea, quæ iudicem permoueat, ut occultatoribus thesauri partem dimidiam eripiat, quam leges ipsis propter opportunitatem inuentionis tribuerunt. Generaliter enim neminem *iactura & ablatione* rei suæ, quam iure propitio acquisiuit, plectere solemus, nisi nominatim lex expressa præceperit, ut quis odiosa poena iacturae propter factum illicitum coerceatur. Quapropter l. 3. §. 11. D. *de iur. fisc.* quæ occultatoribus *totum thesaurum* adimit, illumque cum altero tanto restituendum esse præcipit, *strictum interpretationem* desiderat, atque ad solam hanc speciem referenda est, si quis thesaurum occultauerit, *ex quo pars quædam fisco debeat.* Multa enim, *fauore fisci*, constituta sunt, quæ ad priuatos interpretatione proferri nequeunt. Multa etiam durius puniuntur propter odium illorum, qui aliquid in fraudem fisci moliti sunt, quæ mitiori poena coerceri possunt, si quis non fisco, sed homini priuato, fraudem fecisse videatur.

Parte igitur dimidia inuentor non multabitur, qui thesaurum in fundo hominis priuati inuentum occultauerit, cum nulla lege expressa generaliter hanc poenam constitutam videamus. Ita enim sine hæsitatione responderem, nisi *nouella Leonina* 51. in mentem veniret. Hæc vero luculenter omnes illos, qui thesaurum a se inuentum occultauerint, *fures* appellat & præmio inuentionis, id est, parte dimidia exuendos esse præcipit. Illa autem, ut pleræque *Leoninae*, in foro *non recepta* esse dicitur. Quare, in primis in poenali causa, mitiorem sententiam sequimur. Propter odium tamen occultationis & delicti, quod sæpe committitur, raro detegitur, prouidentissimo consilio vsi videntur legislatores illi, qui hanc *nouellam Leonis* in usum reuocarunt, utque occultatores præmio inuentionis parte dimidia excludantur, exemplo *LEONIS*, in suis prouinciis constituerunt.

Habes iam omnia, opinor. Neque igitur obscura erit ratio, qua commotus ordo noster in specie illa, quam supra §. I. in fine adduximus, confirmauerit sententiam ICtorum Lipsiensium hac fere formula concepram: *Daß Beslagger die Helfte des gefundenen alten Geldes Klägern vermittelst endlicher Specification zu erstatten schuldig, und wird er im übrigen der gestandenen Verheimlichung halber 2 Wochen lang mit Gefängniß, oder um 20 Schocke billig bestrafft, sowohl zu Bezahlung der aufgelauffenen Gerichts-Expensen gebührend angehalten.* B. N. W.

Dimidiam igitur partem domino fundi restituet thesauri a se inuenti occultator. Sed quomodo quantitatem thesauro occultato comprehensam exquiremus? ut pars dimidia domino restituatur. An soli affirmationi occultatoris fidem accommodabimus, si postea indicauerit certam quantitatem? Effet locus dubitationi propter perfidiam occultatoris, quæ fidem eius conuellit & suffocat. Sed in *re obscura*, quæ sine testibus administrata est, vix sup

suppetit aliud consilium veritatis exquirendae, quam vt iureiurando inuentoris quantitas definiatur. CARPZOVIVS quidem cum plerisque alijs, qui eum secuti sunt, *tormenta* etiam admittit. <sup>h)</sup> Sed noli in re dubia ad tormenta properare, nisi magna perfidia in re obscura luculentis indicijs prodatur. Recte enim constitutio Leonina §I. reprehendit feueritatem superiorum temporum, quae thesaurorum inuentores *acerbis examinationibus* subiecit, eaque re effecit, vt etiam isti, qui thesauros inuenerint, illos negligerent & protrahere non auderent, ne ipsi in summas & intolerabiles difficultates delaberentur. CALPURNIVS <sup>i)</sup> certe, qui sub CARO imperatore vixit, ad notam pessimorum temporum retulit, si

— — damnatos metuat iactare ligones  
Fossor, — —

& timeat,

— — vt nuper, dum iugera versat, arator,  
Ne sonet offenso contraria vomere massa.

Publice vero interest, ne inuentores deterreantur a thesauris protrahendis, cum hi vel odio digni vel certe inutiles sint, quamdiu terra absconduntur.

Possset defendi dominum fundi etiam ad iuramentum in litem admittendum esse, quo certa quantitas definiretur. Solemus enim, etiam in actionibus realibus contra reos dolo contaminatos huic iuramento locum dare. l. 2. & 5. D. *de in lit. iurand.* Sed durum est fundi dominum de re vetusta & *sibi prorsus incognita* aliquid iureiurando affirmare.

h) CARPZ. qu. crim. LXXXVI. P. II. n. 25.    i) CALPURNIVS eclog. IV. vers. 117. seqq. apud MARQUARDVM FREHERVM lib. I. versum. cap. IV. in thesauro OTTONIS. tom. V. pag. 866.





## LXXI.

THESES IURIDICAE  
DE  
IVRE OPTIONIS  
MAXIME  
IN DEBITIS ALTERNATIVIS.

---

VITEMBERGAE, DIE III. SEPTÈMERIS A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXIX.

---

## §. I.

**O**ptio continet libertatem in *legato generis* etiam *optimum* eligendi, & *expresse* legatario relinqui solet quibuscunque verbis, modo adpareat testatorem libero legatarii arbitrio rem permisisse, *l. 9. §. 1. D. de dolo malo. CARPL. decis. 300. n. 26. LVDWELL. ad §. 22. inst. de leg. n. 5. & 6.* Neque obstat *l. 206. D. de verb. obl. l. 2. & 8. C. de resc. vend.* vid. tamen WEHNERI *obseru. pract. voce: Dienst, p. 85. eiusdemque singular. obseru. centur. III. obseru. XXIII.* Ipsum etiam *optimum* fortassis ab optando dicitur, quia sapientes plerumque illud optant, quo melius non existat. FE-STVS voce: *optio.*

## §. II.

Electio tacite relinquitur, si nec persona, quæ eligere debeat, *expresse* nominatur, neque tamen definitur corpus & obiectum indiuiduale, quod ad alterum peruenire debeat. Tunc vero videtur testator neque heredem nimis onerare voluisse, & modestiæ legatarii confusus esse. Quapropter hic quidem eligit, sed *optimum* eligere non potest, *l. 37. pr. D. de leg. 1. & l. 3. §. 1. C. commun. de legat.* Interdum etiam in negotiis inter vivos electio datur creditori, plerumque domino iurisdictionis, cui decimæ ex foe-ru pecudum debentur, hac formula: *proximum ab optimo*, Eins nach dem besten, quo casu debitor vnum caput excipit, deinde creditor libere eligit.

## §. III.

In *debitis alternatiuis* electio est debitoris, quia creditoris, qui alterna-  
tue stipulatus est, non interesse censetur, vtra obligatio impleatur. *l. 2. §. 3. D. de eo, quod certo loco, & l. 106. D. de verb. oblig.*

## §. IV.

§. IV.

In *poenis arbitrariis* alternatiue definitis electio est iudicis, qua poena alterum adficere velit. Hoc enim sine & consilio poenæ arbitrariæ constituuntur, ut & corrigatur reus, & exemplo prospiciatur. Itaque non reus, sed iudex, æstimare debet, quod genus poenæ efficacissimum sit ad ingenium rei & reliquorum ciuium, qui exemplo deterrendi sunt ab imitatione delicti. *l. 16. §. 3. D. de poenis, l. 4. §. 1. D. de incend. ruin. GAIL. II. obseruat. cameral. 84. n. 12.*

§. V.

Si tamen manifesta sit iudicis improbitas in eligendo poenæ genere, & hic non coercendi sed perdendi rei causa, iracundia & feruore animi elatus, illud ligat, quod reo maxime nociturum est, ut puta, si reum honestæ conditionis, & qui auctoritate aliqua ad munus suum obeundum indiget, carcere punire malit, quam multa alternatiue dictata; tunc potest reus quidem ad iudicem superiorem confugere, ut electio corrigatur. Neque tamen facile præsumitur improbitas iudicis, nisi illa ex circumstantiis luculenter adpareat. *l. 13. §. 1. & 6. D. de iniuriis, l. 2. C. de offic. ciuil. iudic. ALCIATVS de præsumt. regul. III. præf. 9.*

§. VI.

Si obligationi *ad factum* præstandum adiecta sit *poena conuentionalis*, naturali ratione electio est debitoris, utrum malit factum præstare, an poenam soluere. Hoc adparet ex formula: *si aduersus ea factum fuerit, tot au-reos poenæ nomine dabo.* His enim verbis arbitrio debitoris res permittitur §. 7. *Inst. de verb. oblig.* Hæc sententia etiam, quod ad poenas conuentionales venditionibus adiectas attinet, in electoratu Saxonix recepta est, *decis. elect. nouiss. 16. de anno 1746.* Ob und wie lange man, wenn ein Neu-Kauff aesehet, poenitiren könne. Neque obstat *ord. process. recogn. Sax. tit. XXXIX. §. 2.* Dissentit tamen de BERGER *oecon. iur. lib. III. tit. 1. §. 4. n. 4.*

§. VII.

Poena *conuentionalis*, contractui adiecta, est debitum mere ciuile, ideoque, si poena commissa fuerit a defuncto, actio ex contractu simpliciter aduersus heredes datur ad poenam exsoluendam, quamuis lis cum defuncto nondum coepta fuerit, §. 7. *Inst. de verb. oblig. l. 47. D. de act. emt. vendit.*

§. VIII.

Pluribus *poenis conuentionalibus*, contractui alternatiue adiectis, electio est debitoris, quia in debitis mere ciuilibus in fauorem debitoris formula alternatiuæ obligationis concepta esse creditur *d. l. 106. de verb. oblig.*

## §. IX

Portio *statutaria* coniugum est species *legitimæ hereditatis nou. 117. cap. 5.* Hinc iure communi vltima voluntate alterius coniugis non magis, quam ipsa legitima portio parentum & liberorum, imminui, aut onerari potest, quod & in electoratu Saxonix receptum. *const. VII. p. III.*

## §. X.

Debitum, si creditor debitoris heres fiat, *confusione tollitur*, sed tantum pro rata portionis hereditariæ: vt puta, heres debitoris ex tertia parte, non nisi tertiam partem crediti sui amittit, *l. 6. C. fam. excisc.* nisi cum beneficio inuentarii succedat. *l. 22. §. 9. C. de iur. delib.* Ex quo adparet, quod, si analogiam iuris ciuilibus sequeremur, portione statutaria vxori viduæ assignata, *das* in rebus fungibilibus consistens, & bona illata no. tota abforberentur, sed tantum pro rata portionis statutariæ: vt puta, si vxor tertiam partem ex bonis mariti lucraretur, illa tertiam partem rerum fungibilium, quas dotis vel paraphernalium nomine marito attulit, amitteret, duas vero tertias a reliquis mariti heredibus repetere posset: fundi autem dotalis & reliquorum corporum illatorum, quæ adhuc exstant, dominium pleno iure ad ipsam sine præiudicio portionis statutariæ reuerteretur. *l. 6. C. fam. excisc.* vid. MAFTH. COLER. *p. I. decis. LXI. p. 49.* Iure Saxonico electorali collatio omnium bonorum illatorum necessaria est, si vxor vidua ex bonis mariti portionem statutariam petat. *const. elect. XX. p. III.*

## §. XI.

Quia portio statutaria est species hereditatis, ad quam adeundam extraneus cogi non potest; hinc iure communi vxoris est electio, bonis suis collatis marito succedere, an illata sua repetere velit, quod lege Saxonica electorali expresse confirmatum *d. const. elect. XX. p. III.*

## §. XII.

Si certum quid *statuto locali* vel consuetudine definitum est, quod vxoribus ex bonis maritorum defunctorum debeatur, in Saxonia electorali nulla est vxoris *optio*, nec potest vxor illata repetere, sed sola portione definita omnino contenta esse debet. Vid. *rescript. decisiu. de anno 1606. in cod. Aug. p. I. p. 166.* In hac igitur specie coniux superites eatenus *iure heredis necessarij* censetur, vt sua repetere non possit, si cum liberis defuncti duntaxat concurrat, vt nequidem ius abstinendi ab hereditate mariti aut repudiandi portionem statutarium ipsi relinquatur. Sed, si cum creditoribus mariti litiget, suum repetere non prohibetur.





## LXXII.

OBSERVATIONES  
DEDELICTIS  
QVIBVS HONESTVM INITIVM  
FVIT.

AD L. VI. PR. D. DE ADQVIR. VEL AMITT. POSSESS.

VITEMBERGAE, DIE XX. SEPTEMBRIS A. Q. S. P. EST CIO IO CC XXXIX.

*L. VI. Pr. D. de adquir. vel amitt. possessione*  
VLPIANVS *lib. LXX. ad edictum.*

*Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur, & ne faceret, timebat. Is autem, qui, cum possideret non clam, se celavit, in ea causa est, ut non videatur clam possidere. Non enim ratio obtinendæ possessionis, sed ORIGO NANCISCENDÆ exquirenda est.*

## §. I

**I**n omni natura, si MARCVM TVLLIVM audiamus, necesse est, *Coepta perf-*  
*absolui aliquid & perfici:* a) neque magnam laudem tribuimus facinoribus *cere constan-*  
*ferocolorum hominum, qui multa præclare inchoata, nondum plane per-* *tis animi est;*  
*fecta, deserunt,* b) & spem quidem magnæ utilitatis ostendunt e longinquo, *perseveran-*  
*sed fructum leuitate sua & inconstantia intercipiunt, ut lusisse genus huma-* *ria in dolo,*  
*num, non vero bene meriti de republica, neque societati communi omnium* *pernicacia.*  
*bonorum profuisse, videantur. Imo vero* *Fœdum in-*  
*ceptu fœ-*  
*dum exitu*  
*gravius pu-*  
*nitur, in de-*

*Coepta tene, quæso, nec in æquore defere nauem.* c)

## R 2

a) c. r. e. de nat. Deor. lib. II. cap. XIII. id. de finib. lib. IV. cap. XIII. b) Id. de claris orat. cap. XXXIII. id. qu. acad. lib. I. cap. V. c) OVID. II. de ponto eleg. VII. v. 83.

*licetis inho-  
neſte coeptis  
ne quidem  
excufata  
erroris pro-  
deſt.*

Non enim opprobrio caret illud PVELII OVIDII NASONIS: <sup>d)</sup>

*Coeſiſti melius, quam deſiſis, ultima primis  
Cedunt. — — —*

Nimirum inutiles ſunt & reipublicæ moleſti, quos, cum multa *recte incho-*  
*uerint,*

*Petræſum magni incepti — — eſt, e)*

quod ÆNEAS fociis ſuis cum indignatione iuſtiſſima obiecit. Etiam fures & latrones interdum excitantur quibusdam igniculis, & ſentiunt bonæ mentis reliquias, quas nondum prorsus ſuffocarunt, ideoque incidunt in cogitationem magni atque inſignis ad laudem facinoris. Multi *conantur* etiam deſtinata efficere & moliuntur aliquid, quod communi congratulatione dignum cenſeri poſſit; ſed, vel reuiuifcente improbitate ſua mox ad ingenium ſuum redeunt, & bene merendi conſilium dimittunt, vel *impatientia laboris* & periculi grauitate deterrentur, vel ipſo *ſucceſſu* corrumpuntur & incautiores fiunt, vel *occaſione ſceleris oblata* in tranſuerſum rapiuntur, *f)* vel *fragilitate animi* decepti ab illis, quæ bene inchoata erant, quamuis non perſecta ſint, & ab omni bonæ mentis officio diſcedunt. Hi quidem certe publice priuatimque pernicioſi ſunt, & cum paſſere illo CATULLI <sup>g)</sup> modo huc modo illuc circumſiliunt, reipublicam perturbant, inſigni conatu nihil agunt, ſpem & expectationem bonorum, magno hiatu nihil dignum proferentes, *h)* ſuſpenſam tenent & decipiunt. Iſtis ardentibus PAPINIANVS noſter indignatur, qui negat, *conſilium mutari poſſe* in alterius iniuriam, l. 75. D. ed reg. iur. ideoque eos damnat, qui bene coepta vel deſerunt, vel in alterius perniciem conuertunt PAVLLVS etiam & VLPIANVS ne quidem iudici permittunt, vt mutet ſententiam, quam dixit, cum ſemel functus ſit officio, ſed ſupplere tamen illum iubent, ſi quid ſententiæ deeſſe videatur, vt plenior illius rei fructus ad partes litigantes peruenire poſſit, l. 42. & 55. D. de re iudic. multo minus idem PAVLLVS in priuatis ferre poteſt, vt bene coepta corrumpant, aut *cauſam poſſeſſionis* ſibi mutant in alterius præiudicium, ſed *originem* ſpectari iubet, ne *honeſtum* negotium in *fraudem innocentis* conuertatur l. 3. §. 19. D. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.

Enim vero, quæ quis ab initio *oſtendit*, quod M. TVLLIVS ait, hæc ab ipſo etiam facienda atque *ad exitum* augenda cumulanda ſunt, vt veram laudem conſequatur: <sup>i)</sup> neque ſolum perſpiciendum eſt, *quid geratur*, ſed quid *curſus rerum* & *exitus* exigat. <sup>k)</sup> Ab hac demum virtute &

*per-*

<sup>d)</sup> OVID. epiſt. IX. v. 23.

<sup>e)</sup> VIRG. V. Aeneid. v. 714.

<sup>f)</sup> TACIT.

XII. annal. cap. LXVI. CIC. pro l. Manil. cap. II. in fin.

<sup>g)</sup> CATULLVS

carm. III. v. 8.

<sup>h)</sup> HORAT. de art. poet. v. 138.

<sup>i)</sup> CICER. XIII.

epiſt. XLI.

<sup>k)</sup> Id. IV. epiſt. II.

*perseuerantia* atque circumspectione proficiunt magna illa facinora in illustri monumento posita, in quæ intuearis, quod T. LIVIVS <sup>l)</sup> præcipit, vnde tibi tuæque reipublicæ capias, quod imiteris. Ad magna enim illa ingenia, quæ in honeste coeptis perseuerant, pertinet illud M. TVLLI: *ut sementem feceris, ita & metes*, <sup>m)</sup> ut ex præclare inchoatis honestissimos exitus sperare possint.

Igitur, qui ab honeste coeptis discedunt, & in vitium quoddam delabuntur, non quidem ferendi, sed reprehensione etiam graui aliquando digni sunt, interdum tamen excusationem inueniunt, & veniam lenitatis atque *inconstantia* merentur, quod deinceps apparebit. Certe, qui *in honesto negotio* subinde deficiunt, & ingenuæ mentis notam produunt, ideoque spem emendationis in posterum ostendunt, mitius plerumque tractandi sunt, quam qui *ab initio, data opera*, animo nocendi, cum apparatu quodam accedunt ad delinquendum, aut e longinquo aliud machinantur in caput innocentium, & priusquam destinata perfecerint, quiescere non possunt. Hæc sunt illa *foeda inceptu, foeda exitu*, <sup>n)</sup> quæ cum auersatione bonorum omnium coniuncta sunt, & tanto maiorem turpitudinem continent, quanta plura mali exempli facinora ab his, qui ita animati sunt, metuimus, & quanto illi pertinacius in improbe coeptis perseuerant. Hæc est illa *in re praua peruicacia* in priscis Germanis, a CORNELIO TACITO notata, <sup>o)</sup> quam ipsi fidem ac constantiam appellabant. In his enim, quæ *turpiter & minus honeste* coepta sunt neque imbecillitas humani ingenii, neque alius quicumque titulus, improbitatem facinoris facile excusat. Audiamus PAVLEVM, qui ne *erroris* quidem *titulum* admittit in his negotiis, quæ *ab initio, delinquendi animo*, suscepta sunt. Ideoque, qui me pugno cecidit, cum Lucium Seium cadere pugno voluisset, quamuis in persona *errauerit*, tamen mihi iniuriarum actione tenebitur, quia constat, illum *iniuriam facere* omnino *voluisse*, l. 18. §. 3. D. de iniuriis. Sed multo mitius de illo, qui honeste coepit, VLPIANVS iudicauit, ipsumque absoluendum esse censuit, qui, cum feruum suum cadere vellet, hominem liberum cecidit, adeoque in re licita, *errore quodam probabili* deceptus, damnum dedit innocenti, l. 3. §. 4. D. de iniur. Contra vero ALFENVS noster, illum qui factum *illicitum* inhoneste *susceperit*, & *praeter opinionem* in exequendo facinore, cuiquam damnum dedit, nulla excusatione adiuari ait l. 52. §. 1. D. ad l. Aquil. Recte igitur MARCIANVS delicta, quæ *consilio improbo* suscepta sunt, ab his se iungit, in quibus *impetu* aut *casu* aliquo peccetur l. 11. §. 2. D. de penis & secundum VLPIANVM refert etiam in maioribus delictis, *consulto* aliquid admissum sit, an *impetu & casu*, ut vel *poena instat*

R 3

eligi

l) LIV. in præf. oper.  
in præfat. oper.

m) CIC. de nat. Deor. lib. II. cap. LXV.  
o) CORN. TACIT. de morib. German. cap. XXIV.

n) LIV.

eligi possit, vel *temperamentum* admittatur l. 5. §. 2. *D. de poenis.* Hoc perspexit CAROLVS V. Imperator, qui homicidium *insidiosum* & deliberatum eine fürseßliche muthwillige Mordthat rota expiari iussit, sed homicidam, qui *laceßitus* aggressorem occiderit, capite multauit *ordin. crim. Carol. art. 137.*

Apparet igitur, eum, qui data opera & deliberato animo contra legem prohibentem peccauerit, & *inhoneste coeptum inhoneste* perfecerit, turpiore nota delinquere, sed miseratione digniores esse, qui *in honesto* negotio versati aliquando sublapsi sunt, & ipsa *occasione*, rerumque suarum *successu* seducti, ab officio suo discesserunt. In primis autem in his, quæ *inhoneste coepta* sunt, *perseueratio*, & illa, quam antea notauimus, *peruicacia* grauissime punitur, si quis etiam admonitus & reuocatus persistit in consilio nocendi. Eleganter enim PAVLLVS, quicquid in calore iracundiæ vel fit vel dicitur, non prius ratum esse, ait, quam si *perseuerantia* appareat, *iudicium animi fuisse* l. 48. *D. de reg. iur.* Ex isto fonte deducitur, quod illos, qui in *tumultibus* & grassationibus a magistratu admoniti ad frugem non redierint, ex serenissimi legislatoris Saxonis auctoritate poena ordinaria gladii adficiamus, p) & fures, qui, exposita spe poenæ mitigandæ, furtum pertinaciter negauerint, quasi insanabilia ingenia ultore laqueo plerumque puniamus, q)

## §. II.

*Honestum* Accepisti, quantum referat, a quo initio res profecta sit, & quid inter *initium ex* constantiam & *perficaciam* discriminis intersit, si vel *honeste* coepta perfici- *animo iudi-* mus, vel *improbe* inchoata improbius ad finem perducuntur. *cazur, euen-* Indignamur tamen etiam, ut diximus, *probis* ingeniis, quæ *honeste* *tus tristis ho-* nesti *negotio* coepta deserunt, & cum *præclare* rem inchoauerint, postea deficiunt, atque *non est deli-* etiam in rectissimis negotiis aliquid dedecus admittunt. Hæc enim animi leui- *etum, etiam* tas & fragilitas efficit, ut, quæ antea quidem laude aliqua non indigna vide- *in cuilibus* bantur, *degenerent in speciem aliquam delicti.* Res erit loculentior, si con- *causis non* sedstituerimus, quæ sint *illa delicta, quæ ab honesto initio profecta esse iudicen-* *exitus* *initium spe-* tur. Sed *honestum* quidem hoc loco dicimus, non solum quod *laudem* aliquam *statutur ut in* præcipuam meretur, atque a virtute & occultis quibusdam viribus, præter *usucapione* consuetudinem reliquorum, proficiscitur; sed etiam omne illud, quod *iure* *negotiiis ge-* *stis & posse* *sione,* *propitio* & *permittente* suscipitur, atque ad *utilitatem* quandam comparatum est: cum quælibet res tanto esse *honestior* censeatur, quanto *maior* & *varior* est illa *utilitas*, cuius pariendæ causa negotium susceptum est. Ita certe *Labeo honestiores* appellat, vel qui sint vitæ emendatioris, vel qui dignitate excel-

p) Mandat wider das Aufstauffen und Tumultuiren im Lande de dato Dresden am 2. Jul. Anno 1726. q) Rescriptum de dato Dresden am 6. Decemb. Anno 1741.

excellant, illosque humilibus & vilioribus personis, vt luxuriosis & prodigis, opponit, l. II. §. I. D. *de dolo malo*. Si quis igitur depositum custodiendum acceperit, aut rem in propatulo inuentam sustulerit, aut magistratus in facinorosos animaduertere coeperit, aut priuatus sui corporis defendendi causa vim aggressori fecerit, rem ab *initio honesto* profectam esse dicimus; cum ad aliorum vilitatem pertineat, si quis rem sibi commodatam aut apud se depositam suscipit, aut tollit rem inuentam, ne illa pereat, aut si magistratu officio fungitur, aut si quis vitæ suæ tuendæ causa vim vi repellere studet, quod non solum naturali ratione permissum esse, GAIVS ait, l. 4. pr. D. *ad l. Aquil.* sed M. TVLLIVS <sup>r)</sup> etiam ita necessarium iudicat, vt, qui se ipsum non defenderet, pariter peccaret, quam qui parentes, aut patriam, aut socios deserunt.

Vides, quibus negotiis honestum initium esse videatur. Sed in his quidem, si quid postea vel *dolo* vel *culpa* cuiusquam vel imbecillitate etiam admissum sit, quod publice aut priuatim noceat, *honestum negotium delicti naturam induit*, & animaduersione dignum iudicatur. Huc pertinent delicta illa, de quibus auctor glossæ Germanicæ ad speculi Saxonici articulum 37. lib. 2. non ineleganter docet, rem furtiuam fieri, quamuis *honeste accepta* sit, da der Diebstahl ehrlich ist, hernach aber wird es diebisch.

Delictum igitur, cui *honestum initium* fuit, dicemus *honestum & licitum negotium*, animo ingenuo susceptum, sed ita administratum, ut aliquid illiciti dolo vel culpa auctoris interuenerit, quod plenam formam certi delicti habeat, & non solum læso actionem pariat, sed etiam animaduersione dignum iudicetur. Ita, qui *depositum*, quamuis ex honestissimo contractu sibi *traditum*, animo interceptiendi contrectauerit, furtum videbitur fecisse, si PAVLLVM & CELSVM audiamus l. I. §. 2. D. *de furtis*. l. 67. pr. eod. Eo pertinet, quod, qui iumenta sibi *commodata* longius duxerit, aut generaliter, qui re, alio sibi consilio data, inuito domino vsus fuerit, quamuis rem titulo honestissimo acceperit, tamen, eodem PAVLLO auctore, *furtum fecisse videatur* l. 40. D. *de furtis*. Item, qui *pignus*, honestissima ex causa acceptum, postquam soluta est pecunia, mutato consilio, celandi animo, retinet, secundum MELAM & VLPIANVM, ex *honesto initio in delictum incidit*, & *furti* etiam tenetur l. 52. §. 7. *de furtis*. Imo vero *colonus*, qui honestissime fundum conduxit, si ultra tempus conducti nis fructus retinuerit, fur esse intelligitur, quod CELSVS ait l. 67. §. 5. D. *de furtis*. Ne quid omitam, *fullic* etiam atque *sarcinator*, quibus polienda aut sarcienda vestimenta dedimus, si his vtantur, cum vestimenta non in eam causam acceperint, quamuis vestes ex honesto contractu detineant, furtum fecisse censentur. Ita enim PAVLLVS præcipit, l. 82. pr. D. *de fur-*

r) CIC. I. offic. VII.

*furtis.* Sed hoc forte durius, quod, qui *rem* sibi *debitam* ex honestissimo contractu invito domino arripuerit aut nactus sit, *prædo* esse videatur, quod PAVLLO visum est l. 5. D. *de acquir. vel amitt. possess.*

Posset cuiquam hoc mirum videri. Sed magis præter expectationem VLPPIANVS docet, eum, qui etiam in *bona* & honestissima *causa* iudicem muneribus tentauerit, & adduxerit ad *iustam* sententiam dicendam *delictum* contraxisse, & *causa*, quamvis iustissima, cadere debere l. 2. §. 2. D. *de condict. ob turp. caus.* Postremo, quid honestius est *tutela* pupillorum, in qua tamen, qui aliquid interuerterit, *furtum* fecisse dicitur, & *furtum* duplicatione luere iubetur. <sup>s)</sup> Habes exempla honestissimarum rerum, quæ si quid rei illicitæ postea immisceatur, in *delictum* degenerant & poena coercentur.

In hoc autem loco in primis admonendum est, non ex solo *exitu* & *eventu delictum* appellari posse, quod *honeste coeptum* male cesserit & damnum pepererit, auctore facinoris invito; sed *dolum* aut *culpam* superuenientem demum efficere, ut quis in *negotio honesto delicti* notam contraxisse videatur. Iustissime enim HADRIANVS rescripsit, in *maleficiis voluntatem*, non solum *exitum* spectari l. 14. D. *ad l. Cornel. de sicariis.* Quæ res habet rationem. Diuina enim quadam providentia, quod M. TULLIVS ait, multa *bonis male* eueniunt, *improbis optime*, <sup>s)</sup> casusque & *eventus* rerum, non sunt *duces*, sed *comites* consiliorum. <sup>u)</sup> Imo vero

— — — — careat successibus, opto,

*Quisque ab euentu facta notanda putat, x)*

cum etiam innocentissimus periculum non effugeret, si, quæ præter *spem* & sententiam eueniunt, in æstimandis negotiis respicerentur.

Nimirum, etiam in ciuilibus causis iudicium non *ad exitus* & *eventa* duntaxat, sed ad animum & consilia maxime accommodamus. LABEO enim atque VLPPIANVS *negotiorum gestorum* actionem generaliter illi concedunt, qui *utiliter* gessit negotium, quamuis res *caruerit euentu*: ut, si quis insulam fulserit, quæ postea exusta sit, aut seruum quis curauerit, qui postea obierit, sine illius culpa, qui eum susceperit curandum, l. 10. §. 1. D. *de negot. gest.* quod video etiam GAIUS placuisse. l. 22. D. *de negot. gest.* Hoc adduxit PAVLLVM, ut etiam in usufruptionibus sufficere censuerit, si quis ab initio putauerit, rem usufructam ad se pertinere; cum res ex *consilio* & *animo* & *initio* in primis iudicanda videatur. l. 48. D. *de usurp. & usufruct.* quod obtinuit, donec ius illud correctum est a pontifice *cap. ult. X. de præscript.* Eandem regulam etiam VLPPIANVS secutus est in *possessione* iudican-

<sup>s)</sup> tabula VII. in lib. XII. tabularum apud GRAVINAM de orig. iur. p. 469. <sup>x)</sup> CIC. de nat. Dcor. lib. III. cap. XXXII. in fine.

<sup>u)</sup> id. orat. pro J. Corn. Balbo cap. IV. <sup>x)</sup> OVID. epist. II. v. 85. 86.

canda. Non enim rationem obtinendæ possessionis, sed *originem* nanci-  
scendæ exquirendam esse, ait, l. 6. pr. D. *de acquir. vel amitt. possess.*

Igitur, etiam in civilibus negotiis non tam *exitum*, quam *originem* &  
consilium ipsestamus, sed maxime, ut dictum est, in *delictis iudicandis* &  
gradu doli æstimando *initii* & *originis* rationem habendam esse credimus.  
Eleganter enim PAVLLVS, maleficia, ait, *voluntas* & *propositum* delin-  
quentis distinguit l. 53. pr. *de furt.* Eodem iure etiam in iudicio *iniuria-*  
*rum* utimur, quarum *atrocitas* in primis *ex causa* æstimatur. Ita enim  
HERMOGENIANVS præcipit l. 45. D. *de iniur.* Et generaliter *ex æquo*  
& *bono* descendit iniuriarum actio l. II. §. I. D. *de iniur.* quæ æquitas il-  
lud exposcere videtur, ut leuius eum deliquisse arbitremur, qui *bona mente*  
accessegit ad negotium, quod postea in alterius iniuriam degeneravit. In  
ipsis etiam *furtis*, etsi turpissimo genere nequitæ, secundum VLPIANVM,  
non *factum* duntaxat, sed *causam faciendi* quærimus; ut, qui *libidinis*,  
non *lucri*, causa aliquid rapuerit; vel fores effregerit, furtum non fecisse  
censeatur, l. 39. D. *de furtis.* Non longe ab hoc recedit, quod in poenis  
etiam constituendis, si conditio delinquentis mutata fuerit, non ad tempus,  
quo quis sententiam patitur, sed quo delictum *coepit* & commisit, maxime  
respiciamus, l. I. §. I. 2. D. *de poen.* Facilius hæc, quæ adhuc diximus,  
apud te fidem inuenient, si cogitaueris, latius patere legum indulgentiam,  
& non solum illa facta, quibus omnino honestum initium fuit, veniam me-  
reri, sed etiam hæc negotia, quæ *per se aliquid illiciti continent*, ita tamen  
suscepta sunt, ut appareat, reum non omnem cogitationem *pietatis* abiiecisse,  
sed sensu quodam *honestatis* attactum fuisse in ipso etiam delicto. Oppor-  
tune occurrunt illi, qui, *parentibus*, vel inuitis, vel certe *non consentienti-*  
*bus*, nuptias ineunt. Hi enim, quamvis parentibus iniuriam faciant, si ma-  
trimonio contrahendo *copulam sacerdotalem*, quam dicunt, & sacras cerimo-  
nias adhibuerunt, *parte* duntaxat *dimidia portiois legitimæ* multari  
possunt & mitius tractantur, quam profani illi, qui *spurca venere* sine vlla sa-  
crorum cogitatione matrimonium illicitum contraxerunt, ideoque ab iratis  
parentibus efficaciter *a tota hereditate excluduntur.* *ordin. matr. elect. Sax.*  
*tit. von Ehe-Gelöbnissen* §. Und da sie ic. it. Würden auch ic.

### §. III.

Ex animo igitur & consilio inprimis, non ex euentu duntaxat, iudica-  
mus, utrum delicto *honestum initium* fuisse videatur, & mitius illos tracta-  
re *honestum* in-  
mus, qui, cum *honesto negotio* animum intendissent, postea sublapsi, in de-  
lictum inciderunt. Enim vero, *hoc sine poenas constitui* & reis infligi noui-  
generat. Sed  
mus, ut vel *corrigantur* delinquentium animi, vel reliquis certe ciuibus, *mitius puni-*  
tur si quis  
spe impunitatis ademta, *exemplo supplicii* prospiciatur. Eleganter illud *successu vel*

*occasione de-* TVLLVS HOSTLIVS apud T. LIVIVM, y) cum Mettium Fuffetium ca-  
*ceptus vel* pitali sententia damnaret, his fere verbis docuit: „Metti Fuffeti, si ipse  
*laceffitus de-* „discere posses fidem ac foedera seruare; *liquerit. In-* „vivo tibi ea *primis in* „disciplina a me adhi-  
*certamine* „bita esset. Nunc, quoniam tuum insanabile ingenium est, at tu *gloriae &* „*virtutis.* „plicio doce *Poenae ex* „humanum genus, - ea sancta credere, quæ a te violata sunt. „  
*gradu doli* Sed apparet, illos, qui si la *metu ex-* „fragilitate animi in *empli consti-* „re honesta, cum magna pertur-  
*tuuntur.* batio constantiam debilitasset, sublapsi sunt & ab officio defecerunt, faciliori  
 remedio & leui animaduersione *tuuntur.* corrigi, neque tam grauius de *empli consti-* „exemplo & imi-  
 tatione aliorum metuendum esse, si quis *tuuntur.* *empli consti-* „seductus & deceptus deliquerit,  
 quam si *tuuntur.* data opera se comparauerit ad nocendum & societatem bonorum  
 perturbandam. Eleganter M. TVLLIVS z) hoc discrimen exposuit, qui,  
 quædam, inquit, *tuuntur.* iniuriæ a metu proficiscuntur, cum quis timer, nisi noce-  
 ret alteri, ne ipse aliquo incommodo afficeretur; quædam de *tuuntur.* industria &  
 animo nocendi a quibusdam inferuntur, vt ipsi adipiscantur, quæ con-  
 cupiuerunt.

Hoc igitur postremum genus, cum latissime pateat, excusationem vix,  
 inuenit; sed in priori specie etiam constantes animi interdum, & plerum-  
 que *tuuntur.* proba ingenia, rerum vsu nondum satis confirmata, sublabuntur. Et  
 laceffiti quidem maxime, quod M. TVLLIVS ait, a) occasionem rei geren-  
 dæ & vindictæ experende sibi oblatam esse arbitrantur. Cum enim natura-  
 lis ratio permittat, aduersus periculum se defendere, vt GAIVS docet; l. 4.  
 D. ad l. Aquil. difficile est quibusdam in his necessitatibus imperare animo,  
 & occasionem vlciscendi dimittere: qua de causa facilius ipsis parcitur,  
 quam his, qui de industria ad inferendam iniuriam aggrediuntur. Ipse Au-  
 gustissimus legislator Saxo in his speciebus aliquid *tuuntur.* cogitationi humane  
 conditionis & imbecillitatis, in *tuuntur.* Erwekung der Schwachheit menschli-  
 cher Affecten, dandum esse arbitratus est b)

Inprimis vero in *tuuntur.* certamine gloriae & virtutis, qua re nihil efficacius  
 est ad animos probos & erectos, in tanta reliquorum expectatione, accen-  
 dendos, illis facilius ignoscitur, qui feruore animi concitati, plusculum sibi,  
 quam fas fuerat, sumserunt. Hos enim, quod VIRGILIVS MARO ait: c)

— *tuuntur.* successus alii, possunt, quia posse videntur,

&, qui prope abest a victoria, cupidius rem gerit

— — *tuuntur.* successuque acrior ipso, d)

aliquanto longius progreditur, quam leges certaminis posebant. Hoc VL-  
 PIANO in mentem venit, qui, actionem legis Aquiliæ cessare, ait, in  
 publi-

y) LIV. lib. I. cap. XXVIII. z) CIC. lib. I. offic. cap. VII. a) Id. pro I.  
 Manil. cap. II. b) Duell Edict. §. 16. c) VIRGIL. Aeneid. lib. V.  
 vers. 231. d) Id. ibid. lib. II. vers. 385.



*publico certamine*, si quis in Pancratio alterum, vel pugiles, dum inter se exercentur, alius alium occiderit, quia *gloriae causa & virtutis*, non iniuriae gratia, videatur damnum datum. l. 7. §. 4. D. ad l. Aquil. His enim facile accidit, quod Choroëbo illi apud VIRGILIUM MARONEM, e) qui

— — exultans successu animisque, — —

O focii, qua prima, inquit, fortuna salutis

Monstrat iter, quaque ostendit se dextra, sequamur

Generaliter, quoties ex *improuiso acres* quidam animo *stimuli* subiciuntur, quod illis euenit, qui magnam gloriam vident, miseratio imbecillitatis, quae cupiditati non semper satis resistit, efficiet, ut temperamentum poenae admittamus. Non multo secius igitur de illis statuendum erit, quos rei diu petitae & expectatae iam nanciscendae *occafio* decepit, ut sibi, cum omnia alia agerent, & *honesto negotio* operam darent, temperare seque cohibere non potuerint, quo minus rei speratae & nunc confestim oblatae cupidius & incontinentius inhiarent, atque ita contraherent *notam* aliquam *delicti*. Ita Mnesilochus, apud PLAUTUM, f) aegre a se impetrauit, quo minus molem illam pecuniae attingeret, quam Chrysalus ipsi ostenderrat, cum

— — — *occafio* ad eam rem esset,

— — — ut quantum vellet, tantum sumeret

Eam rationem VLPPIANVS videtur secutus esse in delicto medici aestimando, qui ab homine aegroti, oculis laborante, & propter periculum oculorum amittendorum multis precibus eum obtestante, cum omnia illi pro oculis venalia essent, possessiones vili pretio emerat. Hunc enim coercendum quidem esse, ait, & restituendas aegroti possessiones, quas vendiderat, sed medicum tamen mitius tractauit, quia ex facilitate & precibus aegroti *occafionem* illius emungendi nactus erat, & intellexerat nihil homini sano oculis esse carius, & periculo oculorum ostenso, omnia a nobis impetrari posse.

l. 3. D. de *extraord. cognit.*

Ab hoc loco non alienum est, quod, qui sponsam ante sacerdotalem copulam, quam dicunt, cognouerit, cum resistere blanditiis non posset, quia *honeste* rem *coepit*, & *occafio* ad delinquendum facile inuitat, non poena stupri ordinaria, sed trium duntaxat dierum carcere coerceatur. Memini aliquando priuignum, qui noueram illamque iuuenulam, sed nuptam seni decrepto, flagitio fere inaudito compresserat, hac excusatione usum fuisse, quod illa saepius, cum ipse noctu domum honesto consilio venisset, de lecto,

S 2

prout

e) VIRGIL. Aeneid. lib. II. vers. 385.  
vers. 22. 23.

f) PLAUT. Bacchid. act. IV. scen. IV.

prout iacuisse, nuda profiluerit ad fores aedium referandas, & lucernam attulerit, nulla veste circumposita, panem etiam & caseum esurienti eodem corporis impudico habitu apposuerit, denique apud ipsum confederit, & blande ipsum allocuta fuerit, ut, *occasione oblata*, sibi temperare non potuerit a mutuo & spurcissimo amore. Non dissimilis est alia quædam species, ante annos aliquot ICris VITEMBERGENSIBVS oblata, in qua sponsus integræ famæ & conditionis sponsam, quæ non ita pridem cum carnificis seruo excoriatore familiariter & turpissime vixerat, re cognita, verbis castigare voluerat, & ad frugem reducere cogitauerat, sed diu exclusus & tandem quidem admissus, indignissime autem acceptus ac gannitibus & probris lacessitus, cultro, qui forte ad manus erat, apprehenso confederat: cui poena quidem ordinaria propter improuisum atque intame dedecus & quia honesto consilio accesserat, occasio autem vlciscendi illum deceperat, remissa est: quod & CAROLVS V. *ordin. crim. art. 142.* verbis: *unkeuscher Werke halben*, iudicantibus permisit.

Sed ab hoc specie non longius abest, quod aliquando etiam *filio* pepercimus, qui, cum partem nurui struprum inferentem deprehendisset, retinere se non potuit, quin vim & manus etiam inferret improbo parenti. Hic enim, cum filium postea ex hac causa hereditate exclusisset, respondimus: non ratam esse exheredationem, neque enim hanc atrocem fuisse iniuriam, ad quam filius, vxoris suæ incestuosum adulterium honestissimo consilio prohibiturus, calore animi & occasione inuitante seductus esse videbatur: ideoque nec locum esse exheredationi iudicauimus, ad quam duntaxat imperator vim improbe parenti factam & manus nefario consilio illatas in nou. 115. c. 3. sufficere existimauit. Huc & alii referunt, quod *cliens, mercenarius*, & qui in *iisdem aedibus nobiscum versari* solent, secundum PAVLLVM & MARCIANVM, si res nostras contrectauerint, & furta viliora fuerint, poena mitiore afficiendi sunt, cum *honestæ ex causa* omnem apparatus rerum nostrarum in promptu habeant, & *ocasio* rei surripiendæ illos deceperit, ut ne furtum quidem fecisse iudicentur, l. 89. D. *de furt.* l. 11. §. 1. D. *de poenis*: quod POMPONIVS etiam in illo, qui pecunias ad alium perferendas acceperat, sed furto illas contrectauerat, videtur probauisse l. 14. §. 8. 9. D. *de furt.* Sed hoc quidem in Saxonia electorali notissimo edicto *g*) ita correctum est, ut eodem fere iure domestici, quam extranei in furtis æstimandis censeantur.

Discederem ab hoc loco, nisi illud adiciendum videretur, quod generaliter in furtis receptum sit, ut, qui possessionem alienam non inuaserunt, sed

*g*) constit. elect XXXVIII. P. IV. & Mandatum wegen geschwinder Exequiruna derer Räuber und Diebe de dato Dresden am 27. Iulii anno 1719. S. Wir wollen auch nicht weniger &c.

sed res alterius iusta ex causa nacti, illas invito domino contrectauerunt, *furti poena ordinaria*, nisi aliud lege prouinciali, ut in electoratu Saxoniae, <sup>b)</sup> cautum sit, affici non posse censeantur. <sup>d)</sup> Sed de his deinceps locus erit exponend.

## §. IV.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, non obscure intelligitur, quibus de *Excessus in* causis illi, qui aliquando inhoneste coeptis defecerunt & sublapsi sunt, *vere difficili* nia digni esse videantur, & mitiore poena afficiendi sunt, in primis, si *la. eaque lau-* cessiti, aut alia ratione perturbati fuerint, aut ipso *successu* & occasione rei *dam meretur* illicitæ decepti. Sed hoc tamen iure in primis in iis negotiis utimur, quæ *ne alii de-* non solum permessa sunt, verum etiam cum *laude* aliqua coniuncta, ut *pu-* blice interfit, alios non modo *non deterveri*, sed præmio etiam proposito *Excessus in* excitari ad eandem laudem consecrandam. In his enim speciebus tantum *astigatione* abest, ut *seueritate sententiæ*, qua quis in æstimandis offensionibus bene *admoni-* meritorum vii posset, aliquid proficiamus, ut potius metuendum sit, ne isto *tionibus mi-* exemplo noceamas reipublicæ, cuius ornandæ & corrigendæ causa poenas *rius punitur.* in honeste coeptis *dolus* etiam in ciuilibus negotiis respiciendum esse docuit, & mitius tractandas, *non præsu-* mitur. qui negotia susceperint, in quibus *magna uilitas plurium* versetur. Ex hoc fonte diriuatur, quod in primis *parcamus negotiorum gestoribus*, ne in posterum deserantur absentium negotia ab amicis, si seueritatem iudicantium sibi imminere & hanc sibi gratiam miserationis & beniuolentiæ referri videant, ut magno in rationibus reddendis incommodo afficiantur, l. 1. D. *de neg. gestis*. Quod cum intelligeret *LABEO*, æquissimum esse censuit, eum, qui *affectione* adductus negotiis alterius se obtulerit, ne bona eius distraherentur, dolum duntaxat præstare, non culpam, ne alii ab officio pietatis & miserationis exemplo seueritatis nimix deterreantur. Imo vero, quanto magis *pium* est negotium, quod geritur, tanto *solutius* æquitatem sequimur, quod idem *LABEO* præcipit, ideoque in *funeraria* etiam *actione*, si quis, pietatis causa, funeris curandi molestias susceperit, ne quidem meram negotiorum gestorum actionem imitandam esse, quamuis & hæc admodum benigna sit, sed *indulgentius* hunc tractandum esse, ait, qui funerauerit; cum reipublicæ interfit, ne homines probi deterreantur a pietate funeris curandi, l. 14. §. 13. D. *de relig.* Hac igitur facilitate cum in *caussis ciuilibus* utamur, quanto iustius est in *delictis* aestimandis iudicem reo fauere, *qui honestum & laudabile negotium susceperit*, quamuis errore aliquo sedu-

S 3

Etus

d) vid. Erneuerle, auch erläuterle und geschärfte Constitution von anvertrautem Gute, de anno 1705 in cod. Aug. tom. I. pag. 1178. h) BERGER, in ocean. iur. lib. III. tit. IX. §. 5. not. 2. pag. 772. & CARPZ. quæst. crim. LXXXV. P. II. n. 2. sqq.

Ætus deciderit in speciem aliquam delicti. Debet enim iudici ante oculos versari ille.

— — — currus auriga paterni,

*Quem si non tenuit, magnis tamen excidit ausis, k)*

& qui venia dignus est, quamvis lapsus sit in illustri facinore, quod suscepit. Subleuanda sunt proba ingenia, ne cogitatione fragilitatis suae, ex qua sibi periculum imminere timeant, animos demittant & negotia magni momenti attingere dubitent, ex quibus magno se incommodo affici posse suspicentur. Hoc adduxit interpretes, ut etiam *magistratibus* aliquid indulgeant, si quare seducti fuerint in litibus diiudicandis. Certe *doli suspicionem* non facile aduersus magistratum admittimus, propter grauitatem illius muneris, in quo etiam constantissimus interdum ab officio discedit. Ex hac causa VLPIANVS censuit, quae iure potestatis a magistratu fiant, ad iniuriarum actionem non referri; cum iniuria sine dolo nunquam committatur, l. 13. §. 6. D. *de iniur.* quod & LABEO probauit, l. 15. §. 38. D. *eod.* Eo etiam pertinet, quod secundum IULIANVM atque VLPIANVM, generaliter *magistri*, qui, dum artem docent, *castigandi & admonendi* causa puerum verberauerint, aut ceruicem ei percusserint, ut oculus puero effunderetur, etiamsi modum non tenuerint, tamen iniuriarum actione conueniri nequeant sed ciuili duntaxat actione, l. 13. §. 4. D. *locat.* l. 5. §. 3. D. *ad l. Aquil.* & addit IULIANVS, hoc ideo receptum esse, quia leuis castigatio *permissa* sit docenti, quare, cum *honeste coeperit* magister, qui puerum verberauit, doli omnino accusari non posse videatur. d. l. 5. §. 3. D. *ad l. Aquil.* Eodem consilio imperator LEO *thesauri inuentoribus* pepercit, ne acerbis examinationibus subiiciantur, & praemio illos potius affici voluit, ne alii, metu seueritatis, timeant thesauros attingere, neue illa in perpetuum recondita maneant, quae propter publicam vilitatem protrahenda essent in apricam lucem, *nou. Leon. 5.* Certe *errori* facile ignoscimus, si negotium honeste & laudabiliter coeptum esse intelligamus, adeoque commodatario etiam furti poenam remittimus, qui rem, ad alios vsus sibi commodatam, inuito domino contrectauit & ultra legem contractus processerit, si *probabili errore* credidit, dominum consensurum esse, l. 46. §. 7. D. *de furt.*

Ne tamen spe impunitatis honestissima negotia subinde corrumpantur, *excessus magnus* etiam in *laudabiliter coeptis* animaduersionem non effugiet. Hac enim seueritate D. HADRIANVS vsus est, qui Vmbriam matronam, ex leuissimis causis in ancillas faeuientem, in quinquennium relegauit, & patrem, qui filium, quamvis castigatione dignum, in venatione

magis

k) Ouid. metamorph. II. vers. 328.

magis latronis quam patris iure occiderat, in insulam deportauit, l. 2. in fin. D. de his, qui sui vel alien. iur. l. 5. D. ad l. Pompei. de parricid.

## §. V.

Propter exemplum igitur indulgentias tractamus reos, qui ab honesto <sup>Causa ho-</sup> initio in delictum delapsi sunt, errore aliquo decepti. Neque tamen hoc <sup>nesta remo-</sup> est perpetuum, sed sedulo cauendum iudici in rebus illis, quæ factum cir- <sup>ta non paris</sup> cumstant, æstimandis, ne patiatur, <sup>excusatio-</sup> honesti initii obrentu, flagitia etiam & <sup>nem si do-</sup> scelera nequissima subinde occultari; cum nihil tam sit improbum & nefa- <sup>lus postea in-</sup> rium, quod non colore quodam honestatis & innocentiae ab his, qui ad sce- <sup>teruenat</sup> lera ingeniosi sunt, facile tegatur. In qua re, ne quis decipiatur, admonen- <sup>res mali ex-</sup> dum est, tunc demum *honestum initium* prædesse ad delicti excusationem, si <sup>mpli quam-</sup> appareat *reum ab initio nihil cogitasse de delicto*, sed errore duntaxat & fra- <sup>uis sine do-</sup> gilitate animi seductum, dum omnia alia ageret, in factum illicitum incidisse <sup>lo admini-</sup> & delicto se contaminasse. Contra vero, qui post honeste coepta *consilium* <sup>strata sit</sup> *mutauerunt* & *dolo* rem gerere coeperunt, relicto priori negotio, censentur <sup>poenam non</sup> *nouum negotium* exorsi esse, quod *foedum inceptu*, *foedum exitu* grauius <sup>effugit.</sup> punitur. Igitur dicemus, causam honestam illamque *remotam* non proficere ad temperamentum poenæ admittendum, sed proximam duntaxat causam reo prædesse, si intelligatur, quod honesto consilio & animo ingenuo rem susceperit, postea autem humani aliquid passus sit in negotio perficiendo. Eleganter POMPONIVS hoc monuit, non videri spectandum esse initium, si quis postea *mutata voluntate*, dum aliud antea egisset, ad nouum negotium accesserit, quamuis illud eum priori cohæreat; tunc enim quasi *plura* omnino gesta esse negotia videri, l. 15. D. de neg. gest. Insignem eiusmodi speciem tractauit VLPPIANVS l. 9. §. 4. D. ad l. Aquil. Ait enim, cum quidam pila luderent eo loco, qui ad hoc certamen destinatus erat, seruum a quodam *data opera* occisum, qui impunitatem sperauerit hoc colore, quod negotium honestum loco consueto susceperit, in quo, si quis prætereuntium sua culpa iactu pilæ occisus sit, actio legis Aquiliæ cessare videretur; sed reum nihilo minus damnatum esse, quia *data opera* negotio honesto aliquid immiscuerit, quod *dolo* non careat, & plenam formam contineat homicidii dolosi.

Enim vero, si *honestum initium remotum* sufficeret, neque potius, quid *proxime* gestum sit, respiceretur, etiam *depositario* ignoscendum esset, qui ex honestissimo contractu rem nactus est, sed, si postea, interueniente animo intercipiendi, depositum celauerit, furti crimine contaminatur, l. 1. §. 2. D. de furtis. Eadem de *procuratore* dicenda sunt, qui, cum *titulo amici* negotia aliena susceperit, sed postea dolose aliquid fecerit, vt vince-  
retur,

retur, turpius delinquit, quam si ab initio partes aduersarii secutus esset. l. 7. §. 9. D. *de dolo malo.*

Igitur, si ad negotium, honeste coeptum, postea *dolus* aliquis accedat, qui *negotium* corrumpat, vt *honestum exitum* habere nequeat, grauius peccatur, & non satis idonea est illa excusatio, quod huic delicto *honestum initium* fuisse videatur. Sed PAVLLVS noster videtur longius procedere, vt ne tunc quidem sufficiat honesti initii titulus, si postea aliquid interueniat, quod *mali exempli* sit, quamuis *nihil dolo faciat*, qui negotium honeste coeptum conuertat in delictum. Ait enim, illos, qui sponsæ etiam *poculum amatorium* dederint, quamuis *dolo hoc non fecerint*, tamen, quia *mali exempli* res sit, humiliiores in metallum, honestiores in insulam, amissa parte bonorum, relegari, l. 38. §. 5. D. *de poen.* Posset alicui difficile videri, quod dolo carere dicatur, qui poculum amatorium dederit, cum hoc quidem sine animo delinquendi, hoc est, sine dolo geri non possit. Sed diluetur illa difficultas, si cogitaueris, hoc loco *dolum in specie sic dictum*, id est, *animum nocendi* intelligi, non vero dolum generaliter acceptum, qui omne delictum, data opera admissum, comprehendit. Igitur sensus PAVLLI hic est: si quis amatorium poculum dederit puellæ, vt ipsum ardentius amaret, hoc quidem per se non inhonestum esse, quod velit a sponsa ardentius amari, neque subesse *animum nocendi*, cum blande potius sponsam afficere illamque amore sui implere voluerit ille, qui poculum amatorium dederit, sed tamen *dolum generaliter acceptum*, id est, *animum delinquendi* & artibus illicitis amorem sponsæ accendendi, inesse in hoc negotio, qui dolus efficiat, vt honestissimum consilium amoris degeneret in turpissimum delictum, & graui animaduersione dignum iudicetur. Nimirum res *mali exempli* dicitur delictum, *quod ad pluriimum cupiditatem pertinet*, vt timeri possit, ne plures illud imitentur spe impunitatis, illisque, si delictum sæpius frequentatum fuerit, resisti postea nequeat, sed ex hac re magnum periculum ad multos innocentes perueniat cum magno incommodo societatis. Quapropter in his quidem speciebus, *propter exemplum*, magna seueritatis opus est, vt conatus ille delinquendi reprimatur, quo honesta etiam negotia turpissime & cum magno periculo omnium bonorum corrumpuntur,

§. VI.

*Abusus potestatis ex magna fiducia concessæ & omnis dolus, quo fides amicitie falsæ* Satis, credo, comprobauimus, *dolum*, qui in negotio etiam honeste coepto postea interueniat, excusationem satis idoneam ad poenam delicti declinandam non parere, sed grauiori animaduersione coerceri, in primis si res mali exempli esse videatur. At vero nunquam *peiori exemplo* innocentibus nocetur, quam si in negotio non solum honestissime coepto, sed etiam ex magna fiducia profecto, dolus quidam admittatur, ex quo periculum ad

ad illos peruenire possit, qui rem maximi momenti nobis crediderunt, & *etur grauiissi-*  
*spe honestatis nostræ confisi omnia tuta & sanctissime munita esse putau-*  
 runt. Enim vero tolerare has necessitates humanæ conditionis non possu-<sup>ma. poena</sup>  
 mus, nisi *fide amicitia* leuentur & emolliantur, nisi sit aliquis, in quo <sup>dignus est at-</sup>  
 & fiduciam colloceamus, cui non minus fidem habere, quam nobis ipsis, cui <sup>que etiam in-</sup>  
 res etiam sanctissimas permittere, in cuius fide acquiescere & ab omni peri-<sup>famat, fur-</sup>  
 culo securi esse possimus. Sed hæc *fides*, ab altero data & sancita, *si postea*<sup>men mitius</sup>  
*fallatur*, non solum dolore acerbissimo afficimur, quod fidem, rem inter  
 omnes homines sanctissimam & summi pretii, male collocauerimus, sed  
 omnia etiam suspicionibus & sollicitudinibus implentur, nihil certum &  
 omnino tutum relinquitur, omnia diuina ac humana perturbantur. Quæ  
 res effecit, vt merito grauiissime illis indignemur, qui rem maximi momenti  
 iure fidei singularis & spe mutua honestatis sibi commendatam & permissam  
 in usus nefarios conuertunt, & expectationem bonorum deludunt, illosque,  
 qui nihil timendum cauendumque esse crediderint, in periculum inducunt.  
 Hoc imprimis in eos couenit, qui *iure potestatis* abutuntur, maxime in illos,  
 qui *iurisdictioni præsumt* & *fiducia magistratus* cuiquam iniuriam faciunt,  
 quem ab iniuria defendere & in sinu fouere debuissent. Hos enim **VLPIA-**  
**NVS**, quamuis honestissimum sit illorum officium, posse *iniuriarum conue-*  
*niri*, quasi ab initio rem dolo gesserint, testatur l. 32. D. de iniur. Imo  
 vero, secundum eundem **VLPIANVM**, *lege Iulia de vi publica* tenetur,  
 qui magistratu *abusus est*, & cum imperium potestatemue haberet, ciuem  
 Romanum aduersus prouocationem necauerit, verberauerit iusseritue quid  
 fieri, aut quid in collum iniecerit, vt torqueatur, l. 7. ad l. Iul. de vi public.  
 Certe nec poenam legis Cornelie de sicariis effugiet, qui, cum in magi-  
 stratu esset, eorum quid fecerit contra hominis necem, quod legibus non sit  
 permissum. Hoc enim idem **VLPIANVS** docet l. 4. pr. ad l. Cornel. de  
*sicariis*. Multo minus igitur ei parcemus, qui, per ambages & insidias,  
 illud molitus fuerit, vt innocenti damnum inferret iure magistratus. Si  
 enim **MARCIANO** fidem habemus, magistratus, qui, cum publico iudicio  
 præesset, operam dederit, quo quis falsum iudicium profiteretur innocentis  
 conueniendi aut condemnandi causa, ex lege Cornelia de sicariis & vene-  
 ficis puniendus est, quamuis huic delicto *honestissimum initium* fuerit,  
 & nihil sanctius potestate magistratus habeatur, l. 1. pr. ad l. Cornel.  
 de sicariis.

Apparet igitur, *potestatis & officii publici* honestissimum titulum illis  
 non prodesse, qui ius imperii, magna fiducia sibi concessi, in occasionem  
 sceleris traxerint. Nostri plerumque iurisdictionem ad munt iudici, qui  
 illa turpiter abusus est, & poena arbitraria pro gradu delicti admissi indignum  
 facinus coercent. Quamuis enim optime de magistratibus speremus & fa-

cile excusamus, quæ ad vindictam maiestatis publicæ respiciant, quod PAULUS ait l. 33. D. *de iniur.* Tamen illis, qui re sanctissima indignius abusi sunt, non ignoscimus, nisi, ut supra obseruatum est, probabili errore decepti esse videantur. Nuper ICTIS *Vitembergensibus* mense Augusto huius anni oblata est eiusmodi species, in qua parcendum censebamus feminæ, quæ a consiliario, iurisdictioni patrimoniali præfecto, seducta, iurisdictione abusa dicebatur. Nimirum poena relegationis reæ furtum confessæ dictata erat, sed hæc a principe impetrauerat, ut potius per biennium ergastulo includeretur. Cum vero res difficultatis aliquid haberet, imprimis quia rea non habebat, unde se aleret in ergastulo; maluit domina iurisdictionis priorem sententiam exequi, reamque, neglecto beneficio principis, præstita vrpheda relegari iussit. Itaque, quamuis aduocatus fisci dominam iurisdictionis hac potestate priuari postularet, tamen respondimus, illam a consiliario seductam, propter probabilem errorem, quem ex priori sententia conceperat, non quidem iurisdictione exuendam, sed multa eaque satis graui compescendam esse, ne in posterum aliquid temere & inconsulte statueret in reis iudicandis.

Quæ de magistratibus diximus, multo magis pertinent ad *clericos & sacerdotes*, quos, si potestate admonendi & fiducia officii sui turpiter & per *manifestam calumniam* abusi fuerint, grauiore poena tanto iustius afficiendos censemus, quanto maiorem illis moderationem ipsa muneris sanctitas & periculum multorum innocentium, quos licentia calumniandi clericis permissa grauissime laederet, suadere debuisset D)

His proximi sunt omnes, qui, quamuis nec iudices sint nec clerici, tamen obtentu muneris sui & potestatis in innocentes contumeliosus & iniuriosus grassantur. ALEXANDER enim imperator hanc seueritatem etiam aduersus *tributorem exactores* locum habere voluit, ut, si quid per occasionem officii sui dolo malo innocenti, qui nihil debeat, extorserint, *furti poena*, propter insignis improbitatis dedecus, afficiantur, l. 8. C. *de furtis*. Quamuis enim *honestissima* ex causa tributum exigant, tamen in *abusu* honestissimæ potestatis veniam omnino non merentur. Ex hoc intelligitur iustissima ratio legis illius Saxonicæ, quæ *administratores*, iurisiurandi vinculo adstrictos, si pecunias, ex honestissima causa sibi creditas, contrectauerint, durius fere, quam fures, tractandos esse præcipit, ut subinde ne spontanea quidem confessione & restitutione rei ablata a poena laquei se liberare possint. m)

Sed

D) Kirchen-Ordnung de anno 1580. art. gener. III. §. 7. in codice Augusto tom. I. pag. 663. m) Erneuerte auch erlätuerte und geschärfte Consticution von anvertrautem Guse, de anno 1705. in cod. Aug. tom. I. p. 1174.



Sed administratorum quidem perfidiæ non dissimilis est improbitas *custodum*, qui, securitatis causa, vt ab incurfu furum & latruncolorum tutissimus, constituti sunt, & per hanc occasionem ipsi aliquid furantur. Haud ita pridem ICti *Vuembergenses* vigilem, qui tempore sacrorum publicorum obambulare & fures prohibere iussus erat, dem die Kirch-Wacht anvertrauet war, obambulans fores cuiusdam apertas inuenerat, & rem non magni pretii surripuerat, propter *abusum rei honestissimæ* & maxime necessariæ per quinquennium relegandum esse censuerunt.

Sed hoc quidem iure vtimur aduersus illos, qui munere publico & potestate sua in perniciem innocentis abutuntur. Neque tamen multo secius de illis iudicandum est, qui *privatam fidem* in negotio, ex *magna fiducia* profecto, cum dedecore insigni sefellerunt. Hinc enata est illa seueritas, qua in *fabros claustrarios* animaduertimus, qui *clauem adulterinam*, iussu domini ædium ab ipsis confectam, imitantur illamque retinent, vel vt ipsi furtum faciant, vel aliis istam commodent furandi causa. <sup>n)</sup> Hi enim re honestissima, artificio suo & *fiducia domini*, qui omnes fortunas suas ipsis permittit, dum clauem adulterinam confici postulat, turpissime & pessimo exemplo abutuntur, vt ipsi lares & penares nostri non essent satis tutum nobis suffugium, nisi illa improbitas poena grauissima coerceretur. Eandem rationem secutus *Siracides* in iudicanda *magistri* aut *pædagogi* perfidia, puellam virginem ab ipso, iussu patris, educandam & pudicitia causa custodiendam, stuprantis & seducentis, vt hæc pudorem prorsus profligaret. <sup>o)</sup> Huic enim nequitia cohibenda non simplex poena stupri sufficeret, sed relegationis, infamiae, fustigationis adhibenda esset, cum pessimo & crudelissimo exemplo nocuisse videatur. Non remissior fuit veterum seueritas in *furto vsus* iudicando. A. GELLIUS enim ex Labeonis libro de XII. Tabulis secundo refert, <sup>p)</sup> acria & seuera iudicia de furtis habita esse apud veteres, idque BRVTVM solitum dicere, *furti damnatum* esse, qui iumentum aliorum duxerat, quam quo vtendum acceperat, item, qui longius produxerat, quam quem in locum petierat, ideoque Q. SCAEVOIAM in librorum, quos de iure ciuili composuit, sextodecimo verba hæc posuisse: quod cui seruandum datum est, si eo vsus est, siue, quod vtendum accepit, ad aliam rem vsus est, ille furti se obligauerit. Quod ne quis sine exemplo dictum esse existimet, audiamus VALERIVM MAXIMVM <sup>q)</sup> qui laudauit verecundiam illius seculi, in quo tam minuri a pudore excessus puniebantur. At enim, multum sermonem in eo iudicio manauisse, in quo quidam *furti damnatus*

T 2

fuit,

<sup>n)</sup> Mandat wegen geschwinder Exequirung der Räuber und Diebe de anno 1719. §. Wir wollen auch ic. <sup>o)</sup> Siracides XX. 4. <sup>p)</sup> A. GELLIUS. lib. VII. e. XV. <sup>q)</sup> VAL. MAXIM. lib. VIII. cap. II. in fin.

fuit, quod equo, cuius vsus illi vsque Ariciam commodatus fuerat, vltiore eius municipii cliuo uestus esset.

Sed is quidem, qui vtendam rem accepit, plerumque *erroris* titulo, quod putauerit dominum consensurum esse, seueritatem poenæ euitabit. l. 46. §. 7. D. *de furt.* Depositarium, vt supra obseruatum est, poena laquei ordinaria non coerceretur, nisi in Saxonia electorali solenni iurisiurandi formula fidem suam obstrinxerit, sed poenam tamen *infamiae* non euitabit, cum furri teneatur l. 1. §. 2. D. *de furtis.* Auctore enim MACRO, præses prouinciæ efficere non potest, quo minus *furti damnatum infamia sequatur*, l. 63. D. *de furt.* Hoc est, quod IULIANVS & VLPIANVS itemque imperatores præceperunt, eum, qui depositi directo iudicio suo nomine ob dolum damnatus sit, *infamia* notari, l. 1. & l. 6. §. 6. D. *de his, qui notant. infam.* l. 10. C. *depos.*

Quæ cum ita sint, miror, auctorem speculi Saxonici generaliter omnes, qui alienam possessionem non inuaserunt, quamuis furtum fecerint, a nota infamiae absoluisse, verbis: *Dergleichen Diebstahl hat er daran nicht gethan, der ihm an seine Ehre, oder an seinen Leib, oder an seine Glieder gethet, weil er es ohne Entwendung gethan und nicht dieblich aus des andern Mannes Gewehren gebracht hat.* II. §. R. 29.

Nolo te diutius tenere. Colligemus igitur sarcinas. Ex his enim, quæ adhuc copiose exposuimus, intelligetur, honeste coepta quidem constantiam desiderare, seu, si quid rei illicitæ postea interueniat, illa degenerare in delictum, neque tamen solum duntaxat exitum & euentum fortuitum spectari, sed dolum & culpam maxime: mitius autem delicta hæc puniri, si quis laceffitus aut successu & occasione deceptus in honeste coeptis defecerit, in primis, si negotium laudabile & boni exempli fuerit, errori ignoscendum esse, ne alii seueritate nimia deterreantur, contra, si dolum postea interueniat, & res mali exempli fuerit, non quidem facile poena ordinaria, sed tamen grauius animaduertendum esse, ne honesti negotii obtentu scelera tegantur: seuerissime autem coerendos esse, qui fiduciam in se collocatam in occasionem improbitatis traxerint, & fidem sefellerint in honesto instituto. Atque ita quidem de *delictis, quibus honestum initium fuit*, habendum esse iudico.



## LXXIII.

OBSERVATIONES

DE

OTII POENA

ET

IVRE MAGISTRATVS  
IN HOMINES OTIOSOS.

AD L. III. C. DE VETERANIS.

VI IEMBERGAE, DIE . IVNII A. Q. S. P. EST CIO IO CCL.

*L. III. C. de veteranis.*

IMP. CONSTANTINVS a. evagrio. P. V.

*Veterani qui, ex negligentia vitæ, nec rus colunt, nec aliquid honestum peragunt, sed larrociniis sese dederunt, omnibus veteranorum privilegiis exuti, poenis competentibus a prouinciarum rectoribus subiiciantur. Dat. III. id. Aug. Constantino A. VI. & Constante XI. Coss.*

## §. I.

**E**tiam magna ingenia aliquando *gestiunt*, & curis ac laboribus excussis, *volitare* aut etiam *repuerascere* cupiunt, vt LÆLIVM quoque & sci-<sup>Otium liber-</sup>  
PIONEM conchas & umbilicos in littore legisse, atque ad omnem animi re-<sup>tatis argu-</sup>  
missionem ludumque descendisse audiamus. <sup>mentum, va-</sup> *a)* Quapropter, cum ne sci-<sup>riauerunt</sup>  
PIONES quidem & LÆLIOS pudeat ex vrbe, quasi ex vinculis quibus <sup>veteres in</sup>  
dam, *euolare* atque ad Caietam & Laurentum talis ludere; ne miremur, <sup>otio iudican-</sup>  
Catullo nostro <sup>do, an quis</sup> *b)* hoc in mentem venisse, vt inter egelidos veris tepores <sup>rationem</sup>  
per vrbes Asiae volaret. Hic enim continere se non potest, sed <sup>otii reddere</sup>  
*teneatur.*

T 3

— — mens

*a)* CIC. II. de oratore cap. 6. VAL. MAX. VIII. rer. mem. 8. carm. 47.

*b)* CATULLVS.

— — — mens prætrepidans auet *vagari*,  
Et læti studio pedes vigescunt.

Facilius autem *otii* cupiditatem ferimus in illo genere hominum, quos interdum etiam

*Insanire* iuuat, — — —

quamuis

— — — audiat inuidus  
Dementem strepitum Lycus, c)

vt ipso *furore* delectari & *amabili* quadam *insania* d) cum insigni voluptate sua deludi videantur. Sed hos quidem forte decepit Epicuri disciplina, qui ipsos etiam

— — — Deos *securum* agere *æuuum* e)

& *otiosos* esse, hinc quemlibet tanto propius ad diuinam naturam accedere docuit, quanto longius a labore & strepitu recedat. Ita BALBO visum est ex Epicuri sententia apud CICERONEM verba facienti: *nihil enim beatum esse*, ait, *nisi quod quietum fuerit*, ipsosque Deos illam vitam degere, qua nihil beatius, nihil omnibus bonis affluentius cogitari possit: *nihil enim illos agere*, nullis occupationibus implicatos, nulla opera moliri, sua sapientia & virtute gaudere. f) Hac igitur ille *otii* commentatione vsus est, vt etiam Deorum exemplo homines erectos a republica administranda auocaret. Illud enim discriminis inter Epicurum & Zenonem fuisse SENECA g) obseruat, quod Epicurus *otium ex proposito*, ZENO vero non, nisi ex probabili duntaxat causa, sectandum esse, præceperit; cum Epicurus prohibuerit sapientem ad rempublicam accedere, *nisi quid interuenerit*; ZENO sapientem *iusserit* in republica & *negotiiis* versari, *nisi quid impederit*, ipsaque reuocauerit ab instituto.

Igitur mittamus illos *desides* & *otiosos*, qui *nihil agere*, quam *viuere* omnino maluerunt, omnemque vitæ fructum magis in somno quodam & torpore, qui *mortis* certissimam imaginem continet, quam in vita & labore & rebus illis, ad quas procurandas procreati sumus, perficiendis quærendum esse, iudicarunt. Sed magis aliquem moueat, etiam diuinum illum SOCRATEM, cui nulla pars sapientiæ obscura fuerit, interposita cruribus suis arundine, cum paruulis pueris lusisse, vt etiam ab Alcibiade derideretur. h)

Igno-

c) HORAT. III. od. 19. v. 18. 22. & ANACREON. od. 31. Θέλω θάλω μανῆναι. d) id. III. od. 4. vers. 5. 6. e) id. I. ferm. 5. vers. 101. f) CIC. I. de natura Deorum c. 19. g) SENECA. d. otio sapient. cap. 30. h) VALER. MAX. VIII. rer. mem. 8.

Ignoscendum tamen senectuti incomparabilis & magni viri, qui aliquando, ut ait PLINIVS, <sup>i)</sup> laborem ludo & otio, otium labore variauit Illud autem præter expectationem, quod idem ille SOCRATES *laborem feruilibus* ingenii duntaxat delegauerit, & Ἀργίαν ἀδελφὴν τῆς Ἐλευθερίας, *otium libertatis sororem*, id est argumentum & insigne *libertatis*, esse docuerit, & generaliter prætulit *otium labori*. Si enim ÆLIANO <sup>k)</sup> fides est, *Indorum & Persarum* exemplo utebatur SOCRATES, qui, quamuis fortissimi & studiosissimi *libertatis* essent, vitam tamen *segnitie & otio* extrahebant; cum contra *Phryges* quidem & *Lydi ad opus* faciendum aptissimi essent, sed *seruissent*; ut laborem magis seruituti, otium libertati conuenire, comprobaret.

Idem forte C. CORNELIO TACITO <sup>l)</sup> in Germanis iudicandis in mentem venit, qui miratur, eandem gentem magna diuersitate naturae *inertiam amare & quietem* odisse; cum illi Germani, qui *ignauos & imbelles*, iniecta crate, coeno ac paludibus mergebant, <sup>m)</sup> ideoque auersabantur desidiâ, post bella tamen & victorias vitam somno ciboque transegerint: quando quidem fortissimus quisque ac bellicosissimus *nihil agens*, delegata domus & penatium & agrorum cura feminis senibusque & infirmissimo cuique ex familia, ipse *hebescere* solitus fuerit vitamque torpore & otio consumserit: quasi hominem liberum & sui iuris & laboris & otii tempora ex suo ingenio eligere & partiri deceat, atque ad seruorum ingenium pertineat, *necessitate aliqua* laboris & studii adstringi. Ex hoc fonte deriuatum est, quod in medio etiam aeuo, multi ex nobilitate germanica rus suam & tuguria aulis principum & ministeriis præferrent, quasi magis ingenuum sit domi suae imperare & *in otio* versari, quam ex aliorum nutu & muneris impositi necessitate labores suscipere, quos ipsi non nisi sponte, aut, cum visum esset, ab homine libero subeundos arbitrabantur. <sup>n)</sup>

Ne tamen hoc ex Græcorum leuitate & Barbarorum ferocia profectum esse existimes, audiamus CRASSVM, qui & ipse *otium a libertate* seiungi non posse credidit, ideoque EX SCAEVOLA multum occupato quæsiuisset dicitur: *quando tandem nihil agis*, cum nemo quidem *liber esse* videatur qui non *aliquando nihil agat*. <sup>o)</sup> Omnes certe Romani opus, quod cum labore corporis coniunctum erat, auersabantur domi, artesque sellularias vel seruis, vel liberis, vel indignissimo cuique, assignabant.

Imo vero tantum multis eorum *studium libertatis* erat, ut etiam rempublicam subinde desererent, ne ad illam administrandam cogi posse crederent.

<sup>i)</sup> PLIN. VIII. epist. 8.      <sup>k)</sup> ÆLIAN. variar. hist. X. 14.      <sup>l)</sup> TACIT. de mor. Ge. m. c. 15.      <sup>m)</sup> Id. ibid. c. 12.      <sup>n)</sup> vid. Io. Petr. a LVDEWIG disput. de opifice in pagis exu. e. p. 17. id. tom. I. miscel. lib. III. op. 5. p. 1153.      <sup>o)</sup> CIC. II. de orat. c. 6.

rentur. Videmus enim quibusdam placuisse otium, ne quis *rationem* factorum suorum, quæ nulla erant, ab ipsis posset reposcere, cum homini libero conueniat, vt vivat *ἀνεκλόγητος καὶ ἀνυπέθυνος*, vitamque consumat non obnoxius rationibus reddendis. Ita quidem GALBA censuit, qui paulatim in *desidiam segnitiamque* conuersus est, ne quid materiæ præberet Neroni, & vt dicere solebat, quod *nemo rationem otii sui reddere cogeretur.* p)

Vides, *studium libertatis & impatientiam obsequii* aut *rationum reddendarum* apud Romanos effecisse, vt etiam *otio*, quasi argumento & præsidio *libertatis* suæ, indulgentius fauerent, atque in ipso etiam otio fructum quærerent suæ libertatis. Neque tamen hoc fuit perpetuum. M. TVLLIVS enim, cui *libertas* non, nisi morte, venalis erat, multum ab otii expetendi consilio discessit, &, ne *otium* quidem suum *otiosum fuisse* ait, sed se orationes in ludis & feriis scripsisse, *ne vnquam esset otiosus.* q) Non autem hoc sine exemplo factum esse credit M. TVLLIVS, sed laudat illud magnificum atque præclarum M. Catonis præceptum ex libris eius *originum: clarorum virorum atque magnorum non minus otii, quam negotii, rationem extare oportere.* r) Hoc enim videbatur homini conuenire, cum & ipsa diuina natura nunquam omnino torpeat, nunquam *nihil agat.* s) sed perpetuo aliquid, quamuis sine omnibus molestiis, efficiat & procuret ad vtilitatem omnium & destinationem sapientissimi consilii exequendam.

Varie igitur de otio eiusque reddenda ratione veteres senserunt. Quam altercationem, ne quis e philosophorum ingenio enatam esse existimet, etiam de legislatoribus & iureconsultis, quam diuersas rationes in otio iudicando secuti fuerint, admoneamus. VLPIANVS certe fauet otio & libertati, & re sua quemlibet *abuti*, illam *dilapidare & negligere* patitur l. 25. §. 11. & l. 31. §. 3. *D. de hered. petit.* & GAIVS noster iniquum esse putat, si homini ingenuo de rebus suis collocandis aut dissipandis, aut etiam de fructu temporis & laboris sui vel quaerendo vel negligendo, non liberum omnino arbitrium relinquatur l. 2. *D. si a parente quis manumissus sit.* Neque CONSTANTINVS libertatem illam adstringi voluit, sed *suæ quemque rei moderatorem & arbitrum esse* & pleraque negotia ex proprio animo facere, neque de rationibus proprii negotii reddendis teneri, sed res suas libere administrare iussit. l. 21. *C. mandat.* Inprimis autem idem imperator *veteranis* liberaliter concessit, vt *quiete* post labores suos atque seculi *otio & pace perenniter* perfruantur. l. 1. *C. de veteranis.* Itaque viderur CONSTANTINVS fauere quieti & otio, & hoc dignum homine ingenuo post labo-

p) SVET. in vita GALBAE. cap. 9.  
loc. cit.

q) CIC. pro Cn. Planc. cap. 27.

r) Id.

s) Id. I de natura Deor. 36.

labores peractos iudicare. Neque tamen omnibus ICris eadem sententia placuit. Longe enim aliter censuerunt illi, qui reipublicae expedire crediderunt, *ne quis re sua male utatur: §. 2. Inst. de his qui sui vel alien. iur.* & qui cum PAPINIANO l. 78. §. 2. *D. de legat. 2. ignauiam* praetextentes non audiendos esse praeeperunt: qui, cum IUSTINIANO, *desides homines & sui iuris contemptores* amissione iuris & rerum suarum multauerunt. l. 3. *in fin. C. de annal. except.* Longe aliter etiam veteres *censores*, qui mira seueritate omnem *ignauiam & oscitantiam* persecuti sunt, ideoque homini nimis sonore *osculanti* notam destinarunt, quasi hoc esset iudicium fluxæ & apertæ securitatis, quam illi in homine libero non ferendum iudicauerunt. 2) Imo vero idem CONSTANTINVS, qui veteranorum otio antea fauebat, illos *ad rus colendum* ablegauit, *negligentiam* illorum coerceri iussit, & honestum quid ab illis peragi praecipit. l. 3. *C. de veteranis.* Denique IUSTINIANVS, insignis fautor libertatis, ne his quidem, qui *corpore debiles* aut *canitie grauati* fuerint, pepercit, sed illos *interrogari* de vitæ suæ instituto, atque *ad rationes otii sui reddendas* adigi voluit, ne pigri sedeant, neque quiete sua abstantur. *nou. 80. cap. 5.* In qua re videtur imitatus esse Aegyptios, & Sardos, qui & ipsi vniuersos ciues nomen profiteri apud magistratus, & *quo prouentu* aut *labore victum quaerent*, indicare, atque *otii sui rationem reddere* omnino voluerunt. 3)

Apparet, non fuisse certum & constans de otio iudicium in republica Romana, & principes inprimis expulso fauore libertatis seuerius de otiosis hominibus constituisse. Sed ne Græci quidem, quamuis leuitate animorum & studio libertatis maxime insignes, in eodem de otiosis hominibus iudicio perfliterunt. DRACO enim otii, conuictos capitali supplicio affecit, quod PLVTARCHVS docet. 4) SOLOM illos indulgentius tractauit, & ne infamiæ quidem poenam, nisi contumacibus & ter ob turpe otium damnatis, irrogauit. 5) Omnibus tamen accusandi otiosos facultatem dedit, ut ex DIOGENE LAERTIO discimus, 6) & si PLVTARCHO fides est, Areopagitis hoc negotii dedit, ut *animaduertent in otiosos*, 7) quod etiam VALERIVS MAXIMVS 8) obseruat. Illud certum est, CLEANTHEM ab Areopagitis *interrogatum* esse, quo labore & victu ad tantum robur arduum succre-

1) GELLIVS noct. Att. IV. 29.    2) DIODORVS SICVLVS lib. I. bibl. histor. editione Wecheliana p. 69. 70. & ÆLIANVS var. histor. l. IV. cap. I.    3) PLVTARCHVS in vita Solonis. p. 65.    4) POLLVX VIII. 6.    5) DIOG. LAERT. in vitis philosophorum. l. I. segm. 55. editione Meibomiana. p. 34.    6) PLVTARCH. loc. cit. vid. Menegius ad. DIOG. LAERT. p. 31. PETITVS ad LL. Atticas p. 424. & IAC. PERIZONII comment. ad Ælian. var. histor. l. 4. c. I.    7) VAL. MAX. II. rer. memorab. cap. 6. n. 4.

ereuisset, & tunc demum absolutum, cum produceret testem hortulanum, cui noctu aquam haurire, & mulierem, cui farinam pinsere, solebat c)

Adduximus rem in ambiguum, & *varietatem* sententiarum de otio indicauimus; superest vt hanc, ex qua suborta est, illa varietas, difficultatem diluamus. Res erit expeditior, si diuersas otii species exposuerimus, vt, quale otium vel laudauerint vel coercuerint veteres, plenius intelligatur.

## §. II.

*Fauemus interdum otio sine causae plenissima cognitione* curatorem admonuit, ne cui temere & inprimis se- vtque vacatione a muneribus impetrent, vel furorem & dementiam, *uectutis. Otium necessarium, calare* etiam languorem & imbecillitatem fingant, cuius obtentu curatorem accipere & a negotiosa patrimonii sui aut reipublicae administratione liberari *mitosum otium honestum aliud est otium esse aliud nihil age- re. Otium vile & in- cundum.* possint. *I. 6. D. de curator. furios.* Intellexit enim VLP IANVS, esse quasdam causas, quae otium excusent, & praetorem mouere possint, vt, dato curatore, hominibus fractis & debilitatis quietem & otium permittat, si digni sint, vt vacatione a molestis negotiis & administratione rerum distulium vtantur. Sed *causae cognitione* opus est, vt sciamus, *an quis iuste ad quietem & otium adspiret.*

In qua inspectione ne quid nos perturbet, atque vt certi aliquid constituamus, ita tenendum est: ad *ius curamque magistratus* illa duntaxat officia ciuium referri, *ad quae quis cogi potest* iure magistratus. Sed difficilis est coactio, & proxime abest a tyrannide, si cogere quem velis ad suscipienda negotia, quae *viribus* occultis, inprimis virtute animi & patrimonii facultatibus, administrantur. Harum enim occultarum virtutum cum quisque solus sibi sit plerumque conscius; quam facile iniuriam magistratus ciuibus faceret, si illis imponeret necessitatem officii, cum ipse ignoret, an ciuibus facultas competat illius officii perficiendi.

Quae cum ita sint, apparet, *ius cogendi*, de quo diximus, tunc demum magistratibus municipalibus tribuendum esse, si officium exigunt, ad quod exequendum vires ciuium *manifeste & indubitate sufficiunt*, vt de facultate & causa officii praestandi morali certitudine in iudicio *conuinci* posse videantur.

Igitur in otio iudicando & poenis otii constituendis in primis expediendum est, num ille, qui vitae otiosae reus agitur, *idoneus* sit negotiis perficiendis, vt culpa quadam sua ad otium & segnitiem deflexisse videatur. Igitur faciemus operae pretium, si de diuersi otii natura diligentius dispiciamus. Et primum quidem obseruandum est, aliud otium esse *vacationem turbarum & molestiarum* aut certe cessationem laboris ferii atque ad vtilitatem praesentem



sentem pertinentis, aliud *vacationem omnis negotii*, cum *nihil*, data opera, *agimus*, sed soli genio naturæ indulgemus. Hanc ultimam speciem ATTILIVS apud PLINIVM SECVNDVM IVNIORVM <sup>d)</sup> priori otio, in quo a turbis & molestiis duntaxat recedimus, opponit, dum, satius esse, ait, *otiosum esse*, id est, a labore molesto se expedire, *quam nihil agere*, hoc est, ut antea diximus, plena remissione animi, sine vlla contentione virium, naturæ duntaxat vacare & omnino quiescere. Hoc *otium*, cum *plane nihil agitur*, veteres subinde *otiosum otium* <sup>e)</sup> dixerunt, & de hoc CRASSVS intelligendus est apud M. TVLLIVM. <sup>f)</sup> cum ait, hominem liberum non esse, *qui non aliquando nihil agat*, seque hoc animo ad CATVLVM venisse, ut *nihil ageret & plane ac penitus cessaret*.

Habes duas species otii, alteram, in qua *turbis molestisque nos liberamus*, quam soleimus *pacem & otium* dicere, alteram, in qua *nihil agitur*, seu *otiosum otium*, cui & ipsi interdum honestum *pacis* nomen imponi CORNELIVS TACITVS obseruat. <sup>g)</sup> Hæc prima est partitio; sed accipe etiam alteram, quæ *ex causa*, propter quam otium habemus, deducta est, quandoquidem otium porro, vel *necessarium* in quod indicimus &, inuiti etiam, necessitate quadam deducimur vel *liberum* est, quod voluntate nostra eligimus. Sed *liberum* illud, si *ex fructu & effectu* rem æstimes, vel *utile* est vel *iners & superuacaneum*, vtrumque vel *iucundum* vel *molestum*, denique si otium ad rempublicam referatur, vel *honestum*, quod cum studio & spe quadam utilitatis communis coniunctum, vel *damnosum*, per quod cuiquam ius quæsitum extorquetur, vel denique *innoxium*, quod neminem lædit, & solius hominis otiosi arbitrio permittitur. Non poenitebit nos studii, si per singulas species eamus. Et primo quidem *de otio*, quod *pacem* diximus seu *vacationem turbarum & periculorum*, nemo dubitat, quin illud etiam *necessarium* sit, & *honestum*, & ab omnibus expetendum, ut nihil iuris esse possit magistratui in illos coercendos, qui communi pace & otio fruuntur. Hoc

Otium diuos rogat in patente

Prenses Aegæo — — — cet.

— — — nongemmis, neque purpura venale nec auro. <sup>h)</sup>

Hæc est requies illa certa laborum, sine qua perdurare non possumus <sup>i)</sup> Hoc otium veteranis CONSTANTINVS tribuit, ut *pace & otio* seculi & *quiete* post labores suos perenniter perfruantur. *l. i. C. de veteranis*. Hoc otium Deus nobis facit: <sup>k)</sup> huius otii *dulcedine* POMPEIVS, post hostes deiectos, totam ciuitatem recreauit & animos omnium pellexit. <sup>l)</sup>

## V 2

Ha-

<sup>d)</sup> PLIN. I. epist. 9. <sup>e)</sup> CIC. pro Cn. Plancio cap. 27. & ENNIUS apud GELLIVM doct. Att. I. XIX. cap. 10. <sup>f)</sup> Id. II. de orator. cap. 6. <sup>g)</sup> TACITVS annal. XIV. 39. <sup>h)</sup> HORAT. II. carm. 16. v. 1. seq. <sup>i)</sup> VIRGIL. III. Aeneid. vers. 393. <sup>k)</sup> Id. eclog. I. vers. 6. <sup>l)</sup> TACIT. annal. I. cap. 2.

Habes otium, quod curis & periculis vacuum est, quæ animum perturbant, vt rebus grauibus diu sufficere non possimus. Sed est etiam aliud non minus *necessarium*, cum, quamuis extra *periculum*, a *contentione* animi & labore serio interdum *remittimus*, vt spiritum atque animum quodammodo recipere & colligere quæamus & confirmatiores ad negotia redire. Hanc remissionem animi omnes appetimus laboribus & negotiis perfuncti: nam

— — quid solutis est beatius curis  
 Cum mens onus reponit, ac *peregrino*  
*Labore fessi* venimus Larem ad nostrum,  
 Desideratoque *acquiescimus* lecto?  
*Hoc est, quod vnum est pro laboribus tantis. m)*

Tale est iucundissimum illud otium, cuius studio ipsam etiam *mortem*, per-tæsi huius strepitus & tor incommodorum, quibus vita distringitur, non auersamur. Felices enim iudicamus

— — — quibus est fortuna peracta  
 iam sua *n)*  
 Et placida qui morte *quiescunt. o)*

Huius iucunditatis recensatione ipsa sepulchra in marmoribus antiquis *secu-ritas æterna, p)* *quies æterna, q)* *somnus æternus, r)* *domus æterna. s)* *quietoria t)* appellata sunt, quæ multi sibi viui faciebant, fatum commune præuenientes, *u)* vt præciperent dulcedinem *iucundissimæ quietis.*

Non multum ab hac specie recedit *otium senectutis*, ad quod illa ætas, etiam amplissimis rebus perfuncta, *tanquam in portum* confugit *vt honestissime quiescat. x)* Hoc quidem consilio HORATIVS ELACCVS *y)* tempe-stiue locum quandam circumspexit, vbi

Sit suæ sedes vtinam senectæ  
 Sit modus lassæ maris & viarum,  
 militiæque.

Hac mente senes tot labores perferunt, vt tandem

— — — in otia tuta recedant. *z)*

Ita quiescit

Phafellus ille, quem videtis hospites,  
 Qui ait, fuisse nauium celerrimus,

Ne-

*m)* CATVLLVS Carm. 32. *n)* VIRGIL. Aeneid. l. III. vers. 493. *o)* Id. ibid. l. IX. vers. 450. *p)* GRVT. oper. inscript. tom. I. p. 382. *q)* Id. tom. I. § 25. n. 6. § 67. n. 8. § 4. n. 10. 675. n. 6. 706. n. 6. *r)* Id. tom. II. p. 922. n. 9. *s)* Id. ibid. p. 790. n. 5. & 903. n. 6. *t)* Id. ibid. p. 810. n. 2. p. 1131. n. 11. *u)* Id. ibid. p. 810. n. 2. *x)* CIC. in Bruto seu de clar. orat. cap. 2. *y)* HORAT. II. carm. 6. vers. 6. 7. *z)* Id. I. ferm. I. v. 31.

Neque vilius natantis impetum trabis  
 Nequisse præterire, siue palmulis  
 Opus foret volare, siue linteo. ce.  
*Sed hæc prius fuisse: nunc recondita*  
 Senex quiere, seque dedicat tibi  
 Gemelle Castor, & gemelle Castoris. a)

Est igitur otium senectutis *necessarium & iucundum & otiosum* interdum, si plane repuerascunt senes, & aliquando etiam *honestum*. *Honestum* autem dicimus, in quo quidem senes a *laboribus molestis*, & qui corpus maxime fatigent, vacatione aliqua vtuntur; sed retinent tamen ingenia <sup>b)</sup> & habent aliquid adolescentuli, <sup>c)</sup> vt consilio, facilitate, rerum peritia vtilitatem plurium amplificent & confirment. Venit enim his senibus aliquando in mentem illud apud Virgilium Maronem:

Si mihi quæ quondam fuerat, quaque improbus iste  
 Exultat tidens, si nunc foret illa iuuenta. d)

Audiamus M. TVLLIVM, cuius *senectus* quærit otium, tanquam portum, non inertiae neque delidiæ, *sed otii moderati* atque *honesti*. <sup>e)</sup> Hi sunt senes illi, qui *posteritati serunt arbores* in vsum futuri seculi, quamuis fructum illarum sero proventurum ad se non pertinere sciant, vt ait STATIVS in SYNEPHEBIS. <sup>f)</sup>

Et fauent certe leges nostræ *otio honesto senectutis*. Hoc enim otium si sectentur senes, secundum CALLISTRATVM, senectus semper est venerabilis, vt Romani pene eundem honorem senibus, quem magistratibus, habendum esse iudicauerint. *l. 5. pr. D. de iure immunit.* Hinc enati sunt honores illi, quibus non solum a Romanis, sed etiam a Lacedæmonis senectus ornata est ex legibus Lycurgi, de quibus A. GELLIUS exponit. <sup>g)</sup> Hoc agnouerunt illi, qui *senibus vacationem* dederunt *munerum civilium*, quæ *corporis vexationem* maxime habent. *d. l. 5. pr. D. de iure immunit. l. 2. D. de excus. l. 3. C. qui ætat. vel profess. se excus. & l. vn. C. qui ætat. se excus.* Ex hoc fonte deriuata sunt amplissima illa *veteranorum beneficicia* immunitatis, quæ CONSTANTINVS illis liberaliter confirmauit, *l. 1. C. de veter.* sed hac lege, si *honestum quid* egerint; cum contra, si *negligentius* viuant, & neque rus colant, neque in alio *honesto* negotio versentur, beneficiis omnino exuantur. *l. 3. C. de veteranis.*

Accepisti honestum otium senum cum spe vtilitatis & occupatione aliqua coniunctum, sed necessarium tamen & quo carere nequeant. Hæc necessitas efficit, vt, si vires plane defecerint, etiam in *otioso otio*, si *nihil agere* omnino possint, ipsis decrepitis ignoscamus.

V 3

Sol-

a) CATVLLVS carm. 4.      b) CIC. de senect. cap. 7      c) Id. ibid. cap. II.  
 d) VIRGIL. V. Aeneid. verſi. 397. 398.      e) CIC. in Aruto l. de clar. orat.  
 c. 2.      f) Id. de senect. cap. 7.      g) GELL. II. noct. Attic. cap. 15.

Solue senescentem mature sanus equum, ne  
Peccet ad extremum. *h)*

Huic quieti tantum abest, vt magistri artis nostræ inuideant, vt etiam PAVLLVS illud legatum *ad honorem ciuitatis* relictum esse censeat, quod in alimenta ætatis infirmæ, inprimis seniorum, erogandum sit, *l. 122. pr. D. de legat. 1.* quasi non satis honorata sit respublica, in qua senes egeant, & post labores suos indigne habeantur. Hoc etiam agnouit Q. HORATIUS FLACCUS, qui inter vota secularia, quæ pro republica faciebat, primo loco illud collocauit.

DI, probos mores docilis inuentæ,  
DI, senectutis placida quietem  
Romulæ genti date, remque prolemque  
Et decus omne. *i)*

Quæ de senibus diximus, etiam ad illos iuniores pertinent, quos vel corporis quædam *debilitas* vel alia *calamitas improuisa* ita infirmauit, vt *neccessario* vacatione aliqua vtantur. Hoc & ipsum vel *otiosum* est, si vires penitus fractæ sint, vt quis sola conscientia recte factorum & temporis præteriti ac futuri se consolari possit, vel etiam *otium honestum*, si quis in illis necessitatibus, vtrunque possit, bene de republica studeat mereri. Hoc M. TVLLIVS *calamitosum otium* appellat & collaudat PHALEREVM DEMETRIVM, qui, iniuria pulsus ciuitate, ad PTOLOMÆVM se recepit, & multa præclara scripsit in illo calamitoso otio, non ad vsum aliquem suum, quo erat orbatus, sed animi cultus ille erat ei quasi quidam humanitatis cibus. *k)*

Fauemus igitur otio *honesto*, etiam *neccessario* & *calamitoso*. Sed *eruditii* homines in primis, etiam voluntate sua, eligunt *dulcissimum* & *honestissimum otium*, dum se a strepitu fori & negotiorum ad musas suas recipiunt, & historias scribunt aut philosophantur, qua re *nihil dulcius honestiusque* esse, ait PLINIVS SECVNDVS. *l)*

Si quis clientum longa negotia  
Diudicata lite relinqueret,  
Tendens Venafanos in agros  
Aut Lacedæmonium Tarentum.

Ex hoc otio prodierunt illi *dulcissimi libelli*, quos a veteribus subinde *otia* appellatos esse nouimus. *n)* Imo vero veniam damus etiam *iucundo* isti & *vtili otio* litteratorum hominum, in quo *nihil agunt*, quod ait CRASSVS noster, *o)* vt hac relaxatione animum ad futura negotia confirmet. Hoc *vtile*

*h)* HORAT. I. epist. 1. vers. 8. 9.      *l)* Id. carm. secul. vers. 45. seq.      *k)* CIC. V. de finibus. cap. 19.      *l)* PLIN. I. epist. 9.      *m)* HORAT. III. carm. 5. vers. 53. seq.      *n)* Ouid. II. tristium eleg. ling. vers. 223.

Lusibus vt possis aduertere numen ineptis  
Escutiasque oculis *otia* nostras tuis.

*o)* CIC. II. de orat. cap. 6.

*utile & iucundum otium* possis etiam *honestum* aut certe *non inhonestum* appellare, cum, qui *bene de se meretur*,<sup>p)</sup> dato quodam sibi otio & laxamento, hoc ipso, quod ait SENECA, p) aliis profit de republica bene mereatur. Hoc otium etiam in cultu Deorum HORATIVS FLACCVS pefiderat, vt

— — — — vacet otioso  
Cum boue pagus. q)

§. III.

Satis, credo, intelligis, quid inter otium *necessarium*, *liberum*, *utile* Otium dulce, & *honestum* discriminis interfit, & quam illæ species excusationem habeant, <sup>otium inter-</sup> de otio cognoscendum sit. Superest, vt de *otio iucundo & molesto* videamus. Et antea quidem obseruatum est, <sup>otium mole-</sup> *otium* illud *honestum*, quod cum <sup>stium, otium</sup> *iners* & de-occupatione aliqua coniunctum sit, litteratorum hominum inprimis, <sup>in iudicio</sup> *iucundissimum* videri & animos mirifica dulcedine demulcere, vt multi tunc se beatos esse iudicent, si post labores serios ipsis otium reddatur. Generaliter autem obseruandum est, non solum corpus, sed etiam animum quodammodo refocillari *otio & remissione temporaria*; cum occulto quodam sensu hominis ingenium admoneatur, vires & mentis corporis debilitates, nisi quiete interiecta resuscitentur, tandem deficere.

Illud tamen disputatione non indiget, *quietem per se* non expetendam esse, sed *ex causa* duntaxat: & tanto magis quemlibet a perfectione naturæ, quæ in studio & contentione consistit, abesse, quando magis otii & quietis indigeat. r) Nimirum, vt quisque est melior, ita acrius accenditur quibusdam igniculis naturæ, qui animum impellunt ad negotium fuscipiendum & moliendum aliquid, exemplo diuinæ bonitatis, ex quo fructus quidam & utilitas aliqua sperari possit. Igitur *recreamur* quidem otio, sed nullis tamen rei facilius, quam *otii, tædio* attingimur, & properamus tandem ad laborem, cuius consuetudine omnes boni ita afficiuntur, vt nisi aliquid effecerint, omni sensu iucunditatis exuantur. Plerosque enim si audias, de *fastidio otii*, aut de *otio molesto*, conqueruntur. Recte obseruat SENECA, s) quod vitam, in tanta varietate iucunditatum fatietas sui occupare non possit; sed quod *iners otium* duntaxat *vitam nobis odiosam faciat*; quasi sentiamus, nos non ad torporem, sed ad res efficiendas, a natura procreatos esse. Scilicet per se *alacris & viua* est hominis natura, nisi aliquid interueniat, quod illam frangat aut obturet. Quæ cum ita sint, necesse est, animum, a labore serio auocatum, *quærere materiam, in qua occupetur*, & vel dilabi in cogitationes rerum, *quibus assuetus* est, & lasciuire, vel, si omnia alia deficient, *se ipsum* & conditionem rerum, quæ nos circumstant, *contemplari*: qua re euenit, vt, cum plerique studio *rerum ineptissimarum*

p) SENECA. de otio sapient. cap. 30.

q) HORAT. III. carm. 13. vers. 11. 12.

r) SENECA epist. 87.

s) Id. epist. 78.

mentem corruerint, *per otium ad ineptias suas redeant* atque insanire videantur. Hoc sensit CATVLLVS noster, qui, cum multas ineptias protulisset, tandem ad se redit, & se ipsum auerfatur :

*Otium, CATVLLI, tibi molestum est,  
Otio exultas, nimiumque gestis. 1)*

*Per otium* igitur solent homines cogitatione ad id reuerti, quod ipsis familiare est, & si hoc non inueniant, indignari & *conqueri de otio molesto*. Recte igitur PLINIVS noster, nihil, ait, hominibus *otiosus esse curiosus*: semper enim sciscitantur & quærunt, in quo pascant animum & repant. <sup>u)</sup> Hinc *militēs*, vi & impetu res administrare *sueti*, deinde otiosi, plerumque vim innocentibus faciunt, & si hostem non inueniant, ad *iniurias & latrocinia* discurrunt, quod CORN. TACITVS, <sup>x)</sup> & CONSTANTINVS in *l. 3. C. de veteranis* obseruarunt. Certe milites illi, apud ENNIVM in *Iphigenia*, res feliciter manu gerere soliti, indignissime ferebant maliciam & quietem ventorum, quæ professionem morabatur & cupidissime expectabant tempus, quo ad labores reuerti possent. Ita enim illi:

*Otio qui nescit vti, plus negoti habet  
Quam quum est negotium in negotio.  
Nam cui quod agat institutum est; nullo negotio  
Id agit, studet ibi, mentem atque animum delectat futum.  
Otioso in otio animus nescit quid velit.  
Hoc idem est, neque domi nunc nos, nec militiæ sumus,  
Imus huc, hinc illic, quum illuc ventum est, ire illinc lubet  
Incerte errat animus, præterpropter vita viuatur. y)*

Hac de causa videas omnino multos, feminas imprimis, si materiam exercendæ virtutis non habeant, *comendo*, calamistris, cupediarum apparatu, plus negotii habere quam in ipso ferio labore. Hinc enascitur *desidiosa occupatio & iners negotium*, quo multi omnino sibi ipsi molesti sunt. <sup>z)</sup>

Sed, vt diximus, si aliis rebus non assuetus sit animus, se ipsum & illa, quæ circumstant, cogitat, & cum vbique inueniat *sensum* aliquem *incommodorum & miseriarum*, quibus vita hominum affligitur; necesse est illum perturbari & otii molestias fastidire. Lepide quidem PVBLLIVS SYRVS ille, qui faceciis suis libertatem meruit, interrogatus, *quid sit otium molestum?* respondit, *podagricos dolores otium molestum parere*; <sup>a)</sup> sed non solum in otio illo necessario, verum etiam in hoc, quod eligimus, plerique boni inueniunt aliquid, quod ægrius illos afficiat, vt malint ad laborem & studium reuerti. Hinc enatum est Græcorum illud adagium: *Πρόγματ' ἐξ ἀπρο-*

1) CATVLLVS *carm.* 52.

u) PLIN. IX. *epist.* 32.

x) TACITVS de moribus *Gerin.* c. 44.

y) ENNIVS apud GELLIVM. XIX. *noct. Attic.* cap. 10.

z) SENEC. de breuit. *vit.* cap. 11. & 12. a) MACROBIVS II. *saturnalior.* cap. 2.

ἀπραξίας, ex otio plerumque negotium oritur. Sensit hanc humani ingenii indolem ille mercator, apud HORATIVM FLACCVM, <sup>b)</sup> qui

Luctantem Icaris floctibus Africum  
 — — — metuens, otium & oppidi  
 Laudat rura sui: mox refecit rates  
 Quassias, indocilis pauperiem pati.

Raro igitur in otio otioso, in quo nihil prorsus agitur, quisquam diu subsistit, sed querunt plerique otium, in quo, a feriis occupationibus retracti, ad consuetudinem suam, quæ plerumque prava est, redeant cum sensu aliquo iucunditatis. Hæc iucunditas varietatis, quæ & ipsa tamen sæpe optimis quibusque molesta est, efficit, vt quidam consuetudinem otii contrahant, &, cum possent, sine magno suo incommodo, aliis prodesse, temere & cum detrimento ciuitatis otientur. Opportune enim FABIVS QVINCTILIANVS admonet, nimias remissiones consuetudinem otii parere. <sup>c)</sup> Sed hanc consuetudinem otii, nulla necessitate inductam, otium iners, negligentiam vitæ, segnitiam, desidiam, torporem appellamus. In otio inconcussio iacere, non est tranquillitas, malacia est, quod SENECA noster obseruauit, <sup>d)</sup> Hoc est inertissimum illud & desidiosissimum otium, ad quod Romani Capuam, demtis honoribus, & omni procuracione rerum ciuiliū interdicta, perduxerunt. <sup>e)</sup> Hanc negligentiam vitæ in veteranis accusat CONSTANTINVS, si neque rus colant, neque aliquid honesti moliantur; l. 3. C. de veteran. accusat etiam ARRIVS MENANDER in milite inprimis, si remansor fuerit, aut segnis & negligens suorum l. 5. §. 6. D. de re militari. Hoc est segnitiae crimen & languor simulatus, quo milites capitis supplicium merentur. l. 6. pr. & §. 5. D. de re militari. Hoc sensu IVSTINIANVS mendicantes validos, qui corpore vigeant, segnes, pigros, inutilia terræ onera appellat. Nou. 80. c. 5. Hæc est illa magna negligentia, quam PAVLLVS culpam & dolum aut certe dolo proximam appellat. l. 226. D. de verb. sign. Nostræ quidem leges illos, qui de consuetudine otiantur. Saullenzer, Herrnloß, Gesindel, Müßiggänger frequentissime appellant, & seuerè persequuntur. Vid. reuidirte Landes-Ordn. in dem Marggraffthum Nieder-Lausitz de an. 1669. tit. 8. §. 6. Mandat wider die Bettler, Landstreicher und ander böses Gesindel, dat. Dresden, d. 7. Dec. 1715. Mandat wider das Bettel-Wesen dat. Dresden, d. 5. April 1729. & Mandat das Armen, Bettel- und Brand-Wesen betreffend, dat. Dresd. d. 13. Dec. 1730. Sed hic quidem, in Saxonia electorali inprimis, si propter consuetudinem otii, durch ihr Verschulden, bonis lapsi sunt, benefici-

<sup>b)</sup> HORAT. I. carm. I. vers. 15. seq.

<sup>e)</sup> QVINCTILIANVS instit. orat. I. c. 3.

<sup>d)</sup> SENECA epist. 67.

<sup>c)</sup> CIC. II. de. l. agrar. cap. 33.

neficiis pauperum exuuntur, & *in signi infamia* notantur, Mandat wider die Banqueroutiers, dat. Dresden, d. 7. Jan. A. 1724. §. 12. quod ex ipsa etiam formula iurisiurandi a pauperibus præstandi: Daß sie so viel, als erfordert wird, nicht zu verdienen oder aufzubringen wüßten, non obscure colligitur. *Ord. process. rec. elect. Sax. tit. I. §. 10.* Sed de hac re deinceps locus erit exponendi.

## §. IV.

*Otium vel innocium est* sum illud *otium*, seu *consuetudo otii*, quo illi contaminantur, qui, *cum vel reipub. damnosum, otium luxuriosum & delicatum* possent, *volunt pluribus prodesse*, de quo capite proximo exposuimus. Sed priusquam de hac turpitudine coercenda iudicamus, vnum adhuc obseruandum est, *segne & iners illud otium aliquando quidem reipublicæ graue & molestum*, ideoque animaduersione quadam compescendum, aliquando *suspectum* duntaxat, interdum etiam *innocium* videri. Vt vero de *innocio* primum videamus; illud nobis dicitur *innocium*, quod, quamuis spem fructus maioris & commodi, ab otiosis illis procurandi, reipubl. intercipiat, adeoque contemptu non careat, tamen *cum damno positiuo & incommodo reipublicæ* non coniunctum neque aliis molestum, sed soli otioso iucundum est; quod facilius ferimus in republica bonorum. Hoc otio vtuntur, qui, cum *sibi viuere* videri velint, *ventri, somno & libidini* interdum *viuunt*, & veluti timida & inertia quædam animalia res & homines fugiunt ipsique *delitescunt*. f) Horum quis otium possit delicatum, & si cum magno sumtu coniunctum sit, *luxuriosum* appellare. Hi quidem otiosi, quando opibus instructi sunt, & suarum facultatum copia, *sine cuiusquam iniuria*, vtuntur, aut *contenti sunt suo & paruo*, aliis non molesti sunt, sed, quod M. TVLLIVS ait, g) *vita horum otiosorum facilior & tutior & minus aliis grauis* est, quamuis fructuosior hominum generi atque ad claritatem amplitudinemque aptior vita eorum, qui se ad rempublicam & ad res magnas gerendas accommodauerunt. Imo vero possis etiam ex otiosis illis hunc fructum expectare, quod ipsi se & familiam alant, liberos etiam forte generent & educent, pecunias in *pauperes* quosdam, maxime in seruulos & ministria, erogent, prouentum vectigalium sumtu suo augeant, atque opes suas inter plures partiantur. Sed in hos certe conuenit illud, quod GAIVS & VLP IANVS antea monebant, iniquum esse, si ingenuo homini non liberum sit rerum suarum arbitrium l. 2. D. si a parente quis manumif. sit. l. 25. §. 11. l. 31. §. 3. D. de hered. petit. l. 21. C. mandat. Horum otium minus quidem honoratum, sed neque animaduersione tamen semper dignum est, neque magistratui municipali, sine grauiore caussa accedente, *inquirendi* aut

f) SENECA epist. 57.

g) CIC. I. de offic. cap. 11.



aut feuerius interrogandi facultatem dare videtur. Cauendum enim, ne opulentiores, inprimis exteri, deterreantur, & auerfentur nostras ciuitates, si videant, non tutas apud nos esse diuitias, nec licere cuiquam ex ingenio viuere sine cuiusquam iniuria, quod *hominis ingenui libertati* inprimis conuenire plerique arbitrantur. Et generaliter, quod *cap. II.* sub initium comprobauimus, durum est, magistratus de illis officiis iudicare, quæ non *manifestis* sed *occultis* viribus nituntur. Habent vero *otiosi illi* omnino multa, quæ prætexere possint otio suo, quod minus quidem fructuosum, sed nemini molestum est. Possunt languorem animi, vires fractas, ingenium tardum & obtusum, amplitudinem rei familiaris, negotiosam patrimonii administrationem, solitudinem, quam liberorum educatio desideret, metum periculorum & potentiorum, obtendere, quæ omnia illis excusationem aliquam pariunt, qui *laborem extraneum* fugiunt, & domi suæ duntaxat occupantur. Durum fuit, AREOPAGITAS Cleanthem, studiis liberalibus deditum, ex hac sola causa, quod artibus robustis vteretur, in ius vocasse, & quo prouentu se aleret, interrogasse. *h)* Multo rectius ALEXANDER imperator interdum bono & honesto viro necessarium esse, ait, taceri *secreta patrimonii*, non autem aes alienum prodi intempestiue contra patrisfamilias vtilitatem. *l. 2. C. de aliment. pupill. præst.* Clarius etiam THEODOSIVS & VALENT. nihil durius esse & inhumanius docent quam *publicatione pompæque rerum familiarium, & paupertatis detegere vilitatem, & inuidiæ exponere diuitias. l. 2. pr. C. quando & quibus quarta pars debeatur.* Apposite auctores statutorum Lubbenensium articulo IX. feueritatem, qua in homines otiosos vrbe eiiciendos vsi sunt, temperandam esse censuerunt in illis, qui *bona immobilia* possident, aut aliunde habent, quo ipsi cum familia alantur. *Kein ledig Geselle, der nicht Erbgüter hat, davon er sich aufhalten möchte, soll nicht in der Stadt müßig gehen, und wer befunden, daß er länger als 3. Tage müßig und ledig gienge, und nicht arbeiten wollte, den will der Rath hinförder in der Stadt nicht leiden, er sey einheimisch oder fremde.* Imo sapientissima lege regia & electorali Saxonica, dat. Dresenæ die XXVII. Julii 1719. Von geschwinder Exequirung wieder die Diebe und Räuber §. Wiederholen demnach &c. qua homines otiosos conquirendos & carceri mancipandos esse præcipitur, excipiuntur illi, qui se ipsos alunt & nemini molesti sunt, welche anzugeben wissen, wodon sie sich ehrlich und redlich nehren, quibus nullum magistratus negotium facessit.

Facilius igitur parcimus *otiosis illis opulentioribus*, quibus fortunæ liberalitas largius prospexit. Eleganter hoc expressum est ipsa veteri formula apud PAVLLVM, *i)* qua prodigis bonorum administratione interdi-

X 2

citur :

*h)* DIOGEN. Laërt. in vit. philosoph. lib. VII. segm. 165. *i)* PAVLLVS III. recept. sentent. tit. 4. §. 7.

*i)* PAVLLVS III. re-

citur: quando tua bona paterna auitaque *nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis*, ob eam rem tibi ea re commercioque interdicto. Ex quo loco apparet, tunc demum prætoris officio locum dari, si quis suosque ad egestatem videatur perduciturus, quia hoc cum incommodo reipublicæ coniunctum est, atque in otium *turpe ac damnosum* degenerat, ob *necessitatem alendi*, quæ, bonis dissipatis, ciuitati & magistratui imponeretur. Illas tamen species excipiamus, in quibus aliis priuatis vel ipsi reipublicæ labores nostri ita obstricti sunt, vt aliis *ius plenum & quæsitum* competat, quod *sine illorum damno* interuerti non posse videatur. Tunc enim otiosi illi, etiam luxuriosi & inertes, otii sui *rationem* magistratui reddere tenentur, & in ius vocari possunt: vt, ecce, si *ad prodigalitatem* otiosus conuertatur. Tunc enim prætor causa cognita, & plerumque, si quis plus, quam dimidiam partem bonorum, sine causa idonea, *luxuriose* consumserit, homini otioso bonis interdicat. *l. 15. D. de curat. furios.* Publice enim damnosum est illud otium cum magna *negligentia* coniunctum. Sed occurrit etiam alia species, quæ ad magistratus officium pertinet, si res ciuium aut operæ aliis iure perfecto obstrictæ sint, quo casu delicatis illis laborem fugere & otuari aut res suas luxu dissipare, cum damno aliorum, non permittimus. Igitur qui bonis lapsi sunt, cum creditoribus tenerentur, & res suas otio & luxu dissiparunt, iustissima lege Saxonica insigni infamia notantur. *Mandatum supra citatum wider die Banqueroutiers. §. 12.* Eadem dicenda sunt de his, qui *operas suas locauerunt*, aut *corpore* etiam suo aliis *obnoxii* sunt, vt, *homines proprii*, aut rusticorum soboles, operas in primis rusticas præstare solita, & per libidinem otiosa. Hæc enim generaliter ad seruitia pro mercede præstanda, zum Zwang-Dienste, dominis jurisdictionis cum iure protimeseos obstringitur, Königl. Pöhl. und Eurfürstl. Sächsl. neue Gesinde-Ordnung *tit. 7. n. 2.* Abscisse, qui sine iusta causa tergiuerantur operas præstare, & otiosi viuunt, & tempus opportunum duntaxat, quo mercedes largiores postea exigere possint, expectant, die neuen Einfömmlinge, alles dienstlose und müßige Gesindel, so bey den Eltern oder andern aufsieget, und die meiste Zeit in Faulheit und mancherley Unfug und Uppigkeit zubringet, ingleichen dasjenige, so der Bauer-Arbeit gewohnet, und bey herannahender Ernte die Hauswirthhe übersetzet, multa aut carcere ad officium adiguntur. Neue Gesinde-Ordn. *tit. 1. §. 1.* Habes alteram speciem, in qua animaduertit magistratus in homines otiosos & inertes. Sed & alia species obuenit, si *de muneribus publicis & ciuilibus*, de tutela, cura suscipienda & aliis similibus quaeratur. Hos enim labores otiosi illi, sine iusta excusatione, non effugient. *l. 1. pr. D. de vacat. & excusat. mun.* Hæc enim munera necessaria dicuntur. *d. l. 1. pr. D. vacat. & excus. mun.* ad quæ obeunda quilibet ita obstrictus est, vt illis sine causa idonea se subtrahere

non possit. Porro, si *tributa & vectigalia* aut *alia onera*, quæ *pecuniæ erogationem* habent, imponantur, luxuriosi illi opulentiores impune delitescere & partem oneris subterfugere non possunt. In his enim in primis *opulentiorum* habetur ratio, vt ne veteranis quidem & senibus parcatur. *l. 5. pr. D. de iure immunit.* Extremo, si ex ipso genere vitæ & *clandestinitate* atque occultatione rerum omnium aliquid monstri elucescat, aut aliquid accedat, quod suspicionem delicti pariat, magis *damnosum otium* videtur, per quod ipsa securitas publica in periculum adducitur. Sed de hoc argumento capite sequente diligentius trademus.

## §. V.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, intelligetur, quando *otium inno-*  
*xium* etiam luxuriosum & delicatum excusationem inueniat, vt, quamuis *mi-se non deli-*  
 nus fructuosum sit, tamen, quia societatem plurimum *damno positiuo* non affi-  
 cit, non semper locum *coactioni* faciat; & potius *præmiis* diligentia pro-  
 positis, quæ etiam otiosos excitare possunt, corrigendum esse videatur. Sed,  
 vt diximus, cum otium illud otiosum & segne protecto non *fructuosum* sit  
 reipublicæ, & plerumque contemptum pariat, dubitari non potest, hoc otium,  
 si quid aliud rei illicitæ & minus honestæ accedat, facile *otii turpis damnosum*  
 naturam induere, aut certe suspicionem delicti parere, quæ ipsa suspicio tam-  
 en pacem & securitatem reipublicæ perturbat illamque implet sollicitudine,  
 ideoque molesta & damnoza est societati bonorum, ac locum facit officio  
 prætoris. Vt primo loco de ipsa *inertia*, proprie sic dicta, seu de vitio illo-  
 rum, qui *nullam artem* exercent, dispiciamus; apparet, illam quidem per  
 se *delicti* naturam non habere & interdum culpa etiam vacare, cum plerum-  
 que a negligentia *educantium* pendeat, quod liberi nulla arte, publice pri-  
 uatimque vili, in ipsis annis pueritiæ imbuti sint; sed crudi & rudes in ciui-  
 tatem protrudantur.

Videtur itaque *innocia* esse *inertia* & imperitia, quæ desidiæ seu otio  
 desidioso subinde comparatur. *l. 24. C. de testam. & quemadm* Facillime  
 autem, si quid *indicium* malæ causæ se prodatur, *suspecta* fit *inertia* homi-  
 num otiosorum, qui nulla arte instructi sunt, vt merito a magistratu ho-  
 mines inertes compescantur; hinc sæpissime in legibus nostris, maxime  
 Saxonice, coniunguntur homines inertes & suspecti; Leute die keine  
 gewisse Handthierung haben, Unßiggänger, gottloses und lieberliches Ge-  
 findel, lieberliches Volk, verdächtige Personen. Mandatum wegen ge-  
 schwinder Exequirung der Häuler und Diebe, dat. Dresden d. 27. Jul.  
 1719. Mandat wider das Bettel-Wesen, dat. Dresden d. 5. Apr. 1729.  
 Mandat wider die Bettler, Landstreicher und ander loses Gefindel, dat.  
 Dresden d. 7. Sept. 1715. Mandat das Armen, Bettel- und Brandwe-

sen betreffend, dat. Dresden d. 13. Sept. 1730. Et profecto habet rationem, quod homines desidiosii & inertes in republ. suspecti videantur. Plerique enim, si nihil habeant, in quo occupentur, quærent materiam, in qua animum exerceant atque per otium, ut capite III. pag. 19 sq. comprobauimus, ad *consuetudinem*, quæ plerumque in hominibus male educati praua est, redeunt, ideoque lasciuunt & proni sunt in omnia delicta, quod etiam SENECA <sup>k)</sup> & OVIDIVS NASO <sup>l)</sup> obseruarunt. Hinc recte ille apud TARENTIVM <sup>m)</sup>, cum multa vitia notasset, tandem ait:

Nulla adeo ex re istuc fit, nisi ex nimio otio

itemque alio loco

Videsne otium & cibus quid faciat alienus. <sup>n)</sup>

Quæ cum ita sint, in delictorum *suspicionibus* eruendis, si FABIVM QVINCTILIANVM audias, <sup>o)</sup> multum refert, *labor* an *otium*, *vigilia* an *quies* præcesserit, cum ex ipso otio subinde nascatur indicium delicti. Ipsi etiam haereticorum grauissimi errores dicuntur ex otio exorti. Audiamus DIOCIETIANVM & MAXIMIANVM, qui in pulcherrimo edicto contra Manichæos, quod SCHVLTINGIVS <sup>p)</sup> & CORNELIVS van BYNKERSHOEK <sup>q)</sup> nobis seruauerunt, *manem* turpissimæ sectæ auctorem otio seductum esse, aiunt, ut omnia diuina & humana hæresi infami corrumpere & perturbaret. Certe *infamiam facti* contrahunt otiosi illi, & secundum IULIANVM *re & opinione hominum* notam non effugiunt, qui inertes & vagi vitam luxu & desidia consumunt. *l. 2. pr. D. de obseq. parent. & patron.* Sed hæc species infamiae continet *generale indicium* omnium omnino delictorum. Enim vero, si CAROLO V. obsequamur, inquisitio facillime decerni potest, si reus *male audiat*, wenn der Beschuldigte eine solche leichtfertige Person, so von bösen Leumuth und Gerüchte ist, zu der man sich der ihr bemessenen Missethat wohl versehen mag. *Ord. crim. Carolin. art. XXV.*

Igitur inertes otiosi, ob infamiam facti, qua laborant, suspecti in republica habentur, quod IUSTINIANVS etiam clare definiuit *nov. 80. c. 5.* qui segnitiem ad actus illicitos impellere affirmat. Sed, ut diximus, *generale* hoc est *indicium* omnium delictorum, quod ad inquisitionem specialem & torturam non sufficit, nisi quid aliud accedat, quod ipse imperator luculenter exposuit. *Ordin. crim. art. 27.* Augetur autem generale illud indicium,

k) SENECA epist. 56. l) OVID. I. remed. amor. vers. 139. m) TARENT. heaut. act. I. scen. I. vers. 57. n) Idem eunuch. act. 2. scen. 2. vers. 34. o) QVINCTIL. inst. orat. VII. cap. 3. p) Collatio LL. Mosaicarum apud SCHVLTINGIVM in iurisprudentia anteuustiniana. tit. 15. §. 3. p. 787. q) BYNKERSHOEK tom. II. in opuscul. de relig. peregrina p. 207 seq.

cium, maxime si *paupertas* accedat ad desidiosam inertiam. Hac enim, quamuis, praecipiente *VLPIANO*, *neminem suspectum* faciat *l. 8. D. de suspect. tut.* tamen vagos illos otiosos onerat, si luxuriose viuant, neque constet satis, vnde *luxus* materia subministratur. *ord. crim. Carol. art. 43. n. 3.* Imo, quamuis diluatur illa suspicio, si quis repentinas istas diuitias, qua quarum fons occultatur, domi consumat vitamque timidam in solitudine & turgurio suo transigat, quod *REMVVS* <sup>r)</sup> recte obseruauit: tamen mirifice crescit, si quis noctu clanculum vagari soleat & constet de corpore delicti. Tunc enim torturae etiam locum facit imperator, maxime si de *furtis* & *latrociniiis* quaeratur. So Reisige und Fußknechte gewöhnlich bey den Wirthen liegen und zehren, und nicht solche redliche Dienst, Handthierung oder Gült, die sie haben, anzeigen können, davon sie solche Zehrung ziemlich thun mögen, die sind argwöhnig und verdächtlich zu vielen bösen Sachen, und allermeist zu Räuberey, als sonderlich aus unserm und des Reichs gemeinen Landfrieden zu merken, darinn gesetzt ist, daß man solche Wuben nicht leiden, sondern annehmen, und härtinglich fragen soll. *Ordin. crim. Carol. art. 39.*

Otium luxuriosum igitur, si post paupertatem repentinae diuitiae & vita luxuriosa, inprimis vaga, accedant, augent indicia furti & rapinae. Sed grauius onerant haec omnia *otiosos* illos, quando hi quidem antea tali vitae genere vsi sunt, quod *impetu* administratur & ferociam aliquam desiderat, ex qua facile *consuetudo* violentiae & crudelitatis contrahitur. Cum enim, vt antea probauimus, otiosi plerumque ad consuetudinem suam redeant, facile ex priori illa consuetudine etiam de latrociniiis & reliquis delictis truculentioribus suspicamur. Hinc *militēs*, etiam *veterani*, inprimis otiosi, si neque rus colant neque aliquid honesti peragant, facilius creduntur latrociniiis operam dare & aliis iniuriam facere, quamuis non constet de speciali corpore delicti. *l. 3. C. de veteranis.* *DIVVS* enim *HADRIANVS* & *ARRIVS MENANDER* ex segnitie & desidia militum argumentum & indicium accipiunt plurimum omnino delictorum. *l. 5. §. 6. D. de re milit.* Certe, si homines *conuocantur ad vim faciendam*, facillime parati sunt & conueniunt otiosi illi ferociae assueti, de quibus *SCAEVOLA* disputat. *l. 2. D. ad l. Iul. de vi priuata.* Ipsa enim turba, quae vim plerumque facit, est colluuiēs hominum otiosorum, qui, signo dato, confestim confluunt & parati sunt ad rem vi & manu exequendam. *l. 4. §. 1. D. de vi bonor. rapt. l. 1. §. 29. D. de vi & vi armat.* Igitur otium luxuriosum hominum pauperum, qui materiam *luxus* repente acceperunt, in primis ferocium, maxime militum dimissorum, & coadunatorum, suspensionem parit furti, violentiae,

r) *REMVVS* in paraphrasi *ordin. crim. ad art. 39.* *KRESS.* ad hunc *art. 39. ord. crim. CAROL.*

tjæ, latrocinii & rapinæ. Hinc sapientissimis legibus Saxon. wider die gewaltsamen Einbrüche, auch Diebes- und Räuber- Rotten, dat. Dresd. 16. Sept. 1710. & alibi passim constitutum, vt eiusmodi homines *suspecti*, etiam de hac sola caussa, an non societatem cum furibus & raptoribus inierint, ob sie nicht zu einer Diebes- und Räuber-Bande gehören, wie ihre Diebes-Cameraden heissen, und wo sie anzutreffen, sub tormentis quoque interrogentur, quamuis speciale corpus delicti nondum fuerit probatum. Cum enim frequentissimæ sint deprædationes & rapinæ, hæc ipsa frequentia efficit, vt constare videatur de corpore pelicti.

Ceterum iure communi multa in suspicionibus æstimandis arbitrio iudicis prudentis permittuntur. *Ordin. crim. Carol. art. 28.* Benignius ergo iudicabimus etiam de militibus otiosis, si corpore affecti sint & languidi & debilitati, qui hoc solo argumento facile effugient suspicionem rapinæ & latrocinii, quamuis omnia alia concurrant. Præterea in delictis, quæ *magnam diligentiam* & cautionem desiderant, commodius suspicionem diluent ferocia illa ingenia, quam in his, quæ *impetu* geruntur. *1)* *Suspectum* igitur est otium hominum inertium, cum *otii consuetudine* coniunctum, inprimis ferocium, et qui rebus vi et impetu gerendis assueti sunt. Hi igitur, si *coadunati* aut in locis suspectis atque ad excursions faciendas accommodatis versentur, aut aliud quid rei illicitæ suscipiant, *otium damnosum* agere videntur, quo reipublicæ et omnibus bonis ius quaesitum et fructus securitatis extorquetur. Debuissent enim illi etiam innocentes, rempublicam molestiis suspicionis liberare, quæ reliquis ciuibus necessitatem imponit, vt omnia instrumenta ad vim prohibendam comparare et semper solícite circumspicere cogantur. Hoc intellexit VALERIUS ille apud T. LIVIUM, qui cum domum suam, in summo monte constitutam, Romanis suspectam esse cernebat, aedes non solum in planum detulit, sed etiam colli subiecit, vt ipsi, suspicionem et periculo liberati, *supra suspectum ciuem* habitarent. *2)*

Suspectum igitur otium sit *damnosum*, si reliquos ciues solícitudine impleat. Sed tunc fere intolerabile censetur illud otium, si otiosi isti adiungant aliud quid rei illicitæ, vt, si iam vi et manu aliquid moliantur, si *mendicent*, quod legibus Saxonice simpliciter interdictum est, si alios ad vim faciendam conuocent, si aliquid rapiant aut latrocinentur, adeoque absoluant formam pleni et ordinarii delicti. Hoc ergo *otium damnosum in specie* appellamus.

#### §. VI.

*Otium quando poenam.* Si non piguit, illa, quæ superioribus capitibus exposuimus, curatius expendere; iam non difficile fuerit, *de poena otii* iudicare. Expediuimus, pri-

*1)* KRASSIVS ad ord. crim. Art. 39.

*2)* LIV. lib. II. cap. 7.

primam speciem otii, quam *pacem* seu *vacationem periculorum* et *molestia-mercedur, di-*  
*rum* appellauimus, vituperatione carere et animaduersioni locum non face *scrimen in-*  
 re, nisi in periculis communibus, ad quae prohibenda et amouenda, omnes, *ter principis*  
 quibus hoc imperatur, neglecto otio, concurrere tenentur, itemque in illis, *potestatem*  
 qui *munera publica* susceperunt, qui molestias & pericula, cum his muneribus *stratus mu-*  
 coniuncta, otii & pacis studio effugere non debent, maxime *in militibus,* *nicipalis ius*  
 qui *segnitiae crimen* contrahunt & capite plectuntur, quoties, simulato *Wildfangia-*  
 languore, pericula militiæ declinant & officium facere reculant. *l. 6. pr. Germania*  
 & §. 5. *D. de re milit.* Deinde de otio *neccessario & calamitoso* & de *otium da-*  
 omni illo, quo carere non possumus, aut quo, ad vires instaurandas, indi- *nnosum se-*  
 gemus, comprobatum est, illud non solum poenam non mereri, sed etiam *rius coerci-*  
 fauore dignum esse, in primis otium senum & infirmiorum, maxime, si il- *tum sit, gene-*  
 lud honestum atque cum occupatione quadam & spe vilitatis sit coniunctum. *ra poenarum*  
 Porro etiam *liberum otium,* quamuis otiosum & iucundum, modo vtile, *quae in otio-*  
 neque in consuetudinem otii conuersum fuerit, præcipue vero si honestum *fos constitu-*  
 sit, certissimam excusationem inuenire & interdum etiam laudari, demon- *tae sunt.*  
 stratum est. Postremo otium etiam innoxium ferri posse intelleximus,  
 quamuis delicatum & quodammodo luxuriosum, modo in prodigalitate non  
 degeneret, neque ius quæsitum cuiquam extorqueatur. Extremo de otio  
 inerti & de consuetudine otianti exposuimus, quæ species plerumque sus-  
 pecta est, & si quid rei illicitæ accedat, etiam damnosa atque animaduersione  
 dignissima, vt respublica molestiis suspicionis liberetur bonisque omnibus  
 fructus securitatis plenissimus reddatur.

Igitur si de *poena otii* disputamus, in primis de otio *damnofo & suspecto*  
 dispiciendum est, quæ species præcipue pertinent ad curam magistratus.  
 Et CONSTANTINVS quidem simpliciter veteranos otiosos, qui neque rus  
 colunt, neque aliquid honesti peragunt, sed latrocinii se dederunt, bene-  
 ficiis exiit & *poenis competentibus* subiecit. *l. 3. C. de veter.* Non multo  
 secius CAROLVS V., cum de hominibus otiosis & vagabundis edicit, gene-  
 raliter illos puniendos esse, ait: daß man solche Buben nicht leiden, sondern  
 annehmen, härtiglich fragen, und um ihre Mißhändel mit Ernst strafen soll,  
*ordin. crim. art. 39. quod repetitum est ex ordin. pacis profan. Vorma-*  
*tienfis de an. 1521.* in qua verbis expressis *poena* otiosorum hominum desi-  
 deratur. Videntur igitur & CONSTANTINVS & CAROLVS V. sine dis-  
 crimine otium & *suspectum & damnosum* pænæ subicere. Sed certius est,  
 CONSTANTINVM de otiosis, *qui latrocinii se dederunt*, id est, qui de  
 latrocinio commisso conuicti sunt, & CAROLVM V. de his qui præter  
 otium etiam *plenum delictum* sub tormentis confessi sunt, intelligendos esse,  
 quod ex coniunctione formularum härtiglich fragen, und um ihre Miß-  
 händel mit Ernst bestrafen, non obscure colligitur, cum non opus tortura,  
 Fasc VIII. Y si

si confestim puniri possent, & generaliter nemo ob solas suspiciones poena criminali afficiendus sit, quod ipse CAROLVS V. docet *ordin. crim. art. 22.*

Suspecti igitur, *iure communi*, torquentur duntaxat, sed, si in otio *damnofo in specie* sic dicto deprehensi plenum delictum commiserint aut in societate facinorosorum inuenti, feuerissime puniuntur pro modo cuiuslibet delicti. Refert autem, vt etiam de otio *suspecto duntaxat*, an, si nondum delictum plenum commissum est, poenam mereatur, videamus. Certius est, tunc demum puniri hoc otium suspectum, si *contumacia* accesserit & otiosi isti *admoniti* aliud vitæ genus non elegerint, neque excefferint ex prouincia iussu magistratus. *Solon* hoc discrimen admittit, vt tunc demum otiosos infamia notaret, si *ter admoniti* non mutauerint vitæ institutum. <sup>u)</sup> Eadem moderatione IVS TINIANSVS vsus est, qui *pepercit* hominibus segnibus, & tunc demum, si *noluerint* laborem suscipere, illos vrbe eiecit. *nou. 80. cap. 5.*

Eandem rationem sequitur lex Saxonica sapientissima, wider die Bettlere und Landstreicher de an. 1715. quæ sæpius deinde repetita est, vt mendici extranei, si noluerint *admoniti* discedere, ad opus publicum damnentur, daß, wenn sie binnen der gesetzten Frist sich nicht hinweg begeben, sie mit Gewalt über und von unsern Gränzen fortgetrieben und abgehalten, auch daferne sie nach der Zeit sich wieder betreten lassen würden, mit der Strafe des Festungs-Baues oder Zuchthauses belegt werden sollen. Generaliter etiam mendici, si negligent coercionem, ergastulo, verberatione, mit dem Willkommen, virgis, carcere cum carena, labore grauiori & sordido compescendi sunt ex augustissimi legislatoris voluntate. Mandat wider das Bettelwesen, dat. Dresden, d. 5. April. 1729. Denique omnes aduenæ otiosi, & omnis rustica soboles luxuriosa, ad locandas operas suas primo *exhortatione* quadam excitantur, zum Dienst-Annehmen zu ermahnen, priusquam mediis cogendi durioribus ad officium adducantur. Neue Gesinde-Ordn. tit. 1. §. 1. in *statutis Lubbenensibus art. 9.* vacatio octo dierum iuuenibus otiosis datur, intra quod spatium, si labores suscipere & operas præstare *admoniti* detrectent, vrbe continuo eiiciuntur.

Itaque in otio turpi, inertis & suspecto deprehensi, post contumaciam inprimis, puniuntur & prouinciis eiiciuntur. Ad hos enim pertinet, quod PAVLLVS atque VLPIANVS præceperunt, l. 3. & 13. *D. de officio præf. officio boni præsidis conuenire, vt malis hominibus purgetur prouincia.*

Sub



Sub malis hominibus etiam *suspectos*, & qui prouinciam meru & solitudine perturbant, intelligimus. Aperte enim addit VLP IANVS causam, cur præses malis hominibus purgare prouinciam debeat, vt *pacata & quieta sit prouincia*, quam regit. d. l. 13. D. de offic. præf. Sed *quieta* esse non potest, nisi *suspecti* homines remoueantur.

Igitur si *contumacia* accedat, & neque laboribus se dare velint inertes illi otiosi, neque *emigrare*, ex prouinciis & vrbibus eiiciuntur. Neque tamen illa *relegatio* aut *electio* semper malo huic mederi potest, nisi *omnium* prouinciarum rectores & principes vicini *inter se consentiant* de otiosis & suspectis hominibus remouendis & communi securitate facienda. Sensit hoc nostra *Germania*, in qua olim, si C. IULIO CAESARI fides est, *latrocinia*, quæ fiebant *extra fines* cuiusque ciuitatis, *nullam infamiam* habebant. \*) Auxerunt vero apud Germanos numerum inertium latronum variae omnino causæ, imprimis *otium* post bella, cum Germani *militem perpetuum* non alerent, *manumissiones* seruorum, *opinio virtutis* ex facinoribus vi & impetu administratis, quæ multos ex nobilitate ad latrocinia & rapinas euocauit, *poena infamiae* cum relegatione ex prouincia, quæ poenæ, apud *Germanos* frequentissimæ, vicinos turba hominum inertium & improborum onerauerunt, *defectus ergastulorum* & viuariorum, in quibus illa animalia contineri & pasci potuissent, quod IO. PETRVS a LVDEWIG obseruauit: y) sed addi etiam possunt causæ plures imprimis *solitudines* & *syluæ*, z) latibula latronum, & *munitiones montium*, die Raub- und Berg-Schlösser, accommodatæ ad excursions in proxima oppida, quæ a Germanis negligentius munitabantur, denique *separata territoria* multorum principum, diuersa consilia sequentium; quæ omnia efficiebant, vt fugari quidem & dissipari, non vero vt suffocari & extingui posset colluies hominum facinorosorum & latronum. Neque enim ERIDERICI V. in otiosos & latrones nota seueritas, neque MAXIMILIANI I. diligentia, nec *pacis profanæ*, supra allegatæ, rigor, neque grauitas CAROLI V. in *ordinatione criminali* durissima supplicia minantis, *securitatem Germaniæ* in tanto statuum imperii numero & dissensu satis confirmabant. Negligebarur enim illud, quod vnicum & certissimum huic malo opponi potest remedium, necessitas alendi pauperes & compescendi otiosos cuiusuis ciuitatis, quæ singulis magistratibus imponi debuisset. Nisi enim pauperes & inertes a cuiusuis ciuitatis magistratibus alantur, eiici quidem possunt nebulones illi ex quibusdam prouinciis, sed aucti & cumulatiores redeunt atque post exi-

Y 2

quam

\*) IUL. CÆS. de bello Gall. lib. VI. c. 23. y) IO. PETR. a LVDEWIG. in comment ad aur. bull. tit. I. tom. I. §. I. vom Geleit der Churfürsten. p. 77.  
z) IUL. CÆSAR. de bello Gallico. lib. VI. c. 23.

quam moram prouincias denuo perturbant. Agnouerunt hoc imperatores VALENTINIANVS itemque ARCADIVS & HONORIVS, qui agricolas & censitos, maxime inertes, profugos & vagabundos, *in patriam remitti* voluerunt. *l. 6. §. 14. C. de agric. & censit.* Agnouit hoc etiam IVSTINIANVS qui *nou. 80. cap. 5. in fine* otiosos & pigros in prouincias, *ex quibus egressi fuerant, remittendos* esse censuit. Denique & agnouerunt hoc Franci veteres & Germani, qui, quamuis res cauerit euentu, tamen lege publica, quam BEATVS RHENANVS <sup>a)</sup> exhibuit, conceptis verbis constituerunt: *Mendici vagari per regiones non permittuntur. Suos pauperes quaelibet ciuitas alito.* Denique hoc demum remedio inprimis securitatem patriae nostrae restituit *agustissimus legislator Saxo*, qui abscisse quamlibet ciuitatem iussit pauperes suos alere, & mendicos extraneos ad *domicilii pristini aut originis forum* remitti. v. Mandat. wider das Bettel-Wesen dat. Dresden, d. 5. April. 1729. cap. I. §. 1. 7. II. et cap. 2. §. 1. seqq.

Neque tutius igitur, neque commodius malo illi, quod ab hominibus otiosis imminet, medemur, quam si quaelibet ciuitas alat suos pauperes, et si mendici, denegato ipsis hospitio, in patriam, ex qua egressi sunt, confestim remittantur. Sed, *unde ali* et quomodo compefci debeant otiosi illi a magistratibus, difficilior disputatio est. *Evgastula, triremes* et opus publicum commendat PETRVS GREGORIVS THOLOZANVS, <sup>b)</sup> itemque AHASVERVS FRITSCHIVS <sup>c)</sup> et KRAVSOLDVS; <sup>d)</sup> sed longe ante illos IVSTINIANVS, ad *opus publicum*, ad *ministeria paniscantium* et *hortos colentium* illos otiosos ablegandos esse, praecepit, *nou. 8. c. 5.* Sed inprimis tam Pisistratus <sup>e)</sup> apud Athenienses, quam Romani otiosos illos *rus colere* iusserunt, maxime veteranos milites, honeste missos, *l. 3. C. de veteran.* vnde lites de *lege agraria* in republica Romana, de qua M. TVLLIVS disputat, <sup>f)</sup> et forsitan timores illius rustici apud VIRGILIVM MARONEM orti sunt: <sup>g)</sup>

Impius hæc tam culta noualia miles habebit?

Barbarus has fegetes? — — —

Imo vero idem, quem antea laudauimus, IVSTINIANVS *mendicantes validos ad colonatum perpetuum* damnauit. *l. vn. C. de mendicant. validis.*

<sup>a)</sup> BEATVS RHENANVS II. rerum germ. <sup>b)</sup> THOLOZANVS de republ. lib. XXII. cap. 7. in fin. <sup>c)</sup> AHASV. FRITSCHIVS in senator. peccant. conclus. XXIV. <sup>d)</sup> KRAVSOLDVS de miraculis & egregiis vtilibus S. Raspini p. 99 seq. <sup>e)</sup> ÆLIAN. IX. var. hist. 25. <sup>f)</sup> CIC. in orat. de l. agrar. <sup>g)</sup> VIRGIL. ecl. I. vers. 20.

dis. Apud nos quidem mendici illi otiosi, artibus validis instructi, *militia inferiore*, quam auersantur, compesci possunt: sie sollen an die Militz abgeben werden, quod lege Saxonica cautum est. Mandat. wider das Bettel- Wesen dat. Dresden, d. 5. Apr. 1729. cap. I. §. 8.

Verum, haec quidem contra otiosos remedia non semper sunt in potestate magistratum municipalium, sed ad securitatem totius provinciae et principis curam maxime pertinent, qui etiam magistratibus inferioribus, sed vniuersis, hanc curam mandare potest, vt hi quidem, quasi conspiratione facta, colluuiem infamem et pestem generis humani opprimant et suffocent. Romani *praesidibus provinciae l. 3. D. de offic. praes. et rectoribus ciuitatum l. vn. C. de mendicant. valid. nou. 80. cap. 5.* hanc curam delegarunt, cum *totarum prouinciarum* salus illa contra otiosos seueritate maxime contineatur.

Igitur laxior in his omnibus est summi principis potestas, quae in omnes ciues extenditur. Hic enim opus publicum et ergastula prouincialia instituire potest et magistratus municipales vniuersos adigere, vt mutua ope otiosos illos conquirant et coërceant hic denique *pruilegio odioso* in otium etiam luxuriosum & innoxium, si quis illo abutatur, animaduertere, vtque otiosi homines ad negotia maxime necessaria adhibeantur, prouidere potest, quæ omnia sine principis auctoritate frustra a magistratibus municipalibus susciperentur. Hæc cum ita sint, sapientissime legibus Saxonis electoralibus cauetur, vt magistratus municipales, si qua magna difficultas circa homines otiosos occurrat, ad *AVGVSTISSIMVM principem* seu *regimen aulicum* de illa caussa referant & iussum Principis de eo, quod publice expediat, expectent. Mandat wider das Bettel- Wesen dat. Dresden, d. 5. Apr. 1726. cap. I. §. 2. II. 16. cap. II. §. 8.

Hæc igitur cognitio ad omnes principes pertinet, qui superioritate territoriali prouincias suas regunt. Sed haut paulo secius iudicandum est de iure *WILDFANGIATVS*, quod serenissimo pr. electori Palatino ad Rhenum ab imperatoribus clementissime concessum & Laudo Heilsbronnenfi die 17. Febr. 1667. confirmatum est. Hoc enim omnino singulares rationes habet, cum etiam extra territorium electoris Palatini ad terras proxime adiacentes porrigatur, neque ad homines otiosos duntaxat coërceandos, sed etiam ad fisci commoda referatur. Omnes enim spurii & otiosi, quos dominus legitimus *intra annum* non persequitur, singulari præscriptionis iure, quo verus dominus post annum repellitur, colonatui perpetuo addicuntur & inter alia, pecuniam, den *Sahe- Gûlden*, soluere coguntur, quod legi-

bus publicis & transactionibus definitum est. *b)* Probabilis est IO. PETRI a LVDEWIG coniectura, hoc ius inprimis propter *commoda ærarii* introductum ab imperatoribus, cum provinciæ illæ, in quibus hoc ius obtinet, olim ad ærarium imperatorum, zu derer Kayser, Tafel, Gütern pertinerent, ideoque imperatorum interesset, has provincias colonis & nouis ciuibus augeri. *i)*

Accepisti pleraque remedia, quibus otium & damnosum coërcetur; sed sunt etiam plures poenæ leuiores, de quibus supra passim tradidimus. Veterani enim negligentes & otiosi etiam *beneficiis* exuuntur, l. 3. C. de veteran. Pauperes, qui luxu & otio bona sua dissiparunt, beneficiis pauperum excluduntur, & si creditores suos hac ratione deceperint, insigni infamia notantur, quod supra C. III. in fin. ex legibus Saxonis a nobis comprabatum est. Otium iners rusticorum, operas locare detrectantium, multa vnus floreni menstrui, monatlich mit einem Gulden Strafe, in Saxonia electorali coërceri solet. Neue Gesinde-Ordnung dat. Warschau d. 16. Jul. 1735. tit. I. §. 1. Multæ etiam carcer aut opus publicum per dies aliquod substituitur, sie sollen mit Gefängniß bey Wasser und Brodt oder etliche Tag lang mit Hand- Arbeit belegen werden, dicto mandato regio d. 16. Jul. 1735. Tit. 1. §. 1. quod etiam in Lusatia inferiori legibus provincialibus introductum est, reuidirte Landes-Ordnung in dem Marggrafthum Nieder-Lausitz, d. an. 1669. tit. 8. §. 6. Ceterum generaliter per otium desidiosum *infamia facti* contrahitur, quæ otiosos etiam a futuris honoribus, donec ad frugem redeant, excludit, quod supra p. 27. a nobis obseruatum est. Et hoc quidem iure vtimur in *otio damnoso* & suspecto *coërcendo*.

*b)* V. LONDORP. in contin. act. publ. Imp. lib. X. c. 126. & HILDEBR. de iure Wildfangiar.

*i)* ALVDEWIG. in comment. ad aur. bullain. tit. 27. tom. 2. §. 1. p. 553.









90 5 10