

Landesbibliothek Oldenburg

Digitalisierung von Drucken

Dissertationvm Atqve Programmatvm Crellianorvm

Hendel, Johann Christian Hendel, Johann Christian

Halae ad Salam, 1775

VD18 90544250

urn:nbn:de:gbv:45:1-13850

DISSERTATIONVM
ATQVE
PROGRAMMATVM
CRELLIANORVM

FASCICVLVS III.

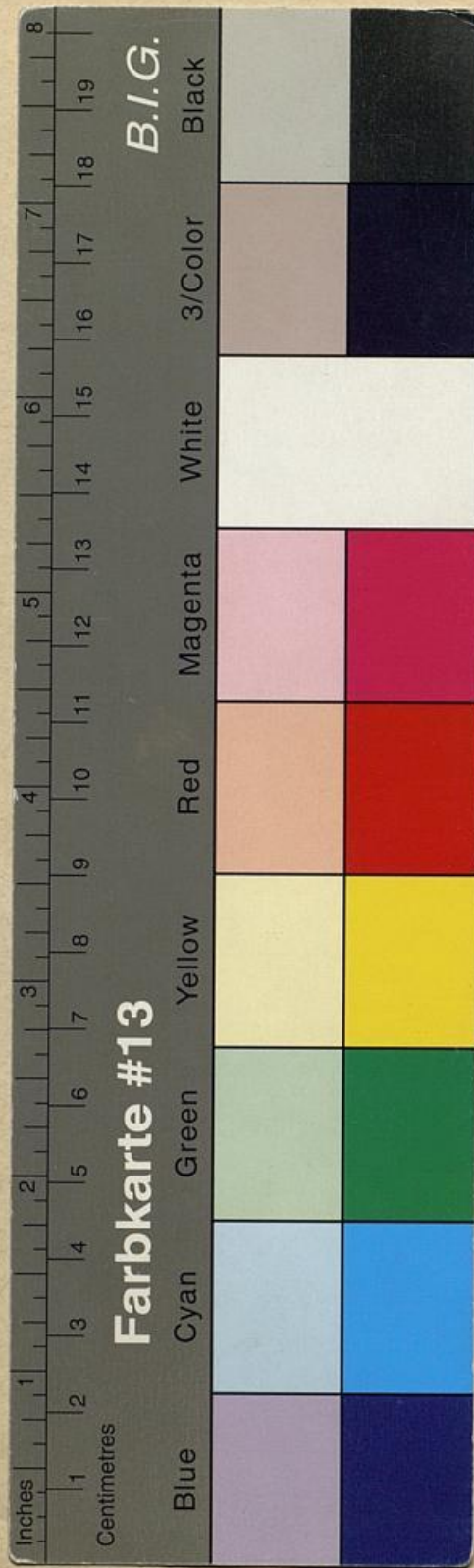


HALAE AD SALAM

TYPIS ET SVMTV I. C. HENDEL.

1775.





Index diff. huius fasc.

- XI. *Observationes de proprietate rei donatæ ad eum qui quasi mutuam accepit transeunte, ad L. XVIII. D. de R. C. & L. XXXI. I. D. de A. R. D. defend. præf. Cbr. L. CRELLIVS & Gottlob Henr. Kuntzel, Dresdenfis. Vitemb. d. Apr. 731.* pag. 355
- XII. *De publica ceremonia qua vrbes condebantur, ex antiq. Romana, disput. præf. Cbr. L. CRELLIVS & M. Iob. Esperg, Vpſalia-Suecus. Vitemb. d. Iul. 731.* 386
- XIII. *Observationes ad L. III. D. de bonis eorum qui ante sententiam sibi mortem consciuerunt, opinioni quorundam de autochiria, quam fingunt, innocente oppositas defend. præf. Cbr. L. CRELLIVS & Carolus Rudolph Westhoff, Pouchensis-Saxo. Vit. Kalend. Sept. 731.* 416
- XIV. *Servitutem altius tollendi in usucapione libertatis consistere, disput. præsid. Cbr. L. CRELLIO Guilhelm. Henr. Ludouicus, Lengefeld. Misnicus. Vit. prid. Id. Mart. 733.* 427
- XV. *Omnem culpam in negotiorum gestorum iudicio præstari, disput. præf. Cbr. L. CRELLIVS & Christian. Godofr. Francke, Marienauia-Variſcus. Vit. prid. Kal. Apr. 733.* 440
- XVI. *Observationes de custodia & periculo pignoris, defend. Cbr. L. CRELLIVS & Christian. Schlegel, Iaucha Misnicus. Vit. d. 26. Sept. 733.* 462
- XVII. *De translatione mortuorum per territorium alienum; ad leg. III. §. 4. D. de sepulchro violato, disput. præf. Cbr. L. CRELLIVS & Christianus Gottbelf Velthem, Zittauiensis, Vit. ad diem Iul. 734.* 474
- XVIII. *De iure vrbes muniendi & munitiones reficiendi; ex LL. Rom. & Imp. Germ. publ. disput. præf. Cbr. L. CRELLIVS & Carolus Fridericus Neumann, Zittauiensis, Vit. d. Aug. 734.* 501
- XIX. *Vtrum herede instituto intra annum deliberandi mortuo substitutus admittatur? disput. præf. Cbr. L. CRELLIVS & Christian. Frider. Baumann, Schneebergensis, Vit. d. Oct. 734.* 527

XI.

OBSERVATIONES

DE PROPRIETATE REI DONATAE

AD EVM QVI QVASI MVTVAM ACCEPIT

TRANSEVNTE.

AD L. XVIII. D. DE R. C. ET. L. XXXVI. D. DE A. R. D.

VITEMBERGAE, AD D. APRIL. A. Q. S. P. E. MDCCXXXI.

§. I.

*S*uus cuique *error* attributus est: tantoque magis fumus in lubrico, *Omnis de*
 atque in proclive propendimus, quanto minus in compendio priuato, & *errore per-*
 contrahendis administrandisque negotiis, versamur. Sed ne isti quidem *plexa esse*
 certe, qui, quod ait comicus, satis ad quæstum sapiunt, & foro uti didi- *tractatio vi-*
 cerunt, sine vlla offensione elabuntur; aut cauere possunt, ne suo quodam ali- *detur.*
 quando *errore* capiantur: in illis negotiis maxima, quæ *mutua voluntate*,
 & *consensu* peraguntur: quæ, nisi inter contrahentes de re tota coueniat,
 ut, quid alter senserit, ab altero intelligatur; inutilia sunt, atque distra-
 huntur. Nihil *TVLLIVS* ^{a)} hominum sensu & *voluntate obscurius* esse
 arbitrat: quæ, cum in ipsum alterius animum descendere, illumque in-
 trospicere non possis, ex rebus quibusdam externis, ex oculorum aurium-
 que indicio, cognoscenda est. Quorum fere signorum dubia atque am-
 bigua interpretatio videtur: multum cupiditate animi, & studio, peccatur:
 facile spe, & desiderio, facile timore nostro, & solitudine, decipimur,
 ut, quæ ipsi optamus, eadem nobiscum etiam alios sentire, vel, quæ me-
 tuimus, in quamcunque partem impetus animum conuerterit, ea euenire,
 atque ab aliis indicari, arbitremur: præterea ipsa sensuum incertitudo sub-
 inde vel diligentissimo imponit: interdum etiam hi, cum quibus nobis ne-
 gotium est, suo *errore* nos seducunt, aut sententiam animi, atque volun-
 tatem, signis obscuris exprimunt, rem totam in loco incerto, atque ambiguo,
 relinquunt. Ex quibus rebus solet illud euenire, ut ex nostro ingenio sen-
 tentiam aliorum meriamur, & quæ a nobis cogitata sunt, eadem & aliis,
 cum quibus paciscimur, venisse in mentem arbitremur; neque vnquam ma-
 gis proclives simus in *errorem*, quam cum de *aliorum voluntate*, & con-
 sensu, iudicamus. Quapropter vix exerceri videas a priuatis lites, aut res

a) CIC. pro L. Muræna cap. XXXIV.



arduas in contentione, & controuersia, versari, in quibus non aduersarius, se errore quodam deceptum, aut ignorantia sublapsum, illaque re turbatum, distractumque, esse consensum, conqueratur. Sed iacturam, quam ex errore passi sumus, tanto grauius ferimus, quanto certius vel ab aduersario, cui indignamur, in illum nos inductos, vel, quod æque nobis ingratum est, nostra culpa, atque incuria prolapsos, arbitramur. Hinc si magnum GROTIUM, ^{b)} atque item etiam V. C. Nicolaum GUNDELINGIUM ^{c)} audias, tota de errore perplexa tractatio videtur, quae dubios, incertosque, quo se consilio expedituri sint, ICROS, & fere in praecipitio haerentes, mirifice perturbat. Ne veteres quidem illi quorum diffinitas nobis reliquias TRIBONIANI iniuria seruauit, graue illud de errore argumentum, data opera, & de industria, tractarunt, aut omnem illam doctrinam, quae in vna cognitione posita est, ad caput suum retulerunt; sed rem totam in infinitas quaestiones dispartiti sunt, & quasi passim, atque omnia alia agentes, cum de contractibus, aut delictis exponerent, si quae species, erroris vitio corrupta, incidisset, subinde etiam de errore monuerunt. Quapropter omnes in magna varietate, & dissensione, constituti sunt, ut eorum molestum videatur sententias annumerare: & difficile fit, quae ab illis strictim, passimque prodita fuerunt, ad vnum caput reuocare, aut certo definire, quam perpetuo regulam in respondendo sequi debeamus. Haec incertitudo omnes fere negotiorum partes occupauit. Alii, ne de corpore quidem consentiunt, & negotium impeditum respondentibus proponunt: alii in materia, & qualitate rerum, de quibus contrahunt, decipiuntur: alii, ut sua quemque cupiditas, atque incuria, fefellit, in alio errore, atque ignorantia, versantur: de quibus rebus magna veterum dissensione est certatum. Sed illa grauior disceptatio videtur, cum ne de ipso quidem negotio, quod gerunt, in vnam sententiam conueniunt, sed in titulo, & causa, ex qua res petitur, dissentiunt, idque ipsum, quod res gestas maxime continet, ignorant: quod solet in primis euenire, cum de transferendis dominiis tractatur. Adeo appetentes sunt multi rerum quaerendarum, ut velle se illas sibi habere, omnes norint; qua causa, quo iure illas accipiant, in paruo ponant discrimine: ipsi qui sint, ut ait CATVLLVS noster, quid agant, atque moliantur? nesciant: magis de re tenenda, quam de titulo & causa transferendi domini laborent. Quae si diiudicari non possit; necesse est, omnia difficili errore implicari, multis dissensionibus perueriti.

§. II.

^{b)} GROTI. de I. B. & P. lib. II. cap. XI, 6.
p. 207.

^{c)} GUNDELINGIAN. P. XXXIII.



§. II.

Eiusmodi species aliquando IULIANVM, atque VLPIANVM, Ictos *Juliani at-*
exercebat. Proponebatur: donandi animo dominum nummos tradidisse, *que Vlpiani*
quos alter, deceptus quodam errore, quasi mutuos accepit, veram caus- *dissentio de*
sam, ignoravit. Dubitatum, an nummi accipientis facti sint, cuius error *errore expe-*
prohibuerat, ne uterque in eundem titulum, ex quo transferri dominium
possit, consentirent. Sed cum donationis, tum mutui causa suffecisset, ut
nummorum traditorum dominium transiret, si in idem negotium utriusque
sententia & voluntas concurrisset. IULIANO L. 36. D. de A. R. D.
non visus est accipientis error, ne proprietas ad eum transferretur, prohi-
bere. Audiamus IULIANVM: „cum in corpus quidem, quod traditur,
„consentiamus, in causis vero dissentiamus: non animaduerto, cur ineffi-
„cax sit traditio. Veluti si ego credam, me ex testamento tibi obliga-
„tum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi.
„Nam & si pecuniam numeratam tibi tradam, donandi gratia, tu eam,
„quasi creditam, accipias: constat, proprietatem ad te transire, nec im-
„pedimento esse, quod circa causam dandi, atque accipiendi, dissenseri-
„mus.” Habes verba IULIANI. Sed VLPIANVS, secutus iuris regu-
lam, quam & IAVOLENVS L. 55. D. de O. & A. & POMPONIVS
L. 57. D. eod. tit. proponunt: „in omnibus negotiis contrahendis, siue
„bona fide sint, siue non sint, si error aliquis interveniat, ut aliud sentiat,
„qui emit, aliud, qui cum his contrahit, nihil valere illorum, quæ acta
„sunt, & maxime in illis rebus, quæ dominium transferunt, concurrere
„debere ex utraque parte affectum contrahentium, & siue ea venditio,
„siue donatio fuerit, siue quaelibet alia causa contrahendi, nisi animus utriusque
„consentiat, illud, quod inchoatum est, non perfici, putavit: „atque ex
illa ratione L. 18. D. de R. C. nummos, ut donatos, aut mutuos, ac-
„cipient non adquiri, hinc extantes vindicari potius, consumptos condici,
„condicentem vero doli mali exceptione repelli posse arbitratus est. „Si ego,
„inquit, pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuam acci-
„pias, IULIANVS scribit, donationem non esse: sed an mutua sit, viden-
„dum. Et puto: nec mutuam esse: magisque nummos accipientis non fieri,
„cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet conditione
„teneatur, tamen doli exceptione uti poterit; quia secundum voluntatem
„dantis nummi sunt consumpti.” Sed ne, temere VLPIANVM, aut for-
te fortuna in illam mentem incidisse, existimes, illud prohibet, quod tam
gravis ipsi hæc causa esse visa est, ut se in illa etiam a IULIANO seiungeret,
atque in partem adversam digrederetur, defereretque auctoritatem maximi
& amicissimi Icti, cui VLPIANVS tantum non omnia tribuere solebat:
cuius sententiam, si cum aliis committeretur, habere maximam humanita-
tem,



rem, *L. 7. §. 1. D. de dol. mal. except.* & sibi probabilem *L. 1. §. 2. D. pro dot.* & benignam, ac verissimam, videri, *L. 4. D. de diuort. L. 15. D. de hered. instit.* iusque, quo res publica vtatur, continere, *L. 9. §. 1. D. de stip. seru.* fatebatur: quem etiam, cum de errore, de quo iam cum IULIANO controuersiam exercet, disputatum esset, omnium maxime sequebatur, *L. 15. D. de iurisd. L. 2. pr. D. de iud.* e cuius responsis sibi auctoritatem & opinionem veritatis maximam quaerebat: ex quo sua fere omnia, tanquam ex fonte, reperebat, quod *L. 2. §. 2. D. solut. matr. L. 11. D. quod fals. tut. L. 1. §. 17. D. de magistr. conuen. L. 10. pr. D. de curat. L. 6. §. 3. D. de hered. instit.* & omnia fere ex libris ad Sabinum, & edictum, fragmenta indicant: vt ex IULIANO, quasi ex tripode, ius dixisse VLPIANVS videatur; a quo denique vix vnquam, nisi cum a multis aliis antea notatus esset IULIANVS, atque excusatione defendi non posset, discedere audebat, *L. 16. D. de iudic. L. 42. pr. D. de A. vel O. her.* cui denique alias non, nisi modeste, & subdubitanter controuersiam mouebat: *L. 37. D. de R. viui.* cui se vni omnium maxime addixisse credebatur. Ex quibus rebus intelligitur, omnino non ferendam VLPIANO IULIANI sententiam, quam tanto studio impugnat, sed enormem, atque incongruam, videri. Neque tamen IULIANVS rem negligentius tractauit; sed, quasi subductis rationibus omnibus, cum singula, quae cogitari possent, excussisset: *non animaduertit; nihil omnino rationis deprehendit, cur inefficax sit traditio, quamuis in causis inter nos dissentiamus.* Vides ICROS, quasi palmam, ad quam concurrendum sit, in medio positam haberent, studio non peperisse; sed cum multa grauiter, & probabiliter, in vtramque sententiam dici possent, magna de illo argumento contentione certauisse. Non ignoro, quae a viris, etiam magnis, atque nobilibus, dicuntur, vt VLPIANVM cum IULIANO in consensionem, & gratiam, reducant. V. C. GERARDVS NOODT ^{d)} parum abest, quin desperet. Operae pretium existimo, rem repetere ab origine: vt, quid vterque senserit, & in quam partem concedendum esse videatur, statuamus.

§. III.

Quid inter errorem, dubitationem, & ignorantiam, discriminis intersit.

Primo igitur, quis sit ille error, qui impedimento consensui esse possit, videamus. Si veteres ICROS audias, vix est, quod errorem ab ignorantia seiungas. PAVLEVS certe *L. 1. §. 1. & 2. D. de iur. & facti ignor.* eum, qui nesciat, quod scriptis heredibus bonorum possessionem praetor promississet, quiue ignoret, ex successorio edicto bonorum possessionem sibi competere; illum in iure errare: qui sciat ex quibus parentibus ortus sit, sed iura cognationis se habere nesciat, in iuris errore versari d. L.

^{d)} GERARD. NOODT comment. ad dig. L. XII. tit. I. p. 274.

d. L. 1. §. 1. qui *nesciat*, bonorum possessionis tempus praeteriisse, illum in facto *errare*, d. L. 1. §. 3. qui *nesciat*, esse testamenti tabulas, *facti errore* decipi, respondet L. 1. §. 4. D. d. t. Idem PAVLLVS L. 15. §. 1. D. de *contrah. empt.* *Ignorantiam*, quae non in supinum hominem caderet, prodesse emtori arbitratur; sed AFRICANVS L. 11. D. pro *empt.* illud de *errore* interpretatus est: & quae de *ignorantia* emptoris vulgo tradita sint, haecenus vera esse affirmat: si emptor nullam iustam causam habeat *erroris*. Vtique intelligas, quod Ictis familiare sit, *errorem* cum *ignorantia* miscere: etiam POMPONIVS nihil inter vtrumque vitium discriminis agnoscit; sed, quum L. 28. D. de *lib. caus.* *ignorantiam* voluntati & *consensui* obstat tradidisset, illud L. 57. D. de O. & A. de *errore* affirmavit, qui negotia omnia, quae consensu continentur, perturbare videatur. DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS, Augusti L. 6. & 7. C. de iur. & *facti ignor.* *facti ignorantiam*, *errorem* *facti* appellarunt, ut eodem iure censi *errorem* & *ignorantiam*, & vtriusque usum nominis veteribus promiscuum fuisse, cognoscantur. Quae quamvis vera sint, nolim tamen existimes, tam pingui veteres ingenio fuisse, ut non perspexerint, non nihil inter *ignorantiam*, & *errorem* intercedere: & posse quidem *ignorantiam* esse sine *errore*; quamvis delabi in *errorem* nemo possit, qui non in *ignoratione* veritatis, atque aliqua incertitudine, versetur. Illud enim cognovisse Ictos, vel ex solo VLPIANO intelligitur, qui L. 15. D. de iurisd. „Nihil tam contrarium esse consensui affirmat, quam *errorem*, „qui *imperitiam* detegat. „Seiungit igitur *imperitiam*, atque *ignorationem* veritatis, ab *errore*; sed *errorem* ex *imperitia* enasci arbitratur. Enimvero ita a natura comparati sumus, ut fere de externis rebus, nisi ex sensuum indicio, ferre sententiam, aut certi quidquam affirmare, non possimus. Sed si sensibus illud, de quo ferendum est iudicium, penitus non cognoscas, diceris in *ignorantia* versari. Haec interdum quieta est, & vacat culpa, dum animum a curatione, atque administratione rerum, quas sensibus non perspexit, vacuum relinquit: nihil molitur: quae ad se non pertinent, illa non attingit; sed excutienda, & exquirenda, aliis relinquit. Haecenus *ignorantia* ab *errore* separatur. Sed si, qui semel incitatus est, sustinere se non potest, & in proclive pellitur, dicitque sententiam, cum rem penitus non perspexerit, atque ad illa, quae observari poterant, animum omnino non attendit; ille & verum *ignorat*, & praeterea in *errorem* prolabitur: atque *opinionem falsam* abreptus, contra indicium sensuum, iudicat. Ita cum *ignoratione error* coniungitur, qui culpa carere non videtur: cum investiganda omnia fuissent, & sensus adhibendi in consilium, priusquam de rebus iudicium ferremus. Sed invenit error excusationem, si, vel rerum natura, quo minus illam totam perspicereimus, prohibebat, sed



ipsa tamen necessitas, ut aliquam opinionem sequeremur, imperabat: vel ita res posita in aprio, & manifesta esse, videbatur, ut nulla esset suspicio, latere quidquam. quod nos in *errorem* induceret, quodque non totum a nobis cognosceretur. Quem *errorem* *Pavlv* *L. 15. §. 1. D. de contr. empt. probabilem*, „qui in supinum hominem non cadat, & *Afri-* „*canvs errorem*, cuius quis iustam causam habeat, appellauerunt. Sed in *contrahendis negotiis*, si quid illarum rerum, circa quas versantur contrahentes, & quae, nisi ex certis indiciis, recte cognosci non possunt, ignorabis; *ignorantia* fere abit in *errorem*, & non solum vacat cognitione veritatis, sed etiam *falsa opinione* animum perturbat. Neque enim ad rem gerendam, aut ad paciscendum, fere accedimus, quin de illis rebus, de quibus deliberandum, atque constituendum est, concipiamus aliquid animo, aut fingamus, & opinione quadam ad capiendum de re consilium subiade adducamur. Quapropter, si, quod verum est, omnino nescias, necesse est plerumque, te fingere aliquid, & nonnihil falsi concipere, atque a vero aberrare. Ut: „si rem meam mihi ignoranti, vendideris, quam speciem „*L. 15. §. 2. D. de contr. empt.* „ *Pavllvs* proposuit, non tantum ignorabam, rem meam esse, quam emebam; sed etiam alienam, & tuam esse, per *errorem* arbitrabar. Neque cogitare poteram, rem non esse alienam, nisi ex certis indiciis perspexerim, eius proprietatem mihi fuisse adquisitam. Solet enim fere mens humana ex illis, quae sensibus se percepisse credit, iudicium formare. Quare consequitur, quod, si aliquid sensu non cognoveris, illud aut abesseingas, aut ingenii virtute aliud quidquam, in eius rei, quam sensibus te percepisse credis, locum substituas. Ut: si rem, quam emis tuam esse non cognoveris, non solum illud, quod verum est, ignoras; sed etiam, vel dominium tibi non adquisitum esse credis, vel illud etiam ad venditorem putas pertinere: quod utrumque erroneum est, & a veritate alienum. Omnis igitur *ignorantia*, qua nos in contractis negotiis deceptos esse, conqueri possumus, videtur coniuncta esse cum *errore*. Quamvis enim interdum illud, quod antea per *errorem*, & *ignorantiam* fingebas, postea verum esse forte fortuna deprehendas; tamen eatenus errasti, quod rem, quam nondum cognoveras, veram esse existimabas. Praeterea ne scies quidem, quod illud antea per *errorem* pro vero habueris, quod postea verum esse deprehendis: vel certe conqueri non poteris de *errore*, qui te non seduxit. Ut: si ab initio, rem omnino tuam esse, quamvis ex nulla ratione idonea, putaveris, & postea deprehendas, esse tuam; nunquam *ignorantiam*, & *errorem* accusabis. Videtur igitur *ignorantia*, de qua litem quis mouere possit, etiam *errorem* continere. Et haec ratio adduxit veteres *ICtos*, ut promiscue *ignorantiam*, & *errorem* appellarent. Huius enim iuris disciplina, maxime in actionibus hominum,

minum, & negotiis, quae in controversiam adducuntur, diiudicandis, occupatur. In quibus, nec error, qui non coniunctus sit cum ignorantia, nec ignorantia, quae errore careat, potest obuenire. Praeterea, ubi de errore tractatur in negotiis, de effectu erroris quaeritur, & an voluntati, & consensui obstare videatur. Sed apparet, & ignorantiam, & errorem interdum, eadem ratione prohibere, ne illud serio appetas, quod antea, cum veram rei naturam ignorares aut falsi opinione deceptus, a vero aberrares, velle videbaris. Hinc non solum secundum ULPIANVM L. 18. D. de R. C. qui rem sibi donatam per errorem, pro mutua accepit, proprietatem rei non adquirere visus est, sed etiam, auctore PAVLLO L. 10. D. de donat. qui nescit, rem, quae apud se est, sibi donatam esse, dominus fieri negatur.

Haud multo secus ICI de dubitatione responderunt, quae & ipsa induere videtur & ignorantiae naturam, & erroris. IUSTINIANVS L. 22. ff. 2. C. de furt. illum, qui nescit, & hunc, qui dubitat, rem furto subtractam, non esse apud commodatarium, eodem commate coniungit: & utrisque, quamvis actionem commodati instituerint, licentiam concedit, ut possint etiam actione furti experiri. Sed apertius L. 11. C. de condict. indeb. „cum pro dubietate illorum, qui mente titubante soluerint pecuniam, certamen incidisset, idne, quod ancipiti animo soluerint, possint repetere, an minus; omnibus, qui incerto animo indebitam pecuniam soluerint, concedit repetitionem.„ Sed haec indebiti conditio secundum ULPIANVM L. 1. D. de condict. indeb. pro illis duntaxat, qui ignorantes indebitum soluerunt, introducta videbatur. Si ex natura rem aestimes, qui dubitat, non modo, quid veri subsit, ignorat; sed praeterea etiam suspicionem animo concipit, ne, si in alterutram sententiam concedat, diuertat a vero, & in errorem prolabatur. Tandem vero, si neglecta dubitatione, ad negotia accedit, & sententiam, de qua dubitauerat, eligit; non modo dubitat, sed errat etiam saepius: certe non cauet sibi ab errore; quamvis interdum forte fortuna etiam verum deprehendat. His fere ex causis veteres dubitationem errori compararunt; maxime, cum, quod ait PAPINIANVS L. 76. D. de R. I. „in totum omnia, quae animi destinatione peragenda sunt, non nisi vera, & certa scientia perficiantur; dubitatio autem non minus, atque error, & ignorantia, certitudinem scientiae perturbet.„ Hinc, si GAIVM audiamus, in dubiis causis iusiurandum exigunt iudices, & secundum eum, qui iuravit, iudicant. Sed, cum iureiurando induci in errorem possint, si quis noua se instrumenta inuenisse dicat, quibus nunc solis usus sit, causam ex integro agere permittunt. L. 31. D. de iurej. Ne tamen ignorasse credas ICTOS, quid

quid inter *dubitationem*, & *errorem* discriminis intersit; *VLPIANVS* L. 15. D. *qui test. fac. poss. dubitantes* quidem ab *errantibus* seiungit; sed eodem tamen iure illos, qui *errent*, & hos, qui *dubitent*, censendos arbitratur. „De statu, inquit, suo *dubitantes*, vel *errantes*, testamentum facere, non possunt.“ Igitur secundum *VLPIANVM*, nihil intererit, utrum abreptus *errore* quodam, pecuniam, quae tibi donandi animo a donatore tradebatur, quasi mutuam acceperis, an *dubitaueris*, ne credendi animo tradatur.

§. IV.

*Ius erroris
in contra-
hendis nego-
tiis ex lege
naturali.*

In tanta varietate verborum, magis etiam de iure disceptatum est. Videamus igitur, quae *naturæ coniuncta* sint, de *errore* in contrahendis administrandisque negotiis, praecepta. Res omnis ex natura pactorum cognoscetur. Et primo quidem disputatione non indiget, ex *solo consensu*, nisi aliud quidquam causae subsit, & accedat, *officia* nobis non imponi. Cum enim fingi *officium* animo non possit, quod non a *legislatoris* cuiusdam voluntate proficiscatur; consequens est, non *solo nostro arbitrio* illa constitui, aut *solo nos consensu* nostro, atque *voluntate*, obstringi, ut, quod promissimus, praestemus. Praeterea facile contrahentes etiam in *malam rem*, & perversam, in furta, & latrocinia, in fraudes, atque machinationes, *consentiunt*; aut de rebus inutilibus, & vanis, paciscuntur; quae cum a nobis exigere non velit legislator, ex solo consensu peti, aut debere, non possunt. Sed neque in illis causis, quae *manifeste praecepta* sunt, & quae generatim omnibus, a quolibet, atque omni tempore, debentur: ut: ne offendas socios, ne a pace inita discedas, & quae his similia sunt, *solo consensu* nostro, sed potius *lege* obligamur: quae generatim etiam *inuitos* tenet, atque ad obsequium adducit. Quapropter in illis causis, nisi admonendi, docendique aduersarii, causa, superuacaneum est, accedere ad pactiorem. Superest, ut & de illis rebus videamus, quae nec ab omnibus praestandae sunt, neque omnibus concedi possunt; sed, prout conditio rerum, & personarum, postulat, prout nostrarum virium copiae permittunt, aut aliorum indigentia exigit, non, nisi certo tempore, atque ex causis singularibus, debentur. Quod genus officiorum philosophi officia hypothetica appellant. Sed ne in his quidem pactiorem opus est, si conditiones, quibus illa officia nituntur, etiam sine declaratione mutua, pateant: sique per se appareat, quid alteri ex creatoris voluntate debeatur. Ut: si quis in manus hostium incidat, quem liberandum esse arbitremur; aut si aedibus vicini absentis ignis immittatur, quem, praeter te unum, nemo commode restincturus videatur; teneris ad ferendam opem, etiam sine pactiorem. Caret enim dubitatione, necessitatem tibi imponi, ut succurras; cum & tu possis commodissime, & alter tui inprimis auxilii indigere cognosca-

cognoscatur. Hoc est, quod POMPONIVS L. 23. & GAIUS L. 53. D. de solut. affirmarunt, quod & inuitos, & ignorantes, liberare, eorumque conditionem meliorem facere, possimus. Neque vero illud, quod GAIUS ait, duntaxat iure civili constitutum est; sed naturæ etiam conuenit, vt, si alterum tui auxilii egere, illudque te sine magno incommodo, & difficultate, ferre posse certo intelligas, sponte illud præstare tenearis; quamuis alter vel modestia prohibitus, vel imprudentia seductus, a te nec postulet beneficium, neque aequo animo accepturus videatur. Quando igitur tandem vsus esse pactionibus dicetur? Nimirum si occultæ sint conditiones, ex quibus officium nascitur, vt, nisi ex mutua declaratione, cognosci omnino nequeant: sed deliberandum sit, vbi beneficium colles; tunc videlicet opus est, vt in vnam sententiam conueniamus. Neque tu enim, vtrum vere debeas beneficium, cognoscis: neque alter, vtrum beneficium a te expectare possit, intelligit; nisi & alter, qua re demum vere indigeat, & tu, quæ commodè a te proficisci possint, luculentius exponatis, resque tota ab utroque in apicem producat. Sed cum ambo contrahentes horum vtrumque cognouerunt, tunc pactionem inter se fecisse, & mutuo consensu constituisse officia, intelliguntur. Vt ecce: si supersit tibi aliquid nummorum, quod in vsus tuos iam conuertere non possis; animus est, aut donare illos, aut mutuos dare indigentibus, aut in fœnore etiam ponere. Nec tamen cuius obuiò donabis, aut mutuos, vel fœnori, dare poteris: ne vel gladium furioso, atque ingrato porrigas, vel hominem miserum, & egentem, fœnore truces; sed cognoscenda sunt omnia, priusquam recte beneficium collocasse videaris. Igitur non tam ex consensu, quam ex rerum conditionibus, & causis, quæ, cum antea obscuræ essent, per pactionem, & consensum, eruuntur, atque declarantur, enascitur obligatio, & necessitas fidem pactorum adimplendi. Hinc consensum causam obligationis appellamus, quia consensu demum nostro significamus, veram nos officii nostri rationem cognouisse. Ex quibus rebus intelligitur, omnem pactionem errore, & ignorantia, & dubitatione, perturbari. Neque enim, qui errore distrahantur, causas illas recte perspiciunt, ex quibus solis, quid promittere, quid præstare debeamus, intelligitur: & quarum cognitione omnis fides, & sanctitas, pactorum continetur. Sed neque illud obscurum est, non omnem errorem, aut ignorantiam, pactiones dissolvere; sed illam duntaxat, quæ impedimento sit, ne veras officii nostri causas cognoscamus. Vt: si mutuam Titio pecuniam dederis, cum falso existimares, alios tibi nummos superesse, qui tuis necessitatibus suffecturi videantur; vel cum Titium, qui patris potestati subiectus est, & intemperis nocturnis agitur, sui iuris hominem, & frugi esse, audiuiſſes; nihil inter vos actum est, cum dare alteri mutuum, ratio non iubeat, nisi & tibi copia sit

Fasc. III.

B

fit



fit nummorum, qui mutuo concedi possint: & nisi alter indigeat illis rebus, quas mutuo postulat: & spes denique superfit, tuum, quod dederas, recuperandi. Cetera vero tuto *ignorantur*; neque negotia talis *erroris* excusatione distrahuntur, qui non effecit, ut aliter, ac res postulare, cogitares de tuo officio, & *voluntatem* declarares. Hinc recte *ULPIANVS L. 9. §. 1. D. de contr. empt.*, nihil facere *errorem nominis* affirmat, si „de corpore consentiamus.“ Neque enim propter nomen duntaxat facile quisquam contrahere negotium creditur, aut mutare *voluntatem*; nisi hoc ab ipso fuerit antea verbis expressis indicatum. Quapropter etiam, si tu nummos *donandi animo* traderes, ego *quasi mutuos* acciperem; magis est, nihil obesse hunc errorem: cum & tu perspexeris, succurrendum meae inopiae: & me modestia mea prohibuerit, ne peterem, ut donares. Praeterea etiam, cum, re comperta, non contradixerim, neque nummos restituerim; probabile est ad fidem, me, si antea perspexissem animum tuum, accepturum fuisse, quod donatum est, & grati animi significationem editurum. Sed ponamus, dissolui *errore* pactiorem. Si alter, cum quo negotium gestum est, nonnihil inde damni contracturus videatur; an liceat discedere a fide pactiorem, grauior est disputatio. Ut ecce: composui rationes meas, resque omnes ordinaui: in te spem & fiduciam collocaui: nihil dubitavi: credidi me pecunias ex pacto accepturum: creditori meo me soluturum, quod a te expectaueram, promisi; si fefelleris expectationem meam, & fidem deserueris, re carebo, quam, nisi a te fuisset spes mihi iniecta, ab aliis quaerere, & sine difficultate impetrare, potuissem. Enimvero expeditam est, refarciendi damni officium ad illos pertinere, quorum culpa, & vicio, *error* est commissus. Quapropter, si te in *errorem* induxerim; ne quid incommodi sentias, prospicere tenebor. Contra, si, quod plerumque accidit, tua praecipitantia, & facilitate, *erratum est*, neque meum officium, ut deregerem, aut exquirerem *errorem* tuum, postulauit; ipse damnum, tua culpa contractum, senties: ipse tuam culpam luere teneberis. Nec tamen commodius damnum refarcies, atque incommodo liberabis aduersarium, quam seruando pacta, ac promissa adimplendo, ad quae per *errorem* accessisti. Si enim discederes a pactiione, & illud, quod interest, praestare, & damnum refarcire mallet; longa dinumeratione, quid alter incommodi inde accipiat, comprobandum esset: res in magna, & ancipiti disputatione versaretur: fides promissorum, vinculum humanae societatis, solueretur. Igitur, qui sua culpa in *errorem* incidit, tenetur pactiione. Sed, si careas omnino culpa: & *probabili errore*, quem ne homo quidem idoneus & sapiens facile cauere possit, deceptus sis, atque ad paciscendum inuitatus; satis quidem debes, & infortunio, quod in *errorem* incidisti: nec tamen animaduerto, cur possis discedere a pactiione. Neque enim, si

natu-



naturam audias, aduersarium, cui nihil accidit, qui nihil commisit, sed tibi fidem habuit, atque omnia salua existimauit, cogere poteris, vt te sensu infortunii tui liberet, tua incommoda perferat, & fructu exuatur, quem ex tuo promisso expectabat. Vt ecce: cum tibi absenti procurator tuus persuasisset, exultas esse aedes tuas; idem etiam amici testarentur; tu, cum non dubitares de fide illorum, qui rem ad te retulerunt, emisti alias aedes, & pretium te soluturum, promissisti: sed postea intelligis, non tuas, sed vicini aedes igni periisse. In probabili errore versabaris, cum non haberes, quo minus procuratori & testibus crederes: aedes tuas conflagrasse; sed nec aduersarius peccauit, qui, cum res tuas ignoraret, tibi permisit, vt, quid faciendum sit, constitueres: emptione vero perfecta, rationes suas ita composuit, vt pretio adium suarum, a te promissio, sine suo incommodo, carere non posse videatur. Poteris tu quidem vel cum procuratore, vel cum fortuna, conqueri, quod cogaris adium pretium soluere, quas non emisisses, si saluas esse tuas aedes cognouisses. Sed infortunii tui partem in aduersarium transferre, aut a pactione discedere, naturali iure prohiberis. Nam præter ius aduersarii tui, etiam reipublicæ, & societatis, interest, sanctam esse fidem pactorum: & nullo facile titulo, aut excusatione, perturbari. Quod ni fiat; in lubrico erunt omnia: & moniti exemplo pacificantes semper in posterum timebunt, vt rata sint negotia, quæ pactione, & consensu, contrahuntur. Non ignoro, quid circa illud argumentum magnus PVFENDORFFIVS ^{e)} philosophetur. Ille tunc quidem, cum errorem meum, antequam res tradita fuerit, ipse deprehendam, & corrigam; æquum esse credit, vt mihi facultas pœnitendi concedatur. Sed illud hætenus verum est, si ne alter quidem, quem in spem adimplendæ fidei meæ pacto adduxeram, res suas ita ordinauit, vt sine suo incommodo, re a me promissa iam carere non possit. Nam potuit, etiam priusquam res promissa traderetur, spem aliquam ex tua pactione inchoare: quam si tu falleres, & frustrareris; damnum aduersario, nulla eius culpa contractum, immerenti afferre videris. *f)*

§. V.

Non ausim affirmare eandem semper regulam, vbi de errore respondendum esset, Ictos veteres secutos. Longum foret, per omnia capita ^{Ius erroris} variare. Sed pauca delibabimus: & primo, si in persona erratum fuerit, an ^{ex legibus ciuilibus Romanis.} valeat negotium? dispiciemus. VLPPIANVS L. 15. D. iurisd. „si per errorem alius pro alio Praetor aditus fuerit; nihil valere: neque qui errent, „illos in Praetorem consentire, existimat, cum nihil tam contrarium consensui, quam error, videatur. Et L. 2. pr. D. de iudic. illos demum

B 2

„con-

e) PVFENDORFF. I. nat. & gent. III. 6. 6.

f) GVNDLING. l. c.



„*consentire* in praetorem, qui sciant, se non subiectos esse iurisdictioni eius: ce-
 „terum, si *putent*, eius iurisdictionem esse; nullam fore iurisdictionem; cum, au-
 „ctore IULIANO, *error* litigantium non habeat consensum. „ Sed cum quae-
 „reretur, num valeant, quae Barbarius Philippus, seruus fugitiuus, praetor creatus
 per *errorem*, & pro libero habitus, in praetura, edixerat? VLPIANO *L. 3. D.*
de off. praet. aliter visum est: nihilque illorum reprobari placuit; cum potuif-
 set Populus Rom. si sciuisset, seruum esse, etiam seruo decernere hanc potestatem.
 Mihi quidem videtur VLPIANVS non recte responsi rationem reddidisse.
 Neque enim consequitur: cum *potuisset* Populus Rom. Philippo, etiam ser-
 uo, decernere praeturam: quod probabile sit, *voluisse* etiam populum hanc
 ipsi dare potestatem, quamuis seruum fugitiuum esse cognouisset. Sed cer-
 tius est, propter utilitatem publicam, & illorum, qui apud Philippum,
 vel lege, vel alio quodam iure, egerant: &, ne fides publica soluatur: ne
 lites ex litibus nascentur: neue publica negotia illo obtentu perturbentur;
 etiam illa, quae a seruo gesta sunt, seruari. Non multo secus HADRIA-
 NVS *L. 1. C. de testam.* rescriptit: „testes serui, an liberi fuerint, non
 „tractandum esse, cum eo tempore, quo testamentum signabatur, omnium
 „consensu, liberorum loco, quamuis per *errorem*, haberentur. „ Sed de
 illo argumento MENOCHIVS, *g)* BEYERVS, *h)* alii plerique, copiosius
 exposuerunt. In priuatis causis *error circa personam*, secundum iuris sub-
 tilitatem, vitiat negotium, quod subinde tamen, propter aequitatem, con-
 seruatur. Vt: si rem tibi tradidero, vt *meo* nomine Titio donares, & tu
 tuo nomine Titio dederis: Titius etiam, se rem a te donatam accipere, per
errorem crediderit: IAVOLENVS ait *L. 25. D. de donat.* „quantum ad
 „iuris subtilitatem, qui *erratum* est, rem accipientis factam non videri; sed be-
 „nignius esse, si agam contra eum, qui rem accepit, me exceptione doli
 „mali submoueri. „ Item, si procuratori meo rem tradideris, vt *mihi* ad-
 quireret; is ea mente acceperit, vt *suam* faceret; IULIANVS *L. 37.*
ff. 6. D. de A. R. D. nihil agi, respondit; sed si VLPIANVM *L. 13.*
D. de donat. audias, „nihil agit procurator dumtaxat in sua persona, sed res
 „mihi acquiritur. „ Hoc fere iure utimur, si *in persona* fuerit *erratum*.
 Sed si *in rebus*, de quibus inter nos agitur, *error* quidam nos perturbet;
 vtrum ille impedimento sit, ne negotium perficiatur, videamus. Et gene-
 ratim POMPONIVS *L. 57. D. de O. & A.* „In omnibus negotiis
 „contrahendis, siue bona fide sint, siue non sint, si *error* aliquis interue-
 „niat, vt aliud sentiat, qui emit, aut conducit; aliud, qui cum his contra-
 „hit; *nihil valere*, quod actum est: & VLPIANVS *L. 116. ff. 2. D.*
de R. I. qui errant, illos *consentire* non videri: & in primis PAPINIA-

„NVS

g) MENOCH. de arbitr. iud. quast. I. qu. 75. p. 51.
 acad. XV. sect. I. n. 7.

h) BEYER. dissert.

„*NVS* L. 76. *D. de R. I.* In totum omnia, quæ animi destinatione peragenda sint, non nisi *vera & certa* scientia, perfici posse, censuerunt. Speciatim, si de corpore per errorem dissenserimus, & tu me in vacuam possessionem fundi Cornelianî miseris, ego me in Sempronianum missum esse, putauerim, & in Cornelianum iero; nisi in nomine tantum errauerimus, ne possessionem quidem mihi adquiri, putat *VLPIANVS* L. 34. *pr. D. de A. vel A. poss.* quia errans adquirere non posse videatur: tantum abest, ut negotium perfici putemus, in quo ne quidem de corpore utriusque sententia concurrat. Si igitur me fundum Cornelianum emere crederem, tu mihi Sempronianum vendidisti: aut ego me Stichum emere tu Pamphilum absentem vendere putasti; cum in corpore dissentiamus, auctore *VLPIANO* L. 9. *D. de contr. empt.* nullam apparet esse emptionem. Sed *VLPIANVS* ab errore in corpore errorem in substantia seiangit, quem L. 9. §. 2. *D. de contr. empt.* & L. 14. *D. eod. tit.* etiam errorem in qualitate, & materia, appellat. „Nullam, ait, esse venditionem, si in substantia, id est, materia & qualitate fuerit erratum; quia aliud pro alio venisse videatur. Sed interest, utrum in genere materiae, an tantum in specie, erremus. Neque enim necesse est, ut de specie consentiamus. Ut: si putarem, me virginem emere, cum iam esset mulier; emptio valebit: quia in sexu non erratum L. 11. §. 1. *D. de contr. empt.* & si acetum pro vino veniat; erit emptio: si modo vinum acuit, nec fuerit ab initio acetum, L. 9. §. 2. *D. d. tit.* Neque si aurum fuerit deterius, quam emptor existimavit: aut si viriola, quæ aurea videbatur, aliquid auri habeat, quamvis magna ex parte aenea esse deprehendatur; distrahetur negotium; sed emptio valebit, si *PAVLLVM* L. 10. *D.* & *VLPIANVM* L. 14. *D. de contr. empt.* audiamus. Contra, si vinum non acuit; sed fuit ab initio acetum, quod pro vino vendebatur: L. 9. §. 2. *D. d. t.* vel tu puerum emere existimasti, ego mulierem venderem, L. 11. §. 1. *D. d. t.* vel aes, pro auro, veneat: vel mensam argento coopertam pro solida, mihi ignoranti, ipse ignorans, vendidisti; nihil actum est: & data eo nomine pecunia, auctore *IULIANO*, condicetur, L. 41. §. 1. *D. de contr. empt.* *PAVLLVS* praeterea, utrum in re principali, an in accessionibus, erratum fuerit, distinguit; & si non intelligatur, quid ex pluribus rebus accesserit, cum de alia re venditor, de alia emptor cogitasset; nihilominus emptionem fundi valere arbitratur, L. 34. *pr. D. de contr. empt.* *POMPONIUS* etiam L. 52. *D. locat.* si in constituendo pretio error nos aliquis confundat; ut: si ego decem tibi fundos locem, tu autem existimes quinque te conducere; nihil actum esse censuit. Ex quibus rebus intelligitur, maiorem veteres errori, quam praecepta naturæ coniuncta postulare videbantur, veniam dedisse.



§. VI.

*Error cir-
ca ritulum,
ex quo domi-
nium trans-
fertur.*

Sed, si ne de ipso quidem *negotio*, quod gerimus, consentiamus; res disputatione non indiget: sed constat, *errorem* prohibere; ne illud, quod inchoatum est, perficiatur. Inprimis in *transferendis dominiis* tanto diligentius observatum est, ne per *errorem* proprietas transeat; quanto magis publice interesse videbatur, non temere iactari dominia: sed cum cura quadam & providentia adquiri. Hinc PAVLLVS L. 31. pr. D. de A. R. D. *nuda* traditione non transferri dominia, praecepit: sed ita si venditio, aut alia *iusta causa* praecefferit, propter quam traditio sequatur. Sed *iusta causa* non praecedere intelligitur; nisi secundum IAVOLENV M L. 55. D. de O. & A. in illis, quae dominium transferunt, ex utraque parte *affectus* contrahentium concurrat. Nam siue ea *venditio*, siue *donatio*, siue quaelibet causa contrahendi fuit; nisi animus utriusque *consentit*, negotium non perficitur. Hinc fere is, qui *nescit*, rem, quae apud se est, sibi esse donatam: vel missam sibi, non accepit; teste PAVLLO L. 10. D. de donat. dominium non adquirere videtur. Discederem ab hoc loco; nisi id notandum videatur: quod interdum, si alia *causa idonea* non subfit, ex qua proprietas transeat; etiam *sola* domini *voluntas*, id agentis, ut dominium in accipientem transeat, non dissentiente altero, in locum *causae idoneae* succedat. Neque enim IUSTINIANO aliquid magis convenire naturali aequitati visum est, quam *voluntatem* domini, volentis rem suam transferre, ratam haberi: quare cuiuscunque sit res corporalis, tradi potest, & a domino tradita, alienatur. §. 40. I. de R. diu. Quod etiam GAIVS L. 9. §. 3. & 7. D. de A. R. D. probavit: & praeterea de missilibus monuit, quod qui illa iactavit in vulgus, quamvis ignoret, quid eorum quisque excepturus sit; tamen eum, qui exceperit, dominum faciat: quia ab initio, eius esse, qui exceperit, *volebat*. *Voluntas* igitur domini, qui *putat*, se habere iustam causam, cur proprietatem transire patiatur, sufficit alteri, non obliuctanti, ad *dominium iure civili adquirendum*. Operae pretium videtur, id docere per exempla. Ut ecce: si quis sub conditione promisit pecuniam, sed dedit ea lege, ut, si conditio extitisset, pecunia in solutum cederet: nulla, praeter *voluntatem domini*, subest causa idonea, cur proprietas transeat: cum docente VLPIANO L. 213. D. de V. S. pendente adhuc conditione, nec cessisse dies, nec venisse videatur; & tamen, etiam antequam conditio existeret, pecuniam accipientis factam esse, POMPONIVS L. 16. D. de solut. respondit. Neque multo secus VLPIANVS L. 7. §. 3. D. de iur. dot. cum mulier dotem ante nuptias ita dedisset, ut *statim viri res fierent*; condicere eas, inquit, mulier misso nuncio debet. Sed vindicare illas non poterit: quia *voluntate* mulieris proprietas transisse in maritum videatur. De qua re tantum abest, ut

CAL.



CALLISTRATVS dubiter; vt potius, nisi euidenter aliud actum esse intelligatur, credendum existimet, id agi, vt res sponsi fierent; &, si nuptiæ non secutæ fuerint, reddantur, *L. 8. D. de iur. dot.* Imo vero, quamuis nec vir, nec vxor, nec nuptiæ, nec *dos* intelligantur, si contra præcepta legum coierint, *§. 12. I. de nupt.* tamen etiam, si iuris auctoritate matrimonium constare non possit, non *vindicari* quidem rem, dotis loco traditam; sed iure condictionis restituendam esse dotem, ANTONIVS *L. 1. C. de condict. ob caus. dat.* & DIOCLETIANVS *L. 7. C. de interd. matrim.* rescripserunt. Non opus est, vt te multis detineam. Ipsa *indebiti solutio*, cum tu putares, te ex causa crediti, nummos tradere, transfert dominium; quamuis postea nulla iusta causa subsuisset intelligatur. Quapropter IUSTINIANVS *§. 1. I. quib. mod. re contrah. oblig.* non vindicari indebite solutum, sed condictionis actione repetendum, docuit. Quod etiam a V. C. GERARDO NOODT fuisse obseruatum intelligo. ⁱ⁾ Enim vero, si nulla alia subsit *caussa idonea*; tanquam ex *donatione* dominium transibit: quia secundum PAVLLVM *L. 53. D. de R. I.* „cuius per errorem dati est repetitio; eius consulto dati donatio videtur, & secundum PAPINIANVM *L. 29. D. de donat. & L. 82. D. de R. I.* „id donatur, quod nullo iure cogente conceditur:“, quamuis illa donatio subinde sub certa conditione (etiam tacita) solvatur, *L. 1. pr. D. de donat.* atque aliquando, quod traditum est, conditione repetatur.

§. VII.

Hactenus expositum est, non nisi ex iusta causa, quam veram putent contrahentes, dominium transferri: & dissensum in causa, ne res adquiri possit, prohibere. Sed ne vfucapi quidem posse res tradita videtur, nisi causa præcesserit, & de illa contenerit inter contrahentes. Quamquam enim, secundum NERATIUM *L. 5. D. pro suo*, „quilibet vfucapiat, quod, cum suum existimaret, possederit,“, hoc tamen ita interpretandum est, vt *probabilis error* possidentis vfucapionem non impedire videatur: ceterum IUSTINIANVS generatim *§. 2. I. de vfucap. errorem falsæ causæ* vfucapionem non parere, affirmat: veluti, si quis, cum non emerit, emisit se existimans, rem possideret; cum præterea in emptione & tempus, quo contrahitur, & illud, quo res traditur, inspicendum esse, PAVLLVS præcipiat, *L. 2. pr. D. pro emt.* Igitur nec pro derelicto, quod falso existimaueris derelictum esse, *L. 6 pr. D. pro derelict.* neque pro legato vfucapies, quod, legatum esse falso putauisti *L. 2. D. pro legato*. Denique & pro donato is demum vfucapiet, cui res vere tradita fuerit animo donandi. Nec sufficit opinari, sed & donatum esse, oportet.

i) GERARD NOODT de forma emendand. dol. mal. cap. XV. pag. 380.

oportet, si *PAVLLVM L. 1. pr. D. pro donat.* audiamus. Sed finge, quod *donata* tibi fuerit res aliena, quam tu *mutuo datam* arbitreris: si postea, detecto errore, corrigas opinionem, & cum intellexeris, donandi animo tibi traditam fuisse, *pro donato* possideas; an *vsucapere* possis, videamus. Et videris *pro donato vsucapere*: nisi forte timendum sit, ne credaris tibi ipsi *causam possessionis mutauisse*; quum, quod *quasi mutuum* accepisti, deinceps donatione intellecta, malueris *pro donato* possidere. Neminem enim sibi ipsi *causam possessionis* mutare posse, a veteribus, teste *PAVLLO L. 3. §. 19. D. A. vel A. possess.* praeceptum est. Sed certius est, te tibi ipsi *causam possessionis* non mutasse. Bona enim fide, accepisti *quasi mutuum*, atque, ex voluntate domini, deinceps *pro donato* possidisti. Sed, quod vulgo dicitur, ipsum sibi *causam possessionis* neminem mutare posse: haecenus verum est; si quis sciens, se bona fide rem non possidere, lucri faciendi causa possidere inciperet. Ita enim *IULIANVS L. 33. §. 1. D. de vsurp.* respondit. „Hoc etiam in causis similibus subinde obseruatum est. Vt ecce; si quis emerit fundum sciens, ab eo cuius non erat; *pro possessore* possidebit. Sed si eundem a domino emerit; incipiet *pro emptore* possidere, nec videbitur, sibi ipsi *causam possessionis* mutauisse. Idem iuris erit, etiamsi a non domino emerit, cum eum esse dominum existimaret. Idem hic, si a domino heres institutus fuerit, vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum *pro herede* possidere, nec videbitur *causam possessionis* sibi mutauisse.„ Detecto igitur errore, *pro donato* vsucapies, quod antea *quasi mutuum* cepisti possidere.

§. VIII.

*Lex XVIII.
D. de R.C.
exponitur.*

Habes iam fere omnia, opinor: ut iam facile de IULIANI, VLPIANI que dissensu sententia dici posse videatur. Sed primum de *VLPIANO* videamus. „Si ego, inquit, *pecuniam tibi quasi donaturus dederam, tu quasi mutuam accipias*; *IULIANVS scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum.*„ *CVIACIVS* ^{k)} causam, de qua hac lege disputatum est, esse scholasticam credidit; id est, quales studiosis rhetorices olim dari solebant declamandae. Neque enim affirmare audet, posse eiusmodi speciem subinde etiam in foro obuenire. Sed aliter certe *TRIBONIANO* visum est, qui titulo *de reb. cred.* illam disputationem inseruit: ut daret iudicibus regulam, quam, si quid tale euenisset, sequerentur. *Graeci* etiam ex vsu esse putauerunt, si & ipsi huius controuersiae modum definirent: & cum vix aliud quidquam, quod ad forum non spectaret transcriberent; *libro 23. L. 18. Βασιλικῶν* ^{l)} *VLPIANI* legem his fere verbis expref-

^{k)} *CVIAC.* ad lib. XII. dig. tit. I. num. 18. edit. *FABROTTI* T. IV. part. I. pag. 709. ^{l)} edit. *basilic.* *FABROTT.* T. III. p. 225.

Expresſerunt: Ἐὰν ἐγὼ μὲν ὡς δαπάνητος δώσω, σὺ δὲ δεξή ὡς δανειζόμενος, ὁ δὲ δέσπονός ἐστίς σου, καὶ ὁ γινέται σὺ δὲ τὰ νομίσματα ἐπὶ δαπάνῃ δώσω, ἔχεις δόλῳ παραγραφὴν, ὡς κατὰ γνώμην μὴ δαπάνηςας. Ad quem locum illud monendum est: τὸ δανειζέσθαι, non *foenus*; sed *mutuum gratuitum*, in quo usuras nemo promiserit, notare; quamvis plerumque *græci* ἐπὶ μεγάλῳ τόκῳ adiciant: vel, si nihil addiderint, *foenus* intellexisse videantur. Sed *VLPIANVS* non de *foenore*, sed de *mutuo* disputat. Quod adducendum fuit, ne quid nos postea perturbet. Ergo & *Græci* intellexerunt, posse aliquando accidere, ut ille, cui *donatum est*, se rem quasi *mutuam* accepisse, arbitretur. Neque difficile fuit, illud affirmare, si *SCHILTERVM* ^{m)} audiamus, qui hanc speciem proponit: „rogasti me absentem per litteras, ut tibi centum crederem. Misi pecuniam per nuncium tuum, cum epistola, *quasi donatus*; tu, instrumento donationis a nuncio tuo amisso, pecuniam, *quasi mutuam* accipis; cum me pæniteret donationis, & epistolam meam perditam, comperissem: repero nummos traditos rei vindicatione. Tu interim ex reperta epistola mea cognovisti, me donare voluisse; & donationis vteris exceptione. Haftenus *SCHILTERVS*. Habes igitur donatarium, qui rem donatam, quasi mutuam accepit. Sed quaerit *VLPIANVS*: an donatio sit, quod gestum est inter contrahentes? Et *IULIANO* consentit, qui scripserat: *donationem non videri*; seu, quod deinceps apparebit, donationem, ex accipientis parte, initio *perfectam*, & *expressam* non fuisse. Accepisti primum caput controversiae, quam *VLPIANVS* discepavit. Quaeris rationem? Illam *CYRACIVS* a *IAVOLENO* *L. 55. D. de O. & A.* indicari credit: „qui in omnibus rebus, quae dominium transferant, & eximie, in *donationibus*, nisi animus utriusque contrahentium *consentiat*, atque in unam sententiam concurrat, nihil illorum valere, quae gesta sunt, respondit. Sed accipiens rem, quae animo donandi mittebatur, non *donatam*, sed *mutuam* esse credidit; ut de causa dissensisse videantur. *SCHILTERVS*, ne *postea* quidem, ex mente *VLPIANI*, donationem stricto iure perfici putavit, atque ex *L. 210. D. de R. I.* rationem, & *LUCINII RVFINI* sententiam, repetit: „quae ab initio inutilia sint, ex post facto, conualescere non posse. Quod an verum sit, deinceps locus erit exponendi. Sed quidquid illorum fuerit; certe secundum *PAVLVM* *L. 69. D. de R. I.* „inuito beneficium non datur; atque uti, nemo „ignorans & inuitus donat, *L. 10. C. de donat.* ita, nec liberalitas nolenti „adquiratur, secundum *VLPIANVM*, *L. 19. D. de donat.* Ergo donatio esse non videtur. Sed an *mutua sit*, videndum: pergit *VLPIANVS*: & puto, nec *mutuam esse*. Putat *VLPIANVS*, non certum, & expedi-

tum

^{m)} *SCHILT.* exercit. ad ff. *L. XII. tit. I. de R. C.* thes. 37.



tum habet: rem esse ancipitem agnoscit. Sed putat: non esse *mutuum*: quamvis ille, qui nummos tradiderat, etiam plus dare voluerit, quam mutuum: habueritque animum donandi. Obstat enim *CELSVS*, qui *mutuum*, nisi inter *consentientes*, fieri non posse, *L. 32. D. de R. C.* affirmat. Et *IVLIANVS* etiam *L. 19. pr. D. eod. t.* videtur prohibere, qui: „Non omnis, inquit, numeratio eum, qui accepit, obligat; sed quoties id ipsum agitur, *ut alter confestim obligetur*. Sed donator non dedit hoc animo, ut accipientem obligaret. Neque igitur *quasi mutuum*, quod gestum est, valebit. Plus dicit *VLPIANVS*: *magisque*, inquit, quasi non in illo subsistat, quod nec *donationem* esse, nec *mutuum*, responderit: quasi longius progrediatur: *magisque*, qua fere particula veteres dissensionem, quam ab aliis faciunt, subinde solent indicare, *magis* igitur, quidquid alii, atque ipse *IVLIANVS*, in partem contrariam disputent, *nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit*. Neque enim videbatur, nisi ex iusta causa, consensu constitutum posse dominium transferri. Qua propter cum nec tu in donationem, nec donator in mutuum consenserit, & præterea dominium, teste *PAVLO l. 3. §. 4. D. de a. vel a. poss.* nisi ex una duntaxat causa, in quam uterque consenserit, non transeat; nec acquirere aliquid accipientem, nec valere illorum aliquid, quæ acta sunt, putavit. Quoniam igitur dominium non transit, quomodo recuperare, quod tuum est, possis, deliberandum est. Si extet pecunia, quam donandi animo dederas, qua actione experiri possis, *VLPIANVS* non definit: rem in medio relinquit. *CVIACIVS* rei vindicatione utendum esse existimat, quum dominium quod in alterum non transit, apud te residere videatur. Et puto ex mente *VLPIANI*, recte *CVIACIVM* sensisse. Sed de pecunia consumpta pergit *VLPIANVS*: „*si nummos consumpserit, licet conditione teneatur: tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem domini nummi sunt consumpti*.“ Duo respondet *VLPIANVS*, & quasi utrumque litigantium armat & instruit: *condictione* donatorem, qua petat illum, cui rem tradidit: & *exceptione doli* donatarium, qua defendat impetum petentis. De *condictione* prius disputemus. Si eos consumpserit, inquit *ICTUS*, *licet conditione teneatur*: ergo ex ipsa consumptione nascitur *condictio*: cum rei vindicationi, re non amplius extante, locus esse non possit: nec ad exhibendum agi posse videatur. Non enim *mala fide* consumpseras, qui *mutuum* tibi datum esse errore probabili opinaberis. Ita ius esse *VLPIANVS L. 11. §. 2. & L. 13. pr. D. de R. C.* respondit. Sed qua *condictione* usurum esse dominum? dicemus. Quibusdam visum est, *mutuum*, quod antea non erat, vel constitui, vel certe perfici, *consumptione*: adeoque accipientem *condictione certi quasi ex mutuo*, teneri. ⁿ⁾ Vocant enim *VLPIANVM* in

ⁿ⁾ *LYNCK.* ad inst. II. 8. §. ult. p. 108. *SCHILT.* l. c. th. 40. *DUAREN.* in C. h. l. c. 2.

in partes, qui *L. 13. D. de R. C.* „si fur, inquit, nummos alienos tibi creden-
 „di animo dederit, nummos accipientis non facit; sed *consumptis illis nascitur*
 „*condictio.*” Certius est, *mutuum*, quod nec antea valebat, *non perfici con-*
sumptione. VLPPIANVS enim nec transiisse dominium, putauit. Quapro-
 pter, si PAVLLVM *L. 2. §. 2. D. de R. C.* præcipientem audiamus, quod ex
 meo tuum non factum fuerit, mutuum esse non videtur. Præterea CELSVS
 etiam *L. 32. D. eod. t. mutuum*, nisi inter *consentientes* fieri non posse, arbi-
 tratur. Ergo cum dissenferit dominus, non videris *ex mutuo* teneri. Sed de
condictione indebiti videndum. Et expeditum est, quamuis affine sit *indebi-*
tum mutuo; tamen non repeti posse, quod tibi datum est, *indebiti condictio-*
ne. POMPONIUS enim *L. 7. D. de indeb. cond.* quod *per errorem* solui-
 tur, *indebitum* repeti, præcepit. Sed si *sciens*, te non debere, solueris; VLP-
 PIANVS *L. 1. D. d. t.* monuit, cessare repetitionem. Igitur, cum tu neque
per errorem, sed *sciens*, & consulto, neque *quasi debitor*, sed exercendæ li-
 beralitatis causa, nummos tradideris; non recte repetere *indebitum* videris.
 Cuius enim *per errorem dati* repetitio, eius, si PAVLLVM *L. 53. D. de R. I.*
 audiamus, *consulto dati*, *donatio* videtur. VLPPIANVS igitur, si quid recte
 intelligo, passus est, te *condictione sine causa* experiri. Neque *donationis*
 enim *causam*, nec *mutui*, perfectam fuisse, cum rem donatam, quasi mutuam
 acciperes, VLPPIANVS arbitratur. Ego *condictioni sine causa* locus est:
 quam generatim VLPPIANVS, atque AFRICANVS, *L. 1. §. 4. D. de cond.*
sine caus. concesserunt: neque, vtrum promiserit quis sine causa, an dederit:
 ab initio, sine causa res tradita, an causa non secuta sit: ab utraque, an ab al-
 tera duntaxat parte causa defecerit, & res redierit ad non iustam causam; di-
 scrimen admiserunt. Eleganter CELSVS *L. 32. D. de R. C.* rem totam ex-
 plicat: „&, quamuis tibi mutuum non dederim, tamen, quia mea pecunia ad
 „te peruenit, eam mihi a te reddi, *bonum & æquum* esse; teque *condictione*
sine causa compellendum esse, arbitratur. Ex *bono & æquo* igitur *condictio*
sine causa nascitur, vt lucrum *iniquum* habentibus extorqueamus: neue illos,
 qui *sine causa* acceperant, cum damno nostro fieri locupletiores patiamur.
 Hoc probabili obtentu VLPPIANVS, *donatorem*, quod ex causa, non omnino
 perfecta, tradiderat, petere posse arbitratur.

Sed de *accipiente* videamus. *Licet condictione*, inquit, *teneatur*, ta-
 men *doli exceptione* uti poterit, quia *secundum voluntatem dantis nummi*
sunt consumpti. Enimuero donator, dum repetit pecuniam, quam donandi
 animo dederat; *condictionem ex æquo & bono* descendente, in occasionem
fraudis trahere, & lucri faciendi animo uti remedio videtur, quod propositum
 fuerat a legislatoribus, vt obicem hominibus cupidis opponerent, atque ini-
 quum lucrum prohiberent. Neque enim donator suspicionem *fraudis* diluet,
 qui *factum suum* impugnabit, & quod illo consilio dederat, vt accipientis fa-



ceret, abusus eius errore, & modestia, reposcet. Ne patri quidem *VLPIANVS* ignoscebat, qui post mortem filiae suae ausus fuerat, *aduersus factum suum*, quasi non iure illam emancipasset, controuerisiam mouere: & *l. 25. pr. D. de adopt.* durum illud esse, & acerbum, arbitratur. Neque enim, qui rem donatam, quasi mutuam accepit, cum donatoris damno locupletior fieri videtur; cum sua illud, si quod est, damnum, culpa, sua voluntate donator sentiat; ideoque illud omnino non sentire censeatur. *SCHILTERVS* ^{o)} vel ex hac causa *condictionem* donatoris *doli exceptione* ab *VLPIANO* infirmari putat; quia *donationem* etiam alter, re comperta, *consumendo acceptasse*, & quidquid antea vitii fuerit, purgasse videatur. Sed pignore certarem, illud *VLPIANO* in mentem non venisse. Nam si *acceptatam* consumendo *donationem* credidisset; apparet, non *doli* duntaxat *subsidiaria exceptione*, sed & rei *donatae* titulo, illum, cui res tradita fuerat, defendi potuisse. Illustr. *SAMUEL STRYKIVS* ^{p)} vel ex hac sola ratione *exceptionem* dari credidit, quia *PAVLLVS* atque *ARRIANVS l. 47. D. de O. & A.* vt faciliores simus ad liberationem, praeceperunt. Sed sola iudicantium facilitas, nisi aliud quidquam causae sublit, actorem aequa postulantem, vix repellit. Si rem ob origine repetas, *doli exceptionem* praetor proposuit, ne cui *dolus* suus, per occasionem iuris civilis, profit contra *naturalem aequitatem*. Id enim *PAVLLVS l. 1. §. 1. D. de dol. mal. except.* indicauit. Hinc actorem, qui *donationem* ex iuris subtilitate, infirmabat, factumque suum *condictione* impugnabat, *VLPIANVS* censet *exceptione doli* repellendum. Et habet rationem *VLPIANI* sententia, quod *doli exceptionem* concedit: cum *pacti*, quod *dissensu* contrahentium perturbatum existimabatur, *exceptio* dari non posse videretur; in cuius locum fere *doli exceptio* succedit. Qui enim *pacti exceptione* uti nequeunt, illos poscente *aequitate*, tamen *exceptione doli* vsuros, *IVLIANVS* scribit, & reliqui plerique consentiunt, teste *VLPIANO l. 10. §. 2. D. de pact.* Et generatim, cum aliquid factum ab actore, quod fieri non oportuit, aut cum aliquid petit, quod *exceptione elidi* potest; secundum *PAVLLVM*, atque *VLPIANVM, l. 20. D. de except. & l. 2. §. 5. D. de dol. mal. except.* agentem *doli exceptio* repellit. Hinc fere cum pupillo solui, & delegari, sine tutoris auctoritate nequeat; tamen si soluerit ei debitor, & nummi salui sint, petentem pupillum, cum *solutionis exceptione* non posset, debitor *exceptione doli* submouebit. Id enim *PAVLLVS l. 15. D. de solut.* praecepit. Ne te diutius teneam; donatorem, qui *donationem* imperfectam aduersus factum suum impugnabat, *doli exceptione* etiam *IAVOLENVS l. 25. D. de donat.* repulit, & quid indicaret *VLPIANVS*, vere prauiuit verbis conceptis: „Si rem, inquit, tibi dederim, vt meo nomine Titio dares tuque tuo nomine dederis; quantum ad iuris subtilitatem, accipientis facta non vdetur; sed be-

„nignius

^{o)} SCHILT. l. c. thes. XL.

^{p)} STRYK. ad LAVTERBACH. h. t.

„nignius est, si agam contra eum, qui rem accepit, me *exceptione doli mali* submoneri. Ergo *doli exceptione* repellitur, qui factum suum *contra equitatem* impugnauit. *Labeo doli exceptionem* mitigat subinde, & *præscriptione in factum data*, actorem, res donatas repetentem, excludendum arbitratur. „Si quis statuat, inquit, in municipio ea mente posuit, ut ea municipii esset, & postea illam repetit, excludi eum oportet, *præscriptione in factum data*, l. 23. *D. de except.* Perinde, ut contra illos, quibus reuerentiam debemus, si doli exceptio competat, excipiendum esse *in factum* *VLPIANVS l. 4. §. 16. D. de dol. mal. except.* tradidit. Iniquum igitur videtur, quod animo alienandi & donandi tradideras, reposcere a possidente. Quapropter, ex mente *VLPIANI*, quæ ab initio non perfecta erat donatio, exceptione confirmatur, atque conualefcit.

§. IX.

Accepisti mentem VLPIANI; sed magistrum artis, cui & *VLPIANVS* *Ment. IV-* plerumque obtemperat, quemque & nos sequendum arbitramur, *IVLIANVM* *LIANI ex L.* audiamus. „Cum in corpus, inquit, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non video, cur inefficax sit traditio? „Ne credas partium studia a *IV-* *LIANO*, *VLPIANVM* seiuuissæ Repugnat enim *IVLIANI* humanissimi *LIANI ex L.* *ICTI*, ingenium: & quæ relicta sunt, comprobant: non auctoritate respondentium, sed consilio ipsum, & rationibus, moueri. Quamuis enim *l. 5. D. manum. vind. IAVOLENV*M, ex *SABINIANORVM* schola *ICTum*, laudet præceptorem suum, & cum alibi passim, tum *l. 3. §. 6. D. de lib. & posth. SABINI & CASSII*, & *l. 9. §. 1. D. de stip. seru.* certe *CASSII* dicatur sententiam secutus; tamen ubi res postulare visa est, *l. 6. §. 1. D. de lib. & posth. SABINIANOS* deseruit: & præferre opinionem *PROCVLI* maluit; quam partibus, & præceptoribus dare, quod veritati detraxisset. Remota igitur ambitione, in rationem, omnia exquirat, non putat tantum, ut *VLPIANVS*, non hæret in lubrico; sed, ut *TULLII* verbis utar, quasi explicasset, atque excussisset omnem intelligentiam suam, & prouidenter circumspexisset, confirmato animo, non animaduertit, cur inefficax sit traditio, quamuis dissentiam in causis contrahentes.

Sed forte *IAVOLENVS*, *IVLIANI* præceptor, te perturbat, qui *l. 55. D. de O. & A.* „in omnibus causis, quæ dominium transferrent, siue donatio „sit, siue quælibet alia causa contrahendi, nisi animus utriusque consentiat, „perduci ad finem, quod inchoatum est, non posse, arbitratur. „Permittit enim *IVLIANVS*, ut transferatur dominium, quamuis dissentiamus in causis transferendi. Contra *IAVOLENVS* nihil ratum habet, nisi de titulo & causa conuenerit inter contrahentes. Nec tamen existimo, *IAVOLENO IVLIANVM* hoc loco controuersiam mouere. Ne quis illam suspicionem concipiat



animo, pergit IULIANVS: „*veluti, si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi: nam & si pecuniam numeratam tibi tradam, donandi animo, tu eam, quasi creditam accipias, constat, proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi, atque accipiendi, dissensimus.*” Constat, inquit, proprietatem ad te transire: ut intelligatur, de illo argumento non ambigi: hoc ius certum esse, eoque uti ciuitatem: cum IULIANVS contra putet duntaxat, atque ab opinione communi se seiungat. Constat, si alter donandi animo dederit, tu quasi mutuum acceperis, quamuis alter causam, ex qua nihil reddi debeat, intellexerit, alter de causa senserit, ex qua res esset in genere reddenda; non impedimento esse dissensum, quo minus proprietas in accipientem transferatur. Hoc ius expeditum esse, & certum, IULIANVS, arbitratur. Hinc igitur colligit: multo magis, si vterque aliquod negotium, quod eandem obligationem contineat, tractari & subesse existimauerit, dominium transire; quamuis in causis specialibus interuenerit dissensus. Veluti, cum alter ex testamento, alter ex stipulatu deberi fundum crederet, sed vterque tamen iure perfecto, deberi rem existimaret. Nolim igitur censeas, quod omnem traditionem IULIANVS, de cuius causa fuerit aliquis inter nos dissensus, ratam esse iubeat, & sufficere existimet, si in corpus consentiamus; quamuis inter nos plane non conueniat de causis. Illud enim oppido falsum est; nec potuisset a IULIANO, tanquam sententia communis, & recepta, explicari. Quapropter fallitur omnino STRYKIVS, q) qui hoc solo perfici negotium putauit, quod vterque & donans, & quasi mutuum accipiens, id egerint, ut dominium in accipientem transferatur. Supra enim a nobis comprobatum est: proprietatem, nisi ex causa idonea, in accipientem non transire: & si tradens, rem abscisse, aliaque causa non adiecta, velit accipientis fieri; donationis certe, cui accipiens non obliuiscitur, aliquam speciem subesse. Ausim affirmare, nunquam IULIANO in mentem venisse, quod dominium transferri possit, quamuis in nullam omnino causam consentissent contrahentes. Sed ostendunt species subiectæ, tunc demum ex IULIANI sententia dominium transire, si non solum de proprietate transferenda; sed etiam de generali quadam causa, sine qua nunquam dominium transfertur, conueniat inter contrahentes, quamuis in specialibus titulis dissentiamus. Ut ecce: cum alter ex testamento, alter ex stipulatu rem deberi, quæ traditur, existimaret; vterque generatim rem creditam esse, & deberi arbitrabatur; quamuis ex altera parte; in causis credendi, & debendi, error quidem nos perturbauerit: item: cum tu donandi animo traderes, ego quasi mutuum acciperem; de eo inter nos conuenit: liberalitatem, cui, & in donatione, &

q) STRYK. ad LAVTERBACH. l. c.

in mutuo locus est, a te exerceri, & *negotium gratuitum*, inter nos contrahi; quamvis de liberalitatis specie dissentiamus. IULIANVS igitur ait: sufficere, si de *generali* quadam *caussa* transferendi domini consentiamus. Quæ sententiæ habet rationem, cum & supra a nobis, ubi de *errore in substantia*, & *qualitate*, disputatum est, ostensum fuerit: *generali* etiam perfici negotia *consensu*; quamvis inter contrahentes non conveniat de *speciebus*. Vt ecce: cum in sexu erratum est: tu *puerum* emere putares, ego *mulierem* venderem; nulla emptio, nulla venditio intelligitur: quia ne de *genere* quidem inter nos convenit. Sed, „si ego me *virginem* emere putarem, cum esset iam *mulier*, ait VLP-
„NVS, valere emptionem: quia in sexu non erratum, L. ii. §. i. D. de „*contr. empt.* seu, quod idem est, quia sufficit, de *genere* nos consentire; quamvis de *speciebus generis* in partes diuersas abeamus. IULIANVS igitur recte, si alter *donandi* animo dederit, tu *quasi mutuum* acceperis, transferri dominium, respondit; quia quamvis in *specie dissenserint*, tamen in *genus* quoddam liberalitatis contrahentes *consenserunt*.

§. X.

Hæc tractata sunt, ut quid inter IULIANI, atque VLPIANI senten- *Quid inter*
tiam intersit discriminis, intelligatur. DVARENVS, nullam esse inter illos IULIANVM
controuersiam, iudicat: alterum de *dissensu ex errore*, alterum de *dissensu*, & VLPIA-
cuius uterque sibi sit conscius, & quem *destinatum* appellare quis possit, *dispu-*
tare. *) Sed illustris ICTUS studio pacis nimium indulsit: & non attendit, IV-
LIANVM de his, qui *crederent*, & *existimarent*, se ex alia causa dare, at-
que accipere; VLPIANVM de illis, qui *alia opinione*, ac datum esset, ac-
ceperint, in lege adducta respondere. Quæ utriusque verba, nullam, nisi *er-*
roris, interpretationem recipere videntur. Igitur, non de *dissensu* illorum,
qui pugnant inuicem atque *contradiciunt*; sed de *errore*, qui prohibet *consen-*
sum, quamvis litem ab initio non pariat, inter utrumque ICTum disceptatur.
CUIACIUS *) ad duo capita retulit, IULIANI, atque VLPIANI disputa-
tionem. Primo IULIANVM scribere, teste VLPIANO: si alter animo do-
nandi tradiderit, alter quasi mutuum acceperit, donationem non videri. Con-
tra, largiri quidem VLPIANVM: quod *ab initio* non sit donatio; sed existi-
mare, quod *donatio exceptione doli mali conualescat*. Habes primum caput
controuersie tractatæ. Deinceps IULIANVM disputare: quod mutuum con-
tractum, & dominium translatum sit; quamvis alter alia mente, ac datum fue-
rat, accepisset. VLPIANI vero sententia: nec *mutuum* esse; magisque num-
mos non fieri accipientis. Falso. Tacet IULIANVS de *mutuo*: quod etiam
CUIACIUS agnoscit; & se tamen *audacter affirmare*, profitetur: quod IULI-
ANVS crediderit, esse *mutuum* contractum. Neque SCHILTERVS mul-
tum

*) DVAR. in C. Si cert. pet.

*) CUIAC. ad dig. l. c.



tum a CUIACIO discedit; sed neutrum Ictum dubitare, credit, quod accipiens *conditione personali* teneatur. De *rei vindicatione* duntaxat nummis extantibus VLPPIANVM cum IVLIANO controuersiam, atque dissensionem, exercere. *Audacter* certe *magnus* CUIACIVS definiuisse modum controuersiae videtur. Enimvero res tota fere ita accipienda est: IVLIANVS ait, quamuis in causis dandi, atque accipiendi dissenserint, tamen translatum dominium videri: quia vtriusque sententia generatim, in contrahendum negotium gratuitum, concurrat: & consensum in idem genus negotii sufficere, vt proprietas transeat; quamuis de causis specialibus non conueniat inter contrahentes. Ita enim sensisse IVLIANVM, subiectæ ab ipso species videntur comprobare. De *mutuo* nihil adiecit IVLIANVS. Et quamuis, *donationem* non esse, scripserit; hoc tamen ita intelligendum est, vt ab initio *donatio*, *utrinque expressa*, non esse videatur IVLIANO: sed statim tamen negotium ex *consensu tacito*, & probabili, quasi *donationem* iudicat valere. Hinc neque reali, neque personali, actioni locum esse. Habes mentem IVLIANI. VLPPIANVS contra censet: non transiisse dominium; quia alia opinione res accepta, ac tradita fuisset: adeoque nec *donationem*, nec *mutuum*, contrahi *dissensu* potuisse: nummis extantibus teneri accipientem *rei vindicatione*; consumptis, *conditione sine causa*: sed propter æquitatem, ne actori suum factum impugnare liceat; condicentem *exceptione doli* submoueri: & *donationem*, quæ secundum *iuris subtilitatem* non valebat, *exceptione* sustineri.

§. XI.

IVLIANI
sententia
præfertur,
probaturque:
translatum
esse domi-
nium; &
mutuum esse
speciem do-
nationis.

Explicata, & disposita, est acies utrinque: superest, vt concurramus. Nos quidem sub IVLIANO militabimus: & primo ex illa parte vincemus, credo, qua IVLIANVS, *dominium transferri*, & efficacem esse *traditionem*, voluit. Nihil enim IAVOLENVS, atque POMPONIVS, morantur, postulantes: vt in transferendis dominiis maxime, *voluntas eadem* ex utraque parte contrahentium concurrat. Sed probatum est: sufficere, si in *idem* negotiorum *genus* inter nos consentiamus. Et ausim affirmare, *mutuum* esse *speciem donationis*. Ita enim SENECA *) præcepit: „quemadmodum, inquit, „ei, qui voluit mihi *pecuniam credere*, sed non *credidit*, nihil debeo; ita ei, „qui voluit mihi *beneficium dare*, sed non potuit, amicus quidem ero, sed „non obligatus. Et volam ipsi aliquid præstare, nam & ille voluit mihi: ce- „terum, si benigniore fortuna vsus, præstitero; *beneficium* dederò, non gra- „tiam retulero. Ille mihi gratiam debet referre; huic initium a me fiet nu- „merandi. „ Ergo & *mutuum beneficium* appellatione continetur. Sed Iulien- tius PAPINIANVS L. 29. pr. D. de donat. & L. 82. D. de R. J. „Donati- „vi, inquit, videtur, quod nullo iure cogente conceditur. „ Ergo & *mutuum* do-

*) SENECA. lib. VI. de benef. cap. XI.

donationis naturam induit, quum, liberalitatis exercendæ gratia, nummorum meorum *usus tibi gratis* concedatur. Neque impedimento est, quod tantundem in *mutuo*, cum dies venerit, reddere iuberis. Nam & hoc *beneficii loco* accipis, quod meos nummos *interim* tuos faciam: & fœnus non exerceam, quod ex mea pecunia ad me redire potuisset. Illud enim fere POMPONIUS *L. 9. pr. D. de donat.* indicat: „in ædibus, inquit, alienis habitare *gratis*, donatio videtur: id enim ipsum capere videtur, quod mercedem pro habitatione non soluit. Potest enim, & *citra corporis donationem*, valere *donatio*. Veluti, si *donationis causa* cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam. Et, si non fundum, sed fructus perceptionem, tibi donem, fructus percepti venient in *donationis* computationem. Hactenus POMPONIUS respondit. Imo vere nec VLPIANVS hac parte resistere poterit, qui *L. 18. §. 1. D. de donat.* „si seruum, inquit, tibi tradidero, ad hoc, vt eum manumittas post quinquennium; non ante quinquennium agi poterit: quia videtur *aliqua donatio inesse*. Habes igitur *donationem*, cuius natura absoluitur, si aliquid *gratis* concedatur; quamuis reddi debeat aliquando, quod datum est: & usu finito locus sit exactioni. Neque multum nos IULIANVS perturbabit, qui, *L. 1. §. 1. D. de donat.* „per *donationem* factum demonstrari, docet, quod ab eo proficiscatur, qui liberalitatis exercendæ gratia, det aliquid, vt confestim faciat accipientis: „*nec vlllo unquam facto ad se reuerti velit*. De *donatione* enim eximia, seu *propria*, agit illo loco IULIANVS: & statim subiicit: posse *donationem* fieri, quæ sub *conditione*, etiam *temporis*, solvatur. Præterea certe *usum* illius temporis, quo mutuum durauit, nullo unquam facto ad se reuerti voluit ille, qui rem tradidit: neque id, quod interest, nisi fœnore ponat pecuniam, præstari. Sed non videris assentiri de dominio translato: quia, quamuis de *liberalitate exercenda* contrahentes consenserint; illos tamen in hanc *beneficii speciem*, quam *mutuum* solemus appellare, & quam accipiens animo propositam habebat, consensisse pernegabis. Primo quidem, non opus est, vt in eandem *causam specialem* vtriusque sententia concurrat; sed vel *generalem titulum* sufficere, vt proprietates transire videatur, respondemus: quod a nobis supra demonstratum est. Sed, si perseveras, eximam tibi hunc scrupulum: & tradentem quodammodo etiam in *mutuum* consensisse, affirmabo. Enimvero tradens etiam *plus volebat*: etiam *irreuocabiliter*, quod dicunt Icti, pecuniam transferre; cum tu dominium peteres, ex quo translato tantundem aliquando restituere volebas. Sed audiamus PAVLLVM *L. 10. pr. D. de R. I.* „qui in eo, quod *plus est*, *semper & minus inesse*, arbitratur; atque alio loco: qui putat, se decem dare iussu, cum quinque iussus sit: si decem dederit, heredem fieri censet adeundo, *L. 74. pr. D. de A. vel O. her.* Ergo, qui decem dederat, etiam quinque dedisse videbatur. Certe ita etiam POMPONIUS *L. 52. D. de locati,*

re-



respondet: & si ego, inquit, *minoris* me locare sensero, tu *pluris* te „conducere: utique non *pluris* erit conductio, quam quanti ego putauero.„ Et habet illud rationem, quod conductor, qui etiam in maiorem mercedem consenserat, potius illud minus, quod locator postulauerat, probaturus videatur. Non igitur cogitari ratio idonea poterit, aut animo effingi, ex qua quis nummos mutuos concedere negaret, quos etiam donare voluisset.

§. XII.

Quasi donationem hoc loco valere, quod quasi mutuum acceptum est, ostenditur.

Habes igitur primum argumentum, ex quo translatum esse in proposita specie dominium intelligatur. Neque tamen facile me adduci pariar, ut *mutuum* duntaxat esse, quod *donandi* animo traditum, & *quasi mutuum* acceptum est, existimem; quamuis illud magnis & illustribus Ictis ¹⁾ omnino verius esse videatur. Quapropter, an non magis sit *donatio*? dispiciamus; quamuis, si vel omnia alia deficiant, etiam *quasi mutuum* sustineatur. Et credo, *donationem* esse, quod gestum est inter contrahentes. Enimuero accipiens *mutuum* rogauit, aliquando, cum dies venerit, tantundem redditurus. *Donator* non negauit: sed illud, quod tradebat, *reddi noluit*; debitorem *confestim liberauit*: debitum remisit. Finge, accipientem noluisse rem *donari*. Certe *donatio* valebit. Possumus enim, si POMPONIO L. 23. D. de solut. obtemperamus, etiam *inuiti*, atque *ignorantes*, *liberari*; cum docente GAIO L. 53. D. de R. I. „Iure ciuili „constitutum sit, ut liceat etiam *ignorantis*, atque *inuiti*, *melio rem facere* „conditionem.„ Ex eadem causa VLPPIANVS, posse nos, etiam *inuito* debitore, *pecuniam constituere* L. 27. D. de constit. pec. respondit. *Mutuum* igitur quod accepisti. sed *donandi* animo a creditore traditum est; te *liberato*, quasi *donatio* valebit. Non multo secus enim HERMOGENIANVS L. 6. D. pro donat. donationis, inquit, causa, facta venditione, non pro emptore, sed pro *donato*, res tradita usufructu capietur. Imo vero, ne putes aliud in *usufructu*, aliud in *transferendo dominio*, seruari; audiamus VLPPIANVM, qui L. 36. D. de contr. empt. „Cum in venditione, inquit, „quis pretium rei ponit, *donationis causa non exacturus*; non videtur „vendere.„ Sed *donare* tamen certe censetur; nisi forte, quod in fraudem legis venditionem simulauerit, intelligatur. Tunc enim demum, docente PAVLLO L. 55. D. eod. t. nuda & imaginaria venditio pro non facta accipienda est.

§. XIII.

Verum accipiens quasi mutuum, ac-

Sed ne quidem opus est. ut ad *debiti remissionem* decurramus. Puto enim, vel ex aliis causis *donationem* valuisse. Enimuero, remotis, ambagibus

¹⁾ CUIAC. ad lib. XII. dig. tit. I. L. 18. edit. Fabrotii t. III. p. 711. Illustr. Dr. DE BERGERE oecon. iur. II. 18. n. 3.

gibus, & repagulis, quibus *lex Cincia* maxime, & *civilis iurisprudentia*, ceptasse donationem infirmabat; *IUSTINIANVS*, simplicitati naturæ obsecutus, voluntatem domini, rem suam transferre volentis, ratam haberi voluit, & rei a domino traditæ proprietatem transire in accipientem §. 40. I. de R. D. & L. 35. C. de donat. Ne veteres quidem ab illa sententia abhorrerunt; sed consilio donantis maxime perfici donationem crediderunt. Nam eius, quod consulto datum est, donatio videtur, si *PAVLLVM* L. 53. D. de R. I. audiamus. Non quidem ausim affirmare, quod *ANTONIO FABRO* ^{x)} & Perillustri Dn. *PETRO A LVDEWIG* ^{y)} in mentem venit: donationem, etiam sine acceptatione, sola donatoris voluntate contineri. Docet enim natura agnoscendam esse liberalitatem illius, qui nobis beneficium tribuit: animique grati significationem ab illis edendam, qui aliorum benevolentia ornantur. Præterea *lex* 55. D. de O. & A. donationem consensu perficiendam esse, præcipit: quam legem constitutione *IUSTINIANI* correctoria, & strictè interpretanda, abrogatam esse, non putamus. Illud certe illustris *GVNDLINGIVS* ^{z)} insigni commentatione comprobavit. Expressa tamen, & solenni, acceptatione opus fuisse, non existimo: sed præsumptionem, quam dicunt, acceptationis, & probabilem coniecturam, de accipientis consensu suffecisse, ad negotium perficiendum, & naturæ leges indicant, & civilia præcepta. Enim verò, uti ridiculum videtur: si taceas confestim, quod pueri faciunt: si avertas vultum, & toruum videas, cum liberalitas in te confertur; si vocem non emittas, magis mutus, quam piscis; ita certe barbarum, atque incultum est, ubi donandi animo aliquid traditur, continuo illud solenne: accepto, accipio; sonare: quasi tacta auricula donatorem, ne discedat a consilio, ne donationis, iam perfectæ, memoriam deponat, admonere: hominisque parum humani, parum modesti, speciem induere: ab illo, cui referre gratiam debebas, beneficium, sponte concessum, confestim cum vociferatione flagitare. Sed satis est, ad hominis grati officium tuendum: si te indigere opis alienæ, quam petebas, vel certe gaudere de donatoris benevolentia, ex verbis expressis, aut aliis coniecturis, & indiciis, intelligatur. Quod qui parum esse ad liberalitatem acquirendam credunt, nae! illi modestiæ pœnas constituunt, rusticitatem suadent, leges humanitatis evertunt. Ex coniecturis igitur de tuo consensu constet, necesse est, priusquam res donata adquiratur. At vero, uti nemo suum temere iactare creditur; ita probabile est ad fidem: gratum fore accipientibus, si beneficium adquirant; nisi signis illud expressis repudient, atque auersentur. Paucitas enim, & raritas, causarum, quæ impedimen-

D 2

to

x) *FABR.* error. pragmat. dec. 47. I. n. II. y) *Perill. Dn. PETER A LVDEWIG* de donation. & barbari adnexus, acceptatione, z) *GVNDLINGIAN.* P. XXIX. p. 327.



eo sunt, ne oblatum beneficium accipiamus, efficit, ut neminem repudiare beneficium, nisi illud luculentius indicet, existimemus. Ita certe de liberis, qui in potestate sunt, DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS AA. *L. 18. C. de famil. hercisc.* rescripserunt: „filiae, cuius nomine res pater comparauit si non postea mutasse iudicium probetur, per arbitrium hereditatis diuidendae praecipuas adiudicari, ut sola patris expressa, filiae praesumpta, voluntate beneficium perficiatur.“ Quod ALEXANDER *L. 2. C. si quis alt. vel sib.* etiam in extraneis probauit. „Nam, si emanciparis vobis fundos, quos nomine vestro, cum in potestate ageretur, pater emerat, tradidit; vel in possessione eorum, voluntate patris fuistis; dominium adquisiistis.“ Neque DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS *L. 6. C. de donat.* ambigunt: „etiam inter absentes; & maxime, si ex voluntate donantium possessionem, nanciscantur illi, quibus donatum est, esse validas donationes.“ Obluctaturus essem, si non consentiret, aut quod acceperat, redditurus videbatur. Qua de causa ULPIANVS *L. 16. D. de donat.* etiam ex hac scriptura: *sciant heredes mei, me vestimenta mea libertis viuum donauisse*: dominium ad libertos credit benigna interpretatione pertinere: quia & illi consensisse in donationem patroni confabatur. Quod adduxit CARPZOVIVM, ut donationem per epistolam etiam sine acceptatione subsistere, doceret: a) ANGELVS, b) cum Ictorum grege non exiguo, si praesens non contradicat, qui rem accipit, vel, si etiam donatorem rogauerit, ut rei in se dominium transferret; quia luculentia sit voluntatis significatio, atque inde colligatur consensus: illum sine acceptatione rem donatam sibi adquirere, putauit. Ex quibus causis ille, qui rem donatam, quasi mutuum accepit, cum antea mutuum rogauerit, seque indigere pecuniae alienae indicauerit, probabili coniectura iudicatur ab initio consensus fuisse in donationem. Imo vero, quamuis ab initio nesciat, rem, quae apud se est, sibi donatam esse, illoque casu PAVLLVS *L. 10. D. de donat. dominium non transire*, doceat: tamen cum dominium ex traditione, & consensu in generalem causam, adquisiuerit, quod supra demonstratum est: & postea cognito donatoris animo donandi, rem retineat, neque id, quod quasi mutuum sibi tradi crediderat, reddat donatori; de consensu eius, atque acceptatione, dubitari non poterit; sed donatio iam perfecta conualescet. Non multum SCHILTERVS nos moratur, qui ex post facto non conualescere, quae ab initio inutilia sint, monebat. Haec enim iuris regula, quam ex *L. 210. D. de R. I.* repetiit, de institutione hereditum inutili, & de testamentis, praecipit, quorum formula sollemnibus regulis & certis, definitur. Haec talia, si ab initio vitiosa sunt; ex post facto non sanantur.

Sed

a) CARPZ. constit. II. 12. def. XXI. n. 4. & 5. A LVDEWIG. l. c. pag. 30.
b) Conf. 183.

Sed *solennem acceptationem* donationis nunquam desiderarunt ciuilia praecepta. *Donatio enim nudo consensu* continetur: qui, si etiam postea accedat, negotium, antea inualidum, confirmat. „Vti enim pater, l. 31. §. 2. „*D. de donat.* qui filiae, quam habuit in potestate, mancipia donauit, & „*peculium emancipata* non ademit, ex post facto donationem videtur per- „fecisse: „ita etiam ille, qui rem donatam, antea quasi mutuam accepit, postea donatam esse intellexit, nec reddidit, sed in sua commoda conuertit: „*ex post facto* censetur donationem *acceptasse*, & liberale negotium suo consensu perfecisse. Res tota disputatione non indiget. Enim vero, si absenti per epistolam donabis, non poterit ille, nisi ex post facto, consentire: sed valere tamen *donationem*, imperatores rescripserunt. Quod si igitur postea consentias, negotium valuisse *ab initio* censetur. Luculenter enim id POMPONIUS l. 16. *D. de solut.* affirmat. „Sub conditione, inquit, si „acceptum feratur; postea conditione existente, intelligitur iam olim „liberatus. „

§. XIV.

Sed PAVLVS, atque VLPPIANVS, obloquuntur, qui l. 69. *D. Quid in- ter inuitum, de R. I. & l. 19. §. 2. D. de donat. inuito beneficium non dari*, neque liberalitatem nolentibus adquiri, tradiderunt. Vix tamen est, quod illa nos sententia, disputatio a sententia abducatur. Quamuis enim ignoras, & inuitus, nemo criminis in- donare videatur: in quam sententiam DIOCLETIANVS & MAXIMIA- NVS AA. l. 10. *C. de donat.* rescripserunt: nec errans quisquam rem suam amittere dicatur: quod VLPPIANVS l. 35. *D. de A. R. D.* docuit: ideoque etiam ille, cui res donata est, eodem iure censendus sit, & ne ipsi quidem obluenti liberalitas, & beneficium, obtrudi possit; tamen superest nonnihil praesidii, quod illum, qui rem donatam, quasi mutuam acceperat, defendet. Primo enim caueas, suaserim, ne continuo illum, qui *per errorem non consensit*, omnino *nolle & inuitum* accipere rem donatam, arbitreris. VLPPIANVS l. 3. *D. de R. I.* „eius est *nolle*, inquit, qui „potest *velle*: ut intelligatur, non omnes illos *nolle*, qui per errorem, & ignorantiam, re non perspecta, ne *velint*, & *consentiant*, impediuntur. Cum cura enim CELSVS l. 189. *D. de R. I.* haec seiungit: & pupillum, quamuis *velle*, nisi tutoris auctoritate inter omnia, dici non possit, tamen *nec nolle*, sed *non velle* duntaxat, arbitratur. *) Finge igitur, non consensisse per errorem, non *voluisse* rem donari, qui illam, quasi mutuam accepit; tamen nec *noluisse* dicendus est, aut repudiasse rem donatam. Deinde si probabili coniectura, consensurum esse alterum, ex rerum argumentis colligamus; illum, qui *non contradicit*, *consensisse* arbitramur. IULIANVS certe l. 2. §. 2. *D. solut. matr.* filiam, nisi euidenter contradicat,

D 3

con-

*) CUIACI. obl. XXIII. lib. XV.

consentire patri censuit, dum de dote experitur: &, si furiosam filiam habeat, *quasi ex voluntate filiae*, videri patrem experiri; cum, ubi non potest per demeritiam *contradicere*, *consentire* illa merito credatur. Et, quamvis, si sapiat, scire illam, quid geratur, exigamus; tamen ille, qui rem donatam, quasi mutuam accepit, non solum priusquam nummi traderentur, mutuum rogauit, & generatim, se in liberalitatem consentire, ostendit; sed postea etiam, cum rem donandi animo traditam, reperta epistola, intellexisset; *factis* voluntatem, & consensum declarauit: rem donatam retinuit: quasi mutuam non reddidit: gratam sibi esse donationem, atque acceptam, indicauit. Vt adeo non solum, non contradixisse, nec *præsumpto* duntaxat, nec *generaliter* tantum, sed *vero*, & *speciali*, quamvis *tacito*, & *factis* declarato, *consensu* rem donatam acceptasse videatur. Voluntatem enim etiam *factis* declarari, illaque perfici negotia, quæ nudo consensu continentur, *VLPIANVS L. 14. D. locat.* comprobauit: „qui ad certum tempus, inquit, conduxerat, finito quoque tempore colonus „est. Intelligitur enim dominus, cum colonum in fundo esse patitur, ex integro locare: & eiusmodi contractus neque *verba*, neque *scripturam* utique desiderant, sed nudo consensu conualescunt. „ Præterea *IVLIANVS L. 12. D. de reb. dub.* generatim in omnibus negotiis, si res ambigua esse videatur, id magis accipiendum esse docuit, quo res valeat, quam pereat, & distrahatur.

§. XV.

Maiorem dantis, quam accipientis, habendam esse rationem, ostenditur.

Denique & illis respondeamus, necesse est, qui in transferendis dominiis, si de *caussis* inter nos dissentiamus, *opinionem accipientis* potius, quam *dantis* sequendam esse: & in hac specie, quam tractamus, rem non tam *donatam*, quam ex sententia accipientis, *mutuam* videri, arbitrantur. Sed huic disputationi varie poterit occurri. Primo enim oppido falsum est, in transferendis dominiis, si res dubia fuerit, maiorem *accipientis*, quam *domini tradentis*, habendam esse rationem. Audiamus *VLPIANVM l. 13. D. de donat.* præcipientem: „si dominus quod mihi donatum voluit, seruo communi tradidisset, „ille quasi socio adquisiturus accepisset; non ex mente serui *accipientis* aestimari negotium; sed mihi, ex voluntate *domini tradentis*, rem adquiri. Nam & si, inquit, procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille, quasi sibi adquisiturus, acceperit, nihil agit in sua persona. Enimvero in aliis negotiis, in quibus dominus liberalior est illo, qui rem accepit, idem obseruatur, ut magis *voluntati domini*, quam *accipientis* obsequamur. Hinc etiam *POMPONIUS l. 52. D. locat.* respondebat: „si ego minoris me locare senserim, tu pluris te conducere; utique non pluris futuram conductionem, quam „quanti dominus putasset. „ Hoc enim naturæ conuenit, liberalitatis modum *domini arbitrio* constitui potius, quam *accipientis* voluntate definiri, inuito

domino, & in damnum incurrente, si accipientis voluntati obtemperare, teneatur.

§. XVI.

Ex his igitur rebus, quæ hæcenus disputatæ sunt, illud intelligitur: dominium nummorum, ad illum, qui quasi mutuos accepit, transiisse; quia in eandem causam generalem, & idoneam, vterque contrahentium consensit: imo dici posse, quod donator etiam in mutuum consenserit; cum, qui plus concedat, etiam in minus consensisse videatur: sed illum, qui rem, quasi mutuum accepit, voluntate domini, qui donandi animo, non exacturus, dederat, *confestim liberari*, si vel non consentiat; cum possimus, etiam inuitum atque ignorantem liberare: sed magis iure donationis perfectæ negotium valere; cum, qui rem donatam, quasi mutuum accepit, sed postea, donatam esse, intellexit; non solum generatim probabili coniectura etiam in donationem consensurus fuisse videatur: sed & postea factis declarauerit, se liberalitatem donantis agnoscere, & beneficium concessum acceptare. Quæ voluntatis significatio, negotia, quæ nudo consensu contrahuntur, ita perficit, vt, quamuis ille consensus tacitus ex postfacto accesserit, tamen negotium ab initio valuisse censeatur. Quapropter, neque rei vindicationi, neque conditioni certi ex mutuo, neque conditioni sine causa, locus est; sed istam exceptio rei donatæ & domini translati, illam donationes, vel, si maioris, liberationis, & remissionis, hanc demum domini, & donationis, & consensus interpositi, prohibent & dissolunt. Commenta, quibus multi rem implicatam expedire laborarunt, vix operæ pretium est, vt longa disputatione infirmemus. Nam ne illa quidem, quæ CYRILLVS, STEPHANVS, ENANTIOPHANES, alique Βασιλικῶν interpretes, ^{d)} ad rem sanandam, attulerunt, quamuis speciosius dicta sint, multum negotii legentibus facessunt; sed facili ratiocinatione diluuntur. Illud ferri non potest, quod NICAËVS ^{e)} VLPIANVM de subtili iure disputare, IULIANVM contra VLPIANO non contradicere, sed benignam tantum legis interpretationem ex æquitate adferre, arbitratur. IULIANVS enim non sola interpretantium benignitate, sed stricto etiam iure, dominium translatum esse, censuit. Quod ex verbis: *non animaduerto*, constat, & tota disputatione IULIANI, facile cognoscis.

Totius controversiæ rationes subducuntur.

d) LL. Βασιλικῶν tom. III. edit. Fabrott. pag. 274 seqq. lit. D.

e) L. c. pag. 273.



DISSERTATIO
DE PVBLICA CEREMONIA
QVA VRBES CONDEBANTVR.
EX ANTIQVITATE ROMANA.

VITEMBERGAE, D. IVLII A. Q. S. P. E. MDCCXXXI.

§. I.

*Supersti-
tiones in vr-
bibus con-
dendis.*

*D*atur hæc venia antiquitati a plerisque, vt, miscendo humana diuinis, *primordia urbium* augustiora faciat. Quas cum fruendæ iustitiæ causâ ^{a)} institui, aduersus vim improborum, latronumque impetum, molitionibus muni-ri, atque ad percipienda illa omnia, quæ diuino beneficio hominibus obtigerunt, comparari, denique ad colendam amicitiam, mutuamque opem sociis ferendam, tecta & domicilia coniungi, illisque rebus salutem, & vtilitatem, omnium communem contineri, homines intelligerent; cum bonis ominibus, votisque, ac precationibus deorum, dearumque, *urbes* excitandas, & *magis religione* ^{b)} *cingendas esse, quam moenibus*, arbitrabantur. Quæ, quam recte a veteribus existimata sunt; tamen errore deprauata, atque in occasionem augurum tracta, innumeras sollicitudines, & vanissimos timores, pepererunt. Inuabit *superstitionum*, quæ per omnes propemodum gentes fusæ sunt, opprefferuntque animos, atque hominum imbecillitatem occupauerunt, vestigia notare: & Romanæ reipublicæ inprimis, qua nulla nec maior, nec fere sanctior, nec bonis exemplis ditior habetur, *religiones* obseruare: quibus tanto magis ad defendenda *æternæ urbis* mœnia animi ciuium accendebantur; quando certius deorum illa numine teneri, illorumque esse in tutela, & quasi propria, existimabant. Vt intelligatur: *diuinarum rerum procuratione* non frangi animos; sed erigi, & confirmari,

§. II.

*Quid inter
urbem, op-
dum, terri-
torium, &*

Qui primi virtute, & consilio, præstanti exstiterunt, ^{c)} si *TULLIUM CICERONEM* audiamus, ii, perspecto genere humanæ docilitatis, atque ingenii, dissipatos homines vnum in locum congregarunt, eosque ex feritate illa ad iustitiam, ac mansuetudinem, traduxerunt. Tum res communem vtilitatem

^{a)} CIC. II. de offic. c. 12.

^{b)} CIC. de nat. deor. III. sub fin. P. sext. p. m. 668. & de nat. deor. III. c. 40.

^{c)} CIC. pro



tem continentes, quas *publicas* appellamus, tum conuenticula hominum, quæ *ciuitatem*, *ciuitates* nominatæ sunt, tum *domicilia coniuncta*, quæ *vrbes* dicimus, in *discriminis* uento diuino, & humano, iure *moenibus sepservunt*. *Coniuncta* igitur & *septa moenibus domicilia*, Romani *vrbes* appellabant: sed *vrbes* non nisi *invento diuino iure*, quod recte TULLIVS affirmat, inuestisque superstitionibus, nominari cœptæ. Ipsum enim nomen ab illa ceremonia & religionibus descendit, quibus *vrbes* condebantur: id est ab *vrbo aratri*, quo opida, *religionis causa*, circumducta sunt. Explicat illud VARRO ^{d)} tradit: „opida, inquit, condebant in Latio, Etrusco ritu, multa: id est, iunctis bubus, tauro, & vacca interiore, aratro circumagebant sulcum. Hoc faciebant, *religionis causa*, die auspicato, ut fossa & muro essent munita. Postea, quod fiebat orbis, *vrbs*: quare & *opida*, quæ prius erant *circumducta aratro*, ab *orbe*, vel *vrbo*, *vrbes*: & ideo *coloniae* conduntur, ut *vrbes*, quia intra pomerium ponuntur. Ne credas, illud a posteris fuisse ignoratum; etiam POMPONIUS l. 239. §. 6. D. de V. S. „*vrbs*, ait, ab *vrbo* appellata: *vrbare* enim, est: *aratro definire*: & Varus docet, *urbum* appellari curuationem *aratri*, quod in vrbe condenda adhiberi solet. Ex quibus rebus intelligitur, propter *religionem*, qua *urbis* ambitum aratri curuatura imbuebat, *vrbes* appellatas, & sanctitatem in moenibus custodiendis constitutam. Quapropter ROMVLVS apud NASONEM ^{e)} præcipit:

Neue quis aut muros, aut tactam vomere terram,
Transseat; audentem talia dede neci.

Curuationem enim *buris*, seu *dentis*, cui præfigitur vomer, *vruium* appellabant, ex quo fere, *curuium*, quasi *couruium*, descendere, non videtur a fide alienum. Audiamus FESTVM, ^{f)} qui illud paullo impeditius ex ENNIO enarrat: „VRVAT. ENNIVS in Andromeda: significat: *circumdat*: ab eo sulco, qui fit in vrbe condenda, *vrui aratri*: qui fit forma simillima, *unci-nia curuatione* buris, & dentis, cui vomer præfigitur. Ex quo loco potest intelligi, *urbis* fines non solum *vrbo*, sed etiam ad eam formam, quæ *curuationi* i. h. *buris* in aratro simillima sit, a veteribus descriptos. *Buram* enim, seu *burim*, si VARRONI ^{g)} & ISIDORO ^{h)} obsequamur, a bubus dictam, alii a *curuatione curuium* appellarunt. Vnde, & *imburum* ⁱ⁾ fictum est, ab *vrui*, quod ita inflexum, ut redeat sursum versus: ut in aratro, quod est *urbum*. Alio loco ISIDORVS, ^{k)} *urbem* ab *orbe* appellatam, tradit, quod antiquæ ciuitates in *orbes factæ* viderentur. Sed ab *orbe*, an ab *vrbo*, *urbem* dixe-

^{d)} VARRO de lat. ling. l. IV. c. 32. edit. Gothofr. p. 23. v. 839.

^{e)} OVID. fast. l. IV.

^{f)} FEST. v. Vruat. edit. Scal. p. 309.

^{g)} VARR. lat. l. IV.

c. 31.

^{h)} ISIDOR. origin. l. XX. c. 14. edit. Gothofr. p. 1324.

ⁱ⁾ VAR-

RO l. lat. IV. c. 27. p. m. 22.

^{k)} ISIDOR. orig. XV. 2. init. p. m. 1191.

dixeris, non in magno discrimine ponendum. Videtur enim ab *urbo* etiam *orbis* descendisse. *Urbem* igitur *coniunctionem domiciliorum* appellaueris, *septam moenibus*, quorum *ambitus*, *religionis causa*, *aratro designatus*.

Sed ab *urbibus* omnino multi *opida* seiungunt: hæc & angustiori spatio locorum contineri: & sine murorum munitione obuia, & aperta, constitui comminiscuntur. Sed horum sententia ab ignoratione antiquitatis profecta est. Enim vero illi cum *opidis vicis* miscuerunt: qui teste ISIDORO^{l)} vel a *vicinis* habitatoribus, vel quod sint *vice ciuitatis*, vel quod vias tantum habeant, sine muris & munitionibus, vel, si VARRONEM^{m)} audiamus, quod ab utraque *viæ* parte sint ædificia, & *via* per ipsos transeat, *vici* nominantur.

Sed *opida*, quæ prius *circumducta* sunt *aratro*, ab *orbe*, & *urbo*, *urbes* appellarunt, quod supra ex VARRONE didicisti: & si ipsi auctori credimus, maximum ædificium, ab *ope*, *opidum* dictum est, o) quod *munitur opis causa*, vel quod *opere munita* sunt mœnia, quo *munitus* ciues habitarent. Ergo & *muros* habuerunt & communicato utroque nomine, & *opida*, & *urbes* appellata sunt. ISIDORVS^{p)} *opida* ait, magnitudine, & mœnibus, a vico, pago, & castello discrepare. Ne credas VARRONEM & ISIDORVM, ut alias sæpius, illis in locis ineptire: idem etiam TVLLIVS affirmat, qui q) *coniunctionem tectorum*, quam locis, manuque sepiissent, *opidum*, & *urbem*, appellari, docet, delubris spatiisque communibus distinctam. Ergo quæ *opida*, eodem *urbes*: & promiscue etiam a poetis dicta sunt. MANILIVS idem sidus, eundem diem condendis *urbibus*, & euertendis eodem ritu *opidis*, opportunum arbitratur. Audiamus MANILIVM: r)

Scorpius extremæ cum tollit lumina caudæ,
Urbibus augebit terras: iunctisque iuuenis.
Mœnia subiectus curuo describet aratro;
Aut sternet positas vrbes, inque arua reducet
Oppida.

Eodem igitur ritu, & *urbes*, & *opida* conduntur. SERVIVS certe SVLPICIVS in consolatione ad M. TVLLIVM: s) „Aeginam, Megaram, Corinthum, *opida*, illorumque ruinas cadauera, *opidum* appellat, quæ quodam tempore florentissima fuerunt:”, ut intelligatur, male illos arguari, qui *opida* effingunt, spatio angustiori, quam *urbes*, contineri. Sed ipsa præterea nominis ratio docebit, nihil inter *opida* & *urbes* interesse. ISIDORVS^{t)} vel ab *oppositione murorum*, vel ab *opibus* reconditis, quia *munitus* sit, vel quod sit in eo conuentus habitantium, qui *opem* dent mutuam contra hostem, *opi-*

l) ID. ibid. f. m) VARRO L. I. IV. c. 32. p. 23. u) VARRO L. I. o) ID.
lib. IV. ling. lat. c. 32. init. p) Orig. XV. 2. p. 1191. q) CIC. de rep.
l. VII. r) MANIL. l. IV. Astron. v. 563. t) CIC. ep. ad fam. l. IV.
ep. V. §. 9. 10. z) ISIDOR. orig. XV. 2. p. 1191.

opidum dictum a veteribus, affirmat. Nam primum homines, tanquam nudos, & inermes, nec habuisse contra belluas praesidia, nec frigoris & coloris receptacula, nec ipsos inter se homines satis tutos ab hominibus fuisse. Tandem naturali solertia speluncis, & tegumentis sylvestribus, sibi contextuisse virgultis, arundinibusque, casae, & tuguria, quo esset vita tutior, ne iis, qui nocere possent, aditus pateret. Hanc *opidorum* esse originem: quæ, quia *opem* darent, *opida* videri nominata. Sed nihil ISIDORVS me moueret; nisi & VARRONIS ^{u)} auctoritas accederet, qui „*opidum* ab *ope* dictum tradit, quod „munitur *opis* causa: & quod *opus* est ad vitam gerendam: vel quod *opere* „muniant mœnia, vt munitius esset, „loco a nobis supra citato, commentatur. Sed neque auceps ille syllabarum, POMPONIVS ICTUS hoc ignorauit. Lege enim 239. §. 7. D. de V. S. *opidum*, inquit, ab *ope* dicitur, quod eius rei causa *moenia* sint constituta. PAVLLVS etiam, POMPEII FESTI inglorius interpres ^{x)} *opidum*, quod *opem* præbeat, vel ibi homines *opes* suas conferant, appellat. Sed, quamuis affirmare non ausim, ab *ope* danda *opidum* deduci; inprimis, cum, eodem teste PAVLLO ^{y)} ipse etiam Tullius lib. I. quidem de gloria, *opidi* appellationem, usurpatione frequentatam dicat, quod *opem* darent *opida*: sed, in illa sententia se imitari *stoicorum ineptias*, profiteatur, qui in singularum vocum singulis particulis quosdam fontes quærent, ex quibus nomina descendant, rerumque natura cognoscatur; id tamen ex tanto veterum in illa re consensu cognoscitur: eodem consilio, eodem iure, *opida*, atque *vrbes*, constituta: ad eandem commoditatem, & eosdem securitatis fructus capiendos, comparata. Poteram longior videri; sed illud omittere non possum, quod me maxime in sententia confirmat. Ipsi etiam *carceres*, vnde equi, seu, quod PAVLLVS ait, ^{z)} *quadrigæ* in circo emittuntur, „*opidi* nomen acceperunt; quod a *muri* parte, id est, ab *opido*, pinnis turribusque olim *carceres* fuerunt. Ita VARRO ^{a)} rem enarrat. Vides, ipsam etiam *Romam*, quam quis *urbem urbium* non incommode dixerit, *opidum* subinde nominari. Sed luculentius idem VARRO ^{b)} *Romam* in agro Romano haberi vetustissimum *opidum* affirmat. Vir summus IOSEPHVS SCALIGER ^{c)} monet opportune: quotiescunque *opidum* veteres appellent, & nihil adiciant, *Romam veterem*, quam ENNIUS *quadrata* dixerit, notari. Sed *quadrata Roma* in Palatio, ab ipso Romulo, saxo quadrato munita est; ^{d)} vt dubitari non possit, illum *opidum urbis* appellatione contineri.

Habes igitur *vrbes*, in quas etiam *opidi* nomen conuenit. Sed alias *vrbes* esse, alias *ciuitates*, ^{e)} docet ISIDORVS. Has enim dici ait, in quibus

E 2

non

- ^{u)} VARRO L. ling. IV. c. 32. init. p. m. 23. ^{x)} FEST. voc. oppidum p. 140.
^{y)} FEST. ibid. ^{z)} FEST. voc. oppidum p. 145. ^{a)} VARRO lat. ling. IV. c. 32. p. m. 25.
^{b)} VARRO de R. rust. III. c. 2. ^{c)} SCALIGER ad VARRON. l. IV. p. 185.
^{d)} FEST. voc. quadrata, p. 144.
^{e)} ISID. orig. XV. c. 2. p. m. 1191.



non *aduenæ*, sed eodem *innati solo*, confederunt. Præterea *ciuitatem*, non *saxa*, sed *habitatores*, *urbem* vero *moenia* notare. Græci nihil distinguunt. Vulgatum est illud: *Ανδρες εἶναι πόλιν καὶ τὰ τοῖχος*; *urbem* ciuibus, non *moenibus*, *constare*. Nec Romani videlicet rarius vtrumque nomen miscuerunt, VERRIVS FLACCVS apud GELLIVM ^{f)} Senatū dici, & pro loco, & hominibus: *ciuitatem*, & pro loco, & pro *opido*, & pro iure quoque omnium, & pro hominum multitudine subinde. Contra ad *cines*, etiam *urbis* appellatio refertur. VIRGILIUS ^{g)}

— — Urbem *sonno*, *vinoque*, *sepultam*,

commemorat: atque apud *eundem* pater Tiberinus ^{h)} Trojanorum collectam manū, quam Aeneas adducebat, *urbem Trojanam*, & æterna Pergama, appellat.

O fate gente Deum, Trojanam ex hostibus urbem
Qui reuebis nobis, æternaque Pergama seruas.

Ipsē ISIDORVS ⁱ⁾ *urbes* a propriis ciuibus conditas, *ciuitates* nuncupat: ut doceat inter *urbem* & *ciuitatem*, id, quod inter speciem, & genus, interesse: magis tamen *ciuitatem*, pro ciuibus, *urbem* pro ambitu tectorum, quæ *moenibus* iisdem continentur, accipimus.

Sed præterea, quousque porrigatur *urbis* appellatio? dicendum. PAVLLVS l. 2. *D. de V. S.* *urbis* appellationem ait, *muris* finiri; quamuis *Romæ* nomen etiam ad *continentia ædificia* pertinere videatur: quod latius pateat. *Urbs* enim, secundum MARCELLVM l. 87. *D. de V. S.* dicitur *Roma*, qua *muris* cingitur; sed *Roma*, qua *continentia ædificia* sunt: cum *Roma* non *muris* terminari existimetur. Quapropter, teste TERENTIO CLEMENTE, l. 147. *D. de V. S.* qui in *continentibus urbis* nati sunt, intelliguntur *Romæ* nati, quamuis non in *urbe* nati sint: & docente MACRO l. 154. *D. de V. S.* mille passus non a *milliario urbis*, sed a *continentibus ædificiis*, numerandi sunt. *Romæ* igitur nomen propter celebritatem, consuetudine hominum, etiam ad loca *extra urbem*, abusione quadam prolatum est: quamuis *urbis* nomen *moenibus* terminaretur. *Extra urbem* vero loca, & *agrorum* etiam *uniuersitatem*, intra *fines* cuiusque *ciuitatis*, communi nomine *territorium* appellant. Ita POMPONIVS l. 239. §. 9. *D. de V. S.* definiuit. Et VLPIANVS l. 41. §. 5. *D. de leg. 1.* *aedes*, quæ in *territorio* sint, nominat: nec prohibet corpora, per *ciuitatum territoria* transferri l. 3. §. 4. *D. de sep. viol.* Eousque pertinet ius *ciuitatis*. Sed *extra territorium* ius dicendi impune non paretur; si PAVLLVM l. 20. *D. de iurisd.* audiamus. Hinc tere POMPONIVS l. 239. §. 8. *D. de V. S.* *territorium* ab eo dictum ait, quia magistratus

e us

f) GELL. noct. Att. l. XVIII. 7.
Aen. VIII. v. 36.

g) VIRG. Aen. II. v. 265.

h) ID.

i) ISID. l. c. p. 1191.



eius loci intra eos fines ius *terrendi*, seu submouendi, habeant. VARRO contra ^{k)} a *terendo territorium*, quod maxime teritur, appellat. ISIDORVS magis apposite, ^{l)} quasi *tauritorium*, tritum bubus, & aratro, ait nominari. Quod videri posset probabile ad fidem, cum constet, antiquos, *fulco ducto*, possessiones, & limites territoriorum, designasse. Ex quo loco intelligitur, non *vrbes* duntaxat *ambitum*, & moenia, sed etiam *fines ciuitatis*, *aratro* definita. Aut omnia me fallunt, aut TVLLIVS ^{m)} etiam illud iudicare voluit, dum M. Antonium accusat: quod, cum Cassilinum coloniam deduceret, *aratrici vomere* portam Capuae paene perstinxerit, vt florentis coloniae *territorium* minueretur. Videtur enim *fulco* nouae coloniae, *fulcum* Capuae, & *fines*, *extra portam*, perturbasse. Id certe constat, non sola moenia nimirum, sed omnia, quae finibus certis regerentur, etiam aedes priuatas, Romanos *fulco* descripsisse. Ita MARO: ⁿ⁾

Pars optare locum tecto, & concludere fulco.

Sed quidquid illorum fuerit, certius est, *territorium* a *terra*, quae ipsa vox incertae originis videtur, proficisci & omnem *terram*, certis *finibus* inclusam, continere. SALMASIVS ad SOLINVM ^{o)} e *frontino* obseruat: *structuras lapideas quadratas*, in *finibus territoriorum* pro terminis subinde collocatas. Habes igitur *vrbes*, quae & *opida*, & subinde *ciuitates*, dicebantur. Habes etiam *territoria*, quae ad *vrbes* pertinebant. Sed nos quidem ad *vrbes* subsistemus.

§. III.

Non videbatur tam arduum negotium, quod *utilitatem communem* *Vrbes at-* contineret, sine Deorum immortalium, quorum in tutela *vrbs* esse debeat, *spicato con-* consilio, & voluntate, aut recte suscipi, aut administrari; sed deprecandum, vt tantis oris successus prosperos darent. Erat ea tum superstitio, Deorum nutum, *caesis hostiis*, avibus *calo missis*, intelligi. Hinc *vrbes auspicato*, impetratoque Deorum consensu, condebantur. Patres Romani certe apud LIVIVM ^{p)} contemnunt plebem, quod penes se duntaxat, non penes plebeios, more maiorum sint *auspicia*: cum nemo ignoret, *auspiciis conditam hanc urbem*: auspiciis bello, ac pace, omnia administrari. VARRO ^{q)} cum *opida* conderent in Latio, *die auspicato*, *religionis causa*, iunctis bubus *fulcum aratro* circumactum, more Etruscorum, docet. Si Poëtis fides est, audiamus ENNIUM, ^{r)} quo teste,

Auguro augurio quondam incluta condita Roma est.

E 3

Sed

k) VARRO l. lat. IV. c. 4. Philipp. II. p. m. 852.

l) ISID. orig. l. XIV. c. 5. f. p. 1174.

m) CIC.

n) VIRG. Aen. I. v. 429.

o) TOM. I. p. 7 D.

p) LIV. l. VI. c. 42.

q) VARRO de ling. lat. IV. c. 32.

r) ap. VARRO.

de R. R. l. III. c. 1. & ap. SVET. in vit. Aug. c. 7.



Sed CAIUS IULIUS SOLINVS ¹⁾ diserte Romulum ait *auspicato* iecisse murorum fundamenta. Vi Deorum igitur voluntatem exploraret Romulus, hostiis illos, & solenni sacrificio placuit: comites adhibuit, iussitque rem diuinam perpetrare. Ita scriptor diligentissimus, DIONYSIUS HALICARNASSENSIS ²⁾ tradit: *προειπὼν ὁ Ρώμυλος, ἐν ᾗ τὰς θεὰς ἀρεσάμενος, (placatis diis) ἔμελλε τὴν ἀρχὴν τῶν ἔργων ποιῆσαι* &c. *ὡς ἦκεν ὁ συγκείμενος χρόνος, αὐτὸς τε προθύσας τοῖς θεοῖς, καὶ τὰς ἄλλας κελεύσας κατὰ δύναμιν τὸ αὐτὸ δρᾶν* &c. Ita a loue impetratum, ut missis *aquilis*, probatum sibi esse institutum, indicaret: DIONYSIUS enim ³⁾ tunc ipsum primo *aquilarum* esse usum *auspicio*, affirmat: *ἐνιθάς μὲν πρῶτον αἰετὲς λαμβάνει*. Alii ex PLUTARCHO ⁴⁾ *vultures* Romulo oblatos, contendunt. Sed illi res duas, inter se diuersas, non cogitato temporis discrimine, permiscunt. Priusquam ad condendam urbem Romulus adgrederetur, cum fratre ipsi, vel de loco, quo urbs condenda esset, vel de imperio, controuersia intercesserat, & fœdum certamen a miti principio coortum. Placuit, illud Deorum auibis consultis dirimere; ut dii suis auguriis legerent, qui nomen nouae vrbi daret, qui conditam imperio regeret. Ita NASO rem enarrat: ⁵⁾

*Nil opus est, dixit, certamine Romulus illo,
Magna fides auium est: experiamur oues.*

Tunc Remo augurium, sex *vultures*, venerunt, duodécim Romulo, se ostenderunt. Hinc Romulus regnum numero auium trahebat. Hoc LIVIUS ⁶⁾ hoc PLUTARCHVS ⁷⁾ hoc DIONYSIUS HALICARNASSENSIS ⁸⁾ tradiderunt. Sed Remo sepulto, interposito quodam interuallo, *augurium condendæ urbis* solus Romulus captauit, *aquilis* oblaris. Hoc a prioribus auspiciis diligenter & DIONYSIUS, & PLUTARCHVS, seiunxerunt; ut inter se nihil controuersiae habere videantur. *Auibis* igitur *consultis*, Roma condebatur. Ne mireris, agreste Romuli ingenium, in armis & controuersiis exercitatum, ad cultum Deorum, ad religiones, & ceremonias conuersum. PLUTARCHVS eximit tibi hunc scrupulum ⁹⁾ & docet: ex *etruria auruspices* accitos, qui sacris quibusdam praeceptis, quid seruandum, procurandumque esset, rudes animos docerent: &, ne luxuriarentur otio, quos metus hostium, & disciplina militaris adhuc continuarat, multitudini imperitae iniicerent, rem efficacissimam, *metum aliquem Deorum*. Ex aruspiciibus Etruscis igitur *condere urbem auspicato* didicerunt. Res in exemplum tracta est, & deinde etiam moribus aliorum frequen-

¹⁾ SOLIN. in Polyh. c. 1. ²⁾ DIONYS. l. I. p. 74 sq. ³⁾ ID. ib. p. 75.
⁴⁾ PLUT. in vit Romul. p. 22. 23. ⁵⁾ OVID. Fast. IV. v. 813. ⁶⁾ LIV. l. I. c. 6. & 7. ⁷⁾ PLUT. l. c. p. 23. ⁸⁾ DIONYS. p. 74. ENNIUS ap. CIC. l. de diuinat. p. m. 374. ⁹⁾ PLUT. vit. Rom. p. 23.

quentata. TULLIVS *d)* enim vrbes ferme omnes, inuento demum diuino iure, & ceremoniis quibusdam definitis, moenibus esse septas, credit; vt intelligamus, apud omnes gentes adhibitos in consilium Deos, priusquam vrbes conderentur. Romani certe morem priscum diligentissime retinuerunt; etiam cum colonias deducerent, & ciuibus agrum & domus assignarent. Idem ille TULLIVS *e)* a MARCO ANTONIO se augurem per literas consultum dicit: an Capuam sibi iure liceat coloniam deducere; sed ANTONIVM insolentia elatum, omni auspicio *Religionem* iure turbabo, Casilinum coloniam deduxisse, vt vexillum tolleret, & aratrum circumduceret, & solenni ceremonia defungeretur. Ex quibus rebus id potest intelligi: etiam in coloniis, dum staret res Romana, auspicio religiones esse obseruatas; vt quae Deorum curae inprimis commendandae essent, illorum etiam imperio, & voluntate, conderentur.

§. IV.

Condi igitur vrbes dii, dato augurio, probabant: sed, vt solent superstitiones, cum semel hominum imbecillitatem occuparunt, animum incitatum nouis terriculis angere, hominesque alias sibi ex aliis sollicitudines necesse habere, non soli Deorum voluntati res permittenda credebatur; sed prouiderunt praeterea, ne, quod illorum bonitas ostenderat, obtuleratque, illud diei ac temporis vitium eriperet, & perturbarer. Tempus commodum & opportunum, plenissimum boni ominis, & spei, expectabant.

Apta dies legitur, qua moenia signet aratro,

si NASONEM *f)* audiamus. Hoc est, quod VARRO docet: *g)* die auspicato sulcum aratro circumductum. Illas animis superstitiones astrorum interpretes iniiciebant. M. MANILIUS *h)* ortum scorpii commendat vr-
bibus condendis:

Scorpius extreme cum tollit lumina cauda,
Si quis erit stellis tum suffragantibus ortus,
Vrhibus augebit terras: iunctisque iuuentis,
Moenia succinctus curuo describet aratro.

Caret dubitatione, inductam huius sideris religionem, quia Romam fere sub illius ortum conditam, annalibus proditum legebant. SOLINVS enim ex LVCIO TARRVNTIO, nobilissimo mathematicorum, obseruauit: fundamenta murorum iacta vndecimo Kalendas Maias, Ioue in Piscibus, Saturno, Venere, Marte, Mercurio, in scorpione constitutis. Unde cognoscitur, vim fatorum & siderum, ex rerum, quae quoque tempore sub-

d) CIC. de nat. deor. III. c. 40.

e) ID. Philipp. II. p. 852.

f) OVID.

Fast. IV. v. 819.

g) VARRO ling. lat. I. IV. c. 32.

h) MANIL.

Astronom. IV. v. 559.

i) SOLINVS Polyh. cap. I.



subinde acciderunt, successu æstimari. *Diem*, quo *urbes conditæ*, Romani *patriæ natalem*, γενέθλιον τῆς πατρίδος, teste PLUTARCHO, ^{k)} appellabant: & si DIONYSIVM HALICARNASSEM ^{l)} audiamus, singulis annis festum, maiori, quam vllum alium, religione, & ceremonia, colebant. Apud eundem scriptorem inuenio: ^{m)} *diei*, & *sacro*, illi nomen, *parilia*, seu *palilia*, fuisse, actasque ab agricolis, & rusticis pro partu quadrupedum, diis gratias, & vota persoluta. Præterea ambigit DIONYSIVS, vtrum hunc diem, iam ante prosperis successibus celebratum, ἡμέραν ἐν εὐπαθείαις ἐπιτηδεύσαντην, vrbi etiam condendæ accomodatissimum crediderint, ideoque huic negotio, *boni ominis causa*, destinauerint; an propter *fundamenta*, eo die *iacta*, consecrauerint, & pastores Deos, quorum tutelae seminarium illud ciuitatis, plebs rudis & agrestis se inprimis commendabat, ex illo demum tempore crediderint esse demerendos.

Nec mireris, DIONYSIVM, hominem peregrinum, nihil certi affirmare, aut refellere. PLUTARCHVS ⁿ⁾ prodit etiam ante urbem conditam, eodem die *sacrum pastorale*, indigenis fuisse: καὶ πρὸ τῆς κτίσεως βοτηρικῆς ἡν αὐτοῖς ἕσθη κατὰ ταύτην τὴν ἡμέραν, καὶ παλῆλια προσηγόρευον αὐτὴν. Sed Romanam testem OVIDIVM NASONEM audiamus: qui propter diei solennia a maioribus accepta, Romulum hoc tempus *consecrationi urbis* destinasse, non obscure affirmavit: ^{o)}

Sacra palis suberant; inde mouetur opus.

Sacrum ergo pastorale, tempus, quo urbem conderent, opportunum Romulus censebat; vt spem animo foecunditatis, & copiae, præciperet: & bene ominaretur futurae ciuitati. Quidquid illorum fuerit, mihi videtur magis probabile ad fidem, illud sacrum, vel tunc demum institutum, vel ex illo certe tempore, *aucta* eius, quae NASO longo ordine enarrat, solennia; vt memoriam, & ceremonias *urbis*, illo tempore *conditæ*, singulis annis repperent. De qua re erit deinceps locus exponendi. Illud disputatione non indiget: magna Romanos, in *die deligendo*, quo urbem conderent, & in eius memoria consecranda, vsus sollicitudine fuisse.

§. V.

*Loci, quo
urbem con-
derent, optio.*

Nec tamen, vel Deorum iussu, atque *auspiciis*, vel *temporis* fortuna, & opportunitate, ita defendi videbantur, vt omnia tuta esse crederent, factisque ad rem futurorum temporum sibi prospectum esse arbitrarentur; nisi in ipso etiam *loco* inesset quaedam *religio*, & sanctitas, quae aduersus vim, atque iniuriam, muniret vrbes institutas, Deorumque opem, & tute-

^{k)} PLUTARCH. vit. Rom. p. 23. f. ^{l)} DIONYS. l. c. p. 75. ^{m)} DIONYS. l. I. p. 75. ⁿ⁾ PLUT. vit. Rom. p. 24. ^{o)} OVID. Fast. IV. v. 849.

tutelam, mereretur. Aduenae interdum *littus maris*, sedem locumque vrbi delegerunt. Credo, si quis coniecturae locus est, quia *littus commune* omnium, & occupatione adquiri, certe ab indigenis facillime concedi posse, videbatur. VIRGILIUS MARO Iarbam regem Didoni, ut in *littore* habitaret, permisisse tradit: p)

*Faemina, quae nostris errans in finibus, urbem
Exiguam pretio posuit: cui littus arandum,
Cuique loci leges, dedimus.*

Ipse etiam Aeneas q) in Thracia

— — — — — *Littore curuo
Moenia prima locat, fatis ingressus iniquis.*

Alba longa ad *littoreas* ilices instituta est, si *poetam* r) audiamus. Sed haec *errantium fortuna*, qua, cum alia non possent, illos uti bonitas hospitum, & necessitas, iubebat. Quibus liberior eligendi, quem velint, locum potestas erat, plerumque in *collibus* aedificabant: Arcades imprimis, quos SOLINVS s) in excellissimis montium partibus plerumque habitasse, auctor est, & exinde rutissimas urbium, *arces* appellatas. Quod tamen nomen SALMASIUS t) non ab *Arcadibus*, nec ab *arcendis* hostibus; sed a Graeco *ἄρκος*, qua appellatione locus tutus, & munitus, videatur contineri, descendisse arbitratur. Sed apposite DEMPSTERVS u) ex PIER. VALERIAN. HIEROGLYPH. l. 42. obseruat, tum, ut hostibus esset difficilis accessus, tum, ut tutiores essent, ab *aquarum illuue*, quia, ex philosophi praeceptis, omnes aliquod *diluuium timebant*, x) plerosque in *summis montibus moenia* locasse. Ab Arcadibus, & populis vicinis, Romulus didicit, in *montibus* aedificare; primumque Palatinum muniit, in quo ipse erat educatus. y) Remus Auentinum maluit, sed utrique tamen *colles* vrbi condendae destinarent. z) Neque vero illud ab omnibus obseruatum est; sed, ut cuiusque res, & occasio ferebat. Id magis omnes operam dederunt; ut haec loca, has sedes, diligerent, in quibus, ex interpretatione vatium, futurae quondam felicitatis expressam imaginem viderent. Pater Tiberinus a) *albam longam* illo in loco, quo *spem albam* triginta factus enixam, solo recubantem, deprehensurus esset Ascanius, condendam esse, praecipiebat:

*Littoreis ingens inuenta sub ilicibus sus,
Triginta caputum fetus enixa, iacebit
Alba solo recubans, albi circum vbera nati.
Hic locus vrbs sit, requies ea certa laborum.*

quia

p) VIRG. Aen. IV. v. 211.

q) ID. Aen. III. v. 17.

r) ID. Aen. VIII. v. 45.

s) SOLIN. Polyh. c. I. p. 1.

t) SALMAS. ad SOLIN. Polyh. p. 7. B.

u) DEMPST. ad Rosin. l. I. c. 2. p. 8. edit. Amstel.

x) CIC. de diu. I. p. m. 374.

y) LIV. l. I. c. 7.

z) DION. Hal. l. I. p. 73.

a) VIRG. Aen. VIII. v. 45.



quia & quietis, & fecunditatis, quoddam in prodigio illo inesse simulacrum videbatur. Ipsum Jovis templum in monte Tarpeio TARQUINIUS SUPERBUS, quod pater eius voverat, perficere tergiuersatus est, cum *caput humanum* integra facie, aperientibus fundamenta templi appareret: ^{b)} donec ita interpretatione acceptum est prodigium, ac si visa hæc species, haud per ambages, *magnitudinem imperii*, & arcem eam *caput rerum* fore, portenderet. Tunc vero, auctis ad impensas animis, plenissimus bonorum ominum, atque expectationis, rem intermissam, maioribus studiis tractavit. Imo vero, quod dicendum erat primo loco, ipsam *æternam urbem* in illo, in quo educatus erat, ^{c)} in quo ad illud robur, illosque animos, succreuerat, *monte palatino*, Romulus condere voluit: quod eundem vrbi, qui sibi aliquando, locum, vrbi credebatur ad alendam potentiam, & vires profuturum: eaque de re cum fratre controuersias capitales exercuit, ediditque facinus, quod ipsa incunabula regni sanguine humano polluebat. Quid, quod montem *Auentinum*, quæ pars Romanæ ditionis, nec infrequens, nec longinqua erat, *extra pomoerium* Romani reliquerunt: neque SERVIVS TULLIVS rex, neque SVLLA, qui *proferendi pomoerii* ius quæsiuit, neque postea D. IVLIVS, quum *pomoerium* proferret, intra *effatos urbis fines* incluserunt? Cuius rei *messala* aliquot videri causas scribit: sed præter eas omnes vnâ probat, quod in eo monte *Remus* urbis condendæ gratia *augurium captauerit*, *avesque irritas* habuerit, in augurio a fratre Remo superatus: idcirco, inquit, omnes, qui *pomoerium* protulerunt, *montem istum excluderunt, quasi auibus orscoenis ominosum*. ^{d)} Hac cautione, in *urbis æternæ* ambitu definiendo, vsi sunt Romani; sed non minori sollicitudine in *coloniis* etiam subinde deducendis. Carthagine, imperiî æmula, cum qua magis inuidia imperiî, quam vllius eius temporis noxiæ, certatum est, funditus sublata, cuius metu remoto, non gradu, sed præcipiti cursu, a virtute descitum est; prima extra Italiam, CARTHAGO in Africa *colonia condebatur*. ^{e)} Sed multi patrum repugnabant, cum periculosum videretur, illo loco *urbem* institui, ex quo tam grauiam populo Romano pestem enatam meminissent.

§. VI.

*Lustratio
eiunna, &
soli.*

Iam vero omnia salua videbantur. Missis *auibus* deorum numen annuebat. *Diei commoditas, & sanctitas*, spem iniiciebat, successus prosperos futuros. *Loci opportunitas, & religio*, felicitatem portendebat. Nunc, vt ad ipsum opus aggredierentur, tempus, & occasio suadebat. Sed, vt in rebus arduis meticulosi sumus, cauendum crediderunt, ne quo *piaculo contaminati*, ne qua macula adpersi, rem diuinam perpetrarent: ne quam labem ipsis mœnibus, quæ

^{b)} LIV. l. I. c. 55. Dion. Halic. l. IV. p. 257. & 258.

^{c)} LIV. l. I. c. 7.

^{d)} GELL. noct. Att. XIII. c. 14.

^{e)} VELLEI. paterc. l. I. c. 12. & 15. §. 4.



quæ instructuri erant, inferrent, deorumque voluntatem auerterent, quorum tutelæ hæc loca inprimis esse commendata cupiebant. Hinc corpora ciuium *aqua & igni lustrata* sunt. Illum morem primus Romulus inuexit: qui deinde singulis annis, *die Romæ natali*, in *sacro pastorali*, quod eo die agebatur, & quod *palilia* vocabant, repetitus est. Ex quo intelligitur, huius sacri solennia, vel illo demum tempore instituta, vel hanc ceremoniam, qua in vrbe condenda vsus erat, aliis solennibus illius sacri adiectam esse. Luculenter NASO rem enarrat: f)

— — — Viuo perlue rore manus:
Moxque per arduas stipulæ crepantis laceruos
Traiciat celeri strenua membra pede.

Abluendum igitur corpus, deinde per *accensas stipulas transfiliendum*. Origo moris dubia videtur. Ipse NASO hæret in lubrico, incertus, quo se sit consilio expediturus. *Ignis* excoquere incertam labem putabatur. Aliis *aqua*, & igne omnia corpora constare, & in illarum rerum societatem ciues conuenire, illarum fruendarum causa, *vrbes* instituere, & in eodem omnes loco considerare, videbantur. Quapropter, quos ex ciuitate *exsules* eiiciebant, illis *aqua*, & *igni*, interdictum. Pauci Aeneæ pietatem, qui per ignes patrem humeris subnixus extulerat, illa imagine referri crediderunt. Quæ perplexa interpretatio videtur. NASONI placuit originem ab agrestibus illorum, qui tum operi manus adhibebant, moribus repetere. Illos nimirum casae, & tentoria, in quibus, antequam vrbs conderetur, aduenæ morati erant, cum nouas sedes molituri essent, incendiisse, & per illos ignes ad locum vrbis accessisse: g) hinc morem ad posteros transmissum.

Hoc tamen est vero propius: cum condita Roma
Transferri iussos in noua Regna lares:
Mutantesque domum, tectis agrestibus ignem,
Et cessaturæ supposuisse casæ:
Per flammæ salisse pecus, salisse colonos:
Quod sit natali, nunc quoque, Roma, tuo.

Ausim affirmare, *cædem fratris Remi*, qua se polluerat, Romulum *lustratione* illa *expiandam* censuisse. Videtur enim probabile ad fidem, reum non vrbe demum condita, quia mœnia transfilerit; sed antea, cum de regno inter fratres esset altercatio, occisum h) in turba. Explicate illud DIONYSIUS HALICARNASSENSIS i) docet: Placatis propter cædem Remi Diis Romulum urbem condidisse, τὸς θεοῖς ἀρεσάμενος: adiicit etiam: *pyris* ante tentoria *accensis*, eductum populum, & *piaculi causa*, per flammæ transfilire iussim: πυρκαϊαῖς πρὸ τῶν σκητῶν γενέσθαι, κελεύσας, ἐξάγει τὸν λαόν, τὰς φλόγας ὑπερδράσκοντα, τῆς ὁσίσεως τῶν μiasμάτων ἕνεκα. k)

F 2

Fu-

f) OVID. fast. IV. v. 778 sqq.
DION. Halic. l. 74.

g) Id. fast. IV. v. 801 sqq.

i) DION. Hal. p. 74.

k) Id. 75.

h) LIV. l. 7.



Funesta enim familia non videbatur rite rem diuinam posse perpetrare. Eadem superstitione etiam in *templis dedicandis* utebantur. HORATIO PVLVILLO, cui omnes dedicationem Capitolinae aedis inuidebant, postem iam tenenti, fœdus ab amicis Valerii, inter precationem deorum, nuncius incussus: *mortuum* eius filium esse: *funestaque familia dedicare eum templum non posse*: ^{l)} & antistes fani Dianæ, hospitem Sabinum, bouem ingentis magnitudinis immolaturum, ita allocutus est: quidnam tu hospes paras, inceste, sacrificium Dianæ facere? Quin tu ante *uiuo perfunderis flumine*. Infima valle præfluit Tiberis. ^{m)} Ita superstitio in gentes inuecta, & per posterôs diffusa.

Expiatis corporibus, nihil obstat, quo minus rem diuinam procurarent: & aratro sulcum circumducerent. Nisi forte etiam *solum* antea *religione* fuit *imbuendum*, *lustrandumque*, priusquam aratro diuino tangereur. De illa re nihil inuenio a veteribus perscriptum. Sed illud me mouet, quod TACITVS ⁿ⁾ de *templorum dedicatione* enarrauit. Spatium omne, quod templo dicaretur, eninctum vittis, coronisque. Ingressos milites, quibus fausta nomina, *ramis felicibus*, dein virgines vestales, cum pueris, puellisque, patrimis, matrimisque, aqua e riuis, & fontibus, amnisque hausta, perluisse. Ita *templa lustrabantur*. Sed videor eandem ceremoniam, in *sacro pastoralis*, quod *urbis condendæ* ritum continebat, obseruasse. NASONEM audiamus: ^{o)}

Pastor oues saturas ad prima crepuscula lustra.

Vnda prius spargat, virgaque verrat humum.

Frondebis, & fixis decorentur ouilia ramis;

Et regat ornatas longa corona fores.

Vides locum coronatum, *vnda* etiam, & *ramis felicibus*, lustratum, in sacro, & *natali Romæ die*, eadem ceremoniâ, quam TACITVS desiderauerat in templis; vt crederes templum esse dedicandum. Ausim affirmare, hunc ritum sacro pastoralis adiectum, & die natali Romæ repetitum, quod, cum *urbs conderetur*, solum antea, vt in templis *area, ramis & aqua lustratum* fuerit, prius quam illi sulcus aratro est impressus. Sed hæc utcumque æstimata fuerint, in paruo discrimine ponemus.

§. VII.

Fossa, punctum urbis, ciuiumque conimuniô.

Rebus diuinis perpetratis, ad *condendam urbem* accedebant. Prima cura, vt *punctum* constituent, quod possit mœnibus, & sulco aratri circumscribi. Hoc videbatur vim ciuitatis, & præcipuum momentum, continere PLYTARCHVS ^{p)} ait: Romæ comitiô *fossam rotundam* esse circumductam. In eam *primitias rerum omnium*, quarum in ciuitate *usus est*, quæque necessitati, & com-

^{l)} LIV. II. c. 8. fast. IV. v. 735.

^{m)} Id. l. 45.

ⁿ⁾ TACIT. hist. l. IV. c. 53.

^{o)} OVID.

^{p)} PLYT. in vit. Rom. p. 23.

commoditati, vitæ humanæ inseruiunt, coniectas: postremo etiam eius terræ, ex qua quisque aduenerat, a quoquo colonorum, *portiunculam* in fundum fossæ collatam, illasque glebas inter se permistas. Fossam, eodem, quo cælum, nomine, etiam *mundum* a Romanis appellari. Hanc deinde fossam vrbe, velut circulo punctum, circumscriptam. Fossam igitur, puncti instar, obseruarunt, ex quo vrbis ambitum sulco metirentur. PLVTARCHVS, fossam rotundam ait circumductam. Sed FESTVS, quadratam commemorat: forte, quia fossa ipsa quidem rotunda, deinde saxo munita est, in speciem quadratam. PAVLLVM audiamus, qui FESTI reliquias seruat: q) „quadrata Roma, inquit, in palatio ante templum Apollinis dicitur, vbi reposita sunt, quæ solent boni ominis gratia in vrbe condenda adhiberi: quia saxo munitus est locus initio, in speciem quadratam.” Eius loci ENNIVS meminit, cum ait:

Atque quis extiterat, Romæ regnare quadratæ &c.

Fossa igitur rotunda vsi sunt, munita vero in speciem quadratam. Sed audis, in illa reposita fuisse, quæ solent boni ominis gratia, in vrbe condenda adhiberi. Quæ qualia sint, PLVTARCHVS in loco supra adducto indicauit. Primitias, ἀπαρχὰς τῶν πάντων, ὅσοις νόμῳ, ὡς καλοῖς, ἐχρῶντο, φύσει δὲ, ὡς ἀναγκαίοις, quibus, ex lege tanquam pulchris, natura, tanquam necessariis, utebantur, in fossam contulerunt. Credo frugum, pomorum omnium & quorum alias homines indigent, decerptorum, quasdam species & particulas, eo coniectas, vt deos immortales precarentur, ne qua illarum omnium vnquam penuria laborent: vtque ostenderent, hæc a diis immortalibus profecta, in ipsorum esse potestate, ab ipsorum bonitate etiam in posterum plura expectari. Crederem etiam instrumenta, quibus commode carere non possumus, collata in fossam; nisi agreste aduenarum, qui Romam condiderunt, ingenium obstaret. Hoc enim vix permittit, vt de aliis rebus, ac de frugibus, & terræ prouentibus, in quibus studium, & operam omnem collocabant, in quibus spem, & fiduciam habebant, cogitarent. Quæ de frugibus dicta sunt, etiam OVIDIVS confirmat: r)

Fossa fit ad solitum; fruges iaciuntur in ima.

Sed ibi PLVTARCHVS non subsistit. Glebas etiam quisque colonorum ex sua regione, vnde aduenerat, allatas, conferebat in fossam; vt omnes inter se permitcerentur, ἐξ ἧς ἀφῆκτο γῆς ἑκάστος ἐλίγην κομίζων μοῖραν, ἐβαλεν εἰς ταῦτα, καὶ συνεμύγνου. NASO contra abscisse: s)

Et de vicino terra penita solo.

F 3

Cre-

q) FEST. in voc. quadrata.
v. 822.

r) OVID. fast. IV. v. 821.

s) OVID. ibid.



Credo tamen, nihil inter se, *PLVTARCHVM*, & *NASONEM*, controuersias habere: cum *poeta* de *indigenis* ciuibus, *PLVTARCHVS* de *aduenis*, & *colonis*, verba fecisse videantur. Aut igitur ex *sua* quisque *regione*, glebam afferebant; aut, si res illud non permitteret, de *vicino* petitam in fundum fossae conferebant, illasque inter se *miscebant*. Disputatione vix indiget, quas *singuli* attulerant, *glebas* inter se *permistas*; vt, in *unum* ciues *corpus coalescere*, indicaretur, ipsique ciues de voluntate mutua, & concordia, de coniunctione animorum, vinculo societatis vniuersae, per ambages monerentur. Aut omnia me fallunt, aut ex illa glebarum coniunctione, & vnitae corporis ciuilibus, in quod eiusdem coloniae ciues coalescere, visi, & de quo illa imagine admoniti fuerunt, etiam descendit, quod *recusare patriam*, nec ciuibus, nec illorum liberis, permetterent ciuilia praecepta. *VLPIANVS* certe *L. 6. D. ad municip.* „Neque *recusando*, ait, *patriam*, ex qua quis oriundus est, neque mentiendo de ea, quam non habet, mutabit veritatem. „ *ARCADIVS* & *HONORIUS AA. l. vn. C.* Si curial. qui *ciuitates* suas *fugiant*, rus habitandi causa, illos, ait, *impios* se *patriam vitando*, demonstrare. Idem fere *DIOCLET.* & *MAXIM.* atque etiam *CONSTANT. l. 4. & 5. C. de municip.* constituerunt. *TRYPHONINVS l. 12. §. 9.* *POMPONIVS l. 5. §. 3. & l. 20. pr. D. de captiu.* solis duntaxat *captiuis*, deinde ex *seruitute manumissis*, de sua quoque *ciuitate* constituendi facultatem liberam fecerunt. *OVIDIVS* ¹⁾ illud etiam in aliis gentibus obseruat:

— — — *prohibent discedere leges*
Poenaeque mors posita est, patriam mutare volenti.

Neque enim, si ex natura rem aestimes, errant, mea sententia, qui in *ciuitate instituenda*, priusquam in vnum corpus concreseat, pactum, si non expressum, tamen tacitum, quod ex ipso consilio, quo ciues conueniunt, colligitur, de societate colenda, ad tempus aliquod, donec ex prole ciues subnascantur, aut aduenae illam augeant, desiderarunt. ^{u)} Hoc compages illa vinculo tenetur, quo soluto, totum ciuitatis corpus diffluit, & dilabitur. Sed e dinericulo in urbem redeamus. *Fossa* igitur communionem ciuium, societatem perpetuam, & consensionem, indicabat. Quae, vt quodam vinculo, atque etiam *diuino iure*, quodammodo contineatur; *fossa* denique replenda est, & aris impositis, odoribus incensis, consecranda, si *Nasoni* ^{x)} fidem habeamus:

Fossa repletur humo; plenaeque imponitur ara:
Et nouus accenso finditur igne focus.

Hoc ritu se, & suas necessitates, diuina, & humana omnia, deorum tutelae commendabant, bonam copiam, pacem, & si quid his rebus omnino maius concipi-

¹⁾ *OVID.* metam. l. XV. v. 28. 29. ^{u)} *HVBERTVS* l. I. sect. 2. c. 3. §. 17. 18. 19. Hert. p. I. f. 3. §. 7. *Boehm.* J. P. vii. l. I. c. 2. §. 3. & 17. ^{x)} *OVID.* fast. IV. v. 823.

cipere potest mens humana, exorabant. Ne existimare possis, propriam Romanorum fuisse illam superstitionem; OVIDIVS alio loco ¹⁾ docet: *fossam, ad solitum*, id est, more maiorum, & gentium, *fieri*, illiusque religionis contagio etiam alios, etiam *colonias*, attingi. Habes *punctum urbis*, & *primum laborem colonorum*.

§. VIII.

Ex illo puncto conditor urbem *circulo* descripsit, si PLVTARCHVM *Sulcus, quo audiamus*; sed *circulus aratro* exprimendus. Ita CATO præcipit apud ISI-
„DORVM ^{a)} „qui *urbem*, inquit, nouam condit, tauro & vacca *aret*; ubi ^{b)} *moenia vr-*
„*arauerit*, murum faciat. „ Hoc ritu, ait OVIDIVS ^{b)} Romulum *moenia* ^{c)} *stratu desi-*
urbis designasse: ^{c)} *gnata.*

Ipse premens stiuam, designat moenia sulco.

Ita etiam DIONYSIVS ^{c)} & PLVTARCHVS ^{d)} rem enarrant. MAN-
LIVS easdem ceremonias docet urbem condituros: ^{e)}

— — — *iunctisque iuuentis*
Moenia succinctus curuo describet aratro.

LVCANVS etiam illum morem tradit a posteris seruatum. ^{f)} Cæsis enim ho-
stibus, urbibus euerfis, colonias deduci cupit, optatque, ut res optime suc-
cedat:

Sarmaticumque premat succinctus consul aratrum.

VARRO ^{g)} enim, eodem ritu etiam *colonis* ait locum assignatum, „iunctis bu-
„bus, *aratro* circumagebant sulcum. Quare, & oppida, quæ prius erant
„*aratro* circumducta, ab orbe, & vrbo, vrbes, & ideo *coloniæ* nostræ omnes
„in litteris antiquis scribuntur *vrbes*, quod item conditæ, ut Roma. „ *Vrbes*
enim ab *vrbo* appellatas etiam POMPONIVS l. 239. §. 6. de V. S. affirmat:
& *urbare*, est, *aratro* definire. Varus ait, *urbum* appellari curuaturam *ara-*
tri, quod in *vrbe condenda* adhiberi solet. Id etiam TVLLIVS ^{h)} indicat,
dum M. Antonii insolentiam accusat, „Casilinum deducens *coloniæ*, „quo
„erat paucis annis antea deducta: hoc solo consilio, ut vexillum tolleretur, ut
„*aratrum circumduceret*; cuius *vomere* portam capuæ propemodum perstrin-
„xit. „ Sed VIRGILIUS ⁱ⁾ anticipatis forte, ut mos fert eius, postero-
rum moribus, & ad maiores relatis, etiam Aeneam, longe ante, eadem usum
ceremonia affirmat:

Inerea Acneas urbem designat aratro.

ISI-

- 1) Id. l. c. v. 821. 2) PLVT. vit. Rom. I. p. m. 23. a) ISI. orig. XV.
c. 2. p. 1191. b) OVID. fast. IV. v. 825. c) DIONYS. I. p. 75.
d) PLVT. vit. Rom. t. I. p. 23. e) MANIL. astron. l. IV. § 62. f) LV-
CAN. pharsal. VII. v. 430. g) VARRO ling. lat. IV. c. 32. h) CIC.
Philipp. II. p. m. 852. i) VIRGIL. Aen. V. v. 755.



ISIDORVS credit, *k)* boni omnis causa illud institutum: vt, ad imaginem *ferentis*, aratrum ducerent, urbemque constituerent, quæ non hominis ætatem, sed multorum ordinem seculorum duratura, *cresceret* ciuibus, & tanta augetur multitudine, quæ quasi ex terra esse *subnata* videretur. Aratro igitur *urbes designantur*. Sed *fulcus* circumducendus est aratro. „*Sulcus* enim, ait FESTVS, appellatur, quæ aratrum ducitur, vel sationis faciendæ causa, vel *urbis* etiam *condendæ*. *l)* SILIVS ITALICVS Capyn regem commemorat: *m)*

— — — cum moenia fulco

Signaret.

vt moris antiquitas intelligatur. Romulus certe *fulcum* duxit, quæ urbem esset conditurus. PLVTARCHVS *n)* αὐλακα βαθεῖαν, *fulcum profundum*, DIONYSIVS *o)* αὐλακα διηνεκῇ, *fulcum perpetuum*, id est continentem, quæ moenia ædificata sunt, ductum esse, tradunt. NASO etiam, loco a nobis superius adducto, ipsum Romulum moenia *fulco designasse* affirmabat. Sed, ne quis vel Græcis hominibus, vel *poëtæ*, fidem deneget, TACITVS *p)* locum in foro boario indicat, a quo *fulcus designandi opidi* cæptus est. FESTVS *q)* *fulcum primigenium* appellat, qui in condenda vrbe tauro, & vacca, designationis causa, inprimatur: quod etiam RAEVARDVS *r)* obseruauit. *Sulcum* veteres etiam *fossam*, sed ab illa, quæ boni omnis causa facta est, distinctam subinde appellarunt, si VARRONI fidem habeamus; *s)* „circumagebant enim *fulcum*, vt *fossa & muro* essent *opida* munita. Terram, vnde exscalperant, *fossam* vocabant, & introsum factum murum &c. Ergo vna molitione duas necessitates procurarunt: alterum, vt vrbs *fossa* munitur: alteram, vt locum, quo *moenia* excitanda essent, designarent. Hoc enim etiam ex MARONE *t)* discimus:

— — — ipse humili designat moenia fossa,
Moliturque locum.

Sulcus igitur aratro inprimendus; sed cui, teste PLVTARCHO, *vomer æneus* præfigeretur, *u)* propter gravitatem negotii, & *dignitatem* illius, qui aratrum manibus regebat. *Stiuam* enim aratri, vel *rex*, vel *magistratus*, manibus tenebant, qui subinde *fortiti* sunt: vter coloniam deduceret. Ita & domi interdum *consules* fortiri, cui danda esset *dedicatio templorum* *x)* rexit certe Romulus aratrum, *y)*

Ipse premens stiuam designat moenia fulco.

Et

k) ISID. orig. XV. c. 2. p. 1191. *l)* FEST. voc. fulcus p. m. 280. *m)* SIL. ital. Pun. l. XIII. v. 117. *n)* PLVT. vit. Rom. p. 23. t. I. *o)* DIONYS. l. p. 75. *p)* TAC. annal. l. XII. c. 24. *q)* FEST. voc. primigenius p. 177. *r)* RAEVARDVS coniect. II. 7. *s)* VAR. ling. lat. IV. c. 32. *t)* VIRG. Aen. VII. v. 157. *u)* PLVT. vit. Rom. p. 23. t. I. *x)* LIV. II. c. 8. *y)* OVID. fast. IV. v. 325.

Et longe antea Aeneas 2)

— — ipse humili designat moenia fossa,
Moliturque locum. — — —

Indignum tamen videbatur, aratrum manibus *feminae* tractari; sed SERVIVS obseruat, illud permissam esse architectis, si *femina* colonis imperaret. Cum enim Carthago conderetur apud VIRGILIUM a)

Instant ardentes Tyrii, — — —

non Dido, quæ suorum opus tantum oculis usurpat. Sed *magistratus* in re publica libera, qui colonias ducebant, aratro sulcum suis manibus duxisse, etiam M. Antonius comprobat, a CICERONE reprehensus: b) quod coloniam duxerit, ut vexillum tolleret, ut *aratrum circumduceret*. Neque enim pudebat veteres operis rustici: cuius tanta, propter soli fecunditatem, apud Italos commoditas; ut eius rei tractationem, etiam inter decora, & voluptates, numerarent. *Magistratus* igitur *superiores* manum aratro admouebant; sed *succincti*, quod supra LVCANVS c) affirmabat:

Sarmaticumque premet succinctus consul aratrum.

Et præcipiebat etiam alio loco MANILIUS: d)

— — — rituque Gabino
Moenia succinctus curvo describet aratro.

Ritu igitur *Gabino* consul incedebat, quem VIRGILIUS e) etiam *cinctum gabinum*, consulibus solennem appellauit. „SABINVM cinctum, SERVIVS „dicit, togam sic in tergum reiectam, ut una eius lacinia reuocata hominem „cingat. Hoc autem vestimenti genere veteres latini, quum nec dum arma haberent, præcinctis togis, bellabant: hoc utebatur consul bella indicturus, ideo, „quod cum Gabii, Campaniæ ciuitas. *sacris operaretur*, bellum subito evenit. Tunc ciues cincti togis suis, ab aris sunt ad bella profecti, & adepti vi- „toriam. Hactenus SERVIVS. Commodissima interpretatio videtur, hoc cultu vsum in illa ceremonia consulem, quia is habitus & militantibus conueniebat, & illis, qui *sacra faciebant*. f) Merebatur enim hic labor consulis inter *sacra* numerari. Videtur hoc DEMPSTERVS, g) sed subobscore, indicasse. Consul igitur, composito ad maiestatem corpore, & vultu, *sacrificantium* cultum imitatus, ut diis se operari indicaret, nomine reipublicæ, aratrum urbi condendæ adhibebat. Et videtur illud esse conueniens naturæ, & habere rationem: urbium initia a *summa potestate* proficisci: sine cuius venia, & iussu in-

2) VIRG. æn. VII. v. 157.

a) Id. æn. I. v. 427.

b) CIC. Philipp. II.

p. 852.

c) LVCAN. VII. v. 430.

d) MANIL. astron. IV. v. 562.

e) VIRG. æn. VII. v. 612.

f) LIV. I. 18.

g) DEMPST. ad Rosin.

l. I. c. 3. p. 10. edit. Amt.



opum, labore quaerendarum, & spe copiae, ac fecunditatis: *boues*, quorum opera & labore haec omnia propemodum, quae ad necessitates nostras pertinent, inuenimus, boues *disparis sexus*, taurum, & vaccam interiore*m iungebant* ad aratrum. Hac coniunctione ISIDORVS ^{r)} *immortalitatem* gentis contineri tradit. Rem omnem VARRO ^{s)} FESTVS ^{t)} DIONYSIVS ^{u)} PLVTARCHVS ^{v)} enarrarunt, V. C. *Iohann Gottl. HEINECCIUS*, & alii plerique ^{y)} hac ex causa in coloniarum nummis plerumque *boues iunctos* exhiberi docent: ut nolim in re nota operam perdere; sed illud monendum est: nummos urbium non semper *boues iunctos* hoc consilio praeferre, ut *ceremonia coloniae deductae* exprimatur. Athenienses *bouis* simulacro in vulgatissima moneta vti sunt. ^{z)} Interdum *boues*, maxime *pascentes*, ^{a)} aut quibus *ceres* insidebat, ^{b)} *fertilitatis* argumentum & gloriationem continebant: *coronati* parram pacem & quietem restitutam, ^{c)} sed Romae tamen *tauri* aeneum simulacrum in foro boario TACITVS ^{d)} obseruat: & quia id genus animalium aratro subditur, ab illo loco, quo *bos* constitutus est, fulcum designandi opidi coeptum arbitratur, ut magnam aram Herculis complecteretur.

Boues igitur ad aratrum iuncti sunt: sed iungendi boues in loco urbis designando ceremoniam, & religionem, VARRO ex *Etruria* allatam ^{e)} VIRGILIUS ^{f)} etiam cum *Carthago* conderetur, a paenis obseruatam docet:

— — — — Cui litus arandum
Atque loci leges dedimus.

DIONYSIVS ^{g)} & PLVTARCHVS ^{h)} a Romulo inuectum morem tradunt, atque ad posteros transmissum. Sed videtur inter utrosque conuenire. Romulus ab Etruscis aruspibus, quos acciuerat, didicit primus superstitionem subinde. Illud exemplum posterius imitati sunt in coloniis deducendis: hinc recte dicitur religionis usus & ab Etruscis, & a Romulo rege, descendisse.

§. X.

Locus fulco circumducto definitus iam *cingi moenibus* posse videbatur, quae futura sperabant Deorum in *tutela*, nisi aliquid portenti rem institu-

Mania.

G 2 tam

- r) d. Orig. I. XV. c. 2. p. 1191. s) d. ling. Lat. IV. 32. t) FESTVS voc. Primigenius. u) DIONYS. lib. I. p. 75. v) PLVT. quaest. Rom. p. 271. & vit. Rom. 23. y) HEINECC. antiq. iur. II. tit. I. §. 6. z) SPANHEM. d. vi. & praestant. numism. T. I. diss. 111. p. 168. a) id. ibid. b) SPANH. I. c. diss. 9. p. 651. c) SPANH. I. c. diss. 111. p. 172. d) TAC. Annal. XII. 24. e) VARRO L. Lat. IV. c. 32. f) VIRG. Aeneid. IV. v. 212. g) DIONYS. I. p. 25. h) PLVT. quaest. Rom. T. II. p. 211.



eam perturbasset. Si lupi fines invaserint, aut tetigerint sulcum, & transferint; opus coeptum intermittendum censebatur. APPIANVS ⁱ⁾ tradit, cum Gracchus Carthaginem coloniam primam extra Italiam, multis inuitis, deduxisset, fines luporum interuentu perturbatos; & hinc legem de illa colonia fuisse abrogatam. Si omnia recte euenerant,

Augurio leti iaciunt fundamina ciues

Et nouis exiguo tempore murus erat. k)

VARRO ^{l)} moenia, quod muniendi causa manu parabantur, & ab illo munere, murum appellari tradit; perplexa causa appellationis. ISIDORVS ^{m)} etiam moenium, quasi manu factum, vel a muniendo, dici arbitratur: & murum, praeterea observat turribus, & propugnaculis ornari, & contra impetum hostium defendi. Interdum moenium appellationem ait, ad omnia etiam publica urbis aedificia referri.

§. XI.

*Pomoerium
definitum, &
prolatum.*

Prope moenia pomoerium praecipuam urbium sanctitatem continebat. FESTVS ⁿ⁾ etiam *prosimurium* dicit. PLUTARCHVS ^{o)} κατὰ σύνο-
πην, quasi post vel pone moenia appellat. Ius pomoerii ab auguribus profectum. Illud TULLIVS ^{p)} affirmat: quid enim, inquit, scire aruspices aut de tabernaculo recte capto, aut de pomoerii iure potuerunt? GELLIVS ^{q)} ex libris illorum, qui de auspiciis scripserunt, *pomoerium*, ait, esse locum, intra agrum effatum per totius urbis circuitum, pone muros certis regionibus determinatum. Effatum agrum VARRO interpretatus est ^{r)} quod augures fines auspiciorum caelestium extra urbem agris sunt effati: & SERVIVS ait: effata ^{s)} sunt augurum preces. Vnde ager post pomeria, ubi auguria solebant captari, effatus dicebatur. Sed audiamus PAUL-
EVM ^{t)} qui serinia FESTI compilavit: *prosimurium*, inquit, Pontifi-
cale: *pomoerium*, ubi pontifices auspicabantur. Dictum autem *pomo-
erium*, quasi *prosimurium*, id est: muro proximum: atque ANTISTIVS in iu-
ris Pontificalis commentario: *pomoerium* esse muro proximum. Quae
ut intelligantur, de *auguribus* breuiter dicendum. Augures nimirum
Deos habere in potestate videbantur: quae signa, quibus regionibus, mitti
vellent, animo fingebant, & diis, quos habebant, immortalibus significa-
bant: dii, quasi augurum praeceptis & imperiis acti, etiam parebant, &
voluntatem suam, missis iisdem aubus, iisdem in regionibus, quibus au-
gures

ⁱ⁾ APPIANVS B. C. I. II. p. 250. ^{k)} OVID. Fastor. IV. v. 835. ^{l)} VAR-
RO L. l. IV. c. 32. ^{m)} Origin. XV. c. 2. ⁿ⁾ FESTVS voce *prosimu-
rium* p. 185. ^{o)} PLUT. vit. Rom. p. 23. ^{p)} CIC. d. d'uinat. II. p. 305.
^{q)} noct. Att. XIII. 14. ^{r)} VARRO L. l. I. c. ^{s)} ad Aeneid. 7. v. 197.
^{t)} FESTVS l. c.

gures mitti voluerant, subinde declarabant. Rem luculenter LIVIUS enarrat: ^{u)} „augur capite velato sedem cepit: dextra manu baculum sine „nodo aduncum tenens, quem lituum appellant. Inde, vbi prospectu in „urbem, agrumque, capto, Deos precatus, *regiones* ab oriente ad occa- „sum *determinavit*; dextras ad meridiem partes, leuasque ad Septentrionem „esse, dixit. *Signum* contra, quoad conspectum longissime oculi fere- „bant, *animo finivit*. Tum precatus Iouem; vt signa eius cerra ac clara „sint, *intra fines*, quos fecerat, peregit verbis *auspicia, quae mitti vellet*. „Intelligis igitur, augures Diis *fines*, & *signa*, ex suo ingenio, & voluntate, praescripsisse. *Regiones* ad inaugurandum *definitas*, *templa* appellabant. ^{v)} Iam, *qua murus ducebatur*, augures Hetrusco more, *fines* quosdam caelo ad terram vsque pertinentes, *fingerant* animo, quos ab usu profano separari cupiebant, *Deosque ibi* intra & extra urbem *habitare* & sedere: vt Di, ne quid vrbs detrimenti caperet, operam darent, vtque extra urbem, ne qua vis hostium, & impetus, noceret, prouiderent. Hoc *pomoerium*, id est locus sacer, *pone muros*, Diisque animo auguris inprimis destinatus, appellabatur. „Ex his intelliges LIVIUM ^{y)} *ias pomoerii* interpretantem. „*Pomoerium*, inquit, verbi vini solam intuentes, *postmoerium* interpretan- „tur esse. Est autem magis *circa murum*, locus: quem in condendis vr- „bibus Etrusci certis circa terminis *inaugurato consecrabant*: vt neque in- „teriore parte aedificia mœnibus continuarentur, quae nunc vulgo etiam „coniungunt: & *extrinsecus* puri aliquid ab humano cultu pareret soli. „Hoc *spatium*, quod neque *habitare*, neque *arare*, *fas erat*, non magis, „quod post murum, quam, quod murus post id, *pomoerium* Romani ap- „pellabant. „*Pomoerium* igitur *terminos* animo auguris *intra* & *extra murum definitos*, consecratosque, & *ab humano usu separatos*, appellabis. FESTVS ^{z)} solenne carmen, quo augures vsi sunt, cum pomoerium vrbs consecrarent, his fere verbis recitauit: dii tutelares vrbs! *Pomoerium hoc ne minus, maiusque, faxitis; sed iis, quibus terminatum est, regionibus effertis*. Quo facto urbana auspicia pomoerii ambitu finiebantur. Hoc VARRO ^{a)} atque etiam GELLIUS ^{b)} affirmant. Addit VARRO: ^{c)} *cippos pomoerii* stare & circum ardolam *ardeam*, & circum Romam. Sed *cippos*, tabulas publicas interpretor, quibus pomoerii fines describuntur. Ita enim vt sentiam quatuor *cippi*, quos GRVTERI diligentia seruauit, effecerunt. Vnum recitabo ^{d)}

G 3

C. MAR-

^{u)} LIVIUS I. 18.^{x)} LIV. I. 7. init.^{y)} LIV. I. 44.^{z)} FESTVS

voc. pomoerium p. 186.

^{a)} VARRO LL. IV. 32.^{b)} GELLIUS XIII. 14.^{c)} VARRO I. 6.^{d)} GRVTERTVS inscr. T. I. p. 196. 2.

C. MARCIUS L. F. L. N.
CENSORIVS. ET C. ASI
NIUS. C. F. GALLVS. COS.
EX. S. C.

FIN. POMOER. TERMIN.

Adiecit GRVTERVS etiam alium cippum; sed qui magis ritum pomœrii *prolati*, continet. De iure enim *proferendi pomœrii* adhuc paucis exponendum. LIVIUS *e)* in vrbs incremento semper, quantum mœnia processura essent, tantum *terminos* hos consecratos *pomœrii prolato*, docet. Idem GELLIVS *f)* affirmat, & monet: Romuli pomœrium Palatini montis radicibus fuisse terminatum, & multos editosque colles circumplexum. Sed ex LIVIO intelligitur *g)* ipsum etiam Romulum subinde illud protulisse, dum cresceret vrbs munitionibus, & alia atque alia loca, in spem magis futurae multitudinis, quam ad id, quod tum hominum erat, munirentur. Servius Tullius etiam urbem adiectis duobus collibus pomœrio prolato ampliavit *h)* TACIVS a pomœrio Romuli, certis spatiis interiectos *lapides* affirmat, ab imo montis Palatini ad aram consi, mox ad curias veteres, tum ad sacellum Larium: forumque Romanum, & Capitolium, non a Romulo, sed a T. Tatius adiectum vrbi. Dein, *pro fortuna vrbs*, auctum pomœrium. Idem etiam alio loco *i)* Cæsarem: more prisco, vrbs pomœrium auxisse: quia illis, *qui protulere imperium*, etiam *vrbs terminos propagare* detur. Nee tamen duces Romanos, quanquam magnis nationibus subactis, ius illud usurpasse; præter L. Sullam & D. Augustum. Postea etiam reliqui imperatores aliquoties imitati sunt exemplum. Sed quia *diuini iuris* censebatur *pomœrium*, non alia, quam *pontificis maximi*, qua imperatores utebantur, potestate, illud ausum fuisse CLAVDIVM loquitur lapis litteratus apud GRVTERVM: *k)*

TI. CLAVDIVS. DRVSI. F.
CAESAR. AVG. GERMANICVS.
PONTIF. MAX. TRIB. POT. VIII. IMP.
XVI. COS. IIII. CENSOR. P. P.
AVCTIS. POPVLI. ROMANI FINIBVS.
POMOERIVM. AMPLIAVIT. TERMINAVITQVE.

Ita de *proferendo pomœrio* habendum: quam potestatem ne principibus quidem permissam fuisse VOFISCVS tradit *l)* præterquam illis: qui *agri barbarici parte aliqua auxerint* rempublicam Romanam.

§. XII.

e) LIV. l. 44. f. *f)* GELL. XIII. 14. *g)* LIV. I. 3. *h)* TACIT. Ann. XII. 24.
i) l. c. cap. 23. *k)* GRVTER. T. I. p. 196. *l)* VOFISC. in Aurel.

§. XII.

In medio muro locus relictus est apertus, quem *portae* destinabant, minore, quam *moenia*, religione cultus. Murorum enim locum religionis causa sacro aratro attingebant. Sulcum vomere aeneo ducebant. Sed ubi ad spatium *portae* accesserant, *aratum tollebatur*: locus ab utraque parte *intactus* relinquebatur: ne religio illum imbueret, aut cum illo diuinum ius communicaret. CATO, apud ISIDORVM, hanc ceremoniam tradidit: „qui urbem, inquit, nouam condit, tauro & vacca aret; ubi arauerit, murum faciat: ubi portam vult esse, aratum tollat, & portet, ac portam vocet.“ ^{m)} PLVTARCHVS ⁿ⁾ portarum spatia dimensos conditores, vomere exento, aratum, locis portarum intactis, ait transtulisse. VARRO ^{o)} qua viam relinquebant in muro, qua in opidum necessaria portarent, portas ait appellatas. ISIDORVS ^{p)} portam, qua importari aliquid & exportari possit nominatam censet. Videtur in ipsa origine nominis, causa ceremoniae, & cur aratum sacrum illo loco sublatum sit, posse deprehendi. Terra enim, quae vomere attingebatur, imbui religione, diis consecrari, & ab usu profano separari, censebatur. PLVTARCHVS ^{q)} tradit terram, cui *fulcus impressus* est, *sacram*, & inuiolabilem, Romanis visam, ὡς τὴν ἀρχαίαν πᾶσαν γῆν ἱερὰν καὶ ἄσυλον γενομένην. Sed per portas omnia, quorum usus esset, etiam sordes, etiam *caduera*, etiam alia importari & exportari necessitas poscebat: quibus religio pollui, locus sacer, diisque commendatus, contaminari videretur. Indignius vero censebant diis immortalibus portas deinde eripere, atque, usu profano, & spurco, illos expellere, & religionem loci turbare; quam Deos ab initio non recipere. Hinc statim portas humani iuris esse voluerunt; ne Deus, quo loco receptus esset, postea expelleretur; quod etiam PLVTARCHVS obseruauit. ^{r)}

§. XIII.

Habes iam omnia opinor, quae ad urbem condendam pertinebant; *Dedicatio* sed, quae satis tuta non essent, nisi *numine*, in illorum quasi possessionem *murorum*, & misso, Deorumque praesidio, defenderentur. Hoc *dedicatione urbis* impetrari posse arbitrabantur. *Fossa* boni omnis, quibus ritibus, qua ara imposita, antequam moenia designarentur, consecrata sit, supra est a nobis ex NASONE ^{s)} explicatum. Sed de muris & reliquis partibus urbis videamus. DIONYSIVS ^{t)} affirmat: boues ambos, qui ad aratum iuncti fuerant, *maestatos*, & alias victimas omnino multas immolatas; deinde populum adhibuit *epulo*: qui mos fere solebat in *dedicationibus* seruari. Sed

PLV.

^{m)} ISIDORVS XV. 2. ⁿ⁾ PLVTARCH. quest. Rom. II. 271. & in vit. Rom. I. 23. ^{o)} VARRO IV. 32. ^{p)} ISIDORVS I. c. ^{q)} PLVT. II. p. 271. ^{r)} PLVTARCH. I. c. ^{s)} OVIDEVS Fastor. IV. v. 523. ^{t)} DIONYSIVS p. 179.

PLVTARCHVS ^{u)} de sacrificio quidem consentit: sed *incruentum* desiderat: purum enim, & nullo sanguine cruentum, *natalem urbis* cesebrandum Romanos censuisse. PLVTARCHO etiam SOLINVS suffragatur. ^{x)} Sed PLVTARCHO contradicit OVIDIVS, qui ipse sacro pastorali scribit sanguinem fuisse adhibendum. ^{y)} Et præterea LIVIVS ^{z)} testis est, munito colle Palatino, ritu Herculis, *cæsas hostias* fuisse. Has inter ceremonias *muros dedicatos*, vel solus lapis litteratus, quem HEINECCIUS EX GRVTERO adduxit ^{a)} argumento est. Ille *muros Veronenses dedicatos* loquitur. Sed dedicata sunt *monia diis, quorum in tutela illa loca erant*. Singulæ enim urbes, Diis singulis, velut pupillæ, solebant commendari. Romulus Deorum, *quorum tutelæ loca essent*, augurium petiit. ^{b)} Illud etiam MACROBIUS testatur. Præterea *carmen euocandorum Deorum*, ab ipso recitatum, sententiam confirmat. ^{c)} Si Deus, si Dea est, *cui populus ciuitasque* Chartaginensis *in tutela* est; precor, venerorque, veniamque a nobis peto: ut populum ciuitatem quem deseratis! Hinc TACITVS comminiscitur ^{d)} Hierosolymis vocem, humana maiorem, esse, auditam: *Deos excedere: & fuisse ingentem motum excedentium*. Hac de re etiam Aeneam ^{e)} audimus conquerentem:

— — — — —, *quæ sit fortuna videris.*
Excessere omnes adgæis arisque relictis,
DI quibus imperium hoc steterat.

Ergo *urbes* omnes quibusdam *Diis commendatæ*: Coloniae illis plerumque, quorum in tutela matres, a quibus fuerant digressæ. Illos tutores Deos subinde in nummis ostendebant, quod SPANHEMIVS comprobatur. ^{f)} Romani *urbis tutelam* occultabant, ne quod ipsi iuris in alias urbes statuerant, eodem & ipsi vterentur aliquando: id est, *ne Diu euocarentur* ab hostibus, & discederent ex urbe euocati, quos ipsi ex urbibus hostium subinde euocarant. In qua re tanta cautione vsi sunt, ut ne *latinum* quidem *nomen* urbis voluerint resciri; sed vsi sunt Græco: quod MACROBIUS ^{g)} & SOLINVS ^{h)} obseruarunt; quamvis SOLINVS Romam, latino nomine, dictam VALENTIAM fuisse arbitretur. ⁱ⁾

Ergo ignotum, cui deorum moenia Romæ dedicata, quo numine defensa. Sed NASO tamen carmen dedicationis recitauit: ^{k)}

*Vox fuit hæc regis. condenti Iupiter urbem
Ex genitor maior, velleque mater, ades,
Quosque pium est, adhibere Deos: aduertite cuncti,
Aspicibus vobis hoc mihi fargat opus.*

Lon-

- ^{u)} PLVTARCHVS vit. Rom. p. 23. ^{x)} SOLIN. polyhist. cap. 1. ^{y)} OVID. fast. IV. v. 733. ^{z)} LIV. I. 7. ^{a)} HEINECCIUS antiquitat. II. 1. 6.
^{b)} LIV. I. 6. ^{c)} MACROB. saturn. III. 9. ^{d)} TACIT. hist. V. 13.
^{e)} VIRG. Aen. II. 351. ^{f)} SPANH. d. vs. & præst. numis. t. I. diss. 9. p. 570. ^{g)} MACROB. saturn. III. 9. ^{h)} Solin. cap. 1. ⁱ⁾ l. c.
^{k)} OVID. fastor. IV. v. 828.



*Longa sit huic aetas dominæque potentia terræ:
Sicque sub hac Oriens Occidensque dies.*

Videtur etiam NASO tutelam urbis dissimulare voluisse, & generatim appellasse, quos

— — — — — pium est, adhibere deos.

Si licet in re incerta suspicari; mœnia aut IOVI, aut HERCVLI, sacra fuisse conicio. Ioui quidem commendata videri possunt, quia NASO IOVEM tenuisse post precationis carmen, & læuo cælo fulmina misisse, auctor est; nili hoc forte debet ad capta auguria referri. Sed de HERCVLE minus videtur dubitationis; cui Romulum imprimis, opere perfecto, sacra solennia fecisse apud LIVIUM inuenio. ^{m)}

Quidquid illorum fuerit, certum est: mœnia fuisse diis commendata; non tamen semper *medioximis*, existimauimus, id est, *heroibus* & semideis, quibus propter virtutem honores diuini habebantur; sed etiam *maioribus* subinde. Hoc enim & Romæ dedicatio, a NASONE recitata, indicat, & SPANHEMIVS nummis comprobauit. ⁿ⁾ Quare imbecilles animi militum, qui facile superstitiosa illa concipere posse videbantur, ita accensi sunt, ut si qua vis ingrueret, non tam pro mœnibus, & laribus priuatis, quam pro diis immortalibus, quorum in possessione mœnia erant, arma se sumere, & pugnare crederent, spemque victoriæ, & successus, ex tutorum ope, & potestate, præciperent.

Habes igitur *moenia diis* solenni precatione *dedicata*. Sed ne quid desit illi ceremoniæ, etiam *leges additæ*, quibus coli *moenia debebant*: perinde, ut in dedicatione templorum *leges* carmini precationes subiectas inuenimus. ^{o)} NASO *legem* de muris non transiliendis, ^{p)} adiiecit precationi.

*Neue quis aut muros, aut tactam vomere terram,
Transseat; audentem Italia dede ucci.*

Hoc causæ est, cur VLPRIANVS L. 8. §. 2. D. d. diuis. rer. in municipiis etiam, *muros esse sanctos* doceat; quia mos idem *dedicationis* per totam Italiam frequentabatur. Sed cum *lege dedicationis* caue *legem* aliam confundas, dedicatis coloniis, in tabula propositam, qua *forma* & *vniversitas agrorum*, & iura colonorum, definita sunt. Hanc MARO intelligit in loco supra excitato: ^{q)}

— — — — — Cui litus arandum,
Atque loci leges dedimus.

Quod

d) OVID. l. c. m) LIV. l. 7. n) OVID. l. c. o) SPANHEM. l. c.
o) LIV. l. 10. p) OVID. fastor. IV. 839. q) VIRGIL. Aeneid. IV. 212.

Quod argumentum VENVLEIVS SATVRNINVS L. 8. pr. D. ad L. Iul. pec. tractauit. Hæc igitur de *dedicatione urbium* obseruanda videbantur. Rebus diuinis perpetratis, ædes priuatæ intra muros institutæ: & spatium illarum *sulco singulari* comprehensum. Illud vel *optione* electum, vel *sorte* attributum. De *optione* MARO: r)

Pars optare locum recto, & concludere sulco,

sortitionis vero mentionem alio loco iniicit: s)

*Interea Aeneas urbem designat aratro,
Sortiturque domos.*

Hoc iure spatium domorum distributa.

§. XIV.

*Sanctitas
muro-
rum, &
portarum.*

Ex illis, quæ adhuc disputata sunt, non potest esse obscuram, quæ *muro-
rum, & urbium, sanctitas*: quæ religio in illas introducta, ut ciuibus ad urbem defendendam, & propugnandum pro mœnibus, animos auergeret; quam TVLLIVS r) tantam esse existimauit, ut affirmare ausus sit: pontifices quidem *muros sanctos* dicere; sed diligentius *religione* urbem, quam mœnibus, cinxisse. Quapropter VLPIANVS L. 9. ff. 4. D. d. diuers. rer. muros municipales ait, nec *refici* posse, nec eis aliquid coniungi, nec superponi, nec immit- ti; sed principis demum, *pontificis maximi*, auctoritate concedi posse, ut ali- quid in illis moliamur.

Hoc autem ferri non posse existimauerim, quod GAIVS L. 1. pr. D. d. diuis. rer. muros & portas duntaxat res sanctas, & quodammodo diuini iuris appellauerit. Videtur enim res mirifice a Triboniano perturbata, qui muros & portas non scinxit. Res sanctas appellat VLPIANVS dict. L. 9. ff. 3. quæ neque sacra, neque profana sint, sed, ut leges sanctæ, *sanctione* quadam subnitantur: easque sanctas videri, & si deo non sint consecratae. Apparet, si ita res sanctas accipias, non quidem recte ad rerum sanctarum exempla *muros & moenia* referri: quæ, cum sanctione quadam confirmata sint, diis præ- terea solenni dedicatione, ritu veteri *consecrabantur*. Ut enim taceam, reli- gionem, quam TVLLIVS in muros ait introductam; quis dubitet, *moenia* an- spicato, die festo, loco pleno religionis & ominum, condita, sacro vomere, a rebus profanis separata, pomerio ab utraque parte circumsepta, quod ab aliquo numine habitari credebatur: diis tandem *dedicata*, & a violatione & iniuria, religiosissimis ceremoniis, & sanctionibus, defensa, adeoque *consecrata*, non duntaxat sancta esse, sed omnino *sacra*, & diuini iuris communione contineri? Plerosque vero, ut a rebus sacris muros sciuingerent, permouit, quod nimirum ille

r) AENEID. I. 429.
sub fin.

s) AEN. V. 785.

t) CIC. d. natura deorum III.

illæ diis superis, res sanctæ & muri vero in primis diis mediocrum esse dedicata videantur. Sed illud primo omnino falsum est: & supra comprobatum, mœnia etiam ad deos optimos maximos relata. Neque illud difficulter fidem inueniet, si cogitaueris, quod muri etiam subinde deorum superiorum manibus extructi & defensi, pro veterum superstitione, credebantur. Illud enim SPANHEMIUS docuit multis argumentis. u)

Sed faciamus: muros diis mediocrum fuisse consecratos. Nihil religioni, nihil diuino iuri murorum, & mœnium, decedet. TULLIUS auctor est x) Alabandensium urbem ab Alabando conditam; sed sanctius eum coli a ciuibus, quam quenquam nobilium deorum; vt intelligatur, muros etiam heroibus addictos, non minus diuinis honoribus, & sanctissimis religionibus, fuisse custoditos, quam quæ deorum superiorum maximorumque numine defenderentur. Ausim affirmare muros non tantum ad res sanctas & sanctionibus subnixas, sed etiam ad res sacras, diis consecratas, seu sacro sanctas pertinere.

De portis paulo aliter habendum. Illorum locus nec sacro vomere attactus, nec lustratione purgatus, nec a profanis rebus seiunctus, nec diis dedicatus, sed humanis vlibus destinatus est. Inuenio apud GRUTERUM y) portas interdum Iouiales, interdum Herculeas, iussu principum, vocatas. Sed ex solo nomine vix ius diuinum assequuntur. Nomen vel propter religionem murorum, quos attingebant, vel propter templa, ad quæ per ipsas aditus patebat, natæ sunt. Sed sola nimirum sanctione defendebantur ab iniuria, adeoque in primis ad res sanctas; sed propter vicinitatem, ad res, quæ quodammodo diuini iuris habebantur, quamuis proprie ad res humani iuris pertinerent a veteribus referebantur. Hoc TRIBONIANUM induxit, vt, cum portas a rebus diuinis seiungendas esse cerneret, muros etiam eodem iure censendos per errorem comminisceretur.

§. XV.

Hoc ritu imbuta religionibus mœnia, & in deorum potestate constituta; Instauratio, & refectio muro-
moueri tamen aut transferri non debebant, nisi vetustate collapsa, aut ruinis deformata, instauracione operum, & refectio indigerent. Sed ne tum quidem, inconsultis aruspibus, & neglecto pontificis maximi consensu. Neque enim præcipiente VLPIANO L. 9. §. 4. D. d. diuis. rer. muros municipales reficere licebat, sine principis pontificis maximi auctoritate. Sed ne principes quidem facile, cum refectiois necessitas imponeretur, mutabant formam veterem, aut consecrata mœnia prioribus vestigiis mouebant. Rudera egeri & in paludes auchi solebant. Hoc VESPASIANUM, cum Capitolium restitueret, aruspices monebant: vt reliquæ prioris delubri auerentur in paludes:

H 2

tem-

u) SPANHEM. l. c. t. I. diff. 9. p. 560.

x) CIC. d. natur. deor. III. cap. 19.

y) GRUTER. l. I. p. 162. l. 2.

templum *iisdem* vestigiis sisteretur: *nolle deos mutari veterem formam.* 2) *Altitudo* mœnibus adici poterat: id solum etiam in templis religio ferebat. a) Facile TACITVS fidem inuenerit, qui *iisdem* ait ceremoniis, quo conditum fuerat Capitolium, illud fuisse restitutum. b) Romæ mœnia sub *Honorio* resecta esse, marmor antiquum indicat adductum a DEMSTERO:

S. P. Q. R. IMPP. COSS. DD. NN. INVICTISSIMIS.
PRINCIPIBUS

HONORIO. ET. ARCADIO. VICTORIBVS. ET. TRIUM-
PHATORIBVS. SEMPER. AVGVSTIS. OB. INSTAVRA-
TOS. VRBIS. AETERNÆ. MVROS. AC. TVRRES.
EGESTIS. IMMENSIS RVDERIBVS. EX. SVGGESTIO-
NE. V. C. ET. ILLVSTRIS. MILITIS. — ET. MAG.
MIL. STILICH

AD. PERPETVITATEM. NOMINIS. EORVM. SIMVLA-
CRA. CONSTITVIT.

Ex illo fere tempore, aut paullo ante hanc *refectionem*, Roma cœpit vrbs æter-
na nominari. Hoc illam elogio ipsi Imperatores VALENT. ARCAD. &
THEODOS. L. 1. C. d. *suaviis* appellarunt. Urbium *æternitatem*, simulacro
elephantis indicari SPANHEMIVS ex nummis enarrauit. c)

§. XVI.

*Euerſio vr-
bium.*

Satis igitur æternitati urbium prospectum videbatur, quas & tanta cau-
tione, ac sollicitudine, magistratus condiderint, & tot munitionibus munie-
rint, tanta religione posteri refecerint; dii in tutelam receperint, suoque numi-
ne, & providentia, defenderint, ac seruarint. Sed SERVIO SVLPICIO,
cum ab Aegina Megaram versus nauigaret, Aegina, Megara & Piræus & Co-
rinthus, quæ florentissima quondam opida fuerunt, diruta & prostrata, nunc
opidum cadauera, vno loco proiecta, erant argumento: nihil tamen tutum ef-
se, atque aduersus impetum munitum, quod non rebus vertentibus, vel fortu-
na, vel Deorum potestate, infirmetur. d) Enimvero quæ vrbes, cum conde-
rentur, *nasci* dictæ sunt, & diem natalem festum celebrarunt e) tandem aliquan-
do *dirutæ*, & postratæ, *emori* & capitis deminutionem, & *mortem civilem*
pati putabantur. Si enim *aratum*, in urbem *inductum*; ciuitas esse desinit,
vt passa est Carthago: itemque *quasi morte* desinit habere vsumfructum, qui ci-
uitati fuerat legatus. Ita MODESTINVS L. 21. D. *quib. mod. ususfr. fin.* præci-
pit.

2) TAC. hist. IV. 53.

a) L. c. f. d. id. ibid.

b) DEMYST. ad Rin. I. 2. p. 9.

c) SPANHEM. L. c.

d) C. C. epistol. ad familiar. IV. ep. 5. §. 9. 10.

e) OVID. fastor. IV. v. 312.

pit. Porro qui dies vrribus condendis commodus, & opportunus, iisdem euerdendis aptus & fatalis videbatur: f)

*Scorpius extrema cum tollis lumina cauda
Vrbibus augebit terras, iunctisque iuuenis
Moenia succinctus curuo describet aratro;
Aut sternit positas vrbes, inque arua redeat.
Oppida, & in domibus matures reddet aristis.*

Qui magistratus vrbes instituit, etiam delebit g)

Sarmaticumque premet succinctus consul aratrum.

Qua sulcum condendae vrbis ceremonia duxerat, eadem dacet euerdendae: h)

*Et altis vrribus ultima
Sistere caussae, citr perirent
Funditus, imprimeretque muris
Hostile aratrum exercitus insolens.*

& secundum SENECAM i) erit aliquis, qui vetustis vrribus aratrum inducere potentiam putabit.

En campos, ubi Troja fuit k).

Nam teste NASONE l)

Iam seges est, ubi Troja fuit.

Ex hoc enim sulco maxime dirui vrbes, & euerit, dicebantur. Denique quibus consul manibus fundamenta ponit, iisdem secundum NONIUM m) aliquando oppidum pulcherrimum, si res feret, exfundabit: qua voce deos precatus est, vt urbem & moenia sua esse in tutela paterentur; eadem deos euocabit, rogabitque, vt qui vrbis, populique, tutelam receperint, urbem deserant, loca sacra, templa, diuina, & humana, omnia relinquunt. n) Haec sunt vices temporum & rerum.

Nos quidem vrbi & patriae aeternitatem, sed augustissimo patriae parenti imprimis felicissimam immortalitatem in his terris aprecamur.

f) MANILIUS astronom. IV. v. 560. g) LUCANVS VII. v. 430. h) HORAT. I. carm. 16. v. 17. i) SENEC. de Clementia I. cap. 26. k) VIRGILIUS Aeneid. v. 11. l) OVID. heroid. I. v. 59. m) NONIUS Marcellinus cap. p. m. 544. n) MACROB. III. Saturn. cap. 9.



XIII.
OBSERVATIONES
AD L. III. D. DE BONIS EORVM
QVI ANTE SENTENTIAM SIBI MORTEM
CONSCIVERVNT.

OPINIONI QVORVNDAM
DE AVTOCHIRIA, QVAM FINGVNT, INNOCENTE
OPPOSITAE.

VITEMBERGAE, KAL. SEPTEMB. MDCCLXXXI.

§. I.

*Περί αὐ-
τοχειρίας.*

Affirmarem, pessime illos Themidi cupere, & nostræ arti invidere, qui iureconsultos veteres accusant, quasi licentius *de sui ipsius cæde* philosophati sint, illorumque consilia probarint, qui tædio vitæ & impatientia doloris mortem sibi consciuerunt: immo vero temere hos accusatores, & audacter, illa criminatione in veteres legum interpretes vsos fuisse affirmarem: nisi Vir summus, CORNELIVS van BYNKERSHOEK, ^{a)} eandem iureconsultis accusationem intendisset. Ait enim, fuisse iurisprudentiæ veteris decretum: *mori licere, cui vivere non placuerit; nisi quis mori quam damnari maluerit, ob conscientiam criminis.* Sed postea subiungit: generatim, cum quis vitæ suæ fructum & operas aliis obligauisset, prohibitum fuisse, ne quis manus suo corpori inferret. Quæ an recte existimata sint, expediemus.

§. II.

*De ciuibz
& militibz,
qui manus
sibi intule-
runt.*

Antiquissimis quidem temporibus non de omnibus officiis legistatores Romani præceperunt; sed de illis imprimis, quæ erant *manifesta*, & quæ si intermitterentur, necesse erat, directo lædi aliorum commoda, & sociorum utilitatem interneri, ad quam promouendam augendamque suo se facto quodam obligatorio ciues obstrinxissent. Cetera propemodum cuiusque pudori & verecundiæ permittenda esse arbitrati sunt; cum non videretur libertas hominum ingenuorum pati posse, vt legistatores plura ab ipsis exigent, aut obligationes nouas ipsis imponerent, quas non suo quisque facto aliquo, & consensu, mi-

^{a)} V. BYNKERSHOEK obseruat. iur. Rom. l. IV. c. 4.



minimum ficto, & praesumpto, contraxisset. Huius sententiae, postea correctae, in §. 2. *I. de oblig.* vestigia quaedam deprehendis, cum affirmet imperator: omnes vel ex contractu aut maleficio, vel quasi ex contractu, aut maleficio, quo alter directo laederetur, obligationes & officia civilia nasci. Eodem igitur modo de illis, qui mortem sibi consciverant, constituendam esse crediderunt: ut cuiusque conscientiae, & iudicio, relinquerent, an manus sibi inferre vellet, si illud sine cuiusquam incommodo fieri posse videretur. Non quidem, mea sententia, quod probarent, illud factum esse; sed quia haec talia prohiberi non posse civilibus praecipis, sed illis de sola iniuria alteri illata, deque officiis manifestis, ad quae servanda facto obligatorio, quod dicunt, & consensu suo se quilibet obstrinxerit, certi aliquid definiri posse arbitrarentur. Contra vero, si quod in cuiusquam vita momentum versaretur, quod ad amplificanda aliorum commoda, quorum ille procurationem facto quodam suo suscepisset, omnino pertineret; tunc subinde, si quis vitam morte voluntaria finiret, rem exempli esse censuerunt. Hinc Tarquinius Priscus, quod Vir *Cl. van BYNKERSHOEK* ex *PLINIO* ^{b)} observat, cum Quirites sibi mortem consciscerent non alia ex causa, quam ut operas, quas iusserat, euitarent, & se reipublicae subtraherent; omnium ita defunctorum fixit crucibus corpora, spectanda civibus, simul & feris volucrisque laceranda. Videbantur enim ciues, cum in civitatem congressi sint, praestandarum operarum & obsequii necessitatem suo sibi facto aliquo inposuisse. Postea placuit: nec militibus ignoscendum esse, qui armorum ferendorum officium, de quo praestando fidem sacramento obligassent, morte voluntaria eludant, & praeventant. Docet enim *ARRIVS MENANDER* *L. 6. §. 7. D. de R. mil.* Hadrianum imperatorem rescripsisse: militem, qui sine causa se vulneraverit, aut mortem consciverit, capite videri puniendum; prorsus ex eadem ratione ex qua veteris disciplinae rigor ab illis, qui fugam fecerant, conspicientibus militibus, & a caligatis, id est gregariis, ^{c)} qui metu hostium languorem simulaverant, propter exemplum, capitis poenam sumserat *L. 6. §. 3.*; contra, si quis taedio vitae, aut morbo, aut furore, mori maluerit, aut impatientia doloris, non animadvertendum quidem in militem, quia inutilis & idoneus videretur; sed illum tamen ignominia mittendum esse: cum respublica recte ab illo exigeret, ut etiam vitae taedium, & luctum, & dolorem, vinceret civium causa & patriae, cui operam & animos & vires omnes dicto iureiurando obstrinxisset. Ita etiam *PAVLLVS* *L. 38. §. ult. D. de poen.* disputat. Igitur causa reipublicae in militis vita, quam patriae obligauerat, versari credebatur: ut ipsi omnino parci non posset, si vel temere, ac sine causa, vel taedio vitae, & praecipitis animi fervore, manus sibi intulisset; sed vel poena capitis vel ignominia coeurendus videretur. Existimat *V. C. van BYNKERS*

^{b)} *PLIN.* hist. nat. XXXVI. 15.
Aug. 25.

^{c)} Ita *TORRENTIVS* interpretatur ad Suet.



KERSHOEK, huic sententiae obflare VLPIANVM, qui l. 6. §. 7. *D. de iniust. rupt.* sensuit, valere testamentum militis, qui taedio vitae, vel dolore, mori maluerit, si ex illo facto perpetrato decessisset; cum tamen illorum qui ignominia missi sunt, testamenta delinant valere, si MACRVM l. 26. *de test. milit.* disputantem audiamus. Sed res salua est, & bene haec cohaerent. Neque enim illa ratione priora euertuntur, aut euincitur, impune militi fuisse, qui taedio vitae mortem conscuisset. Enimvero plerorumque militum, etiam illorum, qui ex delicto militari damnati, & sententiam passi fuerunt, testamenta seruata sunt, teste eodem VLPIANO l. 6. §. 6. *D. de iniust. rupt.* & porro l. 11. *pr. D. de test. milit.* Familiare fuit Romanis, testamenta militum, quibus infirmatis non tam ipsis, quam heredibus illorum nocebatur, semper, nisi grauissima causa intercederet, iure militari sustinere. Praeterea miles, qui, si viveret, ignominia duntaxat mittendus esset, in ipsa morte satis supplicii, cui exsequendo manus suas ipse commodauerat, habere videbatur. Nunquam igitur veteres militi in se ipsum saeuienti ignoscebant.

§. III.

*Serui in
corpus suum
saeuientes.*

Non multo aliter in seruis obseruatum, qui & ipsi vitam propemodum non suo arbitrio, sed ex voluntate domini, agebant, suiue corporis occisione heri patrimonium exhauriebant. Nec tamen in seruis fere, qui rerum magis, quam personarum, loco habebantur, quantum deliquerint, sed quantum domino illorum caede noceretur, aestimatum est. Hinc *seruus malus* veteribus videtur, qui aliquid fecit, quo magis se rebus humanis extrahat, ut puta: qui laqueum torsit, vel venenum pro medicamento bibit (ita enim legendum esse docet *van BYNKERSHOEK*) praecipitemue se ex alto misit, vel aliud quid commisit, quo facto sperauit se ad mortem peruenturum. Sic VLPIANVS praecipit l. 23. §. 3. *D. ad edil. edict.* quia non nihil in alios ausurus videatur, qui hoc aduersus seipsum ausus est. Ergo nec seruus probabatur, qui cum se & sua omnia domino deberet, eius patrimonium labefactauit, corpore suo vulnerato, aut occiso. Sed instat *v. c. van BYNKERSHOEK*: ita tamen philosophatos fuisse veteres, ut seruis *naturaliter licere* existimauerint, saeuire in suum corpus. VLPIANVS enim l. 9. §. 7. *D. de pecul.* si ipse seruus, inquit, se vulnerauerit, non debet dominus hoc damnum de peculio deducere; non magis quam si se occiderit, vel praecipitauerit: *licet enim seruis naturaliter in suum corpus saeuire.* Pignore certares, ita visum esse Vlpiano, quod *naturaliter*, id est, ratione & iure naturali cuius liceat vim suo corpori inferre. Et videntur satis in illa lege praesidii habere, qui iureconsultos accusarunt. Sed nolim ita haec verba a legum interpretibus peruertere. Nihil dixisset VLPIANVS, si dixisset,

set, seruis *naturali iure* hoc licere, vt in suum corpus saeuiant: cum de *iure ciuili* quaereretur, & anliceret domino damnum ita acceptum de peculio deducere secundum ciuilia praecepta. Aut omnia me tallunt, aut verba illa, quod *seruo naturaliter liceat*, non de *iure naturali*, sed de *statu* serui accipienda sunt. Seruitutem enim *contra naturam* esse veteres credebant §. 2. I. de iur. pers. vt *naturaliter*, nisi instituto gentium introducta esset seruitus, nemo esse seruus videretur. *Naturaliter* igitur seruo, id est, si non esset seruus, nec vitam & vires suas domino deberet, si de ipso tanquam homine libero statuendum esset, liceret saeuire in corpus suum. Sed liceret, *non naturali iure*, sed *ciuili* duntaxat, quod pronunciauerat: hominibus liberis, si velint permitti, vt. sine cuiusquam damno directo manus suis visceribus inferrent. Quasi dicat *VLPIANVS*: nihil hoc loco inter hominem liberum, & seruum, interesse, sed propter eandem causam, qua liberis permitteretur ius *αὐτοχειρίας*, illud etiam seruis esse concedendum, ciuilibus praeceptis. Sed *ius ciuile* homini libero, in se saeuire non ita permiserat, quali *probaret* hominis furorem, qui secum ipso capitalem controuersiam exercuisse videbatur: neque, vt recte illum, aut ex *naturali ratione* agere pronunciaret; sed quia ius ciuile olim de illis duntaxat actibus hominum liberorum disposuerat. quarum *officia* semper manifesta essent, & quibus alter directo laedi posse videretur. *Incertum* credebant, si quis sibi manus intulisset, quo casu esset illud perpetratum; sed non magis illud certum in seruis, de quibus hac in causa idem, quod in hominibus liberis, constituendum esse arbitrabantur. Vt igitur totam *VLPIANI* argumentationem intelligas; ita haec accipienda sunt. Querebatur, an dominus qui de peculio serui conueniebatur, deducere posset de peculio pretium serui, qui se ipsum occidisset, aut praecipitasset. Negat *VLPIANVS*: quia seruo *naturaliter*, hoc est, si liber esset, vt omnibus hominibus liberis impune liceret, iure ciuili duntaxat, in sua viscera saeuire. Cum enim liberi homines qui sibi mortem conscuerant, ex hac causa puniri non possent, quia *incertum* erat, deliberato, an casu, aut per furorem, atque impotentiam se occidissent; ne de seruo quidem aliter habendum; neque dici posse, quod seruus hoc nomine domino aliquid debeat: quia forte citra consilium animi, casu, aut furore, vitam finire potuisset. Adeoque hanc serui mortem, aequae ac liberorum hominum non ad damna maleficio serui data, sed fere ad casus fortuitos, & ad fatalia damna pertinere: quae cum solus dominus sentire debeat, ex peculio, quod creditoribus obligatum erat, deduci non posse videbantur. Alii *naturalem* hanc *licentiam* de *facultate naturali* interpretati sunt, ac si *VLPIANVS* dixisset: seruo *per vires corporis* licere, vt saeuat in corpus suum: *naturam* seruis duas manus aequae, ac liberis hominibus, dedisse, quas possent in se ipsos conuertere.

Lusc. III.

I

re.



re. Hoc damnum a domino cauere non posse, adeoque seruorum pudori relinquendum esse, ut recte de suo corpore statuunt. Quamcunque interpretationem acceperis; illud tamen dominus *van BYNKERSHOEK* nunquam ex hac lege eliciet, quod sibi finxerat iuris civilis decretum: *licere homini moraliter & naturali ratione mortem sibi consciscere.*

§. IV.

*De illis qui
mortem sibi
ante senten-
tiam consci-
uerunt.*

Tunc igitur demum civili iure in *αὐτόχρητος* animaduersum est, cum vita illorum & operae aliis esse obligatae viderentur. De illis videamus, quibus sententia capitalis imminerebat. Erhi enim, postquam postulati erant criminis, quasi ex contractu, & propter utilitatem communem societatis, vitam debebant reipublicae, donec vel absoluti, vel damnati essent, & ab ipsis supplicium, propter exemplum, iudicis auctoritate sumeretur. Praeterea damnatione subsecuta etiam possessiones & bona in crimine capitali fisco obstricta erant, inque illum inferenda. Hoc *GALLISTRATVS* docet *l. 1. D. de bon. damnat.* Igitur ne illis quidem de vita sua arbitrium omnino relinquendum esse videbatur. Sed olim quidem propter maximam in absolueendis reis facilitatem veterum prudentum, propterque heredum innocentium fauorem, illi, qui mortem ante sententiam sibi consciuissent, quamuis postulati, tamen bona sua heredibus, excluso fisco, relinquebant. Quod miror a iureconsultis me non inuenisse obseruatum. *VALERIUS MAXIMVS* eiusmodi speciem enarrat: *d)* Caium Licinium Macrum virum praetorium, Calui patrem, criminis repetundarum reum, dum sententiae diriberetur, in Maenianum conscendisse: mox cum Marcum Ciceronem, qui id iudicium coegerit, praetextam (quam ponere solebant magistratus, cum damnationis sententiam pronunciarent) ponere vidisset, misisse ad eum qui diceret: se non damnatum, sed reum, periisse, nec sua bona hastae subiici posse: ac protinus sudario, quod forte in manibus habebat, ore & faucibus coarctatis, incluso spiritu penam morte praecurrisse: illaque re cognita, de illo Ciceronem nil pronunciasse: ita ingenii illustris oratorem & ab inopia rei familiaris, & a crimine domesticae damnationis, inusitato genere paterni fati vindicatum esse. Quondam igitur eludi sententia publicationis poterat, si quis occuparet carnificis officium, & de suo corpore supplicium sumeret. Postea intellectum, ita fraudem legibus fieri, & fisco bona, quae post sententiam publicanda essent, extorqueri; hinc *MARCIVS* *l. 3. D. de bon. eor. q. ant. s. duce PAPINIANO* praecipit; qui rei postulati, vel qui in scelere deprehensi, metu criminis imminuentis mortem consciuissent, illos heredem non habere. Nihil igitur sentiebat poenae, qui ipse suis manibus fatum suum occupasset. Ipse enim reus sibi non pepercerat, obieratque

d) VAL. MAX. IX. 12. n. 7.

pœnæ publicæ ministerium. Et quævis etiam in cadaver propter exemplum animaduerti potuisset; satis tamen ipsum habere supplicii credebant. Id ferri posse non videbatur, quod voluntaria reorum morte fisco eriperentur bona, post sententiam damnationis publicanda. Igitur heredem non habebant; sed bona inferebantur in fiscum; neque tamen ideo inferebantur, ut pœnam propter cædem sui a reo sumerent; sed ne fisco nimirum fraus fieret voluntaria occisione. Hunc fere in modum LIVIVS ^{e)} affirmat, illos qui conscientiae causa elegerint exilium, absentesque essent damnati, corporibus subtrahitis, bona tantum, quæ publicari poterant, pœnæ pignora præbuisse. Quia igitur non de pœna *αὐτοχειρίας*, sed de fisco non defraudando, agebatur: bona illius, qui mortem sibi consciverat, non publicata sunt, nisi ob crimen, propter quod, etiam damnatione subsecuta, morte aut deportatione afficiendus esset reus, & bona in fiscum inferenda. Ita idem MARCIANVS d. l. 3. §. 3. rem definiuit. Hinc si furti reus sibi manus intulit, bona non publicanda sunt, quia ipsi non adimerentur, si compertum in ipso furtum fuisset. Sed nondum ICI substiterunt; nec sufficiebat, dignum bonorum publicatione crimen ab illo perpetratum esse, qui in corpus suum saeuierat. Desiderarunt, ut reus etiam eius *postulatus* esset, aut in scelere omnino deprehensus, antequam mortem voluntariam obiret. De solo enim consilio fraudis quaerebatur, ab illis inito, qui sententiam & bonorum publicationem morte praeuertere volebant. Huius nulla erat certa suspicio, nisi intelligeretur, reum metu conscientiae teneri quasi confesum. Ait enim MARCIANVS pr. d. l. 3. non facti sceleritatem esse obnoxiam, sed conscientiae metum in reo velut confesso teneri: ideoque, inquit, aut postulati sint, necesse est, aut in scelere deprehensi, ut, si se interfecerint, bona eorum confiscentur. Imo vero ne omnes quidem, qui criminis postulati essent, aut deprehensi in scelere; ex quo bona publicanda viderentur, bona amittebant; sed illi demum, ex quorum morte posset probabili indicio cognosci, illos veluti *confessos* esse crimen, cuius erant postulati. Igitur, qui taedio vitae, vel impatientia doloris alicuius, vel alio modo vitam finierat, habebat successorem, ex rescripto Diui Antonini, D. l. 3. §. 4. & bona eius seruabantur; quia incertum erat, utrum conscientia sceleris, an alia de causa, in suum corpus saeuisset.

Ex quibus rebus intelligitur, quam inique agant cum iureconsultis, qui ex hac lege eliciunt, probasse veteres, & innocua censuisse illorum consilia, qui taedio vitae, & impatientia doloris spiritum vitalem emisissent. Audeo asserere, nunquam hoc veteribus venisse in mentem. Neque enim hac lege agebatur, qua pœna, reo mortuo, crimen *αὐτοχειρίας* afficiendus esset, sed an indicium conscientiae, & criminis, cuius quis

I 2

e) LIV. l. 19. c. 36.



esset postulatus, ex voluntaria morte accipi posse videretur? qua in disputatione illi, qui tædio vitæ mortem consciuissent, rectius absoluebantur: non, quod illos recte fecisse quisquam iudicaret; sed, quia in his incertum erat, ex criminis & damnationis metu, an alia de causâ, manus sibi intulissent.

§. V.

Pœna illorum, qui sine causâ se vulnerant.

Sed ut plenius intelligatur, veteres iureconsultos, qui sub Imperatoribus maxime vinebant, damnaſſe illorum conatus, eosque improbos, & inconsultos ceſſuiſſe, qui mortem sibi ipsis consciuissent; audiamus MARCIANVM *d. l. 3. §. 6. D. de bon. eor. qui ant. sent.* de illo, qui manus sibi intulit, sed nondum illud factum perpetravit, disputantem. Cum quæritur, inquit, an is, qui manus sibi intulit, & non perpetravit, debeat puniri, quasi de se sententiam tulerit? omnino puniendus est; nisi impatientia doloris, vel tædio vitæ coactus sit hoc facere. Et merito, si sine causâ hoc fecit, puniendus est: qui enim sibi non pepercit, multo minus alii parceret. Audis igitur, *punitos*, qui sibi sine causâ manus intulissent; sed eadem de causâ, ad quam contendebant omnia civilia præcepta: quia nimirum alios vel læſiſſe, vel læſurus eſſe, videretur, qui suo corpori non peperciſſet. Neque tamen hæc veterum ſeueritas illuſtri Domino V. BYNKERSHOEK perſuaſit, ut iureconsultos ab illa macula abſolueret; quos credidit patrocinari illis omnibus, qui sibi mortem consciuissent. Ait enim, in illos duntaxat hæc lege animaduерſum eſſe, qui *sine omni causâ* manus sibi auiſi ſint inferre. Sed quamlibet omnino cauſam iureconſultis ſufficere, ad reum excuſandum; ut locus huic poenæ vix eſſe poſſit, utque illa dicis cauſa conſtituta eſſe videatur. Enimvero non ſolum *tædio vitæ*, & impatientia doloris illum defendi, qui manus sibi intuliſſet, ſed VLPIANVM etiam *l. 6. §. 7. D. de iniuſt. rupt.* hanc excuſationem accipere, ſi quis; ut quidam philoſophi, *iactationis* cauſa mori maluerit: & PAVLLVM, *l. 45. §. 2. D. de iure fiſc.* eius bona, qui *pudore æris alieni* ſeipſum occiderit, ſucceſſoribus relinqui voluiſſe: ſemper aliquid eiſmodi cauſæ obtendi potuiſſe: adeoque huic poenæ locum fuiſſe nunquam: ſed fauiſſe iureconſultos hominibus, qui mortem sibi auiſi ſint aſſerre. Verum, huic dubitationi varie poterit occurriri. Enimvero neutra lege abſoluuntur illi, qui mortem conſciuerunt; ſed teſtamenta eorum valere iuſſa ſunt. Male vero colligitur, illos omnino non notari, aut illorum conſilia probari, quorum teſtamenta ſeruabantur. Supra enim traditum eſt, militis, qui mortem ſine cauſa conſciuerit, valere teſtamentum, quamvis ignominia mittendus cenſeretur. Igitur a ſeruato teſtamento non ducitur argumentum ad impunitatem ſcleris probandam. Deinde, ſi dicamus, datam illis veniam ſcleris, qui iactationis, vel pudoris cauſa mori maluerint; illud non alia de cauſa factum eſſet, quam quia furoris quadam ſpecie excuſari viderentur illi, qui tantum facinus ex talibus cauſis perpetraviſſent, in quas nemo ſanus incidere

dere potuisse videretur. Imo vero faciamus impunitatem omnino consentos, qui scientes, & sani, tædio vitæ, aut pudore æris alieni vitam finire voluissent; nondum inde confectum est: probasse, & laudasse iureconsultos illud facinus, quod venia dignum censuerunt. Multa, ut esset locus experiendæ atque comprobandæ virtutis, civium pudori relicta sunt: & illa officia inprimis, quæ interdum in incerto versarentur, aut ad quæ nullo nos facto obligatorio obstrinxerimus. Illud supra a nobis disputatum est. D. Marcus rescripsit: eum heredem, qui prohibet funerari ab eo, quem testator elegerit, non recte facere: penam tamen in eum constitutam non esse. L. 14. §. 14. D. de relig. Et laudandus est, secundum VLPIANVM L. 1. §. 3. D. de pericul. & commod. rei vendit. venditor, qui postquam denunciavit emptori, ut vinum tollat, vel sciat futurum esse, ut effundatur, tamen non effudit vinum, quod impune effundi potuisset. Nota ex Lex Cincia, cui non alia sanctio adiecta, præter hanc unam: qui secus fecerit, illum improbe facturum. Caue igitur, ex impunitate laudem coniicias, aut existimes, illa continuo probari, quæ nulla pœna civili coercerentur.

§. VI.

Sed nondum V. C. van BYNCKERSHOEK quiescit. Ait enim, iure-consultos de sui ipsius cæde stoice philosophatos, illudque etiam CUIACIUM <sup>ci & Roma-
ni senserint
æqui auto-
ritas.</sup> aliquando observasse: hinc trahi suspicionem, iureconsultos Stoicorum exemplo credidisse, quod illi moraliter mori liceat, cui vivere displicuerit. Sed ne Stoicorum quidem disciplina, cui iureconsultos plerosque omnes operam dedisse constat, in suspicionem adducunt legum interpretes, ut illos fuisse hominibus inconsultis, qui mortem sibi consciverunt, arbitremur. Enimvero quamvis Stoici interdum sapienti licere crediderint, mortem eligere; tamen vel ignoverunt magis illi ignaviæ, & temeritati, quam ut illam probasse videantur; vel certe plerique illorum in illo argumento fluctuarunt, & in lubrico versati sunt, incerti, quo se sint consilio expedituri. SENECA mirifice imbutus Stoicorum disciplina, modo potestatem hanc facit sapientibus, ut de vita sua ipsi constituent; modo f) vivendum bono viro affirmat, non quamdiu iuvat, sed quamdiu oportet: illum, qui non uxorem, non amicum, tanti putet, ut diutius in vita commoretur, quique perseveret mori, delicatum esse: nefas videri si quis sibi omnino mori cupiat: sed & si experit, illum tamen intermittere debere, & vitam suam suis commodare: omnes dolores animi obstinatione vinci posse, & cum primum maximi fuerint, illos vel remittere, vel desinere. Atque idem etiam alio loco: g) sapiens aliquando, inquit, etiam si certa mors instabit, & destinatum sibi supplicium sciet, non manus suas pœnæ commodabit. Venit qui occidit: exspecta; quid occupas? Quare suscipis alienæ crudelitatis procu-
ra-

I 8

f) SENECA ep. 104.

g) idem ep. 70.



rationem? Vtrum iuuēs carnifici, an parci? Idem denique rursus alibi: *b)* dementiam esse, si quis timore mortis cogatur ad mortem: virum fortem non debere fugere ex vita, sed exire, & ante omnia vitandum esse affectum, qui multos occuparit: *libidinem moriendi*. Ita SENECA philosophatus est. Sed MARCVS AVRELIVS ANTONINVS *l)* huius philosophiæ sapientissimus interpret, si constaret Deos non esse, aut rerum illos humanarum curam non gerere, tunc demum mori se malle, quam vivere: *τί μοι ζῆν ἐν κόσμῳ κενῷ θεῶν, ἢ προνοίας κενῷ*. Sed scire se, quod certe dii sint, illorumque providentia humanæ res administrantur. Vides igitur, ne inter stoicos quidem de illo argumento conuenisse, sed plerosque laudasse magis illos, qui vivere perseverarent, atque obdurent in dolore. Sed largiamur, ita Stoicos sensisse; nec tamen hoc tibi idoneam causam dederit iureconsultos criminandi. Nunquam iureconsulti sacramentum Stoicis dixerunt, quanquam ipsis obsecuti sint in multis. Non pauca etiam a reliquis sectis subinde commodarunt. Præterea non fuerit probabile ad fidem: solos nimirum iureconsultos *περὶ αὐτοχειρίας* benignius scripsisse, cum tanto populi Romani vniuersi, qui *αὐτόχειρας* odio habebat, consensu vincerentur. In consilium adhibeamus DICNEM CASSIVM, ita de populo Romano verba facientem: *k)* *τὰς τὲ θανάτου καταφρονέοντας ὥς καὶ καλὸν εἶναι τι ὑπὲρ αἰσίας τολμήσαντας ὑποπτεύει πάντες, καὶ μισέουσιν*. Qui vitam suam proiciunt, & tanquam ex infania magnam se rem tentare credunt, illos reliqui omnes suspectos, odioque habent; ut intelligatur de testatos fuisse Romanos illorum segnitiam, qui mori maluissent. Si Poëtas non contemnis, audiamus MARTIALEM de moribus populi tradentem: *l)*

*Quod magni Thræscæ, consummatique Catonis
Dogmata sic sequeris, saluus ut esse velis:
Pestare nec nudo strictos incurris in enses;
Quod fecisse velim te, Decimane, facis.
Nolo virum, facili redimit qui sanguine famam,
Hunc volo, laudari qui sine morte potest.*

Sed idem etiam alio loco: *m)*

*Hostem cum fugeret, se Fannius ipse peremit.
Hic rogo non furor est? ne moriari mori.*

Sed & ipsi iureconsulti *L. 9. ff. 7. D. de pecul.* & alibi sæpius *SAEVITIAM* appellant, si quis in corpus suum aliquid committat. Nemo sanus *SAEVITIAM* probabit. Quam qui iureconsultos probasse existimat, næ! ille veteres alienos credit, ab omni ratione & officio humanitatis. Cuius rei accusationem nemo instruet ex legibus Romanis.

§. VII.

b) idem ep. 24.

l) M. A. ANTON. *εἰς ἑαυτὸν* lib. II. §. II. p. m. 23.

k) DIO CASS. lib. XLVI. p. 353. edit. Stephan.

l) MARTIAL. lib. I.

epig. 9.

m) idem II. 80.



§. VII.

Accepisti, quid visum fuerit veteribus iureconsultis. Sed de ratione naturali videamus. Huic si obtemperes, obdurandum est in doloribus: nullusque locus dabitur temeritati inconsultæ, qua possis in tua viscera sæuire. In quam qui sponte prolapsus fuerit, illum, quemcunque demum necessitatis titulum obtendat, ausum esse facinus nefarium & execrandum iudicamus. Quæcentem duntaxat.

I. Omnes, qui viuimus, ideo hunc spiritum, hos artus accepisse sciendum est, vt numinis infiniti amplificemus gloriam, & maiestatem celebremus, eius fines & mandata exsequamur: deinde, vt vtilitatem communem, quantum in nobis est, promoueamus, & commoda societatis vniuersæ animo amico procuremus. Ad hæc officia nati sumus & editi, ad hæc ab ipsa natura comparati.

II. Harum rerum tanta est grauitas, ac pondus, momentumque in illis tam arduum versatur, vt sola spes, vel *possibilitas*, quam Philosophi appellant, finis alicuius diuini exsequendi, det nobis idoneam expectandi causam: vt si quid positum sit in nostris viribus, quod vel *possit tantum* ad colenda illa officia accommodari, & si quid supersit nobis, quod vel *aliquando duntaxat*, etiam citra spem & expectationem, vilo modo gloriæ numinis ac voluntati *possit* inferuire, aut sociis prodesse; hoc solum satis causæ sit, cur magno studio & contentione quæramus occasionem rei pie & e societatis commodo gerendæ: vtque nullis doloribus, ne quidem maximis, nullis molestiis parcamus; sed eam omnem curam atque cogitationem conuertamus. Enimuero, cum etiam in rebus leuioribus, quæ tamen sint momenti alicuius, si *possint* bona insignia sine magnis molestiis adquiri, vel mala quædam sine magno incommodo caueri, *sola possibilitas*, quam dicunt, nobis officia imponat, quæ vel in agendo posita sunt, vel etiam in abstinendo; tanto certius cum de finibus diuinis exsequendis agitur, vel *sola possibilitas* vtilitatis alicuius procurandæ, nos obstringet, vt viuamus.

III. Quapropter cum nunquam non, dum viuimus, & hunc spiritum ducimus, supersit aliquid virium, quod *possit* ad illa officia referri, atque vel ad numinis gloriam, vel ad societatis vtilitatem accommodari; intelligitur, *nunquam fas esse homini viuenti, vt emigret e vita suo arbitrio*, aut festinet ad mortem obeundam, quam serius ipsi natura destinauit. Quod si enim omnia alia deficiant, *vel hoc solum* numinis gloriæ inferuit, *quod viuat & existat* Dei creatura, & per longum temporis spatium, etiam in doloribus, & incommodis maximis *perduret*. Sed hoc vt fiat, semper est in nostra potestate, donec natura dissoluat corporis compagem.



IV. Vir *Cl. Andreas RIDIGERVS* ⁿ⁾ ubi de iure naturali disputat, ita de hac re philosophatur; „si vita nobis nihil tale meritis mox sit cum cruciatus, bus eripienda, quæ interea neque nobis, neque aliis, vel minimum sit utilis, futura; fonte omnium virium cessante, cessare omnem obligationem: „(illam videlicet, quæ enascitur ex *lege naturali*: in qua secundum eius sententiam sola officia *rege societatem* tradenda sunt; cum *officia erga deum* in *theologia naturali* separatim pertractentur.)

V. Sed in hoc argumento se a RIDIGERO Præses nullo non tempore seiunxit, abiitque in sententiam diuersam. Enimuero, ne illis quidem ignoscendum, qui cum iam *crucibus fixi sint*, & mortem præsentissimam intueantur, inueniunt media, & adhibent, quibus vita citius, quam postulat natura, finitur: ut qui talia ausus sit, *iniurius etiam in societatem* esse videatur. In ipsa enim cruce poterit prodesse sociis vel solo exemplo moderationis, & obsequii, quo patitur sententiam iudicis, & optemperat voluntati imperantis; ut reliqui ad imitationem virtutis eiusdem evocentur.

VI. Sed faciamus, quod tamen nunquam largiemur, illos qui crucibus fixi sint, aliquando non posse *exemplo* sociis prodesse; at *nocere* tamen certe *exemplo* posset, qui vitam in cruce citius, quam natura postularat, finiisset: quod solum si omnia alia deficiant, satis causæ est, cur sibi temperet, dolores perferat, vitæ finem, *societatis causâ*, patientius expectet.

VII. Denique fingamus: *ne exemplo quidem* illos *nocere* cuiquam posse, quod & ipsum credo nunquam accidet; cessante officio, quo societati obstringimur, *deo* tamen certe, qui gaudet, rem suam existeret, & perdurare, *pietatem & patientiam* debebunt: ut intelligatur, ad quam vim sustinendam hoc corpus a creatore comparatum sit, aduersus quos impetus munium, ad quos dolores perferendos accommodatum: quid effici possit animi imperio, constantia, magnitudine in rebus aduersis? denique ut summo auctori orbis vniuersi placeamus.

VIII. Videtur ipse RIDIGERVS, cuius tamen causam hoc in argumento Præses nunquam suscepit, neque suscipiet omnino vnquam, agnoscere, quod, quamuis nec nobis nec societati prodesse, adeoque ab officiis *erga hominum societatem* absolui posse videamur; tamen *pietatis in deum* ratio postulet, ut manus infestas a nobis arceamus. Ille enim post verba, quæ supra recitata sunt, paucis interiectis, in non dissimili specie, ita fere pergit: „quod si vitam „sibi abrumpit, ille impius hoc ipso in Deum est, quod tantum bonum ingrato „animo respuat: in ipsam vero humanam societatem minime est iniurius. „Sed certius existimamus, & supra a nobis demonstratum est, *non Deo duntaxat*, sed etiam *societati*, vitam viresque nostras omnes ad omnem vtilitatem, quæ vnquam excogitari possit, procurandam omni tempore deberi.

Nun-

ⁿ⁾ Instit. philos. pragmat. edit. Lipf. d. A. 1723. Sect. II. P. II. c. 2. §. 165. p. 148.



Nunquam igitur vel iædio vitæ, vel impatientia doloris, vel pudore aeris alieni, vel iactationis caussa, vel temere, & sponte moraliter licet manus suo corpori inferre.

Hæc quamvis nota sint, & per decem fere annos a Præsidente in utraque Academia Saxonum tradita, eiusque præcepta multorum in manibus versentur; hoc tamen loco adducenda fuerunt ut ineptis aliorum obrectationibus publica hac professione nostræ sententiæ anteuertamus.

XIV.

DISSERTATIO

DE SERVITUTE ALTIUS TOLLENDI
IN VSVCAPIONE LIBERTATIS
CONSISTENTE.

VITEMBERGAE, FRID. ID. MART. MDCCLXXXIII.

§. I.

De iure altius tollendi verba facturus, indolem eius ex cæterarum servitutum natura, & historico huius iuris progressu animaduerto facile declarari posse. Ideoque prænotandum prius generale discrimen, quod a veteribus inter servitutes *rusticas & urbanas* custoditum fuit. *Generale discrimen servitutum urbanarum & rusticarum.* Omnis servitus prædiorum consistit vel in solo vel in superficie L. 3. de servit. Hinc quædam servitutes dicuntur rusticæ, quæ solum afficiunt, quædam vero urbanæ, quarum usus est in superficie. Licet enim nonnulli existiment, discrimen servitutum urbanarum & rusticarum ex eo potissimum definiri debere, an servitus debeat prædio rustico, an urbano; vix tamen est, ut hæc nota pro certa haberi possit: siquidem constat, servitutem urbanam, ut puta: ius altius tollendi, tametsi debeat prædio rustico, manere nihilominus urbanam, & omnia, quæ in servitutibus urbanis urbano prædio debitis observantur, pariter in illa obtinere. Rectius ita statuendum esse videtur: in antiquitate hoc solum accidisse, cum adhuc frugalitatis laude clarescerent Romani. Hi enim prædia rustica non nisi ad necessitatem agriculturæ extruebant, adeoque τὸ τελεσφόρον & principale eorum erat solum; superficiem vero in tantum ratio habebatur, in quantum ea rustico vsui inferuiebat. Ille rustici ex villa prospectus amoenissimus habebatur, qui oculis offerret horrea, bouilia, vel alia conclavia instructa.

L. 3. de servit.

K

men-



mentis agriculturae referta. Quaedam etiam *urbanæ* servitutes ita sunt comparatae, ut nonnisi in aedificiorum contiguitate locum habeant, ut puta: oneris ferendi, tigni immittendi, & similia. Consequens ergo est, urbanas servitutes olim perpetuo in praedii urbani utilitatem constitutas, rusticas servitutes vero in vrbe eo minus frequentes fuisse, quo minus eo tempore Romana gens amplis & spatiosis domibus, sed potius casis humilibus sine ordine & splendore positis, utebatur. Quippe ita potius aedificabant, ut cuique ad domum suam liber aditus, neque opus esset, eum in finem, ut postea accidit, a vicino itineris servitutem stipulari *L. 20. §. 1. d. S. P. V.* Temporibus vero posterioribus haec omnia invertebantur, cum scilicet luxuria urbem ingrederetur, & villae non agri colendi gratia, sed voluptati ut inferuissent, aedificarentur. Hinc non minori cura superficies quam solum instruebatur. *PLINIVS IUNIOR*, homo caeteroquin frugalis, & quam minime delicatus, Laurentinum suum in tam varias porticus, balnea & baptisteria diuisum memorat in *Lib. 2. epist. 17.* ut eo nomine haud immerito sub censuram *VARRONIS de re rustica l. 13.* vehere videatur, eos reprehendentis, „qui diligentiam suam in villa aedificanda eo „potius dirigunt, ut spectent sua aestiua triclinaria, ad frigus orientis, hiberna „ad solem occidentem, quam ut antiqui, in quam partem cella vinaria, aut „olearia, fenestras haberet. „ Idem accidit *rusticis* servitutibus. Adeo enim ab antiqua severitate recedebant Romani, ut aqua, quae olim ad irrigandum, vel pecoris, causa, ducebatur, nunc etiam amenitatis causa in praedia urbana duci posset. *L. 1. §. 11. L. 3. pr. d. aq. cottid. & aestiu.* Magis ergo est, ut servitus rustica, praedio licet urbano debita, maneat nihilominus rustica, dummodo ea in *solo* exerceatur; & e contrario urbana servitus, licet ad rusticum praedium pertineat, urbanarum servitutum numero & iure nequaquam excidat. Nec mouet, quod servitutes praedio rustico debita, licet *superficiem* afficiant, nominentur a *Nervatio* in *L. 2. d. S. P. R.* rusticae; Icti enim nomen antiquum & morem nominandi servitutes a praediis retinentes, nihil in vera earum natura mutauerunt. Ideoque sine discrimine servitus urbana, siue debeat praedio rustico, siue urbano, solo nonusu haud perit, nisi simul a serviente libertas usufruatur *L. 7. d. S. P. V.* Subtiliter hoc animadvertit *Corryphaeus* legum prudentum *VLPTANVS* in *L. 1. pr. comm. praed.* scribens: servitutes urbanorum praediorum constitui posse, etiam in villa aedificia sint.

§. II.

*Naturalis
urbanarum
servitutum
ordo & se-
quela.*

Dixi haec de generali discrimine servitutum rusticarum atque urbanarum. Specialiter nunc de earum natura & ordine naturali erit agendum. Aggrediamur primo *urbanas*. Illud haud in obscuro esse arbitror, ab omni servitute libertatem circumscribi. Libertas vero vel provenit ex iure naturali, vel civili. Qua propter *naturali* more primum servitutum genus id fuit, quod



naturali aduersatur libertati: belle hoc vidit SEXTVS PEDIVS, iudice VLPIANO in *L. 5. §. 9. d. nou. op. nunc.* qui ideo naturalem noui operis nunciationis causam eam nominat, cum prohibemus in aedes nostras immittentem, vel aedificantem in nostro, quia nimirum *naturalem* per eam defendimus libertatem. Dupliciter vero se exerit naturalis domini libertas in superficie. Vel enim ipse in aedificio suo infinite quid *facere* potest, etiamsi vicino officiat; vel vicinum *prohibere*, ne quid immitat, vel faciat, in aedibus alienis, contra ius domino a natura concessum. Ad hanc itaque licentiam coercendam, stipulabatur vicinus dupliciter: vel, ne seruiens quid faciat in suo, quod ipsi communi iure permittebatur, vel, ne prohibeat vicinus seruiens dominantem immittere, & aedificare, in aedibus seruiensis. Ita circumscripta est vtraque libertas. Inde satis probabile videtur, seruitutes, ne altius tollatur aedificium, ne luminibus officiat, vt stillicidium recipiatur, vt tignum immittatur, & similes prius vlitatas, eas vero tempore & moribus longe posteriores fuisse, quae sunt *libertatis naturalis*, & postea vtiliter seruitutum nomine insignitae fuerunt. Qua vero ratione hoc acciderit, age videamus.

§. III.

Nimirum constat exemplo rerum immobilium introductam fuisse *usucapionem*, ita, vt satis breui tempore, biennio scilicet, seruitutes acquirerentur. Hoc iniquum videbatur ICtis, quod tam breui temporis spatio libertatis naturalis iacturam facerent Quirites. Sed quomodo consulere? Per solum non usum ideo perire non poterant, quia vsus finitur facto hominis, urbanae vero seruitutes consistunt potius in non faciendo, & sufficit adesse opus humanis manibus factum, quo mediante dominans ius suum exercet, licet ipse perpetuo haud concurrat. Aliam ergo excogitabant seruitutum formam. Ad seruitutem scilicet satis esse credebant, si ius seruiensis diminueretur, alterius vero augeretur *L. 5. §. 9. d. nou. op. nunc.* & quia hoc pariter fieri videbant, in libertate naturali per usucapionem amissa, recipienda; hanc ipsam seruitutis nomine includebant, ne veterem usucapionis, quae tantum ad seruitutes pertinebat, formam innouare viderentur. Finge itaque acquisuisse vicinum seruitutem, ne altius tollantur aedes: amissa est eo nomine libertas naturalis. Si vero per statutum tempus aedes aedificatum habueris; recuperata est *libertas naturalis*; & erit *seruitus altius tollendi*. Et quia hae duae seruitutum species sibi inuicem oppositae, commode vno vocabulo exprimi nequeunt, patet hinc ratio locutionis: *seruitus altius tollendi* vel *non*: in *L. 2. d. S. P. V.* Pari modo caeterae seruitutes urbanae sunt explicandae. Quamuis enim in quibusdam explicite non fiat mentio libertatis naturalis sub titulo seruitutis; male tamen exinde colligi videtur, quasi non idem in illis obtinuisset. Nonnunquam enim sola memoratur seruitus: *ne licent* altius tollere; quae tamen eodem casu in se continet tacite con-

Qua ratio. ne libertas naturalis ante legem Scriboniam in seruitutis nomen transferretur.



trariam servitutem, scilicet *ut liceat* alius tollere. Extat huiusmodi species in *l. 4. §. 8. si seru. vind.* Dicitur ibi servitutem: ne altius tollatur, ei etiam deberi posse, qui vltiores habet aedes; quis vero negaret, ibi sub hac servitute etiam contrariam comprehendi? Hoc inconsulti, credo, foret iudicii. Ergo dici potest servitus tigni immittendi, vel non; oneris ferendi, vel non: absque lapsus metu, & laesione verecundiae veteribus debita.

§. IV.

*Luminum
servitus ex
hypothesi
præcedentis
§phi decla-
rata.*

Paulo difficilior erit opinionis huius applicatio ad *luminum* servitutem. Communiter interpretes hic duplicem statuunt servitutem: *luminum* scilicet, & *ne luminibus officiatur*. Ea in re vtuntur verbis *PAULI* in *l. 4. d. S. P. V.* qui vtramque formulam seiungit. „*Luminum* enim inquit, servitute constituta, id acquisitum censetur, vt adversarius lumina nostra excipiat. Cum autem servitus imponitur, *ne luminibus officiatur*, id adepti videmur, ne ius sit vicino, altius ædificare inuitis nobis, atque ita minuire lumina nostrorum ædificiorum. Si quæris, quid sit in hac lege lumina nostra excipere, ablegant te ad eundem *PAULUM* in *l. 40. d. S. P. V.* qui ita respondit: „eos, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo iure fenestras immisisse. Ex quibus verbis coniiiciunt, *luminum* servitutem simpliciter, diuersam esse ab hac: *ne luminibus officiatur*, & per illam licentiam fieri dominant, fenestras in vicini parietem immittendi. Sed salua res est: quandoquidem rectius hanc sententiam oppugnavit vir celeberrimus *GERARDVS NOODT. POMPONIUS* enim in *l. 23. d. S. P. V.* eandem esse putavit *luminum* servitutem, & *ne luminibus officiatur*, siquidem in vtraque formula: *lumina, uti nunc sunt, ut ita sint*, & *ne luminibus officiatur*, id adepti videmur, ne vicinus luminibus nostris officiat. Sub generali potius vocabulo *luminum* comprehenditur duplex servitus affirmatiua & negatiua: *servitus & libertas* a servitute. Vt puta: servitus luminibus officiendi, vel non, quemadmodum hoc duplex servitutis genus pari modo continetur in servitute altius tollendi vel non *l. 2. d. S. P. V.* Hoc si cogites, iam non obstabit *PAULVS* in antea citata *l. 4. d. S. P. V.* Nam verba eius, vt vicinus lumina nostra excipiat, commode ita accipi possunt, ne contra ædificando vicinus lumina nostra quacunque ratione impediat, quemadmodum idem similem stillicidii formulam interpretatur in *l. 20. §. 3. d. S. P. V.* Forsitan *PAULVS* tradere voluit diuersas formulas Romanorum ædificiis inscribi solitas, quæ alibi sæpius leguntur: *lumina uti nunc sunt, ut ita sint*, & *ne luminibus officiatur*. Neque mens eius fuit, vt duplicem faciat servitutem *luminum*, & *ne luminibus officiatur*: siquidem, vt antea dictum est, per vtramque formulam id obtinebimus, ne luminibus officiatur. Sed tantum formulæ, ne lumi-

lumi-



luminibus officatur, specialiore esse significationem, & plerumque de seruitute, ne altius tollatur, accipi debere; priorem vero formulam, si luminum seruitus simpliciter constituatur, ampliorem recipere interpretationem, ut de quocunque luminis impedimento accipiat. *l. 15. ff. 8. d. S. P. V.* Siue ponatur arbor *l. 17. pr. d. S. P. V.* Siue deprimatur aedificium, ne lumen *κατὰ ἀντανάγκασιν* in aedes alterius denolui possit *l. 17. ff. 2. d. S. P. V.* Ergo nihil impedit, quo minus haec quoque seruitus eodem cum cæteris urbanis iure censi possit.

§. V.

Referendæ nunc veniunt eæ seruitutes, quæ solo inhaerent, & inde rusticæ appellantur. Harum usus perpetuo postulat factum hominis. Quem-
admodum itaque libertas naturalis, quæ in solo exercetur, & vicino damno-
sa est, in eo potissimum consistit, ut prohibeamus alterum ne in solo no-
stro quid faciat, quod tollat libertatem naturalem; ita simplex quoque serui-
tutum rusticarum genus fuit, quo scilicet, seruiens dominanti concedit, in
ipsius solo aliquid facere, quod leuat necessitatem, & auget commodum
praedii dominantis. Pater inde, hoc nomine minime necessariam fuisse in-
ductionem *libertatis*, sub seruitutis specie: siquidem harum seruitutum na-
tura patitur, ut solo nonusu perire possint. Cessante enim facto dominantis ces-
sat ipsa seruitus, quæ facto hominis absoluitur *l. 6. quemadm. seruit. amitt.*
& hac ratione non opus fuit libertatis usufructu. Hic quidem aquaeductus
seruitutem mihi obici posse sentio; quæ, quamvis in ea hominis opera per-
petuo minime necessaria sit, tamen inter rusticas seruitutes connumeratur.
Sed hodie plane alia est facies huius seruitutis, quam quæ fuit antiquis
temporibus. Vix credibile est, Romanos, primordio urbis tam magnificis
aquaeductibus usos esse, ut posteritas umbram & reliquias horum operum
propemodum horreat. Aqua ab initio ducebatur per riuos ad agrum irri-
gandum & hauriendum. Huiusmodi vero aquam non per totum annum
duci, sed interdum expedire, ut intermittatur, constat ex *l. 1. ff. 2. 3. d. ag. cottid. & æstiu.* Hinc, quia haec seruitus non solum in solo exerceba-
tur, sed & ratione usus discontinua erat, siquidem dominans interdum ces-
sare necesse habebat, quæ duæ tamen res rusticam faciunt seruitutem;
magis placuit, aquaeductum esse rusticam seruitutem. Posteaquam vero
inualuit, ut aqua amenitatis causa in praedia urbana duceretur *l. 1. ff. 11. d. ag. cottid. & æstiu.* opus manu factum, & perpetuum adhibitum est; quo
facto dubiam induit haec seruitus naturam, & quæ proprius accedit ad urba-
nae seruitutis definitionem.

De serui-
tutibus rusti-
cis, & cur in
iis non den-
tur seruitu-
tes negativæ.



§. VI.

*Lex Scri-
bonia.*

Hoc ius vsquo ad TIBERII tempora, sub quo consul fuit L. SCRIBONIVS LIBO, vigiisse videtur. Hic enim libertatem in seruitutis conditionem adoptatam a Ictis, remouit rursus, & lata lege SCRIBONIA, vetus discrimen reduxit inter seruitutem & libertatem a seruitute; ita vt libertatem simpliciter vsucapere permetteret, ea vsucapione, quae seruitutem constituebat, penitus abrogata. Ita rem refert Paulus in *l. 4. §. 29. D. d. usurp. & vsuc.*

§. VII.

*Ratio le-
gis Scribo-
niae.*

Quae ratio mouerit auctorem legis Scriboniae, latet adhuc eruditos. Abscondidit eam simul historiae defectus, & auctorum impedit silentium, quo minus ea tuto definiri queat. De tempore & auctore huius legis dudum se probauit coniectura RAEVARDI ad *legem Scriboniam cap. 1.* fuisse eum L. Scribonium Libonem, qui sub Tiberio cum Sisenna Statilio Tauro consulatum gessit. Fuit hic patricius adolescens turbidi ingenii, quemadmodum ex Dione obseruauit RAEVARDVS ad L. Scribon. *cap. 1.* & curatius de eo disserit TACIT. *Ann. II. 27. 28. 29. 30. 31. 32.* qui tandem perfidia Firmii Cati, quasi res nouas moliretur, delatus, sibi ipsi ante condemnationem mortem consciiuit. Viuebat eo tempore, quo celeberrimae patriciorum gentes, quae

— — — stantes in curribus Aemilianos
Et Curios iam dimidios, nasumque minorem
Coruini, & Galbam auriculis nasoque carentem

in atriis suis ostentabant, & adulatione erga principem adeo inebriatae erant, vt nihil respicientes ad priscam auorum virtutem, leges sanctosque mores ad principis libidinem inflecterent. In horum incommodum tulit forsan LIBO legem Scriboniam qua, acquisitione seruitutis per vsum inhibita, e contrario firmavit libertatis tempore in legibus statuto capionem. Potentiores enim, quorum dominibus, in urbium modum exaedificatis, adiacebant plerumque pauperiorum aediculae (quas alio quoque nomine insulas vocare solebant: GRAEV. in praefat. T. IV. thesaur. antiquit.) facilius poterant vsucapere seruitutem, ne altius tollatur, & luminibus eorum officiat. Hoc prohibebat LIBO, & libertati fauebat, quam temporis vsu recuperare permittebat. An ad solas seruitutes urbanas pertinuerit, lex Scribonia, quaesitum fuit inter interpretes. CUIACIVS ita censuit, quoniam in lege Scribonia mentio fiat libertatis naturalis, cuius tamen vsucapio in solis urbanis seruitutibus locum habeat. Sed huius sententiae rationes inuestigarunt iam alii vid. V. C. CONRADI in notis ad RAEVARD. L. Scribon. *cap. 6.* Hoc vnicum addere liceat, supra a me dictis consequens esse,

occa-



occasionem legis ferendae praebuisse seruitutes urbanas; quamvis, quo minus illa, quod ad seruitutis per usum constitutionem attinet, pariter in rusticis obtinuerit, nihil impedire videatur.

§. VIII.

Post legem Scriboniam, vario colore, minuendarum litium gratia, rediit *seruitutum usufructus*. Eum in finem a Praetore actionem propositam esse, omnes, quos ego quidem noui, interpretes, extra omnem dubitationem positum esse existimant. Datur haec actio illi, qui forte tot annos nec vi, nec clam, nec precario usus est seruitute aquae ducendae, teste *VLPIANO l. 10. D. si seru. vind.* In verbis quidem huius legis diserte non proditus est praetor huius actionis auctor; sed ita interpretibus visum est. Cum enim haec lex sit ἀποσπασματικὴ ex *VLPIANI lib. 53. ad edictum*, in quo ille interpretatus est titulum edicti de aqua & aquae pluuiae arcendae actione; hinc non levis videbatur coniectura, id, quod praetorem de aqua edixisse, titulus prae se fert, esse hanc ipsam actionem. Accedit, quod & *VLPIANVS in l. 1. ff. ult. d. aq. & aq. plu. arcend.* temere meminisse usufructus seruitutum censeri potest, nisi forsitan *d. l. 10. si seru. vind.* cohaeserit, cum antea citata *l. 1. ff. ult. d. aq. & aq. plu.* Magis quoque est, quod *VLPIANVS in l. 1. ff. ult. d. S. P. R.* concise quidem, sed satis probabiliter seruitutis usufructum commemorasse videatur, scribens: traditio plane & patientia inducit officium praetoris. Eadem fere sunt, quae habentur in *l. 11. ff. 1. d. public. in rem act.* Vnde vix dubites, praetoris officio deberi reductam seruitutis usufructum.

§. IX.

Enimvero, quo minus placeat haec opinio, varia in contrarium mouent argumenta haud improbabilia. Non enim *ICROS*, primos auctores & perpetuos seruitutum efformatores, hoc negotium tam facile deseruisse credendum est. Nec aliud persuadent verba *VLPIANI in l. 1. ff. ult. d. aq. & aq. plu. arc.* aientis: sane & in caeteris seruitutibus idem sequimur &c. scilicet, quod hic de aquae pluuiae arcendae actione a nobis i. e. *ICtis* traditum est, idem sequimur in caeteris seruitutibus. Nec nos mouent leges ab aduersariis allegatae. Videndum nim primo, num in iis, in quibus patientiam seruitutum praetoris officium subsequi dicitur paulo strictius intelligatur istud praetoris officium, quod in actionibus petitoriis concedendis occupatur. Patientia, si vel maxime eam a traditione seiunxeris, exemplo *l. 11. d. public. in rem act. & l. 1. ff. ult. d. S. R. P.* efficit etiam ius possessionis, ideoque interdicta veluti possessoria constituta sunt, quod ait *Ianotenus in l. ult. d. seruit.* & in his pari ratione praetoris munus accipi potest, ita,

ita, ut minus recte inde coniciatur, a praetore introductam esse actionem de seruitute usufructuaria. Nec felicius ad partes vocatur *VLPIANVS* in *l. ii. §. i. d. publ. act.* differens ibi de actione Publiciana, quae competit de re nondum usufructuaria. Ea vero actio, de qua nobis sermo est, plane est alia, quippe quae nascitur demum ex adimplenda usufructuaria. De hac nimirum, num proficiscatur a praetore, quaeritur: non vero de Publiciana, de qua merito dubitare non licet. Neque *VLPIANVS* aliquem confundat, qui *l. 10. si seru. vind.* actionem de seruitute usufructuaria explicauit; quamuis enim haec particula ex *Vlpiani lib. 53. ad edictum praetoris de aqua & aqua pluuia arcenda* decerpta sit; non tamen ausim affirmare, praetorem de aqua per usum acquirenda ibi edixisse. Id enim, quod praetor de aqua in isto titulo proposuit, refert *l. 4. C. de seru. Aquam* scilicet, in alieno loco ortam, sine voluntate eius, ad quem aquae istius usus pertinet, duci non posse. Nihil exstat de seruitutis usufructuaria. In huius rei interpretatione torus est *VLPIANVS* in *l. 8. 10. eod. & PAVLVS* in *l. 9. eod.* Cur vero *Vlpianus* in *l. i. §. ult. d. aq. & aq. pluu. arc.* (cum qua lege procul dubio connexa fuit *l. 10. si seru. vind.*) memoret seruitutum usufructuaria, huius rei ratio paulo curiosius erit inquirenda.

§. X.

*Cur Vlpianus in titulo de usufructuaria seruitute, quam in actione aquae pluuiae arcendae fingebant Icti, cum edicti de usufructuaria seruitute manifestum est. Actio aquae pluuiae arcendae compete-
bat, quoties aqua pluuia opere manu facto a vicino ita dirigebatur, ut damnum inde metuendum esset l. i. §. i. h. t. Ergo cessabat, si aqua pluuia
quasi a natura in alterius agrum deriuabatur, puta si inferior esset; hanc enim a natura seruitutem videri impositam, ut agro superiori inferior ser-
uiret. Haec seruitus ex qualitate praedii naturali descendens vocabatur quasi seruitus l. i. §. ult. h. t. (quam quasi seruitutem significare seruitutem per
usum acquirendam minus recte censere videtur V. C. CONRADI in notis ad
Raeuard. leg. Scribon. cap. 5. (1): Hoc *VLPIANVS* ita quoque in cae-
teris, iisque veris, seruitutibus obtinere dicit, si lex praedio non sit dicta, quemadmodum antea hoc de agro asserit, ut, ubi lex non inueniatur,
aggerum modum in agris muniendorum definiens, verustas vicem legis teneat. Non immerito *Vlpiano* haec ratio opportuna videbatur, ut simul
hoc loco tractatum de seruitutibus per usum acquirendis susciperet, quia & haec interdum a verustate imponuntur. Animaduersum fuit a viris do-
ctis, *Tribonianum* subinde suae promissionis oblitum edicti perpetui seriem nonnunquam deseruisse; sed non adeo graui laborat culpa bonus vir, quam commisisse non minus grauius, quam verisimiliter inculatur; siqui-
dem*

dem non raro *VLPIANI* prauæ consuetudini ipsi parendum fuit, qui arrepto leui colore ab iis materiis, quæ in quoque titulo propositæ fuerunt, ad alios iuris tractatus digrediebatur, quamuis etiam in corrigenda hac *VLPIANI* non se occupatur, peioris sæpe erroris culpæ succubuerit. En exemplum.

§. XL.

Prætorum de magistratibus municipalibus egisse sub initium edicti, inde certum est, quia *HERMOGENIANVS*, qui in *L. 2. D. d. stat. hom. edicti* ^{Exemplum digressionis ab *VLPIANO* importu- ne factæ.} perpetui seriem se secuturum professus est, tractauit hunc iuris articulum in *L. 1. epitomarum*. Id cognoscitur ex rubro *L. 16. 23. 25. D. ad municip. VLPIANVM* quoque in prima commentarii sui parte eos non plane omisisse, docet inscriptio *L. 26. 30. D. ad municip.* edictum contra *de damno infecto* interpretatus est *VLPIANVS* in *lib. 53. si ex rubro L. 7. 9. 13. 15. d. damn. inf.* iudicamus. Nihilo tamen secius *TRIBONIANVS* particulam ex *lib. 1. VLPIANI*, ubi de magistratibus municipalibus actum fuerat, contulit in titulum digestorum, ubi edictum de damno infecto interpretatur. Nec ideo ^{a)} inique fecisse *TRIBONIANVM* putandum est. Quamuis enim in *d. L. 4. d. damn. inf.* aliquoties mentio fiat magistratuum municipalium, *VLPIANVS* tamen eorum non meminit, quasi de iis acturus. Ex tota enim disputatione *L. 4.* apparet, *VLPIANVS*

- ^{a)} Alio tamen loco hac correctio male cecidit *TRIBONIANO*. Scilicet, si quæris edictum prætoris de iis, qui cautioni in iudicio sistendi causa facta non obtinuerunt, hoc minus in opportuno loco positum deprehenderetur. Quia enim ex hoc edicto nonnunquam in bona contumacium ibatur, inferuit illud *TRIBONIANVS* generali titulo, quem in conceptione digestorum siue effinxit, quasi is etiam antea in edicto perpetuo extitisset, siue non intellexit titulum; qui tractauit potius id, quod vltimum est in iudicio non per contumaciam abrupto, sed per ordinarias iuris ambages tractato & finito, executionem scilicet: demonstrat hoc *L. 2. D. quib. ex caus. in poss. eat.* Ex ipsis edicti verbis extantibus in dicta *L. 2.* apparet, illud magis conuenire titulo: *si quis cautionibus &c.* Nec repugnat *VLPIANI* liber, ex quo hæc lex a *TRIBONIANO* decerpta est, liber scilicet quintus ad edictum. Hoc enim libro comprehendisse *VLPIANVM* materiam cautionum in iudicio factarum satis forte euincetur ex titulo *L. 2. qui satisd. cog.* Sed ita tractauit eam, quemadmodum iam in simili specie notauimus, ut breuiter & quasi aliud agens transcurreret, si diuinare licet ex reliquiis *L. 2. quib. ex caus. in poss. eat.* Eo tamen eam prosecutus est in libro, in quo de exceptionibus ipsi agendum fuit, si conferatur *L. 2. 4. si quis caut.* eandem cum *L. 2. d. except.* in *VLPIANI* commentario sedem agnoscentes. Facile hoc argumento moueri potuit *VLPIANVS*, quoniam illi, qui iusta ex causa vadimonium dederunt, puta ob tractatum negotium vel impedimentum a tempestare & valetudine factum, prætor exceptionem daret. *L. 2. pr. §. 3. si quis caut.* hinc non incommodum fore credidit, de ea re eo loco agere, ubi de exceptionibus agendum.

Fasc. III.

L.



PIANVM ibi data opera de damno infecto tractauisse, & in transitu tantum inieciſſe magistratum municipalium mentionem, quamuis de his illo libro, ſuadente ordine edicti perpetui, agendum eſſet ex inſtituto. Eam forte VLP-
PIANVS rationem ſufficere credidit, quam recenset in *L. 1. d. damn. inf.* Nimirum quia prætor officium ſuum de damno infecto ob celeritatem in ea re neceſſariam magistratibus municipalibus demandare ſolet; hinc ſibi quoque li-
cere credidit, eo loco, quo de magistratibus municipalibus tradebat, quædam de damno infecto commentari.

§ XII.

*Ergo hæc
actio de ſer-
uitutum vſu-
capione non
ex edicto
prætoris ſed
Ictis in
geniis de-
ſcendit.*

Ex dictis apparet, VLPPIANVM, ubi in rem quamlibet, per occasionem edicti, quod tractat, incidit, liberius vagari: nec tenaciter inhærere inſtituto; ſed faciliorem eſſe in connectendis argumentis. Idem credo ipſi accidit in *L. 1. §. ult. d. aq. & aq. pluui. arc.* quam tractamus. Certe verba illa: *in cæte-
ris ſeruitutibus idem ſequimur &c.* manifeſte argunt, ipſum digredi a priori inſtituto. Cum itaque tractaret de quaſi ſeruitute in actione aquæ pluuiæ ar-
cendæ obueniente, & eam tempore & vetuſtate acquiri animaduerneret, perop-
portunum ipſi videbatur, eodem loco verarum ſeruitutum vſucapionem propo-
nere. Itaque falluntur, qui exinde, quod actio de ſeruitutum vſucapione in
VLPPIANI libris ad edictum continetur, arguunt, eam ex prætoris edicto ori-
ginem trahere. Magis eſt, vt credas hanc ab VLPPIANO per occasionem lo-
co non congruo tractatam eſſe. Vſus enim eſt VLPPIANVS in commentariis
ſuis arbitrario ordine, & cæptam tractationem, velut antea vidimus, alienis,
ad eum locum non pertinentibus, materiis interpungere ſolitus eſt. Videntur
potius Icti, qui iura ſeruitutum ex ſuo ipſorum ingenio formabant, hæc etiam
parte, in reducenda ſeruitutum vſucapione, officium ſuum abſoluiffe.

§ XIII.

*De iure al-
tius tollendi
poſt legem
Scriboniam.*

Itaque poſtquam Ictis gloriæ reductæ vſucapionis vindicauimus, reſtat
vt videamus, qua ratione, poſt legem SCRIBONIAM deſuetudine abolitam,
ius altius tollendi accipiendum. Scilicet euenire poterat, vt quis per publicam
legem tectum altius tollendi licentiam haberet, ſed prohiberetur a vicino, qui
longa conſuetudine ius, ne altius tollatur, quaſierat. In hac ſpecie præcipue
verſabatur priuatum emolumentum, cui vicinus ſicut in cæteris rebus renuncia-
re, & conſequenter alter etiam conſenſu vicini expreſſo *ius altius tollendi* ac-
quirere poterat, neque publicis edictis eo nomine officere neceſſe habebat. Ea
erat *ſeruitus altius tollendi*. Non enim cum iis faciendum, qui ius altius
tollendi eſſe ſtatuunt, ſi altitudinem lege publica introductam propter conſenſum
vicini ædificando ſuperare liceat. Scilicet obliſi ſunt, quod docuit eos PA-
PINIANVS in *L. 38. d. pact.* ius publicum ſtipulationibus priuatorum immu-
tari

tari non posse. Imo, quamuis forte huic dubio ita occurrant, edicta principum de ædium altitudine externo intuitu publica fuisse, internam vero eorum intentionem in priuatorum utilitate demum desisse; hoc tamen nullo respectu verum esse arbitror, nisi forte eo, quo illæ etiam leges, quibus per priuatorum stipulationes contraheniri posse negatur, ad singulorum rem pertinere existimandæ sunt. Omnes, qui citantur rei Romanæ auctores, & de ædium altitudine per principes coercita prodiderunt, addunt, hoc ideo factum esse, ut ruinarum facilitati & frequentiæ occurratur. (De qua varia prostant antiquitatis testimonia vid. *Iuuenal. satyr.* III. v. 7. 8.). Ita de Augusto testatur STRABO Geogr. V. & de Traiano AVRELIVS VICTOR. Sed, ne vrbs ruinis deformetur, publice interest *L. 2. §. 14. ne quid in loc. publ.* Eiusmodi autem species iuris altius tollendi, quemadmodum id paullo ante declarauimus, ne quis nimirum statum ædificiorum antiquum & consuetudinem in ædificando seruata, transgrediatur comprehenditur in *L. 1. C. d. seruit.* „Si quas actiones „aduersus eum, qui ædificium *contra veterem formam* extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito per iudicem exerce- „re non prohiberis; is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem „seruitutis obtinere sciet. „Manifestum est *veterem formam* in hac lege vocari consuetudinem, quemadmodum ius aquæ ducendæ per consuetudinem ordinatum dicitur *forma & mos solennis aquæ* in *L. 7. C. d. seruit.* Eodem sensu *veterem formam* intellexit TACITVS ann. XV. 43. formam scilicet ædificiorum, prout stant, more perpetuo continuatam. Nec aliter VLPIANVM explicandum esse obseruabis in *L. 11. d. S. P. V.* Infeliciter ergo RAEVARDVS *Coniectam* III. 12. in *L. 1. C. d. seruit.* quærit formam lege publica introductam. Hæc enim sententia non congruit verbis: is, qui iudex eris *longi temporis consuetudinem* vicem seruitutis obtinere sciet. Velut ipse alibi ad leg. Scribon. cap. 5. hæc verba de seruitutum usucapione capienda esse recte arbitratur. Ab iisdem Imp. SEVERO & ANTONINO auctoribus *L. 1. C. d. seruit.* hæc *forma* vocatur *modus* in ædificando *usitatus* *L. 1. C. d. ædif. priuat.* Denique hanc formam veterem stabiliiuit ZENO in *L. 12. C. d. ædif. priuat.* quam constitutionem de seruitutibus egisse expresse testatur IUSTINIANVS in *L. 13. C. eod.*

§. XIV.

Hæc de iure altius tollendi. In reliquis seruitutibus urbanis nihil superest dubii, excepta seruitute STILICIDII, in cuius explicatione adhuc serupulus tenet; extat enim probabilis, ut videtur, quorundam opinio, qui sibi præ reliquis hoc nomine sapuisse videntur. Præcipuus eorum est THOMASIVS in dissert. *d. seruit. stillicid.* §. 40. Videbant scilicet, contra eorum sententiam, qui ciuitatis statutum prius ponunt, non sine ratione moueri posse,

L 2

quod

De serui-
tute stillici-
dii.

quod huiusmodi forma stillicidiorum per legem publicam stabilita in Romanis scriptoribus omnino non extaret. Mutabant igitur personam seruientis atque dominantis, in seruitute stillicidii non recipiendi, quasi scilicet is, qui stillicidium non recipit, seruiret, contra vero, is, qui recipit, haberet ius dominantis. Hoc non inutiliter fieri existimant quibusdam in locis, ubi aquæ penuria, ita ut dominans stillicidium, quod ordinarie in vicini ædes præfluit, iure excipere atque proprio vsui adhibere posset. Sed hæc sententia contra iuris rationes videtur excogitata. Dedit forsitan ita cogitandi materiam formula, qua appellatur seruitus *stillicidium auertendi: vel non* in *L. 2. d. S. P. V.* quasi in seruitute stillicidii non auertendi is, qui non auertit, dominari, & ex eo, quod non auertat, vsui proprio consulere intendat. Non credidissent hoc Viri Doctissimi, si perpendissent, in iure seruitutem, in qua alterutrius tantum, dominantis scilicet vel seruientis officium memoratur, intelligi nihilo minus ius tam a parte dominantis, quam seruientis. Patet illud exemplo seruitutis, ne altius tollatur. Quamuis enim solum hic officium seruientis exprimitur, utique hæc dici potest seruitus, non, quod is, qui altius non tollit, habet ius dominantis, sed quia debet hoc vicino dominanti. Contra vero Ictis Romanis quoque solenne fuit, solum referre ius dominantis, ut inde indicetur de officio seruientis, puta seruitus altius tollendi, non quasi is, qui altius tollit, seruitutem deberet. Ex his ergo formulis plane non est seruitutis cuiusque natura definienda. In seruitute stillicidii *auertendi vel non auertendi* potius eadem, qua in cæteris urbanis seruitutibus, ratione procedendum, quippe quæ inter illas referri solita, communi cum iis explicatione frui debet, ita ut in seruitute stillicidii auertendi referatur ius dominantis, cui licet auertere in aream vicini. In seruitute vero stillicidii non auertendi recenseatur officium seruientis dominans vero intelligatur is, qui habet libertatem a seruitute stillicidii auertendi: & non obstat, quod ius stillicidii auertendi dicatur quoque seruitus stillicidii auertendi.

§. XV.

PAVLVS
in *L. 2. pr. d. L. 2. pr. d. aq. & aq. pluui. arc.* omnem locorum inferiorum seruitutem fa-
aq. & aq. perstruit, quorum explicatio ideo huc pertinere videtur, quoniam Icti eadem
pluu. arc. ex. in veris seruitutibus secuti sunt, inprimis quod ad vetustatem attinet, quæ in
plicatus.

Paulo diligentiore indagatione digna sunt tria ista, quibus PAVLVS in
omnem locorum inferiorum seruitutem fa-
perstruit, quorum explicatio ideo huc pertinere videtur, quoniam Icti eadem
in veris seruitutibus secuti sunt, inprimis quod ad vetustatem attinet, quæ in
omnibus seruitutibus vicem legis tenere dicitur. Hæc autem tria, per quæ lo-
cus inferior superiori seruit, sunt *lex, natura loci, & vetustas*. Videndum
ergo, quid veteres per singula hæc significasse putandi sint. Primo, quid
illis fuerit *natura*, considerandum. Hanc ii quorum mens in pernoscendis
rerum causis supra vulgus eminere volebat, pro Deo, & Deum in illa cole-
bant. SENECA *de benefic. IV. 7.* „Natura, inquis, hæc mihi præstat: non
intelligis, te, cum hoc dicis, mutare nomen Deo? Quid enim aliud est natu-
ra,

„ra, quam Deus, & diuina ratio toti mundo & partibus eius inserta?, Hæc natura cuilibet rei formam manentem indidisse dicitur & sub nomine *IANI* Diis annumerabatur teste *OVIDIO fastor. I.*

*Tunc ego, qui fueram globus, & sine imagine moles,
In faciem redii membraque digna Deo.*

Per eam ergo agri dispositi, montes erecti, & valles subsidere iussæ sunt. *VARRO* ipse, cuius inter veteres excellentissimum erat iudicii acumen, a diuina natura agros datos & dispositos esse censet de *re rustica III. 1.* Hinc merito pro lege custodiebatur natura, & cui ab ea seruitus imposita erat, iure imposita intelligebatur; ita ut ager inferior superiori seruiret *L. 1. §. ult. d. aq. & aq. pluui. arc.* Consequenter cessabat actio aquæ pluuiæ arcendæ, siquis opus tollat, ut aqua naturali more vehementius fluat *L. 1. §. 22. eod.* contra vero, cum quis manu faceret, quo aqua aliter fluere, quam natura solet, competeat actio aquæ pluuiæ arcendæ *L. 1. §. 1. eod.* Hæc de natura, de lege paulo aliter tenendum. *Legem* hoc loco sic accipe ut notet *seruitutem* ab eo, cui ius est, expresse fundo cuidam impositam *L. 6. pr. comm. præd. L. 29. pr. d. S. P. R. L. 19. pr. quemadm. seruit. amitt.* Huiusmodi legem patres familias fundis suis dicere solebant, quoties eos legabant, & hoc nomine separatur seruitus vltima voluntate imposita ab ea, quæ per pactiones & stipulationes conceditur *§. 4. I. d. seruit. præd.* Homo enim, cui tanquam natura partem diuina ratio præ reliquis animalibus insignius inserta erat, siquidem ex diuino semine procreatus fertur a Nasone, Deorum vicem in terris tenebat, ad quorum effigiem fectus esse credebatur. Hinc eius voluntas merito vim legis habebat, quoties res suas procurabat, & fuit inde iuris regula: quod quilibet possit rei suæ legem dicere.

§. XVI.

Hoc modo tuebantur *ICti* etiam seruitutes quasdam, quæ non vtriusque *De veteri* consensu, neque etiam temporis usu constituebantur. Sic in agris ager inferior superioris flumina naturaliter eo defluentia excipere tenebatur. Sic etiam fieri potest in superficie, ut quis in colle ædificans lumina eius, cuius inferior habitatio est, obscurare possit, dummodo *veterem formam* non excedat: nec eo nomino naturalem seruitutem defendere, absurdum erit. Hæ erant seruitutes a natura impositæ. Cum autem non diuina natura, sed ars humana ædificauerit vrbes, docente *VARRONE de R. Rust. III. 1.* hinc in iis seruitutibus, in quibus venit opus humana factum manu, aliam sequebantur rationem, *vetustatem* scilicet; proficiscebatur hæc equidem pariter ab hominis voluntate, sed cuius memoria non extabat, ita, ut ubi seruitus non imposita est, qui diu usus est seruitute, velut iure adquisitam habere seruitutem videatur *L. 1. §. ult. d. aq. & aq. pluui. arc.* Operis autem, per quod exercetur seruitus, du-

L 3

ratio



ratio memoriam excedere debet. Ita enim vetustatem intelligit PAVLVS in *L. 2. §. 5. d. aq. & aq. pluui. arc.* Hæc vetustas succedebat in locum naturæ, siquidem a VARO naturæ æquiparatur, teste PAVLO, in *d. L. 2. §. 5. eod.* quod enim per homines factum est, per ipsam quodammodo naturam factum videbatur. Sic IANVS ille cuius nomine veteres naturam venerabantur, præerat quoque temporibus, ex quorum accumulatione nascitur vetustas, & pro omnium operum humanorum auctore & principio reputatur ab HORATIO *satyr. v. III. 4. 20.* Erant nonnunquam hi termini a vetustate positi in ambiguo, & tum ad eos discernendos solebant arbitri adhiberi *L. 11. §. 1. d. S. P. V.* Quemadmodum in iudicio finium regundorum officium iudicis postulabat, ut mensores mittat *L. 8. §. 1. fin. regund.* quos titulo arbitrorum insigniri in *L. 7. eod.* non incommodum dictu erit. Parem ob rationem adhibiti videntur mensores ædificiorum a iudice, qui de iure altius tollendi cognoscebat; qui si dolo malo falsum modum renunciauerint, tenebantur actione in factum a prætore proposita *L. 5. §. 2. si mens. fals. mod.* Meminerunt eorum, ni fallor, antiqua marmora apud GRVTERVVM p. DCXXIII. 7. 8. DCXXIV. 2.



XV.

D I S S E R T A T I O

DE OMNI CVLPA
IN NEGOTIORVM GESTORVM
IUDICIO PRAESTANDA.

VITEMBERGAE, PRID. KAL. APRIL. MDCCXXXIII.

§. I.

Ius amicitiae in republica Romana.

Si qua re meriti sunt Romani, ut legibus ipsorum, atque institutis, terrarum orbis prope vniversus, & victores etiam, obtemperarent; hac certe virtute ceterarum gentium laudem superauerunt, quod tantum *amicitiae*, & mutuis officiorum studiis, inter ciues exercendis, tribuerunt.

Enimuero, cum LAELIVS apud CICERONEM ^{a)} nihil tam naturæ aptum, tamque conueniens, ad res vel secundas, vel aduersas esse, comprobet, quam benevolentiae coniunctionem: quam si quis ex natura rerum exemerit, ^{b)} nec

a) CIC. de amicis. op. tom. IV. p. m. §62.

b) CIC. ibid. p. §63. §64.



nec domus vlla, nec vrbs perstare, ne agri quidem cultus permanere posse videatur; certe ponenda est in exemplis respublica, quæ, quod alii tantum commendauerunt suis ciuibus, & vix sperari posse censuerunt, ipsa etiam sanxit, & firmavit ciuilibus præceptis. Quod vt efficeretur, non solum inter omnes omnino homines *cognitionem* quandam esse constitutam docuerunt, adeoque nefas esse, hominem homini insidiari *L. 3. D. de iust. & iur.* sed etiam, vt arctius inter se constringerentur, scireturque, quos in danda opera, faciendoque officio, aliis anteferre conueniret, fecerunt quosdam inter ciues necessitudinis gradus, & ordines officiorum.

Primo, cum nihil natura homini studiosius, quam suos cuique liberos, commendauerit; constituerunt, quos in fidem & tutelam quis susceperit, *pupillos liberorum* loco esse: c) eodem iure iungi cum patriciis plebeios: ex patribus suum cuiilibet *patronum*, plebeios his *clientes*, & necessarios, esse voluerunt: vt non solum infirmi potentiores. prout patrum sanctitas postulat, coleant, atque, quod M. CATO d) in oratione aduersus Lentulum apud Censores ait, patrem primo loco, patronum proximo haberent; sed neque clientes a patronis sine summa infamia deferri possent, carioresque propinquis, contra e) ipsos cognatos etiam a patribus defenderentur. Deinde, vt omnes ordines implicati inter se consuetudine, & benevolentia connexi teneantur: alios inter *se fratrum* locum obtinere placuit, vt socios: *L. 63. D. pro socio*, alios, quorum fides singularis electa, vt, quibus mandata negotia, aut apud quos res deposita fuisset, *amicorum* cognatorumque fidem implere: & si quis suo nomine in his iudiciis, maxime directis, damnatus esset, illum infamia notari, præceperunt, *L. 1. D. de his, qui not. inf.* alios denique omnes, inter quos iuris gentium, & bonæ fidei negotia contraherentur, *bonos* esse voluerunt, & vicissitudinem horum studiorum, solemni formula, *vti inter bonos bene agier oportet*, definiuerunt; plerosque, quantum in tot, tamque diuersis, ingeniis fieri potuit, *necessitudine* quadam, & caritatis communi vinculo, continuerunt.

§. II.

Cum sint gradus quidam amicitiae, & ex infinita societate generis humani, quam conciliauit ipsa natura, quod CICERO adfirmat, f) ita contracta res est, & redacta in angustum, vt maxima caritas tantum inter duos, aut certe inter paucos, iungeretur; in ceteris fere causis agnouit prætor, dandum aliquid fragilitati hominum, & eo rem perducere non posse, vt remota omni inuidia, & simultatibus sublatis, perpetuo inter omnes conueniret: in eo autem, qui *negotia* ignorantis *gesserit*, existare imaginem & exemplum voluit *perfectissimi amici*.

c) GEL. N. Att. l. V. c. 13.
sAR pro Bithynis ap. GELL. l. c. cont. GELL. l. XX. c. 1.
amicit. p. m. § 63.

d) apud GELL. N. A. l. V. c. 13.

e) CAESAR pro Bithynis ap. GELL. l. c. cont. GELL. l. XX. c. 1.

f) CICERO de

Exemplum perfectissimæ amicitiae in negotiis gestis.



amici, illudque iudicium constare regulis omnibus benevolentiae, & nobilissimae coniunctionis. Enimvero, totum illud de gestis negotiis edictum *amicitiae* causa comparatum esse, docet *ULPIANVS l. 1. D. de neg. gest.* quoniam magna utilitas *absentium* versatur, ne indefensi rerum possessionem, aut venditionem, patiantur, vel pignoris distractionem, vel pœnæ committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant. Quarum rerum procuratio cum sperari omnino, nisi ab illis, qui amore, & familiaritate nobis coniuncti sunt, non possit; hunc demum *PAVLVS* proprie gessisse *absentis* negotia sensuit, qui quasi *amici*, non quasi domini, negotia administravit *l. 36. D. de neg. gest.* ut secundum *PAPINIANVM l. 31. §. 2. D. eod. t.* is demum, qui ut *amicus* *absentem* defenderit, negotiorum gestorum teneatur; & contra illum inprimis, teste *IULIANO* atque *ULPIANO l. 6. §. 1. & 6. l. 44. D. h. t. cuius amicitia*, & contemplatione negotium gestum est, actio contraria negotiorum danda esse, denique rota hae causa affinis pietati habenda videatur. *l. 27. §. 1. D. h. t. l. 34. eod.*

Voluerunt igitur veteres prudentes ab *amicissimo* & coniunctissimo homine negotia administrari; cuius officia, cum antea cuiusque pudori relicta fuisse videantur, comprehendit *prætor l. 3. pr. D. h. t.* elegantissimo edicto: *si quis negotia alterius, siue quis negotia, quæ cuiusque, cum is moritur, fuerint, gesserit, eo nomine iudicium dabo.* Nihil cogitari potest, quo magis præcipua vis amicitiae, & nervi omnes necessitudinis contineantur. Enimvero, cum *amicitia*, secundum *TULLIVM g)* sit omnium diuinarum humanarumque rerum cum benevolentia, & caritate summa, consensus; quid magis est conveniens amico, quam negotia alterius suscipere, pro amico, tanquam pro se ipso excubare, eius utilitates, tanquam suas, procurare? Quandoquidem, quod *PERIPHANES* ait, apud *PLAUTVM h)*

*Nihil homini amico est opportunum amicis,
Sine tuo labore, quod velis, actum est tamen,
Ac si allegasset aliquem ad hoc negotium.*

Contra dignum hominis infæci & morosi apud *TERENTIUM i)* persona:
quando ego tuum non curo, ne cura meum,

Cui recte *MITIO* illo loco respondet:

*Non æquum dicis: non: nam vetus verbum hoc quidem est:
Communia esse amicorum inter se omnia.*

Habes igitur primum in loco, qui negotia gessit, argumentum amicitiae, quod negotia *ALTERIVS* suscepit: sed hoc maius est, quod etiam *absentis*, atque ignorantis *l. 11. pr. D. de neg. gest.* etiam furiosi & pupilli *l. 3. §. 5. & 4. D. h. t. l. 2. C. eod.* cum contra, si præsentis negotia gesserit, man-

g) *CIC. de amic. p. 563. adelp. V, 3. v. 15 seq.*

h) *PLAUT. epidic. act. III. Sc. 3. v. 44.*

i) *TER.*

mandati teneatur, l. 22. §. 10. l. 20. §. 1. D. mand. Hoc frustra, nisi ab optimo amico & studiosissimo humanitatis, expectabis: quando quidem illud interesse inter certos amicos, incertosque, Isocrates ^{k)} putavit, quod οἱ μὲν τὰς φίλων παρόντας μόνον τιμῶσιν οἱ δὲ καὶ μακρὰν ἀπόντας ἀγαπῶσι. Qua propter & Tarquinius, teste TULLIO ^{l)} sc demum, cum exul esset, quos fidos habuerit amicos, quosque infidos, intellexisse, dixit; cum praeter maximas & plurimas commoditates, quas amicitia continet, id illa praestet omnibus, quod bona spes praeluceat in posterum: nec debilitari animos, aut cadere patiatur: sed, quod Laelius ait, ^{m)} amicum qui intuetur, tanquam *exemplar* aliquod intueatur sui; quocirca & *absentes adsint*, & egentes abundant, & valeant subinde imbecilles.

Videri poterat satis amici fidem impleuisse, qui & negotia ALTERIVS susceperat, & *absentis*, apud quem volebat gratiam inire, a quo sperabat gratiam relatum iri. Non tamen hic subsistit praetor, dum amici officia definit; sed patitur etiam amicum, *quæ cuiusque, cum moritur, fuerint*, negotia administrare l. 3. pr. D. h. t. quod summae est, & rarissimae virtutis. Secundum TULLIUM enim ⁿ⁾ per amicum non modo adsumus absentes, valemus imbecilles, sed etiam, quod ipsi difficilius dictu videtur, *mortui vivimus*.

Igitur praetor non probat illam vulgi amicitiam, qui, ut PLINIUS aliquando conqueritur ^{o)} non nisi viuentes reueretur; si quidem, quod ille alibi ait, ^{p)} tam rara in amicitia fides, tam parata *obliuio mortuorum*, ut ipsi fere nobis conditoria exstruere, & omnia heredum officia praesumere cogamur. Quod cum improbum, & iniurum videatur; laudat praetor illum, qui & mortui negotia gesserit l. 3. §. 6. D. de neg. gest. Ut, momente ULPIANO l. 12. §. 2. eod. heres, qui postea succedat, teneatur, si eadem diligentia, & utilitate, qua viuentis, etiam *mortui* negotia ab amico fuerint administrata.

Iuber praeterea PAVLVS, ut amicus absoluat beneficium suum, & si coeperit cuiusdam negotia gerere, mortuo eo ne intermittat, vetera explicet, & conseruet l. 21. §. 2. D. h. t. quia, praecipiente ISOCRATE ^{q)} ut patrimonii, ita amico um debet hereditas ad liberos transmitti. Sed quia videbant veteres, saepe deficere a parentibus heredes, & in partem contrariam abire: cum & TIBERIUS ^{r)} matre mortua, omnes familiaritates & amicitias intra breue tempus affligerit; satis habuerunt, amicum coepta perfecisse: ut noua inchoaret, nisi heredis ingenio probato, inuitum cogi non debe-

k) ISOCRAT. ad dem. c. 1. l) de amic. p. 569. m) LAEL. ap. CIC. d. amic. p. 564. n) CIC. l. c. o) PLIN. VI. ep. 6. p) PLIN. VI. ep. 10. q) ISOCR. ad dem. c. 1. r) SVET. in Tib. c. 51 f.

debere *l. 21. §. 2. D. de neg. gest.* adeoque amicitias iudicio, non casu, eligendas, censuerunt.

At vero praetori nondum satis officiosus est, qui negotia amicorum, eorumque absentium, atque etiam mortuorum, non neglexit. Ne quid ad commendationem pulcherrimi facinoris deesse videatur, omnes partes amicitiae persequitur, etiam *uliro* & sponte, accedere amicum, & negotia administrare, iubet, quod Ulpianus & Papinianus docuerunt *l. 3. §. 10. & l. 31. §. 2. D. h. t.* ut a procuratore seiungatur is, qui negotia absentis gessit *l. 22. §. 10. D. mand.* utque hominis benefici & benevolentis laudem rueatur, cuius virtutem tribuere gaudium, & tribuendo capere, in id quod facit pronomam, & sponte sua paratam esse, Seneca ¹⁾ observat. Enimvero, si Ciceronem ²⁾ audiamus, amicorum causa honesta facienda sunt, & ne expectandum quidem, dum rogemur: sed semper adsit studium, absit cunctatio: & benignitates cum prothymia, quod & Plautus ait ³⁾ sint coniunctae. Recte Antipho ⁴⁾ apud Plautum, illud in servili ingenio agnovit:

*Qui manet, ut moneatur semper servus homo officium suum,
Nec voluntate id facere meminerit, servus is habitus haud probus.*

Tantum abest, ut quis cunctationem dignam homine liberali existimet, aut convenientem officiis amici, in quibus secundum Senecam, ⁵⁾ primum est, *antecedere* desiderium amici: proximum, sequi: ne pereat gratia benefici; cum nulla res carius constet, quam quae precibus emta est: ⁶⁾ nec quisquam libenter debeat, quod non accepit, sed expressit: ⁷⁾ denique, ut amico verecundo tormentum roagationis remittamus. ⁸⁾ Quod dum cogitaret Plinius secundus ⁹⁾ conquestus est, quod rogaretur ab amico: cum admoneri debuerit, ut sciret, rogari non debuerit, quod sibi, si non sponte faceret, turpissimum esse videretur.

Igitur etiam sponte amici negotia gerenda sunt. Praeterea, praecipiente Tryphonino *l. 38. D. h. t.* gratuita, certe abstinens ab omni lucro fides & benevolentia praestanda: cum & Senecae ¹⁰⁾ danda beneficia, non foeneranda esse videantur. Quapropter, qui pecunias ex administratione sibi sumsit, & in se transtulit, ut, tutor, aut magistratus municipii, ad usuras maximas tenetur, ut licentia, qua visus est abuti, usuris, vice cuiusdam pœnæ, ex merito subiiciatur.

Hactenus amicus ex praetoris mente, omnia virtutis officia implevit. Sed forte aliquem moueat, quod expensae contario iudicio subinde repetantur,

1) SEN. de benef. l. 1. c. 6. 2) IN LAELIO d. am. p. 568. 3) PLAVT. in Stich. IV, 2. v. 53. 4) PLAVT. Stich. act. I. sc. 2. init. 5) SEN. benef. II. c. 1. 6) SEN. l. c. 7) SEN. l. 1. c. 1. 8) SEN. l. II. f. 9) PLIN. ep. IV, 17. 10) SEN. benef. B. c. 1.

tur, l. 10. pr. D. de neg. gest. quas videbatur homo liberalis, & amicus, rectius de suo erogaturus esse. Quandoquidem

*In mala uxore, atque inimico, si quid sumas, sumtus est;
In bono hospite, & amico, questus est, quod sumseris. e)*

Verum nihil hic peccauit praetor: patitur enim, te etiam animo donandi pro absente fideiubere, impensas remittere, & tibi imputare: idque si feceris, collaudat l. 4. l. 10. pr. l. 27. §. 1. l. 34. D. h. t. & subinde pietatis causa, ut id facias, iubet: quod etiam principes imitati sunt l. 1. 11. 12. 13. C. h. t. sed huius tamen liberalitatis necessitatem imponi generatim omnibus noluit; ne cum pauperum damno ditiores patrimonium augeant, neue humanitate & officiis infirmiorum, potentiores abutantur; adeoque, ne quis emungatur beneficiis; sed ut quilibet suo se modulo metiri, & liberalitati suae modum statuere possit: denique ut amici iam quid alterum praestare, quam quid se ipsos accipere deceat, f) cogitent: adeoque non solum amici rebus utantur, ut suis, sed, suadente PLINIO, g) illis etiam discant parcere, ut suis. Quos si cupidius rem gerunt, si grati animi officium negligant, si, quod PLAUTVS aliquando ait,

*benignitates hominum pereant & prothymiae,
si ridiculi & nihili sunt amici;*

h) non indignum fuit, proposita actione ad reddendum impendium adigi & a praetore coerceri.

Non minus conuenit officio amici, quod beneficium eius, qui negotia gessit, praetor non ex euentu, sed ex animo inprimis, iussit aestimari. l. 10. §. 1. D. h. t. ut referat, qua mente rem tuam procurauerim. l. 44. pr. h. t. Veteres enim beneficium beneuolam esse actionem i) docuerunt, illudque non in eo consistere, quod detur, sed ex eo, qua mente detur, & quo rector ille animus impulerit, maxime cognosci. Igitur ULPIANVS, non solum, si effectum habuit negotium, quod gessit, sed etiam si utilitas intercepta est, si insulam amicus fulsit, vel aegrum seruum curauit, etiamsi insula exusta est, vel seruus obiit, censet, dandam esse actionem l. 10. §. 1. D. d. neg. gest. Hoc est, quod contrario iudicio is maxime tenetur, cuius contemplatione, & amicitia, alter accesserit ad negotium administrandum. l. 6. §. 6. & l. 46. pr. D. h. t. Ex hoc enim cognoscitur animus benefaciendi: & si forte per errorem ego tuum negotium, quasi alienum, & alterius contemplatione, gesserim; mihi est actio non directa, sed utilis duntaxat: cum, quamuis beneficium illud mihi non debeas, quod tibi, sed alii, praestitum volui; tamen, ne in damno verfer, probabilis me error, consilium, certe non fraudulentum, tueatur. l. 45. §. 2. l. 31. §. 1. l. 6.

M 2

§. 8.

e) PLAUT. mil. glor. III, I. V. 79.

f) PLIN. VII. ep. 14.

g) PLIN. VI, 28.

h) PLAUT. Stich. IV, 2. V. 53.

i) SEN. benef. I. cap. 6.



§. 8. D. h. t. Sed & ipse, quamvis errauero, tibi de mea administratione teneor, quia in alienis negotiis, ut *amicus*, quamvis non ut tuus, de hui versari.

Cui obseruationi similis est haec: quod, qui necessitate coactus, aut suspitione aliqua necessitatis, ut puta, seruum se putans meum, aut libertum, cum liber, aut ingenuus esset, res meas gesserit, non quidem directo, sed tamen utili negotiorum gestorum iudicio experiatur: ne cum damno & iniuria eius, qui nihil peccauit, quamvis nec beneficiendi, animum habuerit, locupletari videamur *l. 3. §. 10 l. 6. §. 5. l. 19. §. 2. D. h. t.*

Ergo animo ingenuo, & bono, mihi opem tulerit, necesse est, qui videri velit mea negotia gessisse. Contra, qui *praelandi animo*, & sui lucri causa, non mei contemplatione, neque, ut meo commodo studeret, administravit, quamvis bene rem gesserit, iudicandus est, suum potius, quam meum negotium gessisse: adeo ut mihi quidem tenebitur, si res meas perturbauit; sed ipse si circa res meas aliquid impenderit, in id, quod ei abest, aduersus me actionem non habebit *l. 6. §. 3. D. h. t.* Optima omnino ratio: quia nec tyrannus, docente *SENECA*, ^{k)} illi gratiam debebat, qui tuber ipsi gladio diuiserat, cum venisset ad ipsum occidendum; quamvis rem, quam medicorum manus reformidauerant, nocendo sanauisset. Neque enim, qui *malo animo* profuit, videtur beneficium dedisse. In id tamen, quantum factus sim locupletior, *exceptionem* (ita enim potius legendum, quam *actionem*) aduersus me habebit. *l. 6. §. 3. D. h. t. j. §. 30. l. d. rer. diuis.* ne cum ille improbus sit, ipse etiam appetentior, & parum memor videar humanitatis.

§. III.

*Officium
diligentissi-
mi amici in
delectu ne-
gotiorum ab
sentis, quae
quis gerit,
desidera-
tum.*

Igitur agnoscis pulcherrimam hominis officiosi, & beneuolentis, imaginem, edicto praetorio expressam, quo quis negotia alterius absentis, vitro, fide gratuita, animo beneficiendi, gerere iubetur. Sed erit illa species adhuc amabilior, si cogitabis, quo studio, qua circumspectione, uti, amicum iubeat, in rebus alterius, quas susceperit, gerendis. Non vult ipsum praetor, si amicus videri velit, *simpliciter* versari, monente *IULIA-NO l. 3. §. 4. D. h. t.* aut, dum prodesse velit, moleste sedulum esse, rem perdere, atque iniuriam facere amico; sed *utiliter* gerere, & cogitare, quid necessarium, quid profuturum, quid vere iucundum amico sit futurum, *l. 10. §. 1. D. h. t.* Quapropter *HERENNIVS MODESTINVS* fratrem maiorem, qui in saltu communi, habente iam dum habitationes, ampla aedificia, quae praeuidere poterat fratri minori non probatum iri, aedificauit, & in diuisione, sumtus, quasi re meliore facta, delide auit, repu-

^{k)} *SENEC. benef. II, 19.*



repulit, responditque: ob sumtus, nulla re urgente, sed voluptatis suae causa factos, fratrem negotiorum gestorum actionem non habere. l. 27. pr. D. h. t. In qua re Modestinus cum SENECA ¹⁾ consentit; qui primo danda esse necessaria, censuit, dein utilia, denique iucunda, utique mansura, „& cum diligentissimo delectu: quia possit aliquis fastidiosus esse aestimator, facile cariturus illo, de quo dicere licet: non desidero: meo contentus sum: non tantum reddere liber, quod acceperim, sed abicere., Quapropter nec superuacua gerenda: vituta: si foeminae, aut feni, arma venatoria, rustico libros, litterarum studiis dedito retia emeris: aut si, quod CELSVS eleganter refert, l. 10. ff. 1. D. h. t. insulam fulseris, quam dominus, quasi impar sumtui, dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putarit. Enimvero non utiliter gerit negotia, qui rem non necessariam, aut quae oneratura est patrem familias, algreditur, atque ita molestus est amico; cum amicitiae, leuandae communis maxime necessitatis causa, sint a natura comparatae.

Eodem pertinet, quod nec conueniat amico, prohibentis negotia gerere. l. 8. ff. ult. D. h. t. aut obtrudere beneficium, atque aliquid in re amici inuito domino moliri. Probe illud agnouit LEBONICVS apud PLAVTVM: ^{m)}

Quamvis id non sit sapere, si beneficium a beneuolente repudies;
Tamen nullum esse dico id, quod cui facias, non placet.

Quare studio singulari & cautione opus est, qua AESCHINVS utitur apud P. TERENCEM ⁿ⁾ inueniens.

Itaque adeo magnam mihi iniecit sua commoditate curam,
ne forte imprudens faciam, quod nolit; sciens, cauebo:

Cum ne sufficiat quidem, quod putauerim, me utiliter facere, quod patrifamilias non expediebat: tunc enim non habeo negotiorum gestorum actionem: quia, ut euentum non spectamus, tamen oportet utiliter coeprum esse. l. 10. ff. D. h. t. Sed non videtur utiliter coeprum, quod auersatus fuerit amicus. Cuius voluntas si vel inepta sit, & prohibeat illa, quorum utilitas probari possit, non tamen cogendus est dominus, ut in re sua voluntati amicorum obsequatur. Recte SYRVS apud TERENCEM ^{o)}

Inepta haec esse, nos quae facimus, sentio:
verum, quid facias? ut homo est, ita morem geras:

Offerre operam amico, etiam inepto, licet, obtrudere omnino non licebit. Agnouit hoc ille apud PLAVTVM, qui hanc suo consilio apud amicos legem dixit: ^{p)}

M 3

- si

1) SENECA. benef. I. c. II.
Adelphi. IV, s. v. 76.
epidic. act. II. sc. 2. v. 80.

m) PLAVT. Trin. III, 2. VII.
o) TERENCE. Adelphi. III, 3. v. 76.

n) TERENCE.
p) PLAVT.

— — — *si placebit, vñtor*
Consilio, si non placebit, reperiore rectius.
Mihi istic nec scribitur nec metitur;
Impleuit enim fidem, qui non recusasti officium obire.

Ab hac obseruatione non longe remotum est, quod *proculus* te etiam prohibeat, ne *nouum* negotium, quod *non solitus* sit facere amicus tuus, nomine absentis geras; vtpote: venales nouitios cœmundo, vel aliquam negotiationem ineundo: nam debebis & casum præstare, &, si quod damnum ex illa re secutum fuerit, te sequetur *L. ii. D. h. t.* Enimvero, quod *sxrvs* ille ait: ^{q)}

Homine imperito nihil est iniustius,
Qui, nisi quod ipse facit, nihil rectum putat.

Quapropter, si vel iniuste illud auersetur, debes amici imbecillitati ignoscere, & pati, vt quisque vtilitatis suæ modum ex re sua statuatur, suasque res ex suo ingenio omnino moderetur. Sed, vt tu eius morositatem ferre debes; ita & ille bonitatem tuam agnoscere. & si quid imprudenter gestum sit, dummodo damno careat, tibi veniam subinde dare. Quo pertinet illud, quod *pomponius* præcipit: si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, lucrum cum damno liberaliter pensari *d. L. ii. D. h. t.* Quando quidem ^{r)}

Ita vita est hominum, quasi cum ludas refferis;
Si illud, quod maxime opus est iactu, non cadit,
Illud, quod cecidit forte, id arte vt corrigas.
Quodsi a te factum fuerit, defunctus officio videris.

Inbet igitur prætor non superuacua gerere, non inuisa, non oneri futura; sed grata, & vtilia, & vtique mansura. Huius vtilitatis regulas porro ex natura *honestatis* æstimat, cuius maxima habenda ratio ab amicis. Hinc, si, vt alterius fidem liberares, fideiussisti, *L. 46. §. i. h. t.* vel, ne iudicio tutelæ teneretur, *L. 6. pr. D. h. t.* vtiliter videberis gessisse; quia debet esse, secundum *LAELIUM*, ^{s)} summa inter amicos rerum & voluntatum communio, maxime, si de capite, aut *fama* disceptatur. Quapropter, si & pro *liberis* tuis, & *necessariis*, contemplatione tui, aliquid gesserim, tua me negotia *IULIANVS* credidit gessisse: cum, si *SENECAM* audias ^{t)} plerorumque animus liberos, & coniuges, & penates, ita sibi applicuerit, vt ab illis, quam a vita, diuelli grauius existimet: adeoque pro illis gestum negotium, tuæ necessitatis causa gestum indicetur.

Sed de procuratione *honorum* videamus. Quæ quamuis non sit necessaria; tamen honor, & processus ad altiora tendentium, *SENECAE* ^{u)} tantæ vius est vtilitatis, vt nihil habendum sit vtilius, quam sibi ipsi vtiliorem fieri honoris aliqua accessione. Quocirca & *CICERO* inter præcipua huius iuris officia

^{q)} *TERENT. Adelph. I. 2. v. 18.*

^{r)} *TERENT. Adelph. IV. 7. v. 21 seq.*

^{s)} *CIC. d. amic. p. 571.*
^{c. 11.}

^{t)} *SENEC. benef. I. 2. 11.*

^{u)} *SENEC. I.*



cia retulit, amicos in *petitione honorum* adiuuare. *) Hanc sententiam secutus *VLPIANVS*, inter illa, quæ utiliter in negotia amici erogantur, etiam suntum honeste ad honores per gradus pertinentes factum, referri censuit, illumque actione negotiorum gestorum peti posse *L. 45. pr. D. neg. gest.* quod & idem in socio *L. 73. pro socio*, & *LICINIUS RVFINVS* in donatione uxoris in maritum, dignitatis & processus ad honores causa collata *L. 41. D. de donat. int. vir. & vx.* probauerunt.

§. IV.

Vides, quæ sit sanctitas, omnibus partibus huius iudicii expressa, quæ religio amicitiae, ad cuius præcepta *ICRI* officia illius, qui negotia alterius gessit, exegerunt, quæ promittitudo in suscipiendo, quæ bonitas desideretur, quæ circumspectio in negotii delectu. Superest, ut tractemus de *diligentia*, quam amico in ipsa administratione negotii, quod susceptum est, debemus.

Omni diligentiam in perfectam amicitia præstari, maxime in negotiis gessit.

Visum est interpretibus, imprimis *CVRADO RITTERSHVSIO* in *comment. ad L. 23. d. R. I.* & qui illum secutus est, *V. C. GEORGIO BEYERO* in *posit. ad pand. tit. 5. L. 3. p. 142.* & ceteris plerisque omnibus, *diligentiam ordinariam* duntaxat, id est, mediocrem, & qua quilibet ex vulgo, ad rem attentus, vititur, ab illo, qui negotia alterius gesserit, desiderari: adeoque *culpam leuem* in negotiorum gestorum iudicio præstari. Qua sententia dici non potest, quam corruerint illi, mores optimi & probatissimi amici, qui negotia alterius & ignorantis gessit, tot sapientissimis prætoris, & iuris prudentium, præceptis pulcherrime instructi, & efformati ad perfectissimam virtutem, qua post sapientiam nihil maius, & præstantius, datum esse hominibus videtur. Agnouerunt errorem *CONTIVS* ad *L. 23. d. R. I.* & *VVLTEIVS*, imprimis *V. C. GERARDVS NOODT.* Cum quibus libentius facio, aioque: ab illo, qui negotia alterius gesserit, *culpam leuissimam* præstari. Qua opinione cum nihil sit apertius, si tot luculentas leges cogitemus, imprimis, quæ a *IUSTINIANO* *§. 1. I. d. oblig. quæ quasi ex contr.* ab *VLPIANO* *L. 23. D. d. R. I.* a *PHILIPPO* *L. 24. C. de usur.* in illam sententiam traduntur: ut res fere, nisi ab aduersariis peruersa esset, vix disputatione indigeret; tamen cum illorum verba mirifice ab his distorta sint, & interpretatione obscurata, &, cum *RITTERSHVSIVS* imprimis illa ex natura negotii explicanda, affirmet, prius, ne quis caillari possit, rem ipsam videamus. Inde facile erit, quid illi, quos commemoravi, in his legibus senserint, ex ipsis rerum argumentis expedire.

Enimuero illud superiori commentatione comprobatum est, ad regulas exactæ eundem, & nobilissimæ amicitiae, officium eius, qui negotia alterius gesserit, definitum esse a prætore, & veteribus iuriconsultis. Ne igitur dubi-

tes,

*) *CIC. I. c. p. 574.*



tes, ab illis, qui *amicitiæ* speciem, id est, CICERONE ¹⁾ interprete, diuinarum atque humanarum rerum cum caritate maxima consensionem, præ se ferunt, *diligentiam*, quæ in homines cadit, *maximam* desideratam. Certe SENECA, ²⁾ qui diligentissime de amicitia præcepit, beneficium *non negligenter* dandum esse, monet, quod eodem animo debetur, quo datum est: cum sibi quisque debeat, quod negligenter accepit ab amico. Illa enim fraus est, quæ nulla omnino pestilentior, accedere ad rem gerendam, aliquid tentare: cæpta deferere, omnia turbare, rem effectam & peruersam relinquere. Hoc illi more & exemplo viuunt,

— quos cum censeas
esse amicos, reperiuntur esse falsi falsimonii,
Lingua factiosi, inertes opera, sublesta fide a)

CICERO ^{b)} contra in amicitia abesse cunctationem, *adesse studium*, coniunctum cum summa beneuolentia, præcepit.

Quod intellexit apud PLAUTVM ^{c)} etiam seruale ingenium, attactum admiratione virtutis, quam in amicitia desideramus. Laudat enim amicum,

cui tuam cum rem credideris, sine omni cura dormias.

Atque apud eundem alio loco ^{d)} Mnesilochus hominis improbi & ingrati infamiam metuit, nisi pro beneficio *diligenter* referat gratiam, & cum cura officio amici defungatur. Verba PLAVTI:

Nimio præstat impendiosum te, quam ingratum dicier.
Illum laudabunt boni; hunc etiam ipsi culpabunt mali:
Qua me causa magis cum cura esse, quam obuiolate, opus est!

Adeoque *cura* desideratur in administrandis negotiis amici. Sed ne cura qualisqualis sufficere posse videatur: audiamus LAELIVM apud CICERONEM ^{e)} qui non solum amicum suum vult *exemplar* esse *sui*, per quem absens adsit, valeatque imbecillis, quique adeo eadem *diligentia*, qua *ipse* usus sit, in suis negotiis versetur; sed præterea indignatur illis ^{f)} qui hac lege definiunt officium amici, ut, quemadmodum in se quisque, sic in amicum etiam sit animatus. Plus desiderat; vult in re alterius quam *diligentissime* amicum occupari. „Quam multa enim, inquit, quæ nostra causa nunquam faceremus, facimus causa amicorum? Precari ab indigno, supplicare, acerbius in aliquem inuehi, insectarique vehementius, quæ in nostra causa non satis honeste, in amicorum sunt honestissime. Multæ quoque res sunt, in quibus de suis commodis viri boni multa detrahunt, detrahique patiuntur, ut iis amici potius, quam ipsi perfruantur.„ Ergo damnat in amico *culpam*, quam scholæ *lenissimam in abstracto* appellarunt.

Opi-

1) CICERO in Læl. p. 564.

2) SEN. benef. l. I. c. I.

a) PLAVT. Bac-

chid. III. 6. v. 11.

b) CIC. de amic. p. 568.

c) PLAVT. Trin. III. 1.

v. 20.

d) PLAVT. Bacchid. III. 2. v. 12.

e) CIC. amic. p. 564.

f) CIC. ibid. p. 570.



Opinaberis audire te IUSTINIANI verba, qui §. 1. I. de oblig. quæ quasi ex contr. ad exactissimam, inquit, diligentiam, compellitur, qui alterius negotia gessit, rationem reddere; nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet.

Vides, quæ sit inter Iureconsultos, & sapientes, qui ex Stoa prodierunt, consensio de amicitiae præceptis. Certe etiam PLINIUS g) homo diligentissimus in amicitia colendis, collaudat Pompeiam, a cuius servis fuerat eius iussu liberalissime acceptus. „Non mehercule tam mea sunt, inquit, quæ mea sunt, quam quæ tua. Hoc tamen differunt, quod sollicitius, atque intentius tui me excipiunt, quam mei. Idem fortasse tibi eveniet si quando in nostra venies.„ Vt intelligatur, maiorem optimos quoscunque amicis, quam sibi, operam & curam impendere debere. „Generaliter SENECA h) multa cura, inquit, fata producuntur ad segetem. Nihil in fructum peruenit, quod non a primo, usque ad extremum, æqualis cultura prosequitur. Eadem beneficiorum conditio videtur.„ Ergo curam singularem expectat ab amico. Et recte mea sententia: quandoquidem satius est, intacta a te mea negotia relinqui, & vel mihi vel aliis permitti procuranda perficiendaque; quam tua quidem facilitate attingi, sed tua oscitatione etiam corrumpi, & perueri.

§. V.

Ausim affirmare, prætorem, & iurisconsultos nihil in hoc argumento discessisse a veteris sapientiae, quæ enarrauimus, præceptis. Enimvero dubitari non potest, veteres, qui tantam promptitudinem in suscipiendis negotiis absentis, tantum studium in deligendis L. 10. §. 11. D. h. t. tantam providentiam in demerendo amico desiderauerant, etiam absolui beneficium, & perfici negotium cum cura diligenti, voluisse. Ibimus per partes, & quid in singulis capitibus administrationis præstare iusserint illum, qui negotia alterius gessit, videamus.

Primo PAVLLVS generatim, postquam semel ille, qui gerit, personam amici suscepit, quæ antea arbitrii erant, ad officia perfecta refert, & geri rem, ut oportet, & præstari, quod præstari debet, præcipit. Si quis contra fecerit, & plus, quam oportet, impenderit, recuperaturum ait id duntaxat, quod præstari debuit. L. 25. D. h. t. Vides nihil omnino PAVLLVM excipere, sed velle præstari, quod debet, quod oportet, id est, nihil intermittere, quod possit ad ullam partem officii, etiam minimam, referri. Si quis obliiciat: præstationem diligentiae ex natura contractus, & negotii, æstimandam esse; res expedita est; cum dubitari non possit, illum, qui negotia aliena gerit, ad præcepta exactissimæ amicitiae, quam re ipsa proficitur, alligari. Hæc vero desiderant maxi-

Iurisconsultos exactissimam diligentiam ab illo, qui negotia absentis gerit, exegisse, exemplis comprobatur.

g) PLIN. 1. ep. 4.

h) SENECA. de benef. 1. 2. c. 11.



maximam diligentiam in negotiis amici. Nihil enim apertius. Suae rei, si *CONSTANTINVM* audiamus, quisque moderator & arbiter, non omnia negotia, sed pleraque, ex suo animo facit; aliena vero negotia *exacto officio* geruntur: nec quicquam in eorum administratione neglectum, ac declinatum, culpa vacuum est. *L. 21. C. mandat.* Ita apparet, pro natura huius negotii *PAVLLVM* diligentiam *exactissimam* intellexisse. Ne cui possit scrupulus hærere; audiamus *PAVLYM* alio loco, in quo ipsi non placet, si quis *unum* negotium meum gerat, nisi ab initio ad *unum* duntaxat negotium accessit, finito eo discessurus; sed qui voluit amicus absentium videri, illum iubet etiam *connexa* tractare, nihil intermittere, de omnibus teneri: cum aliquis, inquit, negotia mea gerit, non multa negotia sunt, sed vnus contractus, nisi ab initio ad vnum negotium accessit. *L. 16. D. h. t.* Ex quo intelligitur, debere amicum vigilare, circumspicere ad omnes partes, ne quid ipsi elabatur, quod pertineat ad absentis utilitatem, denique cum cura & *diligentia summa* versandum esse in rebus amicorum. Manifeste *IULIANVS* *L. 6. §. 12. D. h. t.* ad diligentiam maximam hoc refert, si quis omnia negotia absentis gerat. Dicit enim, eum, qui aliqua gessit, aliqua non gessit, contemplatione tamen eius alius ad hæc non accessit, & *vir diligens, quod ab eo exigimus*, etiam ea gesturus fuit, etiam propter ea, quæ non gessit, teneri negotiorum gestorum actione. Noni, quid multis interpretibus de hac lege corrumpenda videatur. Aiunt a *IULIANO* singularem speciem tractari, & tunc demum desiderari, vt negotia omnia gerantur, si speciatim probari possit, *aliud adfuisse*, omnia gesturum. Sed frustra fuerunt omnino, qui rem manifestam interpretatione coacta peruerterunt. Magis est, hæc verba: *contemplatione tamen eius alius non accessit, non conditionem, sed causam, atque rationem* dicendorum, continere. Apparet enim ex *L. 16. D. h. t.* quod credatur semper, qui vnum tentauit, ad omnia negotia gerenda accessisse, nisi indicauerit, se vnum tantum gesturum ex negotiis absentis. Ne igitur credas, *IULIANVM* de singulari specie sentire. *Exigitur* enim hac lege ab illo, qui negotia absentis gerit, vt *æque diligens* sit, atque alter ille, qui fuisset omnia gesturus. Quapropter adfuerit alius, minus, æque tenebitur; cum satis sit, quod *potuerit* alius adesse. Si quid video, *IULIANI* sensus hic est: si quis negotia gerit, solent alii contemplatione eius abstinere a negotiis amici: illud non iubet specialius probari, sed præsumi; cum natura doceat, neminem ausurum ad negotia accedere, quæ iam ab alio occupata sint, vt administrarentur. Ideoque æquum videtur, ipsum eadem præstare, quæ ab alio *diligente* expectari possent. Sed homines *diligentes*, & amici, creduntur omnia negotia gesturi, quod ex *L. 16. D. h. t.* comprobatur: quare conueniens est, illum etiam de his teneri, quæ non gessit, cum ab alio geri potuissent. Desiderat ergo *diligentiam exactissimam in abstracto*, id est, eam, quam alius *vir diligens* fuisset amici negotiis adhibiturus: idem enim

enim ab illo *exigimus*, quod poterat ab alio præstari: affertque IULIANVS causam, quia alius eius contemplatione ad negotia absentis non accessit. Non video, quid nodum quærant Viri docti in re plana atque expedita. Res ipsa docet, non posse postulari a domino, ut probet alium eius contemplatione a negotiis abstinuisse. Quid enim efficietur, si hoc dominus probabit? Forte, si subornabit aliquem, & adducet, qui fateatur, se gesturum omnia fuisse, nisi alius gessisset? At ille, qui interea gesserat, habet cur respondeat, hoc sibi incognitum fuisse: se in *ignorantia facti* versatum, culpæ expertem esse, se illud non diuinare potuisse; adeoque non posse plus a se exigere, quam si nemo alius fuisset accessurus. Et habebit illud rationem; quia, si alias non teneretur, non posset ipsi imputari, quod alius adfuerit omnia gesturus; cum hoc ipse iuste ignorarit. Frustra igitur probasset dominus, alium adfuisse negotia omnia gesturum. Quapropter dicendum est, non id quæri, an alius eius contemplatione abstinuerit a negotiis amici? illud enim præsumitur, nec indiget probatione: id tantum probari debere, quod *potuerit* alius diligentior omnia gerere: quandoquidem, quod alius diligens potuit, idem etiam, teste IULIANO, ab ipso exigitur. *L. 6. §. ult. D. h. t.* Sed ais: augeri tamen culpam illius, qui negotia absentis gessit, si quis alias *se obtulerit*, & repulsus fuerit iniuria gerentis: id tractare IULIANVM, & tunc demum velle, ut de omnibus negotiis absentis teneatur. Sed frustra hoc asseritur: neque IULIANO hoc in mentem venit: ait enim: dum aliquis suscipit negotia absentis, eius contemplatione non solere accedere alios viros diligentes: ideoque qui gessit, eum teneri de omnibus, si alius vir diligens quod ab ipso exigimus, fuisset omnia gesturus: non dicit, si quis se obtulerit, & repulsus fuerit, hæc locum habere; sed affirmat potius, alios tunc abstinere, si quis semel gerere cæperit negotia absentis. Quibus verbis dubium non est, præstationem culpæ leuissimæ in abstracto contineri, ex illo æstimandam, quod potuissent alii diligentissimi præstare. Quod ut penitus intelligatur, sciendum est, iisdem fere verbis, quæ ex IULIANO hic recitauimus, iurisconsultos sæpe vfos esse, cum de culpa leuissima in abstracto in contractibus tractarent. Ipse IUSTINIANVS §. 2. *I. quibus mod. re cont. obl.* qui utendam, inquit, rem accipit, *exactam diligentiam* custodiendæ rei præstare debet: nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solet: *si modo alius diligentior poterat eam rem custodire.* Nemini dubium est, his verbis non id agi, ut probari velit imperator, alium diligentiozem vere adfuisse; sed ut regulam proponat: nimirum, generaliter, in commodato, culpam leuissimam in abstracto, & exactam diligentiam præstari ab accipiente. Hoc enim *L. 18. D. commod.* disertis verbis continetur. Ad eundem modum in §. 8. *I. ad L. Aquil.* mulio tenetur, qui propter infirmitatem mulas retinere non potuit, *cum alius firmior eas retinere potuisset.* Quod & ipsum non de specie singulari, aut exceptione accipiendum esse,



sed ibi regulam de culpa leuissima in abstracto tradi ex *L. 8. §. 1. D. ad L. Aquil.* apparet.

Voluit igitur IULIANVS *exactissima diligentia* ab amico omnia absentis negotia administrari; non in vno subsisti: cum fides amicitiae latius patere, & vna duntaxat opera non absolui posse, videatur. Praecipit illud PHILTO apud PLAVTVM ¹⁾

Is probus est, quem non poenitet, quam probus sit, & frugi bonae.
Benefacta benefactis aliis perlegito: ne perpluant.

„Eo & SENECA ²⁾ respicit, qui fouenda sunt, inquit, beneficia: parum est dedisse. Nisi adiuueris beneficia, perdes. Non rata sunt patrum beneficia, si in infantia deferantur, nisi longa pietas munus suum nutriat. Nihil in fructum peruenit, nisi quod a primo ad extremum cultura prosequitur.”

Tenetur igitur de omnibus, quae *potuisset* alius diligentior administrare. Generaliter enim omnia, quae *fieri omnino possunt*, ab illo exiguntur, qui negotia absentis gerit. Opportune occurrit idem PAVELVS, qui *L. 18. D. h. t.* illum, qui in seruitute gerere coeperat, tantum praestare ait, quantum, si alius negotia gessisset, seruare *potuisset*. Vt intelligatur, illum, qui negotia gerit, ad omne *possibile*, id est, ad exactissimam diligentiam obstringi, & de *culpa qualibet* teneri. Apertius id PAPINIANVS docet, *L. 31. §. 2. D. h. t.* qui ait: imputari amico, qui absentem defenderit, si, cum *posset*, utique non appellasset. Sunt alia eiusmodi complura: ut brevis sim, subiiciam ex VERIANNO, quod illi, qui *potuit* vi mandati praesumpti, debitores eius, cuius negotia gerebat, iudicio pulsare, imputari possit, cur oblata de rato cautione illos non conuenerit, *L. 8. pr. D. h. t.* neque IULIANVS ipsum excusauit, nisi cum conueniendi debitores facultatem non haberet *L. 6. §. 12. D. h. t.*

Misericordie me PAVELVS iuuat, quem saepius in partes voco. Ille enim etiam, si debita exegit, non tantum sortem, verum etiam vsuras totius temporis ex pecunia aliena perceptas, vult negotiorum gestorum iudicio praestari; vel etiam, quas percipere *potuimus* *L. 19. §. 4. D. h. t.* ut nihil omitatur diligentiae & utilitatis, quae *possit* ab amico proficisci. Quid, quod & casum praestet, qui redactas ex venditione pecunias in arca reposuit, in qua sine culpa eius perierunt; si debuerit, id est, *potuerit* illas vel sibi, vel creditoribus soluere vel facerari. *L. 13. D. h. t.* Aut enim omnia me fallunt, aut vocabulum *debet*, hoc loco, pro: *potest*, est accipiendum. Hoc enim sensu *L. 2. §. 31. D. Ne quid in loco publ. & L. 1. pr. D. de hered. instit.* usurpatur. Debet igitur, si potest, pecunias facnore ponere: nisi habeat causas probabiles, propter necessitatem integras custodiendi. *L. 13. D. h. t.*

Ne

¹⁾ PLAVT. Trin. II. 2. v. 40.

²⁾ SEN. Benef. II. II.

Ne hic quidem subsistit PAVLLVS. Ne quis credat, absolui amicorum officium, si ipsi nil committant, ex quo alter damnum patiatur. Erit locus, ubi etiam de culpa aliena tenearis. Si enim mandato tuo negotia mea TITIVS gessit; quod is non recte gesserit, tu mihi actione negotiorum praestare teneberis. Non in hoc tantum, ut actiones tuas praestes: sed etiam, quod tu imprudenter eum elegeris; ut omne mihi praestes, quidquid negligentia eius mihi fecit detrimenti L. 21. §. 3. D. h. t.

Ex his credo, expeditum est, te de omni diligentia, quam potueris, praestare, siue quid commiseris, quod caueri potuisset, siue neglexeris, quod potuisset procurari, id est, de omni culpa & diligentia teneri.

§. VI.

Poteram longior videri. Sed efficit illorum auctoritas, qui aduersas partes susceperunt, ut malim huic tractationi diligentiam exactam commodare. Parum est, eum, qui negotia gerit, in conueniendis aliis diligentiam praestare; sed aduersus se quoque agere tenetur, & haecenus procuratori comparatur, qui in se praestare, quod in aliis, tenetur. Nimirum, quod absenti debet, a se ipso exigere iubetur, & ex eo tempore, quo dies venerat, usuras etiam praestare, quamuis ab initio non esset usurarium debitum. Ita IULIANVS, PAPINIANVS, THYPHONINVS L. 6. §. 12. L. 31. §. 3. l. 38. D. h. t. atque vno ore omnes, ipse etiam PHILIPPVS l. 24. C. de usuris praeceperunt.

Probatum
summa dili-
gentia ex il-
lo, quod, quē
gessit, debet
a se ipso de-
bitum &
usuras exi-
gere.

Illud durius, quod si rem meam imprudens emas, sed priusquam vsuceperis, cognoscas meam esse, iuberis aliquem subicere, qui meo nomine a te petat, ne vsucapias: si secus feceris, & rem vsuceperis, teneris negotiorum gestorum actione l. 19. §. 3. D. h. t.

Poterat in his speciebus vel ipse diligentissimus paterfamilias, si adfuisset, facile sublabi, & vel usurarum obliuisci, vel rem suam, quam alter bona fide adquisiuerat, omittere, & ita excludi vsucapione possessoris. Poterat & illi, qui negotia gerebat, ignosci, si, ut amici rem non prodidit, ita etiam suam conseruauit, sibi que potius consuluit in pari causa; inprimis, cum iure veteri in vsucapione tantum initium spectetur. Sed quia, quod PLINIVS praecepit, non tam mea esse debent, quae mea sunt, quam quae amicorum; placuit, amicum maiorem absentis habere, quam sui, rationem: & aliquem subicere, qui amici nomine interpellet suam vsucapionem. Quam diligentiam, qui non exactissimam adpellet, & plus desideret a diligentissimo amico, nae, ille possit morosus, atque durus videri, & immemor propemodum humanitatis.



§. VII.

*Ab illis,
qui se offe-
runt nego-
tiis, exactis-
simam dili-
gentiam de-
siderari.*

Igitur res ipsa loquitur, & exempla docent, qui negotia absentis gessit, eum de culpa leuissima in abstracto etiam, teneri. Sed, ne cui hoc notum, atque contra iuris rationem constitutum esse videatur; monendum est: in omnibus negotiis, ad quae quis sponte accesserit, idem fuisse constitutum, ut durius, quam ille, cuius persona a domino electa, teneatur. Ita IULIANVS l. 1. §. 35. D. de pos. si se quis, inquit, deposito obtulit, ille depositi periculo se illigauit; cum alius de dolo tantum teneatur. Et habet illud rationem. Quandoquidem, qui sponte ad negotia accedit, videtur fidem singularem recipere, industriam, & studium insignae, profiteri, ut dominus securus dormiat, in utramque aurem. In qua re, si deficiat, merito poenas luit improuidae temeritatis. Ad eundem modum mulio, qui mulas regendas sibi postulauit, culpa nomine tenetur, si propter imperitiam, aut infirmitatem, retinere non potuit impetum mularum. Nec videtur iniquum, inquit GAIUS, si infirmitas culpa adnumeratur; cum adfectare quisque non debeat, in quo vel intelligebat, vel intelligere debebat, infirmitatem suam alii periculosam futuram. l. 8. §. 1. D. ad l. Aquil. Recte igitur imperitia culpa adnumeratur, quod adparet ex l. 132. D. de R. l. quae est eiusdem GAIJ ex l. 7. ad edict. prouinc. & cum l. 8. ad l. Aquil. videtur cohaesisse.

Sunt plures eiusmodi species apud IULIANVM l. 9. §. 5. & l. 13. §. 5. D. locat. & apud GAIVM l. 25. §. 7. locat. in quibus imperitia nomine culpa venit. Generaliter, qui, ut artifex conduxit, id est, qui spem fecit curae, & diligentiae, & artis singularis, non excusatur, nisi omnia praestitit, quae diligentissimus quisque obseruaturus fuisse videatur. Eadem conditio illius, qui negotia absentis gerit: quem recte PAPINIANVS ad eundem modum, si vel imperitia lapsus est, damnavit l. 32. pr. D. h. t. Sponte enim ad negotia accessit, adeoque professus est, studium se singulare, & insignae, quale ab artifice subinde expectamus, praestitutum.

§. VIII.

*Legibus ex-
pressis dige-
storum com-
probatur, di-
ligentiam
exactissi-
mam ab
illo exigi,
qui negotia
absentis ges-
sit.*

Igitur exemplis comprobatur, veteres actionem aduersus illum, qui negotia absentis gesserit, etiam de culpa leuissima, dedisse, illaque pariter imperitiam, quia se ipse negotiis alienis obtulerit, comprehendisse. Quapropter, cum rerum argumenta hic loquantur, poterat superuacuum videri, de legibus expressis laborare, quibus idem illud generatim doceatur. Sed in promptu sunt elegantes, tantoque diligentius a deprauatione vidicandae, quanto incommodius a viris doctis in partem aduersam tractae sunt. Pri- mo IULIANVM audiamus, qui l. 23. D. de R. l. quidam contractus, inquit, & dolum & culpam recipiunt; mandatum, commodatum, vendi-
tum,

tum, pignori acceptum, locatum, dotis datio, tutela, *negotia gesta*: (in his quidam & *diligentiam*). Quibus verbis nihil expressius, nihil apertius dici potest. Sed RITTERSHVSIUS ^{l)} & alii plerique contrahunt frontem, atque aduersantur. Aiunt enim, diligentiae quosdam gradus esse: non hic summam intelligi: ex natura negotii cuiusque gradum culpae, aestimari. Neque id ego dissimulo: arque etiam probatum darem, diligentiae nomine aliam culpam subinde comprehendere; nisi hanc operam V. C. GERARDVS NOODT ^{m)} luculenta commentatione occupasset. Sed hoc loco existimo, *exactissimam* diligentiam notari; quandoquidem VLPIANVS negotia gesta, a locato & vendito seiungit; illudque discrimen agnoscit, quod in negotiis etiam *diligentiam* desideremus. Nemo dicet, VLPIANVM de vulgari illa, & ordinaria sensisse, qui cogitabit, illam etiam in locato & vendito praestandam: hactenus enim nihil inter locati, venditque, & negotiorum gestorum actionem interest; sed plus desideravit VLPIANVS, voluitque, illum, qui negotia absentis gessit, arctius teneri. Rem non expedit, ni fatearis, *culpam leuissimam* venire in negotiorum gestorum actione. Abscisse PAVLLVS l. 1. Sent. T. 4. §. 1. qui negotia, inquit, aliena gerit, & bonam fidem, & *exactam diligentiam*, pro quo interuenit, praestare debet. Vix est, quod addam l. 11. §. 22. D. h. t. POMPONIUM statim a dolo & culpa ad casum transiisse. Nimirum de omnibus eum teneri ait, qui gessit negotia absentis: solum duntaxat casum non facile praestari. Illud quidem saepius video, veteribus accidisse, ut a culpa leui, quasi salu aliquo, omissa leuissima, ad casum protulerint orationem; id tamen me mouet, quod PAVLLVS l. 37. §. 1. D. h. t. cogit illum, qui negotia gessit, nominum, quae ipse contraxit, etiam *periculum* praestare: vnum excipit, nisi *fortuitis casibus* debitores fortunas amiserunt. Periculi, quod casibus fortuitis abscisse opponitur, praestationem, certum est, plerumque *diligentiam exactissimam & omnem culpam* continere.

Discederem ab hoc loco, nisi turbas daret LABEO l. 3. §. 9. D. h. t. qui interdum ait in hoc iudicio *dolum* solummodo praestari; ut puta: si affectione coactus, ne bona mea distraherentur, negotiis te meis obtulisti. Nemo dubitat, hoc loco de negotiis *desperatis*, & alias, nisi quis confestim subueniret, *perituris*, LABEONEM tractauisse. Haec sententia se omnibus, quod meminerim, interpretibus, probauit: putant enim, hoc ex negotii, illo animo, ne bona distraherentur, propter domini absentiam, administrari, natura apparere. Nec ipse video causam, cur dubitem, illa lege agi de negotiis amici desperatis; sed nego illud, ex solo exemplo, quod LABEO adduxit comprobari. Neque enim continuo res desperata, & peritura dici potest, si periculum sit, ne bona distraherentur. VLPIANVS enim

^{l)} RITTERSHVS. ad l. 23. R. I. p. 173.

^{m)} NOODT. probab. IV. c. 3.

enim *L. 1. D. h. t.* hanc speciem refert inter negotiorum gestorum communia exempla: si quis operam det amico, ne indefensus possessionem rerum, aut venditionem patiatur.

Mihi quidem ratio aequitatis, qua iudicii rigor temperatur, haec potior videtur, quod *adfectione coactus* dicatur negotium gessisse, qui de dolo solummodo tenetur. *Adfectio* nimirum, quod CICERO de inventione *l. 2. c. 7* ait: videtur plerumque motus subitaneos notare, atque animi impetum, non tam ex federe amicitiae, quam ex re insolita, & repentina, qua plerumque magis commouentur homines, profectum. Ita maritus *adfectione* dicitur commotus, quum aliquid in uxorem aegram, atque decumbentem, erogauit *l. 13. C. neg. gest.* quam SEVERYS & ANTONINVS domesticam adfectionem *l. 1. C. eod.* PAPINIANVS *l. 54. D. mand.* affectum adpellauit; ut adfectioni, non nisi in rebus trepidis locum relinquamus. Adfectione igitur coactus videbitur, qui mirifice animo commotus, se retinere non potuit, rem peruenisse ad extremum sensit; quamuis non fuisset aminus se immiscendi, tactus miseratione sortis humanae, in periculo subuenit. In illa perturbatione rerum, durum est, diligentiam desiderare: res impetu geritur, differri non potest, sufficit, utcumque saluam in periculo seruari. Tunc igitur placet LABEONI, satis esse, quod is, ad quem res illa non pertinet, bono animo accessit: maxime, cum generaliter in bonae fidei iudiciis, si quid insoliti incidat, deferamus iuris regulam. & propter ea, quae circumstant, benignitati locum demus. In ceteris speciebus industria & cura singularis versabatur.

§. IX.

*Idem probatur ex
constitutionibus
principum.*

Exactam igitur diligentiam praestari veteres volebant. Sed haeret tibi scrupulus, quod putas, postea a praeceptis amicitiae, descirum. Falso. Ne longus sim, utar verbis Constantini, qui *l. 21. C. mand.* aliena, inquit, negotia *exacto* officio geruntur: nec quidquam in eorum administratione neglectum, ac declinatum, vacuum est culpa. Vides ex principis mente omnem culpam in alienis negotiis praestari. Ne quis cauilletur, de mandato duntaxat Constantinum praecepisse; audiamus, qui supra a me commemoratus est, PHILIPPVM *l. 24. C. de usur* in hunc modum verba facientem: si mater tua, maior annis constituta, negotia, quae ad te pertinent, *gesserit*, cum *omnem diligentiam* praestare debeat, usuras, pecunia tua, quam administrasse fuerit comprobata, praestare compelli potest. Audis quaeri, de qua culpa mater teneatur, quae filii negotia gesserit? Rescribit imperator: *omnem* videlicet praestari in negotiorum gestorum actione: adeoque matrem de usuris omnibus teneri. Non poterat imperator vii oratione magis luculenta; in qua, si quis inueniat occasionem cauillandi, frustra leges ab

ab imperatoribus scribuntur. Sed inuenit tamen aliquam RITTERSHVSIVS, ^{u)} lepidus omnino in hoc argumento. Ait, verba pro substrata materia, quod dicunt philosophi, accipienda. Tractari de negotiis gestis a PHILIPPO: in his *culpam leuem* solummodo venire: itaque PHILIPPI sensum esse: matrem de *omni* culpa, quae praestetur in negotiorum gestorum iudicio, id est, de leui culpa solummodo teneri. Igitur, si RITTERSHVSIVM sequaris, dum proponitur, quae culpa versetur in negotiorum gestorum actione? responderet imperator, omnem in illa culpam versari, quae versari soleat in illa actione. Quis non videt, orationem in circulum redire, nugae agi, indignas imperatoris maiestate, omnia peruertere, & quae est pestis iurisprudentiae, nihil sanum, nihil intactum facile relinqui.

Sed RITTERSHVSIVS porro argutatur. Ait, matrem illa lege, ut vsuras solueret, damnatam. Hoc non esse exemplum culpae leuissimae praestandae: cum in omnibus bonae fidei iudiciis ob moram vsurae debeantur. Parum abest, quin recte hoc obseruatum a RITTERSHVSIO adfirmes. Sed non cogitauit bonus vir, vsuras quidem ob moram in omnibus bonae fidei iudiciis versari; sed tamen ex natura contractus tempus aestimandum esse, quo mora in quouis negotio admissa videatur? Nempe hoc singulare in iudiciis, in quibus exactissima diligentia praestatur, quod *totius temporis* vsurae exigantur; quia homini diligentissimo conveniebat, postquam pecunias accepit, statim quaerere, ubi illas possit fœnerari. Contra, in ceteris contractibus plerisque, debitori damus temporis aliquam vacationem. Recte ergo PAVLLVS *l. 1. sent. tit. 4. §. 3.* ait, quod, qui pecuniae *negotium gerat*, vsuras *totius temporis* praestare teneatur. Hanc nimirum tractauit speciem PHILIPPVS *d. l. 24. C. d. usur.* & rescriptit: satis esse, si probetur in negotiorum gestorum iudicio, matrem pecunias administrasse: & hinc peti vsuras posse, omnino omnes, ex quo tempore administravit addique rationem, quia omnem culpam, id est, etiam leuissimam debeat praestare. Hoc igitur loco vsurarum praestatio diligentias exactissimae continet exemplum.

Ut quisque ingeniosus est, quaerit alios atque alios colores. RITTERSHVSIO venit in mentem DIOCLETIANI & MAXIMIANI aliquod rescriptum, qui *l. 20. C. d. neg. gest.* tutori aiunt, similis non habetur, qui citra mandatum negotium sponte gerit. Satis enim abundeque sufficit, si cui in paucis amici labore consulatur. Sed ex specie ibi tractata intelligitur, frustra illum in hac lege praesidium opinionis quaesivisse. Gesserat aliquis negotia OCTAVIANAE, cum sui iuris facta esset: non tamen exegerat pecuniam a debitoribus, quia aduersus illos cum cautione de rato pro ab-

sente

^{u)} RITTERSH. ad l. 23. D. R. I. p. 173.



fente non potuerat sine mandato extraneus admitti. Dubitabatur, an de his, quae ille non gesserat, siue, quae omiserat, negotiorum gestorum actione teneatur? Rescribunt principes, non teneri: adduntque rationem, quia propter exceptionis obstaculum non habuerit facultatem conueniendi debitores: satis esse, si in paucis, quae in mea potestate fuerint, meo labore consuluerim amico: aliud in tutore observari, qui habeat conueniendi debitores facultatem. Hactenus illum, qui negotia sine mandato gerit, tutori non omnino similem haberi. Habes sensum Philippi. Igitur, non id tractatur, minorem ab illo, qui negotia gesserit, quam a tutore, diligentiam praestari; sed inter potestatem duntaxat huius, & tutoris, constitutum est discrimen, quo non laxatur vinculum amicitiae in negotiorum gestorum iudicio praetorio edicto obligatum. At vero RITTERSHVSIVS incertus est, & lubricus, & non vult comprehendere. Respondet igitur, *culpa tamen, levis* factam illo loco mentionem. Vt dubitari non possit, quin, qui negotia gesserit, de culpa duntaxat leui teneatur. Sed haec argumentatio facile diluitur. Aiunt enim principes: super his quidem, quae ultro quis administravit, non tantum dolum, & latam culpam, sed etiam leuem merito praestari. Audis leuissimae culpa non iniectam in tractatu de negotiorum gestorum actione mentionem. Ne te hoc perturbet; cogita, satis esse, quod illam certe non excludant. Enimvero, solemne est imperatoribus, cum ad libellos, quibus consuluntur, aliquid respondent, in rescriptis non omnia commemorare, non omnia veterum scrinia, & locos, compilare; sed multa preterire, ad illa tantum rescribere, de quibus fuit dubitatum. Apparet non consultos fuisse principes de culpa leuissimae praestatione. Idem certe l. 17. C. de R. V. responderunt, malae fidei possessorem de fructibus *preceptis* conueniri posse; cum nemo neget, illum de *percipiendis* etiam teneri. Male igitur collegeris, illa, quae praetereuntur, excludi in rescriptis. Illud subtiliter a V. C. GERARDO NOODT est observatum.

Ex his, quae dicta sunt, facile tolli potest alia dubitatio ex l. 7. C. arbit. tut. a RITTERSHVSIO iniecta. Et haec enim continet rescriptum eorundem principum ad libellum, quo consulti fuerant, utrum levis etiam culpa in tutelae, & negotiorum gestorum vili, iudicio verferetur? Hi de leui culpa responderunt: leuissimae praestatione non exclusa sed in rescripto omissa, quod de illa quaestio non incidisset. Otium nobis facit Iustiniani recentissimum praeceptum §. 1. I. d. obl. q. quas. ex contr. Ad exactissimam, inquit, quisque *diligentiam* compellitur reddere rationem: nec sufficit, talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius *diligentior* commodius administraturus esset negotia. His verbis explosa sunt, quae in contrariam partem disputantur. RITTERSHVSIVS quidem, cum turba interpretum, haec etiam afficit, & tentat, ut perueri possint.

Pu

Putat enim, non regulam nimirum a IUSTINIANO, sed exceptionem, & singularem speciem tractari. Si obtulerit se quidam diligentior, qui commodius fuisset negotia administraturus: si probari possit, alium paratum fuisse ad gerendum; tunc demum in hoc iudicio exactissimam diligentiam versari. Verum hoc quam ineptum sit, supra est a nobis paragrapho V. disputatum. Quis enim non videt, generaliter his verbis de natura huius iudicii, non de exceptionibus, tractari. Sensus IUSTINIANI hic est: desiderari summam diligentiam, & teneri illum, qui negotia gessit, si probetur, alium potuisse commodius administrare. Hac locutione certum est, non exceptionem, aut conditionem aliquam, sed definitionem culpæ leuissimæ in abstracto contineri. Familiaris enim est IUSTINIANO hæc formula loquendi, cum de culpa leuissima tractatur; atque etiam §. 2. I. quib. m. re cont. obl. occurrit. Ait imperator, „qui rem vtendam accipit, exactam diligentiam custodiendæ rei præstare iubetur; nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis adhibere solitus est: „si modo alius diligentior poterat eam rem custodire. Non ausi sunt interpretes hæc verba de singulari specie interpretari; sed omnes, credo, adgnouerunt, ibi regulam tractari.

§. X.

Satis credo, comprobatum est, in negotiorum gestorum iudicio culpam leuissimam præstari. Sed BEYERVS pertinaciter in sententia aduersa perseuerat. Ait enim, cum RITTERSHVSIO, periculum esse, ne negotia absentis deferantur, & a nemine curentur, si gestor de minima culpa, & quæ culpæ nomen vix meretur, teneretur. Videntur ipsi facilitate inuitandi potius amici ad negotia gerenda, quam deterrendi a beneficio rigidissimæ sapientiæ præceptis. Quis accedat ad negotia absentis, qui norit, se gratiam vix initurum: pro beneficio litem imminere, & iniquissimas exactiones. Quandoquidem secundum PLAVTVM o)

Ira sunt isti nostri diuites:

Si quid benefacias, leuior pluma est gratia.

Si quid peccatum est, plumbeas iras gerunt.

Sed liberat me respondendi verecundia idem ille PLAVTVS, qui alio loco p) ait:

Ninio præstat impendiosum te, quam ingratum dicier:

Hæc enim cura non absterrebit liberalia ingenia: quæ ideo colunt amicitias, vt possint fidem, & industriam, probare, pretiumque operæ in ipsa vicissitudine studiorum officiorumque, inueniunt, qua secundum TVLLIVM q) nihil in hominum vita incundius potest cogitari. Quare, quod TERENCEIVS ait: r)

O 2

Eum

o) PLAVT. poen. III. 6. 16.
amic. p. 569.

p) PLAVT. Bacchid. III. 2. 12.
r) TERENCEIVS. præf. Heaut. v. 49.

q) CIC.

*Enim esse questum, in animum inducent, maximum,
Quam maxime servire amici commodis.*

Neque consentaneum est, si LAELIVM^{d)} audias, ullam rem honestam, ne sollicitus sis, vel non suscipere, vel deponere susceptam. Quod si curam fugimus; virtus fugienda est, quæ & ipsa cum aliqua cura coniungitur. Quamobrem angor iste, qui pro amico sæpe capiendus est, non tantum valet, ut tollat e vita amicitiam, non plus, quam ut virtutes, quia adferunt nonnullas molestias, repudiantur: præterea, quem credis, tam obtuso ingenio, & barbaro, futurum, ut cum videat, animo amico, & benevolenti alium in suis negotiis versatum, rem exigit omnino ad amissum, litem continuo intenet, odium pro gratia reponat. Facit enim locum remissioni IULIANVS L. 6. §. 12. f. *De h. t.* Et si qui tam inepti fuerint, cogita, quod apud SENECA^{e)} poeta monet:

Percidenda esse multa, ut semel ponas bene.

Contra homines negligentes, & ardeliones inprimis propositum est elegantissimum prætoris de negotiorum gestorum iudicio edictum. Interest omnium, hos auocari a negotiis absentium, & ne inuolent in aliena, & res misceant, adfectas perturbatasque deserant, atque in medio relinquant, denique in summa iniuria suæ temeritati titulum amicitiae prætendant, ipsa difficultate negotii, iudicii huius seueritate, absterri.

XVI.
O B S E R V A T I O N E S
DE CVSTODIA ET PERICVLO
P I G N O R I S.

VITEMBERGAE, D. XXVI. SEPT. A. Q. S. P. E. MDCCXXXIII.

L. 13. §. 11.
D. de pignorat. act. non
indiget
emendatione
V.C. GERAR.
DII NGODT.

§. II.

*Quam inique comparatum est, ii, qui minus habent,
Ut semper aliquid addant dirioribus:
Quod ille incertum vix demenso de suo,
Suum defraudans genium, comparat miser,
Id illa uniuersum abripier, haud existimans:
Quanto labore partum. a)*

f) CIC. d. amic. l. c.
act. l. sc. 11. y. 7.

e) SEN. Benef. l. 1. c. 1. f.

a) TERENT. phorm.

Ita



Ita sunt hi nostri diuites: inprimis, cum indigentiores aeris alieni vinculis obstrictos, atque alligatos, tenent. Instant, ubi dies venerit, vrgent cum vociferatione; minitantur, nihil omittunt: nec tantum fenore miseros trucidant; sed etiam, ne quid hominibus infelicissimis supersit, statim, priusquam incipit deberi, egentes spoliant *pignora* extorquent: hæc, si quis crudelitati color obtendi possit, ne quidem reddunt debitori, quamvis liberata, & soluta: certe, non nisi negligenter custodita, atque tandem deprauata, postquam etiam de teruncio satisfactum est, ægre restitunt: denique non quiescunt, donec, quod PHÆDRVS ait, ^{b)} totam prædam sola improbitas auferat. Publice interest, rapacitatem illam creditorum coerceri. Et coerciti sunt sapientissimis præceptis: maxime, pigneratitii; ne inhumanius, & insolentius rem gerant: ut non modo reddant pignus, debito soluto; sed etiam, quod ait ULPIANVS L. 24. §. 3. *D. de pignorat. act.* si male pignus tractauerint, aut debilitauerint, atque deterius fecerint, pigneratitio iudicio de *culpa* teneantur.

Sed V. C. GERARDVS NOODT, ^{c)} alias insigniter de arte nostra meritis, mirifice laborat, ne creditores, qui pignus acceperunt, *culpam leuissimam* præstare iubeantur. Obstabat ipsi ULPIANVS, qui L. 13. §. 1. *D. de pignorat. act.* præter culpam, etiam custodiam pignoris desiderabat. „Verba „ULPIANT: venit in hac actione & dolus, & culpa, ut in commodato: venit & custodia: vis maior non venit.„ Timet Vir clarissimus, ne quis, custodiæ necessitate imposita, exactissimam diligentiam a creditoribus expectet: & quia commodati mentio fiebat, cauet, ne quis in pignore, aut idem, aut plus etiam, quam in commodato, exigere posse arbitretur. Igitur vrit, & secat, & mutata literula, discrimine etiam interpunctionis peruerso, ita legendum censet; venit in hac actione & dolus & culpa: at in commodato venit & custodia; vis maior non venit.

Nemo non videt, vim factam ULPIANO, nihil tale promerenti. Neque enim peccauit, dum dixit, *custodiam* in hoc iudicio venire. Eadem enim sententia DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS rescripserunt: creditorem, sicut vim maiorem pignorum præstare non habeat necesse; ita dolum & culpam, sed & custodiam, exhibere, merito cogendum L. 19. *C. de pign.* Neque offendere potuit clarissimum interpretem, quod pignus commodato videat collatum, quod huic oppositum malebat. Enimvero non ibi de gradu culpæ, qui præstandus sit, sed generatim, de dolo, & culpa, tractabatur, de cuius virtusque præstatione agitur in utroque contractu; ut hætenus recte potuerint pignus, atque commodatum, inter sese comparari. Nihil igitur vitii est in verbis ULPIANI, quod virum clarissimum adducere possit, ut duriori remedio utatur. Contra, si eruditissimi Belgæ emendationem accipias, in plura incommoda incidit lex pulchra & aperta. Quis enim credat, ULPIANVM, dum de pigno-

O 3

re

b) PHÆDR. fab. I. I. fab. 5.

c) NOODT probab. I. I. c. 4. p. III.



re exponit, dilapsum esse, sine causa, a pignore ad commodatum, & quod in hoc custodia veniat, vis maior non veniat, loco alieno docuisse: cum utrumque etiam de pignore recte affirmetur, & commodius referri possit ad ipsam pignoris, quam *ULPIANVS* susceperat, tractationem.

Verum, ut dixi, id agit Vir Clarissimus, ut probet, culpam duntaxat leuem in pigneratitio iudicio versari. Candidior fuit *CVIACIVS*, ^{d)} qui, ut in commodato, ita & in pignore, distinguendum credidit, utrum dantis, an accipientis tantum, an utriusque causa contrahatur; & si accipientis causa factum sit, culpam leuissimam, sin dantis, latam, sin utriusque, leuem nimirum culpam, cum a creditore pigneratitio, tum a commodatario, praestari. Aequiores etiam Graeci interpretes, qui, dum durat ius pignoris, de leuissima, cum solum est, de leui culpa creditorem teneri voluerunt.

Non tamen ausim alterutri parti me adiungere; cum utraque interpretatio non nihil habeat difficultatis. Certissimum est, culpam in pignore arbitrio iudicis, & boni viri, aestimandam, & prospiciendum, ut neque delicatus debitor, neque creditor onerosus audiatur. *l. 25. D. de pignerat. act.* Quod cum *ULPIANVS* de contrario pignoris iudicio praecipiat, multo magis sequendum erit in directo.

Recte obseruat *B. BEYERVS*, ^{e)} dari quosdam gradus etiam exactissimae diligentiae: adeoque difficile esse, ut vna circumscriptione omnia, quae eo pertinent, definiantur: sed iudicis partes & aequitatem in aestimatione diligentiae desiderari. Neque tamen ideo contemnendae sunt regulae, quae de culpae praestatione a veteribus traduntur; sed eo pertinent, ut iudex in aestimatione, prout res ferat, modo pronior ad adstringenda vincula obligationis esse debeat, modo etiam facilius in illis laxandis, atque remittendis.

Exponam breuiter, quid mihi videatur. Dissimulari non potest, minorem in pignore, quam in commodato, diligentiam desiderari: non obscure enim *§. 4. l. q. mod. r. contrah. obl. & l. 5. §. 2. & l. 18. pr. D. commod. pignus*, atque commodatum, in illo argumento seiunguntur; sed & hoc certum est, plufculum, quam leuem culpam, a creditore pigneratitio, & praeter illam, etiam custodiam desiderari: solos casus fortuitos remitti. Id enim, cum aliis argumentis omnino multis, tum *l. 19. C. de pignor. & l. 7. C. de pignerat. act.* comprobatur; ut credam, culpae quidem leuissimae quendam gradum etiam a creditore pigneratitio praestari, nec sufficere, si vulgarem illam diligentiam, quam suis plerisque rebus accommodare solet, adhibuerit: sed iudicis tamen arbitrio permitti, ut benignius subinde de creditore pigneratitio, quam de commodatario, statuatur. Ita mihi sedet. Vtrum recte, deinceps apparebit.

§. II.

^{d)} *CVIAC. obl. l. 19. c. 24.*

^{e)} *BEYERVS posit. ad ff. p. 285.*

§. II.

Dubia sunt pleraque legum Romanarum præcepta, quibus lenem duntaxat culpam a creditoribus in pignore præstari vulgo contendunt. Imperator *§. 4. I. q. mod. re contr. obl.* „sufficere ait, si ad pignus custodiendum exactam diligentiam adhibeat creditor; quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito pignus amiserit, securum esse.” Sed, ne credas, exactam diligentiam, medio-crem illam, qua levis culpæ præstatione defungimur, duntaxat contineri. certa sunt hæc verba, & modum ex negotio, cui adhibentur, accipiunt. Idem imperator *§. 2. I. eod. tit.* etiam eum, qui vtendum, id est, commodatum, accepit, sane exactam diligentiam custodiendæ rei præstare iubet: quem tamen nemo dubitat, plerumque culpam leuissimam præstare. *VLPIANVS l. 5. §. 2. & GAIVS l. 18. pr. D. commodat.* item *VLPIANVS l. 25. D. de pign. act.* dolum & culpam a creditore exigunt; sed expeditum est, imperfectum hunc sermonem esse, & culpæ nomine, si abscisse ponatur, non semper leuem culpam, verum interdum omnem diligentiam, prout naturæ negotii convenire videatur, indicari. Magis *PAVLLVS* turbare videbitur, qui *l. 14. D. de pign. act.* ea exigi a creditore ait, quæ diligens paterfamilias in suis rebus soleat præstare. Quibus verbis diligentiam communem, & leuem culpam plerique credunt contineri. Sed nihil hoc me mouet. Diligentes patresfamilias aliis atque aliis rebus aliam diligentiam adhibent, his solertem, & sollicitam, & circumspiciatissimam, illis remissiores: prout aliæ atque aliæ maioris pretii, maiorique studio dignæ, esse videantur. Et hæc igitur verba, minus plenam orationem continent, atque interpretationem ex illis accipiunt, quæ speciatim de pignore, & creditoris officio dicuntur. Ita & *PAPINIANO* occurri potest, qui soluta pecunia, ait, possessionem pignoris a creditoribus restituendam: nec quidquam amplius desiderari *l. 40. §. 2. D. de pign. act.* Nimirum, *PAPINIANVS* his verbis casus fortuitos exclusit, modum diligentiae non definiuit. Imo vero, pignus duntaxat restituendum est, neque quicquam amplius debetur; sed restituendum est in eadem causa: non deterius: cum, qui rem deteriore restituit, non restituisse videatur *l. 3. §. 1. D. commodat.* Nusquam igitur in pigneratitio iudicio exclusam omnino culpæ leuissimæ præstationem, deprehendo.

§. III.

Enimuero, multa me adducunt, vt credam, adstrictius creditorem pigneratitium, quam ceteros, a quibus communem diligentiam exigimus, teneri. Ipsum ius pignorum quam durum est, quam graue, quam plenum inuidia? Afferre manu dextra, quod ægre sinistra porrexeris: beneficii gratiam crudelitate perdere: cum necessitatem miserorum datis rebus mutuis adiuuare, & solari volueris, ipsos spoliare, vsu rerum suarum illos excludere, possessionibus manum iniicere, & quando egestati debitoris aliqua in parte consulueris, operam dare,

Odiosum est ius pignoris, neque semper vtilitas in pignore versatur.



dare, ut iam ex alia parte egeat: captis pignoribus hominem nudare, fortunis exuere, non gratiae, non misericordiae locum dare: haec, inquam, omnia, tanto asperiora sunt: tantoque magis ab humanitate aliena, quanto frequentius pignora ab indigentioribus, & proxime conturbaturis, accipiuntur, atque ad illos transferuntur, quos conueniebat, etiam cum aliquo incommodo, laudem liberalitatis & beneficentiae tueri. Recte MARTIALIS f) renunciat homini crudeli amicitiam, & odium pro gratia reponit, qui, cum ipsi non crederet, malebat in fundis eius spem & fiduciam collocare. Ita enim ille:

Cum rogo te nummos sine pignore; non habeo, inquis;

Idem si pro me spondet agellus, habes.

Quod mihi non credis, veteri, Tacelesine, sodali,

Credis colliculis, arboribusque meis.

Ecce, reum Carus te dedit: adsit agellus.

Exilii comitem quaris? agellus ear.

Cave, accuses bilem, atque incontinentiam, poetae. Qui enim poteras magis pudorem onerare hominis ingenui & probi, sed pauperis, & cum fortunae iniquitate conflantis, quam, cum non dissoluto debitori fidem negares, qua sola humanae vitae consortio, & societas, quasi quodam vinculo continetur. Enimvero homini fidem detrahere, nae, illud est innocentem occidere, & prope indignum iure societatis, atque civitatis communis, iudicare. Quanto accommodatius ad hominum coniunctionem divinis legibus legislator g) moderationem creditoribus praecipit, ut memores humanitatis, pignora ab inuitis ne capiant, neque domum debitoris, capiendi pignoris causa, introeant; sed ut foris expectent, & cum miseratione quadam ab offerente accipiant: etiam non solum subinde, ante solis occasum, indigentioribus restituant: communi hominum sorte & calamitate attingantur. Quapropter, si rationem naturalem audias, fere non favendum est creditoribus plerisque; sed consulendum oppressis, atque laxanda nonnihil vincula, quibus debitores alligantur.

Sed ais: pignus tamen utriusque utilitatis causa contrahi: haec talia neutri omnino parti odiosa esse; sed aequationem iuris, quae praecipua est lex societatis continere. Enimvero, si rationem non contemnis, ausim negare, quod semper utriusque utilitas in pignore versetur. Et si enim hoc videtur debitoris esse commodum, quod, ut ait imperator, §. 4. l. q. mod. re contr. obl. facilius ei pecunia credatur; quis non videt, hanc utilitatem debitori ingenuo, & indigenti, a creditore etiam sine pignore deberi. Quae igitur utilitas esse potest pignoris, illud per pignus impetrare, quod ab altero, si humanitatis rationem habere, & suae auiditati temperare voluisset,

f) Epigr. l. XII. 25.

g) Deut. 24, v. 6. 10. 11. 12. 13.

set, etiam citra pignus expectari potuisset. Imo vero certissimum est, si de subtili iure civili disputemus, nunquam omnino in pignore debitoris utilitatem versari; sed solius duntaxat creditoris. Separandi enim sunt duo contractus: alter, quo debitum contrahitur, qui potest utriusque commoditatem continere; alter accessorius pignoris, quo id agitur, ut pignus soluto debito in specie restituatur: qui ob solius creditoris securitatem, seu, ut IUSTINIANI verbis utar, quo magis in tuto ipsi sit creditum, initur.

Igitur, si solum contractum pignoris, separatum a principali, spectaveris; temere affirmatur, utriusque utilitatem in pignore versari. Contra, benigniori iure, spectato totius negotii ambitu, dici potest: debitoris ignoti, maxime peregrini, aut, qui dubiæ famæ sit, ut non facile conditionem mutuae pecuniæ inuenturus esse videatur, interdum interesse, ut dato pignore ipsi facilius credatur. Sed ne civili quidem iure id semper tuto affirmabis: sunt enim eiusmodi species complures. Finge: te donare homini ignoto, aut liberalitatis exercendæ causâ honorarium promittere, & præterea, ne quid dubitet, fidem promissi etiam pignore firmare; (MARCIANVS enim l. 5. D. de pignor. me docuit, ad quamcunque obligationem subinde adiungi pignus posse;) vides, tibi nec seri, nec meti in illo negotio: virtutis, & magni animi ostendendi, causâ pignus a te obligatum esse, nihil ad te utilitatis, omne ad aduersarium, spectare. Quod vii honeste a te factum, ita non sine rusticitatis nota acceptum est a tuo creditore. Et profecto magis creditoris interest, tuto collocari pecunias, quam debitoris, pignore parato ubiuis non difficulter fidem inuenturi, refert, sibi pecuniam credi.

— fenerator Alsius,
iamiam futurus rusticus,
omnem redegit idibus pecuniam,
quærit calendis ponere b)

Hoc agnoscit POMPONIUS l. 6. pr. D. de pign. act. qui, si conuenerit, ut fundum pigneratitium tibi vendere liceat, tua, id est, creditoris, tantum causâ, illud cautum esse affirmat, ut ne quidem necesse habeas, ut vendas. Sed, cum teste VLPIANO l. 4. D. de pign. act. semper distrahere pignus liceat, si modo non conuenerit, ne liceat; apparet, omne pignus, creditoris gratia inprimis, constitui. Quæ pacta, si IUSTINIANI philosophiam sequeremur, ita accipienda essent, ut & debitoris utilitatem continerent, quo facilius ipsi pecunia crederetur. Sæpe igitur, & plerumque, creditoris tantum gratia pignus contrahitur. Nec timeo IUSTINIANVM, qui §. 4. I. q. m. re contr. obl. utriusque gratia pignus dari, affir-

b) HORAT. Epod. II. v. 67.

Fasc. III.

P



affirmauit: neque cum VLPIANO controuersiam exercebo, qui l. 5. ff. 2. *D. commodat.* ait, in empto, in locato, in dote, in *pignore*, in societate, verti vtilitatem vtriusque, adeoque & dolum, & culpam, a partibus præstari. Familiare enim est & imperatoribus & ICTis, negotii naturam subinde, ex illo, quod aliquando verum est, & interdum accidere solet, definire: sed hæc talia ius non faciunt. Cum enim naturam negotii exponunt, legibus, vt illud sit, quod non est, efficere non possunt, neque naturam omnino in potestate habent. Imo, ne quidem hic ipsis animus fuit, vt hæc talia perpetuo vera esse nobis persuadeant. Eodem fere sensu de commodato & imperator, & ICTus, verba fecerunt, illud solam eius, cui commodatur, vtilitatem continere; cum neuter neget, & ob dantis, & ob vtriusque, vtilitatem commodari posse: vt puta, vt sponsa mea ornatio mei honoris gratia procedat, aut communis amicus ad coenam inuitetur.

Apparet igitur, ex negotii formula nihil certi de vtilitate pignoris definiri posse, sed illam ex his, quæ in qualibet specie obueniunt, subinde æstimandam esse. Neque exigua quædam dantis vtilitas efficit, vt culpa leuis tantum præstetur.

§. IV.

*Pignora
apud Roma-
nos inter rei
charissimas
& maximi
pretii habi-
ta.*

Neque tam alienum fuit ab humanitate ingenium honestissimi, post hominum memoriam, populi, quin parcendum esse rebus amicorum, abstinentium rebus alienis, pignora, ab egentibus ad se delata, summo studio seruanda, atque ab omni iniuria defendenda, cogitarent. Inde euenit, vt si rem quandam præcipuo loco habendam esse, & memoriam absentium imprimis continere, crederent, illi rei nomen pignoris, pignoris charissimi, accommodarent. Cum nihil tenerius moueat hominum animos, quam mutui amores; etiam quæ ab amantibus data erant, pignora appellabantur.

— — — *formaque ante omnes pulchur Iulus
Sidonio est inuectus equo, quem candida Dido
Esse sui dederat mommentum & pignus amoris. i)*

Qui sensus humanitatis etiam rusticum ingenium apud VIRGILIUM tetigit. k)

*Has olim extuuias mihi perfidus ille reliquit,
Pignora chara sui.*

Quid quod, ipsi liberi, quibus nihil magis parentibus natura commenda-uit, subinde pignora veteribus dicuntur: in quibus omnem & fiduciam positam habebant, quos solatium senectutis, voluptatem ætatis florentis, expectationem posteritatis continere, arbitrabantur.

Nate parum fausti memorabile pignus amoris. l)

Ipse

i) VIRG. Aen. V. v. 579.
ep. XI. v. 113.

k) VIRG. ecl. 3. v. 91.

l) OVID. Heroid.



Ipse BRUTVS TULLIO *pignus* esse libertatis visus est: tanto studiosius colendus & retinendus memoria ciuium, quanto maius in libertate momentum felicitatis humanæ versari existimabat. *m)*

Hæc talia remissius a Romanis, aut incuriosius asseruata esse, existimas? Quibus inter res humanas vix quidquam maius & potius cogitare posse videbantur. Certe apparet, cum & ad appellanda illa, quæ homini post vitam carissima sunt, & inprimis amabilia, tractum sit pignoris nomen, sancta ipsis pignora fuisse, & religiosius, quam cetera, quæ patrisfamilias diligentis cura continentur, custodita.

§. V.

Sed, ne quis hæc dubia, atque incerta arbitretur; sequamur PAUL-
LVM, qui *l. 1. D. de R. I.* non ex regula ius sumi, sed ex iure regulam, *Maxima diligentia non obscure*
præcipit. Igitur videamus, quid exegerint a pigneratitiis creditoribus leges *exigitur in legibus Ro-*
Romanæ; vt intelligatur, ad quam diligentiam officia illorum referantur. *manis.*
Primo PAPINIANVS *l. 40. §. 2. D. de pign. act.* soluta pecunia credito-
rem restituere iubet pignoris possessionem; sed ex VLPIANO discis, *l. 3.*
§. 1. D. commod. & l. 13. §. 1. D. de V. S. quod si res quidem reddita
sit, sed deterior reddita, non reddita omnino videatur; cum dicatur pro-
prie res non reddita, quæ deterior reddatur. Quapropter non solum
ALEXANDER *l. 3. C. de pign. act.* creditorem, qui agrum deteriore con-
stituit, pigneratitia obligari; sed VLPIANVS etiam, si rem pignori datam
male tractauerit creditor, vel pignus viuum debilitauerit, hoc iudicio tene-
ri, affirmarunt. Solos nimirum casus, qui præuideri nequeunt, excepit
ALEXANDER *l. 6. C. de pign. act.* & manifestissimis rationibus, rem casu
perditam esse, probari cupit *l. 5. C. eod.* Contra, si quid insolentius com-
missum, si pignus repositum, vbi publice reponi non solebat, vbi non sa-
tis a periculo tutum esse videbatur; damnat DIOCLETIANVS cum col-
lega *l. 9. C. eod. tit.* Ex quibus rebus apparet, nihil, quod caueri possit,
nihil, nisi quod præuideri nemo queat, nihil, nisi quod casu accidisse, li-
quid probatibus, ostendatur, creditoris negligentiae remitti. Quæ si
quis cogitet; non dubitabit, DIOCLETIANVM, atque VLPIANVM, qui
l. 19. C. & l. 13. §. 1. D. de pign. act. præter culpam communem, etiam
custodiam a creditoribus exigunt, solamque vim maiorem excusant, maius
quoddam, quam ordinariam illam diligentiam, a creditore pigneratitio de-
fiderare. Non ignoro, apud GAIVM *l. 2. D. de peric. & com. rei vend.*
esse species quasdam, & minus plenæ, & plenæ custodiæ, quarum illa
dolum duntaxat, hæc vero diligentiam continet; sed vbi custodia, præter
diligentiam, & culpam communem, exigitur, quod VLPIANVS & impe-
rator

P 2

m) CIC. Or. Philipp. 4. 192.

rator legibus supra excitatis fecerunt, tunc fere plusculum, & gradum aliquem exactissimae diligentiae, iudicis arbitrio definiendum, indicari, disputatione non indiget. Certe, si res aestimata forte data sit, etiam periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestitutum recepit, *V I L P I A N V S* docet, *l. 5. §. 3. D. de commod.* in qua specie multo magis creditorem de culpa leuissima teneri, nemo dubitat.

§. VI.

*Segnitia
non semper
latam cul-
pam notat.*

Excusant *PHILIPPVS A. & PHILIPPVS impp. l. 8. C. de pign. act.* creditorem, cui nulla culpa, seu *segnitia* imputari potest. *V. C. GERARDVS NOODT n) segnitiam*, manu indocti interpretis adiectam, credit, & miratur, hoc neminem, ne se quidem, qui omnia videat, vidisse. Segnitiam enim latam duntaxat culpam, magnam atque nimiam illam, notare, imo stuporem, cum quis non intelligat, quod omnes intelligunt. Quare non patitur imperatores, ne quidem mortuos, nisi ex sua sententia scribere; sed vocem *segnitia* crudeli vulnere auerruncat. Dubito, ne *segnitia* vox ad omnem omnino culpam accommodetur. Enimvero, diserte imperator negat, illum, apud quem res deposita est, culpa nomine, id est, *desidia*, (quae citra dubitationem *segnitia* gemina est) & negligentiae, sed ex solo duntaxat dolo, qui culpam latam comprehendit, depositi iudicio teneri. Nihil apertius, quam segnitiam & desidiam hoc loco latae culpa opponi, atque ab illa segregari. Sed non obscurius *PAPINIANVS l. 52. §. 1. D. de fideiuss. segnitiae* nomine culpam mediam seu leuem comprehendit: ait enim fraudem, quae & latam culpam, ut dictum est, continet, seu *segnitiam* tutoribus damnum dare. Nemo ignorat, *leuem* etiam culpam in tutelae iudicio versari. Ipse *FESTVS*, quem vir clarissimus in partes suas vocat, segnitiam omni diligentiae aduersariam constituit: segnities, inquit, quod sine *nitendo* quod utile aut honestum. Sed *niti* dicuntur, qui in negotio elaborant, neruos intendunt, opus vi magna, & studio insigni moliuntur. Praeterea, ne veterum, ad quos ille confugit, autoritate destitui credamur, audiamus *VIRGILIUM*, qui aliquando. o)

*Festinate, viri, nam, quae tam sera moratur
Segnities?*

Audias, illis, qui non festinant, segnitiam obici: sed festinationem facile apparet, esse officium hominis gnaui atque diligentis: adeoque segnes esse, in quibus diligentia & solertia studiosior, atque intentior, desideratur. *CICERO* etiam *l. 1. de oratore p)* de impudentia dixi, inquit, castigemus etiam *segnitiam*: ut intelligatur, quemadmodum impudentes sunt, qui libertatem

n) Obf. *L. II. cap. 13.*
orat. 100.

o) *VIRG. Aen. II. v. 374.*

p) *CIC. L. I. de*



tatem orationis continere intra modestiæ fines non possunt, ita *segnes* appellari, qui sine alacritate, sine concitatione mentis, sine studio verba faciunt. Idem ille etiam alio loco ^{q)} commendat, oratorem sine *segnitie* verecundum: atque *segnem* dicit, qui tunc animis cadit, cum non decet verecundari: quem spiritus & ingenium deserit, cum præcedit ad dicendum. ARRIVS MENANDER *l. 6. pr. D. de re mil.* Delictum militis esse dicit, quod aliter, quam disciplina communis exigit, committitur: eiusque rei exempla crimina *segnitie* & contumaciæ ponit: ex quo loco apparet, omnes illos *segnes* adpellari, qui minus strenue, minus diligenter, imperata perfecerunt, quam exigit disciplina militaris.

§. VII.

Vis maior non venit in pignore, nullusque casus, qui culpa vacat, & præ- *Creditor de*
uideri non potuit. Ita *VLPIANO l. 13. §. 1. D. de pign. act.* atque impe- *casu fortui-*
ratoribus *l. 5. 6. 8. 9. C. eod. tit. l. 19. & 25. C. de pign.* visum est: ne in- *to non tene-*
teritura quidem, id est, detrimentum, & vitium, quod res ex usu contraxit, *tur neque ta-*
cum illa sine creditoris culpa ad publicas necessitates adhibita est, teste *SCAE-* *men prorsus*
VOLE l. 43. §. 1. D. de pign. act. præstari debet: imo vero ne exusta qui- *iniquum est*
dem insula, quæ creditori obligata fuerat, extinguatur ius pignoris; sed, si a de- *ius saxon-*
bitore restituta fuerit, secundum *LABEONEM l. 35. D. de pign.* iure pigno- *cum quod*
ris tenetur. Præterea *VLPIANVS* generatim, quidquid pignori commodi- *morre for-*
vel incommodi fortuito acceperit, putat ad debitorem pertinere *l. 21. §. 2. D. dati, credi-*
de pign. Quid, quod ne actionem quidem personalem amittit creditor, quam *tum, amitti*
uis pignore amisso *l. 6. C. de pign. act. l. 3. C. de dist. pign.* Neque interest, *iubet.*
vium pignus, an carens anima, creditor acceperit; cum nec *animalium* casus
mortesque, quæ sine culpa accidunt, præcipiente *VLPIANO l. 23. D. de R.*
iur. l. 5. §. 4. D. commod. a quoquam præstentur; sed grege pignori obliga-
to, prioribus capitibus decedentibus, si totus grex fuerit renouatus, etiam no-
uus pignori teneatur *l. 13. pr. D. de pign.* aut, omnibus intermorientibus,
duret actio aduersus debitorem. Sed *Saxones* in illa parte a Romanis discesse-
runt. Placuit enim, animali, quod pignori datum fuerat, mortuo, sine culpa
creditoris, non quidem id, quod interest, præstari, sed tamen creditum amitti.
3. Landr. c. 5. Ita enim auctor speculi: *Stirbt aber ein Pferd, oder ein*
Vieh, in der Vorsakunge, ohne jenes Schuld, der es unter ihm hatte, be-
weist er das, und kan auch sein Recht dazu thun, daß es ohne seine Ver-
warlosung gestorben sey, er gult es ihm nicht, Er hat aber sein Geld verlo-
ren, da es ihm von vorseht stunde, ihr Gelübde stünde denn anders. Qui
locus dici non potest, quantæ iniquitatis accusatus sit ab interpretibus. Mihi
videtur, ferri posse non prorsus inepta maiorum consuetudo. Ne Romanis qui-

q) CIC. clar. orat. 19r.



dem plane incognita, aut ab ipsis improbata fuit. ALEXANDER enim l. 6. *C. de pign. act.* ait, pacto constitui posse inter contrahentes, ut debitor, pignore etiam sine culpa creditoris amisso, liberetur. Sed constat, de quibus pacisci possumus, illa etiam moribus, & legibus definiri posse, citra notam manifestæ iniuriæ, & iniquitatis. Imo PAVLLVS creditorem, qui ipse pignus ceperat, & invito debitore ratem eius retinuerat, iubet ratis periculum præstare l. 30. *D. de pignorat. act.* Ex quibus apparet, non penitus iniquam Romanis viam esse consuetudinem, qua creditor, amisso pignore, subinde etiam creditum amittit. Præterea Romani pignoris traditionem in quibusdam causis venditioni compararunt. l. 1. §. 2. *D. quæ res pign.* & l. 16. §. 9. *D. de pign.* Quæ igitur invidia est, Saxones debitoribus, qui res suas creditoris rapacitati permiserunt, idem laxamentum, quod venditoribus datur, concessisse, ut, pignoribus casu fortuito amissis, subinde liberentur. Inprimis, cum creditor interdum æque, atque emptor, usurarum loco, etiam fructus pignoris lucretur, propter quorum perceptionem aiunt ad emptorem periculum rei venditæ spectare. Certe, si rationem naturalem sequamur, creditor conqueri non poterit, si pignore, cui incumberebat, amisso, actio in debitorem ipsum denegetur; cum ipse ab initio maluerit fidem pignoris sequi, quam personæ: aut tamen tutiorem existimauerit pignoris possessionem, quam fidem debitoris. Secum queratur, quod homini non crediderit, sed spem in AGELLO eius posuerit, aut in insula, aut boue, quem pignori accepit: quo tradito putauit, se suum perdere non posse. Durum est, debitorem, hominem plerumque rerum omnium egentem, a creditore non solum fœnore necari; sed etiam pignoribus, & fortunis, spoliari: & præterea etiam ex contractu conueniri, adeoque in triplex damnum incidere, crudelitate debitoris & fortunæ. Multo rectius MARTIALIS, loco a me supra indicato, in pignore accepto adquiescere iubet creditorem, qui suam fidem contempserat. Neque enim iniquum est, ut creditor viam, quam elegit, ambulet, & pignore arrepto, fortunam pignoris sequatur.

Sed maxime mortuis animalibus, de quibus tractat auctor speculi, creditum amitti, æquitas insignis videtur postulare. Enimuero, si magnam veterum paupertatem cogites, Saxonum inprimis, quorum artes usu militiæ, & cura ruris auiti, diuitiæ equo forte, quo in hostem veherentur, & exiguo grege pecudum, quo familiam alerent, continebantur; merito seuerius statutum est in creditores, immemores humanitatis, qui debitoribus etiam equos, etiam pecudes, quibus fere solis vitam tolerabant, abstulerunt: quibus obligatis, sua omnia, imo, quod sanctissimus legislator ait, Deut. 24, v. 6. animam suam, & illum, quem trahebant, spiritum, obligauisse videbantur. Non placuerunt eiusmodi pignora Romanis: certe nolebant, generali obligatione suppellectilem, vestem,

ne-



necessaria ministeria, & quæ ad vsum quotidianum habeantur, contineri. l. 6. & 7. *D. de pignor.* Pie etiam CONSTANTINVS, item HONORIUS & THEODOSIUS l. 7. & 8. *C. quæ res pign.* illa, quæ ad culturam agri pertinent, bones aratores inprimis, pignoris causa de possessionibus abstrahi, prohibuerunt: postea etiam quadrupli poena in illos, qui in res eiusmodi vi inuadant, constituta, *auth. agricultores C. eod. tit.* Quis igitur faueat crudelitati creditoris, qui ne equo quidem & pecudi, hominis egeni, id est, ne vitæ quidem debitoris, in summis necessitatibus, pepercit? Multo rectius constitutum est, vt, in poenam morositatis suæ, pignore amisso, etiam debitum amittat: neque ideo miseratione dignus erit, cum potuisset, ne mortuo pignore creditum amitteret, pacto interposito, sibi prospicere. Quod cum intelligeret Serenissimus Legislator Augustus P. II. C. El. 26. non prorsus damnauit veterem consuetudinem; sed fraudes tantum improborum, qui lege abutebantur, & interdum de industria pecus morbidum creditoribus pignori tradebant, vt dein mortuo pignore liberarentur, iustissime notauit. Weil aber solche Ordnung nicht allein den gemeinen beschriebenen Keyserlichen, sondern auch denen natürlichen Rechten etwas zuwider läuft; so wollen wir, auf anterthänigste Erinnerung unserer Verordneten, die Disposition des Sachsen-Rechts in diesem Fall wieder aufgehoben, demselbigen derogiret, und daneben verordnet haben, daß fortan, nach gemeinen Keyserlichen Rechten, dißfalls gesprochen und erkannt werden soll. Ex hac enim causa merito emendata est lege sanctissima vetus, ceteroquin non penitus inepta, consuetudo. Illud expeditum est, pignoribus, in quæ luditur, quod subinde licet, teste PAVLO, l. 4. *pr. D. de aleat.* casu amissis, nihil victoribus deberi.



TRANSLATIONE MORTVORVM
PER TERRITORIVM ALIENVVM.

AD LEG. 3. §. 4. D. DE SEPVLCHRO VIOLATO.

VITEMBERGAE, AD DIEM IVLII A. Q. S. P. EST, MDCCXXXIV.

§. I.

*V*ulnus in funere patris patriæ, *Augusti* II. cuius memoria pietate ciuium, gloriaque rerum gestarum, consecrata, atque aduersus omnem obliuionem munita, vereque immortalis est, superiore anno acceptum, haud ita pridem recruidit, cum augusti corporis reliquiæ ex loco, in quo temporis gratia depositæ erant, Cracouiam, in tumultum regum Poloniae, quasi æternam in sedem, & domum, ^{a)} quo nomine veteres locum sepulturæ perpetuæ destinatum appellabant, inter ciuium, & exterorum, planctus & lacrymas, & conclamationes, transferrentur. Quæ res tanto magis affecit Saxones, tantoque altius in animos descendit, quanto maius rex indulgentissimus, atque post hominum memoriam optimus, apud bonos omnes reliquit desiderium sui, & quanto magis conuenire nobis videbatur, vt tanti regis, etiam defuncti, corpus, inter tot regiarum atque incomparabilium virtutum monimenta, quibus omnis ætas illustrabitur, ad posteritatis memoriam, & gloriam gentis nostræ, quæ hoc vno rege mirifice aucta est, in tumulto maiorum, in sede patriæ, asseruaremus. Sed, quandoquidem fortuna nobis mortuum inuidit, cuius viuientis beneficiis innumeris, atque immortalibus, ornati sumus; hac consolatione vtinur, quod viuam eius, & præsentissimam, imaginem in Augustissimo rege, filio, *Augusto* III. patre patriæ longe clementissimo, intueamur, fructumque felicitatis, quam ipse nobis peperit, dispensatore rege, tanti nominis herede, capiamus. Interea, cum pompa, & ceremonia, quæ corpus regis immortalis, iustæ & perpetuæ tradendum sepulturæ, more maiorum transuectum est, versaretur ante oculos, & sub idem fere tempus ad ordinem ICtorum, in hac academia, acta ab exteris transmitterentur, quibus de iure permittendi, vt mortui corpus per territoria oppidorum transuehi posset, disceptatum erat; venit in mentem, altius

a) l. 40. D. de religios. l. 4. C. sepulch. viol. GRVT. inc. f. 790. n. 5. it. 903. n. 6.

tius repetere morem transferendi reliquias, & quorum auctoritate illud fieri debeat, commentatione luculenta comprobare; ut sensum, & significationem pietatis, ac doloris nostri, cum aliqua spe utilitatis, coniungamus.

§. II.

Romani quidem tanto diligentius locum quieti æternæ ^{b)} deligebant, *Non inso-* quanto magis, gens dedita religionibus, animas, corpori superstites, attingi ^{lens apud} sensu illorum, quæ reliquiis corporis accidissent, arbitrabantur. Inprimis, ut ^{Romanos} inter suos, & familiares, in tumultu maiorum, in patria quiescant, expetendum ^{translatio} esse, crediderunt. Hinc toties corpora tralata ^{c)} corpora collecta, ut in patria deinde reponantur ^{d)} ossa exportata ^{e)} ossa in urbem relata, & sepulchro condita, ^{f)} ossa ex Sardinia translata ^{g)} reliquias Romam latas ^{h)} reliquias traiectas, ⁱ⁾ veteres apud GRUTERVM lapides loquuntur. Certe OYDIIVS NASO, ne sibi post mortem inter umbras Sarmaticas oberrandum sit, timuit, & quia illud omni exilio, atque ipso animæ interitu, durius esse videbatur, ut ossa Romam in urna referantur, coniungi præcepit. ^{k)}

Atque vinam pereant animæ cum corpore nostræ,
Effugiatque avidos pars mihi nulla rogos!
Nam, si mortē carens vacuum volat ætus in auram
Spiritus, & fami sunt rata dicta senis;
Inter Sarmaticas Romana vagabitur umbras,
Perque feros manes hospita semper erit,
Ossa tamen facito parua referantur in urna.
Sic ego non etiam mortuus exulero.

Quod ne quis poetæ duntaxat ineptæ vanitati tribuat, audiamus VLEPIANVM, qui, quamvis l. 14. §. 3. D. de religiof. sumptus funeris causa factos terminis angustis circumscribat, illosque tantum admittat, sine quibus funus duci non possit; tamen eadem lege, §. 4. etiam impensam peregre mortui, quæ facta est, ut corpus perferetur, itemque si quid ad corpus custodiendum, vel etiam commendandum, id est, interprete PAVLLO l. 40. D. eod. deponendum, donec mortuus alibi sepeliatur, factum sit, funeris impensam esse affirmat, illique sumtui privilegium tribuit: ut intelligatur, non hoc superuacuum: aut inutile, & superstitiosum, Romanis visum fuisse, sed necessarium omnino, & legi humanitatis convenientissimum. ut reliquæ demortuorum in tumultum maiorum perferantur. Certe POMPONIVS l. 112. §. 2. D. de condit. & demonstrat. adscribi hanc conditionem legatis solere, ait, ut certa pecunia in funus, impensam-

- b) GRVT. inscript. f. 525. n. 6. & 7. § 67. n. 8. § 80. n. 3. & alibi passim.
c) GRVT infer. f. 662. n. 8. d) Id. 607. n. 1. e) Id. 871. n. 2.
f) Id. ibid. g) Id. 789. n. 1. h) Ibid. 594. n. 7. i) Id. 578.
n. 1. k) OVID. lib. trist. III. eleg. 3. v. 60.

Fasc. III.

Q



samque *perferendi corporis* in aliam regionem, daretur: quæ nisi exfolnatur, legatum non deberi. Exstat testamentum cuius Romani apud SCAEVOLAM, l. 30. §. 2. *D. de adm. & transf. leg.* quo ab heredibus petierat, ut, si in provincia decessisset, sexaginta Lucio Titio darentur, ut is *corpus* eius curaret in patriam *reportari*: & adiectis codicillis, ut, si in via aliquid humanitus accidisset, *corpus* in Campaniam, & monumentum filiorum, *transuehi* curarent, postulauerat. Quæ superstitio, inducta a Græcis, videtur fusa per gentes. & oppressisse omnium fere animos, hominumque imbecillitatem occupasse. Enim vero Græci, teste SVIDA ^{l)} atque HARPACRATIONE, τὰς ἀπεσεσηµένους τῶν νεογονιῶν τάφων, illos, qui maiorum tumulo exclusi, ἀποτάφους, semotos a sepulchro, cum quadam ignominia, aut certe tristissimæ conditionis, nota; appellabant. Quid, quod Athenienses illud pœnæ sensum continere crediderunt, constituta lege, ut decoctores, & qui patrimonium consumpserant, ταφὴν ἐν παργίδι sepulchri in patria honore, indigni iudicentur: quæ res Democritum, teste DIOGENE LAERTIO ^{m)} mirifice commouit, atque, ut bene mereretur, illamque maculam eluere studeret, concitauit. Quod cum imitarentur etiam Romani, quo quique sublimiori in gradu fortunæ, atque dignitatis, erant constituti, tanto magis, ut conderentur in patria, operam dederunt, principes inprimis, & quicumque e domo Augusta prodierunt. Ipsi Oclauii Caesaris AVGVSTI corpus, prodente TRANQVILLO, ⁿ⁾ decuriones municipiorum & coloniarum a Nola Bouillas vsque deportarunt nodibus: a Bouillis equester ordo suscepit, vrbique intulit: mox cremati corporis reliquias primores ordinis equestris collectas in Mausoleo condiderunt. DRVSVS, patrem Germanici, Augustus, asperrimo hiemis tempore, Ticinum vsque obuiam progressus, mortuum excepit, neque abscedens a corpore, deduxit in urbem, desletum in foro, laudatum pro rostris, omnibus ornamentis cumulauit: quod TACITVS ^{o)} factum esse *more maiorum*, atque instituto veterum, testatur. Germanici cineres Agrippina transuexit Romam, & tumulo Augusti intulit ^{p)} accensis hominum studiis, in publica omnium bonorum comploratione. Cuius honoris sensus etiam fœminas videtur tetigisse. Certe Nero, lenitatis documentum editurus, permisit, ut LOLLIAE PAVLLINAE, ^{q)} quæ cum Agrippiana de matrimonio principis certauerat, ^{r)} exulis, cineres reportarentur. Praetereo cetera, quæ vulgata sunt, & omnibus antiquitatis monumentis continentur.

§. III.

Publica
ceremonia

Solent animi imbecilli, quanto magis incerta sunt, quæ timent, tanto maioribus subinde suspicionibus accendi. Dici non potest, quam superstitiosa so-

l) SVIDAS voce: ἀποτάφος, t. I. p. 396. m) DIOG. LAERT. in vita Democriti l. IX. segm. 39 p. 571. n) SVETON. in vita Aug. C. 100. o) TAC. annal. III. c. 5. p) TACIT. l. III. annal. c. 1. & 4. q) TACIT. annal. XIV. 12. r) TACIT. ann. XII. 22.



sollicitudine cauerint Romani, ne, dum pietatis causa reliquias transferrent, aliqua mortui quid committeretur, quod ipsis esset piis manibus molestum. Igitur totum hoc ^{transfere-}negotium plenissimum est religionum, & ineptiarum. Primo, ne, dum moue-^{antur.}retur corpus, illud quisquam nudum inspiceret, vetabant; quandoquidem, praecipiente PAVLLO, l. 1. *sentent. tit. 21. §. 4. & l. ult. D. de sepulch. violat.* qui corpus perpetuae sepulturae traditam, vel ad tempus alicui loco commendatum, nudauerit, & solis radiis ostenderit, piaculum committit, ideoque, si honestior sit, in insulam, si humilior, in metallum datur. Imo illi, qui corpus Germanici, etiam antequam cremaretur, & sepulchro traderentur reliquiae, in foro Antiochensum nudauerant, & vulgi oculis contrectandum permiserant, ut de signis veneficii cognosceretur, reprehensionem Tiberii non effugerunt: ¹⁾ cum & Graeci, teste SVIDA, ²⁾ corpus mortui, *Θεάμα τῷ ἡλίῳ ἑδᾶμῃ φίλου*, ingratum soli spectaculum esse, arbitrarentur. Eodem consilio Deme-rius ³⁾ mortuos ante solis ortum efferre iussit; ne deorum manium religio conspectu hominum contaminetur: unde facies postea, etiam causa abrogata, funeribus adhibitae videntur, quia moris fuerat, *noctu* mortuorum corpora cremare: quod FORNERIUS observat. ⁴⁾ Morem reduxit IULIANUS l. 5. C. *Theod. de sepulch. violat.* qui *noctu* cadauera efferri iussit, cum & obuiis interdiu grauis sit cadaueris, & pompae funebri, conspectus, & mortuorum non interlit, quo tempore omnino efferantur, illi denique, ad quos lugendi officium pertinet, commodius, & verius secreto, quam cum suspitione ostentationis, in concursu hominum, deslere funera suorum posse videantur. Certius ad sumptus minuendos pertinuit, quod corpora ante solis ortum efferebantur. Illud & CICERO affirmat, ⁵⁾ qui Demetrium sumptus funeris non solum poena, sed etiam tempore, cum ante lucem efferri iussisset, minuisse, tradit: & FESTVS ⁶⁾ docet, qui vespiliones dictos tradit, quia vespertino tempore eos efferunt, qui funebri pompa duci propter inopiam non possunt. Sed, quid circa *efferendos* mortuos Romae constitutum sit, iam vix attinet monere. Id expeditum est, non *transferri* mortuorum corpora, nisi *noctu*, potuisse, idque imprimis, ne impensae perferendi corporis in infinitum excrecant, quae decemviri Romani tab. X. coercuerunt, ⁷⁾ constitutum. *Augusti* corpus decuriones a Nola Bo-uillas usque, *noctu* deportarunt, atque interdiu in basilica cuiusque oppidi, vel aedium sacrarum maxima, reposuerunt: quod SVETONIUS TRANQVIL-LVS ⁸⁾ propter *anni tempus* factum esse tradit. Sed maior fides est PAVL-

Q 2

LO,

- 5) TACIT. annal. II. c. 73. & l. 3. c. 12. 6) SVID. t. I. p. 128 voce *ἀνδρῆς*.
 7) CIC. l. II. de legibus c. 26. circa finem libri p. m. 451. 8) RADVL-
 RHVS Fornerius l. VI. rer. quotid. c. 13. 9) CIC. l. II. de leg. loc. cit.
 2) FESTVS in voce vespæ. vide RAEV. de reg. iur. c. 138. t. 1. op. p. 392.
 a) vid. GRAVIN. orig. iur. ciu. t. 1. p. 281. b) SVET. in vita Augusti
 c. 100.



l. o, qui l. i. sent. 21. §. i. generatim corpus perpetuae sepulturae traditum, non nisi per *noctem*, in alium transferri locum posse, praecipit; ut vix sit locus dubitationi, illud vel religionis, vel sumptus minuendi, causa fuisse introdu-
ctum.

Noctu igitur demortuorum corpora transferebantur. Sed si per longum iter deducenda essent, *cremabantur* antea, ut in urna reliquiae transportari possent, constituto interdum illic, ubi cremata erant, cenotaphio, id est, quod TACITVS c) appellat, imaginario sepulchro. Si tamen res ferebat, malebant Romani in patria, reportato corpore integro, cremari. Sane, in Germanici funere, vulgus vociferabatur, corpus ob longinquitatem itinerum, in externis terris, quocumque modo crematum esse: sed tanto plura decora mox tribui par fuisse, quanto plura prima fors ipsi negauisset: d) ut intelligi possit, inter incommoda fortunae, & calamitates, numeratum, si non corpus integrum, sed cineres duntaxat, referrentur. Hoc sibi volunt lapides apud GRUTERVM, qui modo *reliquias* collectas, e) & ossa tantum exportata f) modo *corpora* integra g) translata, profitentur. Testis etiam est PAVLLVS l. 40. & 44. D. de relig. FLORENTINVS l. 42. D. eod. & VLPIANVS l. 8. f. D. eod. inter *corpora* translata, & *reliquias* relatas, discrimen aliquod intercessisse. Quod meretur observari, quia quibusdam gentibus inter Romanos, & Cornelii inprimis, usque ad syllam, teste TVLLIO h) illa fuit priuata, & familiaris religio, ut igni noluerint cremari, sed corpus integrum, quasi operimento matris obducitur, in sepulchro maiorum collocari.

Igitur aut corpora, aut ossa tantum, & reliquiae, transferebantur: sed, cum, si corpus moueas, diis manibus, qui ad corporis reliquias adhaerent, & cum illis conuiescunt, controuersiam de loco facere, & de sede illos sua deturbare videaris; placuit, non nisi factio PIACULO, aut, quod PAVLLVS ait l. i. sent. tit. 21. §. i. redditis solennibus sacrificiis, corpus perpetuae sepulturae traditum, ex sinibus sepulchri pristini transferri. M. Vlpium, Augusti liberti, reliquiae, si lapidem apud GRUTERVM i) audiamus, factio *piaculo*, ex permisso collegii pontificum, traiecit. Hoc videtur mouisse LABEONEM, atque VLPIANVM, ut l. 8. pr. D. de relig. iniuriarum actionem aduersus illos concederent, qui ossa ab aliis illata, vel corpus, effodere, vel eruere, sine decreto pontificum, aut iussu principis, qui pontificum auctoritate utebatur, ausi sint: cum publice interlit, ne temere religiones perturbentur. Sed de illo argumento GUTHRIUS, in libro de *veteri iure pontificio* k) commentatione luculenta exposuit. Factio *piaculo*, corpus aut reliquiae *suscipiebantur* ab illis, qui

c) TACIT. annal. l. II. c. 74. & 83. d) TACIT. l. III. annal. c. 5. e) GRUT. inscript. fol. 578. n. 1. & 594. n. 7. f) Id. fol. 789. n. 1. & 871. n. 2. g) Id. fol. 662. n. 8. & 607. n. 1. h) CIC. de leg. l. II. p. m. 448. i) GRUT. fol. 578. n. 1. k) GUTH. de vet. iure pontif. II. c. 9.

modo, & læto, & opportuno conquiescant, precantur, optant, iubent, modis omnibus impetrare, & efficere laborant. Quæ res a quibusdam magis, quam fas erat, derisa, & indignius accepta est: quibusdam etiam in mentem venit, resistendum superstitioni: voluntati moribundorum, qui talia postulant, obnitendum: certe illam non adimplendam esse: nulla mortuis officia deberi: corpora defunctorum, non eo, quo ipsis, dum viuerent, visum fuerit, sed, quo viventibus in præsentî commodissimum esse videatur, transferenda esse: alioquin, illo obsequio foueri ineptias, & superstitionas sollicitudines, quæ, cum vires acceperint, opprimant animos, ut euelli penitus non possint. Quæ res videtur habere rationem; cum &, si quid sentirent mortui, certum sit, parum referre, quo ossa, & reliquæ corporis, breui dilapsuræ, reponantur: & præterea probabile sit, quod ossa, quæ morte examinata sint, sensu careant, nihilque rebus nostris attingantur, adeoque & iura ipsorum inter viuos morte infirmantur, atque expirent, hinc neque nos omnino vilius erga ipsos officii religione obstringamur. Ita CAECILIUS apud MINVCIVM FELICEM ^{r)} philosophatur: „& ridet illorum ieiunas ineptias, qui rogos execrantur aut ignium „damnant sepulturas: quasi non omne corpus, etsi flammis subtrahatur, annis „tamen, & ætatibus, resoluitur: nec inter sit, vtrum feræ diripiant: an maria „consumant, an humus contegat, an flamma subducat cum cadaveribus omnis „sepultura, si sentiunt, pœna sit, si non sentiunt, ipsa conficiendi celeritate, medicina. In eandem sententiam ipse MINVCIVS alibi: ^{s)} corpus omne, inquit, siue arefcit in puluerem, siue in humorem soluitur, vel in cinerem committitur, vel in nidorem tenetur, nobis subducitur; sed Deo, elementorum „custodi, reservatur. Nec vllum damnum sepulturæ timemus, sed veterem, & „meliozem, consuetudinem humandi frequentamus. „ Quæ si vera sint, & vana morientium de sepultura sollicitudo, & viuorum in illa re obsequium, esse supersticiosum videri possit. Sed, aut omnia me fallunt, aut meretur excusationem electio sepulchri, & desiderium translationis: certe, qui morientibus in illa parte obsequuntur, tantum abest, ut peccent, ut potius ausim affirmare, illos, qui supremis defunctorum precibus pertinaciter, & sine causa, obnuntant, parum esse memores humanitatis. Si enim incertum est, vtrum animæ defunctorum, quid corpori & reliquiis accidat, ignorent & curent, & vtrum illa omnino persentiscant; quid accommodatius est ad miserationem conditionis humanæ, quam obsequi petentibus, & parere ipsorum voluntati, in illis rebus, quæ innocuæ sunt, & parum nobis incommodi afferre possunt: cum, vii mortuorum, ita certe & viventium, non multum inter sit, quo tumulto cuiusque reliquæ condantur, adeoque facile sit in illis rebus obsequium. Imo vero Abraham

^{r)} MINVC. FELIX in Octauio c. XI. §. 3. quem locum mihi Illustris BOEHMERVS in iure eccles. l. III. tit. 28. §. 2. indicauit. ^{s)} MINVC. FELIX octau. c. 34. §. 11.

ham mirifice laboravit, de aedificando hereditario sepulchro, ¹⁾ & Iacobus, ²⁾ desideravit, ut translato corpore, in tumulum parentum inferretur, & Iosephus ³⁾ suos iurisiurandi religione obstrinxit, ut in sepulchrum, in quo maiorum ossa sita sint, corpus demortuum transferrent. Quos cum nemo vanitatis, aut superstitionis, accusare possit; durum est, & a veritate alienum, preces morientium, qui alio funus transferri postulant, superstitionas, & penitas ineptas esse. Sin vero expeditum esset, ignorare animas, quid cum corpore agatur, aut certe in exiguo discrimine ponere, quocunque reliquiae ipsorum loco reponantur; darem omnino, mortuis quidem illud non deberi & morituros desiderare non posse, ut corpora ipsorum in locum, quem ipsi elegerint, post mortem transuehantur. Sed quid de viventibus dicemus, quorum animos illa, si qua est, superstitio, aut potius opinio, inuasit, atque occupavit? quantis timoribus, quanta solitudine implebuntur homines imbecilli, cum videbunt, alios, post mortem indignius tractari, & ne hoc quidem decedentibus tribui, ut, quo velint, loco conquiescant: cum idem sibi accidere posse intelligant, quod aliis accidisse, cum dolore, cognoscunt. Certe vel hac sola ex causa, nisi gravius quid obster, obtemperandum est in illa parte voluntati defunctorum, & diligentius custodiendae reliquiae, ne animos viventium suspicione impleamus, atque perturbemus, mortisque conditionem, per se duram, illo timore duriorem, ipsisque intolerabilem reddamus. Ideoque, si hoc mortuis non debemus, tamen ad officia viuis praestanda pertinet, ut voluntati defunctorum obsequamur, & mortuorum reliquias ab omni indignitate defendamus. Sed ais, ita foueri superstitiones, quas satius sit, animis eradicari, & euelli. Imo vero argumentis & rationibus, illa, si qua est, superstitione homines leuari, illoque metu liberari, salutare est; sed vi, & imperio, timores supersticiosi non expugnabuntur: qui, quo studiosius illis resistas, tanto altius animis insident, & penitus infiguntur, ut deinde executi, & ab animis remoueri penitus, non posse videantur.

§. V.

Igitur naturalis ratio permittit, ut corpora defunctorum, & cineres, In XII. reportentur in patriam, & in tumulos maiorum inferantur. Seuerius de tabulis prohibita translatione.
cemui illa funebria quibus luctus augetur, in XII. tabulis videntur fuisse. Ita enim tabula X. quae de iure sacro agit, teste CICERONE ⁴⁾ praeceperunt:

HOMINI MORTVO OSSA NE LEGITO QVO POST FVNVS FACIAS
EXTRA QVAM SI BELLI ENDOVE HOSTICO MORTVVS ESCIT.

Id

1) Genes. XXIII, 20. & XXV, 8.

2) Genes. L, 29.

3) Genes. L, 29.

4) Cic. L. II. de leg. p. m. 449.

GRAV. de iure nat. gent. & XII. Tab. p. 282.



Id est, ne hominis mortui ossa colligantur, funeris postea faciendi causa, nisi belli, aut peregre, mortuus fuerit. Generatim igitur decemuii prohibuerunt, mortuorum reliquias in patriam referri. solamque bellicam, & peregrinam, mortem exceperunt. Nihil enim apertius, quam de mortuorum, & ossium, in patriam translatione decemuiros sensisse. Noluerunt enim ossa hominibus legi, quo *postea*, id est, alibi, forte in patria, post translationem funus, fiat; solisque illorum, qui belli ceciderint, aut in hostico, id est, solo peregrino, diem obierint, heredibus dederunt facultatem, transferendi reliquias, & funus in patria deinde faciendi. Sed negat hoc RAEVARDVS, ²⁾ atque more suo argutatur. Ait enim hac lege interdictum, ne homini mortuo *membra* abscindantur, ad quae postea iusta funebria sunt, reliquo corpore combusto. Hunc morem a FESTO ^{a)} etiam notari, qui: *membrum*, inquit, *abscindi mortuo dicitur, cum digitus eius, deciditur, ad quem seruatum iusta fierent; reliquo corpore combusto.* Hanc superstitionem, quae in duplici funere faciendo posita erat, illa lege abrogasse decemuiros, non vero de collectione ossium, & translatione reliquiarum in patriam, cogitauisse. Multum enim interesse credit, inter has formulas: *homini* ossa legere, tertio, seu datiuo casu, quem Grammatici appellant, & *hominis* ossa legere, secundo casu. Hominis enim ossa legere, idem esse ait, ac, reliquias omnes colligere, & in patriam, aut quocunque visum sit, transferre: hoc nunquam a decemuiris fuisse interdictum: sed ossa *homini* legere, quod decemuii prohibeant, notare ossium, non omnium, sed vnius duntaxat digiti, ademptionem. Hoc ex SENECA comprobatur: qui medicos dicit, aegrotos interdum lacerare, & ossa viuus legere, id, RAEVARDO interprete, singula membra adimere, ne totum corpus corrumpatur. Sed, quamuis & RITTERSHVSIVS ^{b)} & THEODORVS MARCILIVS ^{c)} cum RAEVARDO consentiant; tamen videntur magis decemuii generaliter collectionem, & translationem funerum, interdixisse. Enimuero de membrorum ademptione, & pluribus funeribus vni homini non faciendis, lectisue pluribus non inferendis, paulo post, eadem tabula, decemuii, lege alia, constituerunt; vt vix credi possit, illos in tanto breuitatis studio, idem bis dixisse. Deinde, quod militiae, & peregre mortuos illa lege exceperunt, ex miseratione peregrinitatis profectum est; cum, quod supra comprobatur, nihil durius Romanis, quam umbras suas post mortem inter barbaros, quasi extorres & exules vagari, visum fuerit, & ciues omnium gentium, maluerint in patria conuiuiscere, in tumultu maiorum. Igitur accendendae virtutis causa,

2) RAEVARD. ad leg. XII. Tab. c. 15. Tom. Op. I. p. 66.
membrum abscindi.

a) FESTVS, voce:

b) RITTERSHVS. ad XII. Tab. cap. 7. p. 28.

c) THEOD. MARCIL. interpret. XII. Tab. c. 94.

& maxime ne milites sepulturae cogitatione debilitarentur, & mortem atque vulnera in bellis externis, contra barbaros, timerent, placuit, corpora illorum in patriam transferri. Sed parum illis profuisset, digitos ipsis mortuis abscindi, atque in patriam referri. Ita enim animae & manes non fuissent in patriam relati: quando quidem ea Romanos superstitio tenuit, si pluribus in locis membra singula sepulta sint, manes, in illo loco, ubi caput conditum fuerit, haerere: quapropter PAVLLO l. 44. D. de rel. videtur ille tantum locus religiosus, ubi pars principalis conditur, reliqua sepulchra, quibus aliae hominis partes contineantur, profana esse. Itaque si militum superstitioni illa lege consulendum fuit, non digiti, sed corpora, & omnes reliquiae, transferri debuerunt: imo vero innumera exempla comprobant, non digitos militum, sed integra corpora, & omnes reliquias, ex locis, in quibus ceciderunt, exportatas, & in patriam relatas; ut dubitari non possit, illa lege Decemuiros generatim de corporum translatione tractauisse. Quod vero RAEVARDVS de casu tertio, seu datiuo, adducit, videtur exigui momenti. Saepe enim promiscue utroque casu, eodem sensu, utimur. Certe, uti recte dicitur, funus homini fieri, ita & recte, ossa homini legi, decemuiros dixerunt: ut non habeat RAEVARDVS, cur illud de ademptione vnus digiti interpretetur.

§. VI.

Solis igitur peregre, aut militiae mortuis tributum, ut, quod cetero- *Belli & in*
quin decemuiros interdixerant, ipsorum corpora reportarentur. Illorum, *itinere*
qui in itinere mortui essent, integra corpora, aut cineres, & ossa etiam, *mortuorum*
Romam relata, nemo dubitat, & plena sunt huius exempli omnia prisca *translatio*
monimenta. MARTIALIS Antistium Rusticum, d) & Rufum Cano-
nium e) deplorat ex Cappadocia translatos in patriam. M. Vlpium corpus Se-
linunte f) Herenniae Lampadis ossa ex Sardinia g) Romam translata sunt.
SCAEVOLA commemorat legatum Lucio Titio relictum, ut corpus testa-
toris eurer in patriam referri, l. 30 §. 2. D. de adim. & transf. adiectis
codicillis, quibus heredes rogabantur, ut si in provincia, vel in via, ali-
quid ipsi humanitus acciderit, corpus eurer in Campaniam, & in moni-
mentum filiorum, reportari. VLPIANVS l. 3 §. 4. D. de sepulch. viol.
adducit edictum D. Marci, quo testatur, nullam poenam meruisse eos, qui
corpus in itinere defuncti per oppida, & vicos transuexissent.

Igitur apparet, peregre, id est, in hostico mortuos, ex permisso
XII. tabularum, transferri potuisse, idque etiam usu apud posteros fuisse
fre-

d) MART. Ep. IX, 31.

e) ID. L. IV. 85.

f) GRVT. fol. 578. n. 1.

g) Ibid. 789. n. 1.



frequentatum. Sed MARCIANVS l. 2. *D. de cadau. punit.* docet, in insulam deportatis, & relegatis, quamuis & ipsi in hostico diem obeant, & generali lege decemuirali contineantur, hoc in republica negari: nec licere inde eos transferre illosque sepelire, inconsulto principe: vt post mortem etiam seusu aliquo pœnæ attingantur. Quod cum intelligeret CAMILLVS, cum voluntarium exsilium sibi indixisset, *b)* sepulchro suo iussit hunc titulum inscribi: *ingrata patria ne ossa quidem mea habes.* Sensit illud etiam OVIDIVS NASO, atque cum a coniuge, vt ossa in patriam referret, petiisset, non dissimulat, se aliquid, quod leges non permitterent, postulauisse: sed excitat illam exemplo aliarum, quae, inuitis legibus, inuito principe, pietatem defunctis comprobant:

*Nec vetat hac quisquam. Fratrem Thebana peremptum,
Suppositum tumulo, rege vetante, soror. i)*

Videtur tamen interdum gratiae locum dedisse, auctore principe, senatus, vt ira expleta, & suspicione per mortem extincta, ossibus reditum in patriam concederet. L. ANTONIO, quem Augustus in ciuitatem Massiliensem, vt exsilium obscurius esset, abdiderat, habitus supremus honor, & ossa tumulo Octauiorum illata sunt, decreto senatus. *k)* Nero etiam Lolliae Paullinae, exulis, cineres reportari, & sepulchrum exstrui, permisit, *l)* quod supra fuit obseruatum: & generatim MARCIANVS d. l. 2. *D. de cadau. punit.* ait, sepeliri exules, consulto principe, solere, & Seuerum atque Antoninum multis petentibus hoc indulgisse. Ergo peregre mortui, si exules excipias, more maiorum, ex XII. tab. petito, in patriam referrebantur: sed ante omnes alios, *militēs*, si inter studia armorum cum gloria occubuissent. Imo, qui belli ceciderit, teste PAPINIANO, l. ult. *§. 1. D. de his qui not. inf.* lugebitur, etsi corpus eius non compareat: & CUIACIVS obseruat, etiam si ossa domum non relata fuerint, illis funus in patria, virtutis ergo, ductum, & memoriam exequiis exornatam esse. *m)* Vulgus, apud TACITVM *n)* Tiberio in funere Germanici obli-
cit, illum honorem cuiusque nobili, ex veterum institutis, deberi, vt relatus in patriam, ex prouincia, in qua cum exercitu fuisset, desisteretur in foro, & pro rostris laudaretur. Extat apud GRVTERVVM *o)* Galli Fauonii lucundi testamentum, quo filius suis vltionem impieratis comminatur, nisi, se in bello contra Viriathum occumbente, ossa e Lusitania intra quinquennium exportarent, & Romae in via Latina conderent sepulchro. Videtur enim hoc a summis atque imis frequentatum. Si de antiquitate

b) VAE. MAX. Lib. V. c. 3. §. 2.

k) TACIT. Annal. IV, 44. f.

orig. iur. ciu. p. 254.

n) TACIT. Annal. III. c. 5.

l) OVID. L. Trist. III. el. 3. v. 67.

o) ID. L. 14. c. 12.

m) GRAVIN.

o) GRVT. 871. B. 2.



vetustissimi moris dubitas, crede VIRGILIO MARONI, ^{p)} qui pallantem, Euandri regis filium, in pugna a Turno interemptum, iussu AENEAE, pompa, quanta militare funus efferri potuit, maxima, ait, transuectum ad parentem, & conditum in tumulo maiorum. Hoc omnes imitati sunt Romuli nepotes, vsque ad Rutilii consulis mortem, qui cum multis viris illustribus ex praelio Romam, sepulturae causa, teste APPIANO, ^{q)} translatus est. Sed tunc senatus descivit a moribus maiorum: cum intelligeret, frangi, & debilitari, ciuium animos, tot cadauerum conspectu, & clarissimorum virorum casu extingui igniculos militum, ipsosque a virtute auocari. Ἦτε ὅψις αἰδῆς ἦν τῷ ὑπᾶντε, καὶ τοσῶν δὲ αἰδῶν ἀνηρημένων. καὶ ἀπὸ τῶδε ἡ βλάβη τῆς ἀποθνήσκοντος ἐν τοῖς πολέμοις ἐκρίνευ, ἐνθαπερ ἂν ᾧσι, θάπτεσθαι, τῷ μὴ τῆς λοιπῆς ἐκ τῆς ὅψεως ἀποτρέπεσθαι τῶν στρατιωτῶν: igitur placuit senatui, in praelio mortuos, eodem in loco, in quo occubuissent, sepeliri, ne reliqui conspectu terrentur. Qua excusatione aliquando etiam Nero usus est, & subtrahenda esse oculis acerba funera, & laudationibus & pompa detineri non debere, censuit: ^{r)} & Tiberius Germanico, ^{s)} quod reliquias Vari, legionumque caesarum, ne quidem translatas, sed per longum tempus insepultas, humo contexisset, succensuit, & existimauit, illa pietate virtutem militarem infirmari. Et hac causa igitur post Rutilii consulis obitum, ne militum quidem reliquiae, inconsulto principe, transferebantur.

§. VII.

Ex his, quae dicta sunt, apparet, solis peregre, aut militiae, mortuis, neque his quidem omnibus, nec omni tempore, tributum esse, ut ipsorum corpora, aut reliquiae, exportarentur. Sed liberalius D. SEVERI edicto tractati videntur esse mortui, quo, secundum VLPIANVM, l. 3. §. 4. D. *de sepulch. violat.* continetur: non perpetuae sepulturae tradita corpora polle transferri, neque detinenda esse, aut vexanda, aut prohibenda, ne per territoria oppidorum transuehantur. Non minus benigne D. MARCVS, rescriptit: non poenam meruisse eos, qui corpus in itinere defuncti, per vias aut oppida transueverint. Igitur res expedita videretur, nisi idem D. MARCVS iniceret scrupulum, qui, d. l. 3. §. 4. D. *f. de sepulch. violat.* ait: talia fieri *sine permissu* eorum, quibus permittendi ius est, non debere. Dici non potest, quantum exercuerint interpretum industriam verba satis clara Diui Marci. Ut habeant, de quo dubitent, incertum esse dicunt, quae sint illa funera, quae sine permissu transuehi non possint: sed

R 2

illud

^{p)} VIRGIL. Aeneld. XI, v. 59 seq.
377. in edit. Lugdun. t. I. p. 637.
l. I. annal. c. 63.

^{q)} APPIANVS de bello ciuil. l. II. p. m.
^{r)} TACIT. annal. XIII. c. 47. ^{s)} Id.

De sensu
legis 3. §. 4.
D. de sep.
viol. dispn-
tatur.



illud incertius, cui ius competat, illud permittendi: hodie imprimis. Mirifice res perturbata est dissensionibus scriptorum. V. C. GERARDVS NOODT ¹⁾ inter corpora sepulturæ perpetuæ tradita, & illa, quæ temporis causa alicui loco commendata, atque in illo deposita fuerint, distinguit. Illa non sine permissu patitur transferri, hæc vero libere, & prout cuique videatur. Alii, etiam hodie, nunquam recte sine venia, mortuorum corpora exportari posse censent. Plurimi permissum, & veniam magistratus illius, in cuius territorio mortuus occubuit, desiderant: sed non pauci, atque inter illos etiam STRYCKIUS, ²⁾ KLOCKIUS, ³⁾ & quodammodo BESOLDVS, ⁴⁾ imo & BOEHMERVS, ⁵⁾ etiam illis magistratibus, per quorum territoria mortui transuehantur, hoc denunciandum, veniamque illorum impetrandam. Optime illustris BERGERVS, ⁶⁾ solere ait, translationem mortuorum per locum iurisdictionis, *argumento l. 3. §. 4. D. de sepulch. viol.* magistratui denunciari. Quod ut plenius intelligatur, inuabit rem per partes, cum cura, explicare.

§. VIII.

*Corpora
perpetuæ se-
pulturæ tra-
dita non
transferun-
tur sine per-
missu.*

Et primo quidem, corpora, sepulturæ perpetuæ tradita, *sine permissu* non translata, expeditum est: quandoquidem non solum Græci, teste SVIDA ^{a)} illum, qui aras aut sepulchrum attigerit, ἀνιψτὰ νεκρῶν, non mouenda commouere, consueverunt; sed, illorum etiam exemplo, decemui, tab. X. vti bustum, ^{b)} ita forum etiam, id est, tradente FESTO, ^{c)} vestibulum sepulchri, æterna auctoritate munierunt: quapropter locus, ubi quis sepultus, &, interprete TULLIO, ^{d)} ubi non solum crematus, sed etiam iniecta gleba tumulatus est, ut ibi perpetuo quiescat, ne refici quidem potuit, nisi pontifices explorauerint, quatenus salua religione desiderio reficiendi operis medendum, l. 5. §. 1. D. de mort. inf. Generatim enim diui fratres, teste MARCIANO, l. 39. D. de relig. monuerunt, ne iustæ sepulturæ traditum, id est, terra conditum corpus, a viuentibus inquietetur: cum, si VLPIANVM l. 8. pr. D. de relig. audiamus, ossa, etiam ab alio, cui ius non erat, in sepulchrum illata, domino loci effodere, vel eruere, sine decreto pontificum, seu iussu principis, omnino non licebat: quia &, secundum eundem MARCIANVM l. 7. D. de sep. viol. corpora sepulta attingere, & præcipiente CONSTANTIO, l. 4. C. eod. relictas contrectare, religioni aduersum est, & ne martyres quidem distrahere, aut mercari, pietatis causa, imperatores christiani permiserunt, l. 7. C. Theod. de

1) NOODT ad digesta l. XI. tit. 7. p. 263. & 265. 2) STRYCK. vl. mod. ad l. XI. tit. 7. §. 20. t. II. p. 337. 3) KLOCKIUS vol. I. conf. 10. n. 477. 4) BESOLDVS thes. pract. voce: Durchführung der Verstorbenen. 5) BOEHM. de usu act. sect. II. c. 4. p. 243. not. x. 6) de BERG. oecon. iur. l. II. tit. 7. §. 2. not. 9. p. 210. a) SVID. voc. ἀνιψτὰ νεκρῶν t. I. p. 130. b) RIT- TERSHVS. ad XII. tab. p. 36. c) FESTVS voce: forum. d) CIC. de leg. II. p. 449.

de sepulch. violat. Quare sepulchrum subinde apud veteres, *domus morientium* l. 4. C. de sepulch. violat. *domus aeterna*, ^{g)} *sedes aeterna*, a PAVLIO, l. 40. de religiof. *quies etiam aeterna* ^{h)} appellatur, ut tuta sit ab hominum contrectatione, & incurfu.

Igitur corpora sepulta non transferri debuerunt, nisi illorum *permiffu*, quibus ius est illud permittendi. Neque tamen id videtur, nisi cauffa cognita, fuisse impetratum: ut ante exploraretur, an falua religione, liceat transferre, l. ult. §. 1. D. de mort. infer. Illud certe TRAIANVS PLINIO ⁱ⁾ proconfuli praecepit, ut exemplo aliorum, qui prouinciis praefuerint, propter *iuffas cauffas*, transferre reliquias, petentibus *permittat*. Ipfam enim religio interdum videtur neceffitatibus cefiffie, ut iniuria vetuftatis, incurfui fluminis, metui ruinae. Nam ex his fere cauffis PAVLLVS *sentent. l. 1. tit. 21. §. 1.* & imperator ANTONIVS l. 1. C. de relig. translationem feputorum permiferunt: quod etiam ex PLINIO KIRCHMANNVS, atque GVTHERIVS, & ex vtroque GERARDVS NOODT, loco fupra excitato, obferuarunt. Sed adde: ipfam interdum etiam *religionem* poftulaffe, ut reliquiae ex loco religiofo in alium locum transferrentur. Certe fenatus Marci Oppii corpus in campo martio feputum, tanquam non recte in loco facro repositum, pontificium monitu, transferendum efie, cenfuit, ^{k)} ne deorum manium religio locum Marti gradiuo facrum pollueret, & confpurcetet. Generatim MARCIANVS l. 39. D. de rel. fi res exigit, ut arcula, in qua corpus perpetuae feputurae cauffa conditum, in *locum commodiorem* transferatur, illud non negandum efie, tradit. Principes, accepta fummorum pontificum dignatione, interdum & gratiam videntur religioni praetuliffe, ut vel inuidiam contractam eluerent, vel lenitatis documentum ederent, vel populo gratum fpectaculum offerrent. Ex hac certe cauffa Lolliae Paulinae, exulis, cineres, NERONIS indulgentia, Romam translato, TACITVS ^{l)} affirmat.

§. IX.

Sed, quanquam corpora iuffae feputurae tradita non transferuntur, fine *permiffu*, fecus tamen RADVLPHVS, FORNERVS ^{m)} & V. C. GERARDVS NOODT ⁿ⁾ de *commendatis* cenfuerunt. *Commendatum* enim corpus, ^{o)} *seu quod PAVLLVS ait l. 1. sentent. tit. 21. §. 4* loco alicui ad tempus *commendatum*, quod SVETONIVS ^{p)} etiam *repositum*, & PAVLLVS l. 40. D. de religiof. *depoftitum* temporis gratia, appellant, (tefte enim PAPINIANO, PAVLIO, atque VLPIANO, l. 24. l. 26. pr. D. depoftit. & l. 186. de

R 3

V. S.

g) GRVT. in fcript. fol. 804. n. 4. h) GRVT. f. 525. n. 6. & 7. i) PLIN. l. X. ep. 70. k) DIO CASS. l. 47. p. 445. ed. Steph. l) TAC. annal. l. 14. c. 22. m) FORN. rer. quotid. l. III. c. 6. n) NOODT ad digest. l. XI. tit. 7. p. 265. 269. o) SVETON. in vita Aug. c. 109.

V. S. omnia deposita etiam commendata dicuntur) commendatum, inquam, corpus est, quod alicubi temporis causa, non ut aeterna sede sepeliatur, sed hoc animo, ut mox alium in locum transferatur, deponitur ab illis, qui officio funerandi defunguntur. Ita enim MARCIANVS, atque PAVLLVS *l. 39. § 40. D. de rel.* rem definierunt: ideoque *l. 2. § 3. D. eod. tit.* commendatio illationi, quae sit sepulturae causa, opponitur. Solebant enim commendare corpora, nondum aedificato, aut longius remoto, in quod inferre mortuum cogitauerant, sepulchro. Exemplum est libelli apud GRVTERVM, quo quis conqueritur, se pressum necessitate, fictili sarcophago corpora commendauisse, donec locus, quem emerat, aedificaretur; ut interea in tuto essent. FURNERIO, & GERARDO NOODT nihil videtur apertius, quam commendata libere, non imposita impetrandae veniae necessitate, quo libuerit, transferri potuisse; cum hoc animo deposita sint, ut quam proxime alium in locum transferantur. Id ne temere dixisse videatur GERARDVS NOODT, auctoritate D. SEVERI vitur, cuius edicto continetur, corpora non perpetuae sepulturae tradita, id est, commendata duntaxat, & deposita, posse transferri: adeoque nihil opus esse magistratuum permissu. Quam rem minus credit habere dubitationis, cum & PAVLLVS, *l. 40. D. de relig.* locum, in quo temporis gratia tantum *deposita* sint reliquiae, ut alio transferantur, nihil religionis habere, sed manere profanum, doceat: ut adeo intelligi possit, non desiderari pontificum decreta, quorum auctoritate vnice in religionibus custodiendis, atque dissolvendis, opus fuisse videatur. Denique rem expeditam esse, ait, rescripto DIOCLETIANI, & collegae, *l. 10. C. de relig.* qui, si nec dum perpetuae, inquirunt, sepulturae corpus traditum est, translationem eius facere, non prohiberis.

Quae, quamuis speciosa sint, tamen non persuadent, potuisse commendata omnino sine venia transferri. Fortius enim moueor auctoritate VLPiani, qui, postquam *l. 3. § 4. D. de sepulch. viol.* edictum D. SEVERI, quo continetur, quod corpora non perpetuae sepulturae tradita transferre liceat, recensuit, statim limitat, quae a Senero constituta sunt, & D. MARCVS contra rescripsisse, ait, quod haec fieri *sine permissu* eorum, quibus permittendi ius est, non debeant. Audiamus verba VLPiani: „Non perpetuae sepulturae tradita corpora posse transferri, edicto D. SEVERI continetur, quo mandatur, ne corpora detinerentur, aut prohiberentur per territoria oppidorum transferri. D. autem MARCVS rescripsit: nullam poenam meruisse eos, qui corpus in itinere defuncti per vicos aut oppida transuexerant: quamuis talia fieri sine permissu eorum, quibus permittendi ius est, non debeant.” Quis non videt, hac lege restringi licentiam translationis, & moneri illos, qui corpora nondum sepulta transferant, ut ne talia sine permissu moliantur: *posse* illa corpora transferri, sed *sine permissu* illud fieri omnino non debere. Quod

cla-



clarius intelligitur, quum D. MARCVS in hac lege de translatione corporis, non sepulti, sed in itinere defuncti, quod adeo nondum humatum erat, rescripserit, illud non posse sine permisso per oppida transferri. Poterant hac sola responsione dilui illa, quae a FORNERIO, & NOODTIO, in contrariam partem disputantur. Sed suppetunt omnino plura argumenta, ex quibus apparet, necessariam fuisse impetrationem veniae, in omni translatione mortuorum, etiam commendatorum. Enimvero XII. tabb. leges generatim prohibuerunt, ne ossa homini mortuo legantur, quo post alibi funus fiat: quod supra fuit comprobatum: & teste PAVLLO l. 1. sent. 21. §. 4. prout SCHVLTINGIVS^{p)} eius verba recitat, omnis denudatio mortuorum, etiam commendatorum, prohibita fuit, nisi magistratum permisso: porro l. 5. §. 1. D. de mort. inf. & l. 7. D. de sep. viol. generaliter interdictum, ne ossa defunctorem contingantur. Imo vero, si quis illa tantum de corporibus iustae sepulturae traditis interpretetur; tamen ipsa huius negotii natura non videtur passa esse, ut deposita corpora, auctoritate priuata transferrentur. Enimvero corpus commendatum dicitur, quod hoc animo depositum, ut alium in locum transferatur; sed sepultum, quod sedi aeternae datum, hoc consilio, ut nunquam transferatur, l. 39. & 40. D. de relig. Ex quo apparet totum hoc discrimen, quod inter commendata & sepulta corpora intercedit, maxime ex animo deponentis, aut sepelientis, iudicari. Igitur, si cuilibet sine permisso corpora commendata transferre licuisset, semper fuisset incertum, commendata, an sepulta, corpora transferret; vel data fuisset occasio leges eludendi, quae vetabant sepulta corpora transferre. Quapropter etiam in translatione depositorum videtur necessarium fuisse, ut ante cognoscatur, an vere, temporis tantum causa, deposita fuerint corpora, quae transferrentur. Accedit, quod & aliae subinde causae translationem corporum, etiam nondum sepultorum, impedire potuerint, de quibus cognoscendum fuit, antequam translatio permetteretur. Ad illas causas pertinet illa, quam TACITVS^{q)} commemorat, quod quaedam funera tam acerba sint, ut publice intersit, illa a cinium conspectu remoueri, atque in urbem non inferri. Hinc & SCto decretum, ut corpora militum, illo loco, quo cecidissent, humarentur; ne relata in urbem animos civium cogitatione mortis, & rerum aduersarum frangerent, & debilitarent. Haec, & alia plura, deliberatione digna erant, priusquam translatio corporum permetteretur: ut non dubitem, veniam impetrandam a magistratibus fuisse. Hoc agnouit FAVONIVS IVGVNDVS, qui in tabulis testamenti apud GRVTERVM^{r)} desideravit quidem, ut intra quinquennium ossa suae Lusitania exportarentur; sed liberauit filios suos illo officio, si legitimae causae, quae translationem prohiberent, orirentur: unde intelligitur, subnatas aliquando esse causas, ob quas ne commen-

p) SCHVLT. iurispud. ante-iustinian. p. 262.

q) TACIT. annal. l. XIII. c. 17. f.

r) GRVT. inscript. f. 871. n. 2.



data quidem corpora, quamvis nondum sepulta, potuerint transferri. Imo vero GRUTERVS *) seruanit exemplum libelli supplicis, quo libertus quidam, exposita tota causa, & multis rationibus adiectis, petiit, ut sibi corpora, scilicet sarcophago commendata, liceret transferre in sepulchrum. Quod exemplum auget suspicionem, non temere corpora, temporis gratia deposita, in locum alium exportari potuisse. Igitur, quod D. SEVERVS l. 3. §. 4. *sep. viol.* edixit, corpora non perpetuæ sepulturæ tradita transferri posse, & quod DIO-CLETIANVS l. 10. *C. de relig.* translationem non prohiberi referiplit, non ita accipiendum est, quasi temere hoc permittatur; sed, quod *caussa cognita*, nisi aliquid obstat, denegari non soleat, si denunciatur, & legitime petatur, translatio demortuorum. Quamvis denique, quod NOODT obiecit, locus, in quo corpus depositum est, nihil religionis habeat, sed maneat profanus, adeoque nec pontificum decreto opus esse videatur ad translationem; tamen fuerunt aliæ omnino causæ plures, propter quas periculi plena esse potuisset illa exportatio, de quibus cognoscere debuerunt illi, quibus ius est translationem permittendi. Enim vero, nec ille locus, in quem quis, invito domino, mortuum intulit, sit religiosus: neque tamen ossa inde licet eruere, nisi expectato aut principum iussu, aut pontificum decreto l. 8. *D. de relig.* Ex quibus rebus videtur colligi posse, quantum ad necessitatem impetrandæ veniæ pertinet, nihil inter illos, qui sepulta, & qui commendata, atque deposita cadavera transportant, discriminis interesse, sed neutra *sine permisso* transferri potuisse. In illo autem inter utrosque aliquid interest, quod cadavera perpetuæ sepulturæ tradita mouere, ne petentibus quidem, nisi grauis causa illud postulet, soleat permitti, adeoque in dubio *non concedenda* sit translatio iusta sepultura conditorum; cum, contra, commendata corpora exportare *nemini* facile *negetur*, sed magistratus proniores sint ad permittendum, nisi grauis causa suadeat, ut denegetur. Atque hoc fere iure etiam hodie nos uti, erit deinde locus exponendi.

§. X.

*Cui ius sit
permittendi
ut cadavera
transferan-
tur.*

Igitur corpora demortuorum siue commendata sint, siue perpetuæ sepulturæ tradita, non transferuntur, sine permisso illorum, quibus ius est, illud permittendi. Sed operæ pretium est, obseruare, qui fuerint illi magistratus, a quibus impetrari debuerit, ut reliquæ defunctorum salua religione transferantur. Et olim quidem officium interpretandi religiones, & sepulchra defendendi, denique compellendi heredes, ut supremis voluntatibus defunctorum, circa sepulchra imprimis, obsequantur, ad *pontifices* spectauit. Explicite enim VLP-
IANVS l. 8. *pr. D. de relig.* domino loci, ait, ossa ab alio illata eruere, sine decreto *pontificum*, omnino non licere; sed expectandum pontificale permillum. Atque idem eodem loco *pontifices*, tradit, explorare, quatenus salua religione

*) GRUT. inscript. f. 607. n. 1.



corpora possint transferri, l. 5. §. 1. D. de mort. infer. Nec obscurius PAVLINIANVS l. 50. D. de hered. petit. heredes quidem nulla actione teneri ad monumentum faciendum, docet, sed solere illos auctoritate pontificali compelli ad obsequium supremæ voluntatis. M. VLP II, liberti, reliquias traiectas permissu collegii pontificum, testatur lapis litteratus apud GRVTERVM. ^{c)} Quem morem ne quis obscurum, aut intermissum, credat, PLINIVS etiam tempore TRAIANI ^{u)} cum ab ipso peteretur, vt reliquias transferre permetteret, ad principem retulit, in vrbe ex eiusmodi caussis adiri collegium pontificum solere. Video equidem & senatum aliquando interposuisse auctoritatem, vt liceret corpora transferre: quando quidem ANTONII reliquie tumulo Octavio illatæ sunt decreto senatus ^{x)} & idem senatus plebis studium erga M. OPPIDVM, quem in campo MARTIO humauerat, indigne tulit, & ossa eius inde iussit dimoueri. ^{y)} Immo & permissu tribunorum plebis corpora translata, monumentum EVSCHENII apud GRVTERVM ^{z)} comprobatur. Sed hoc ferre tunc accidisse existimo, cum non religionis tantum, sed & reipublicæ, vt in funere OPPIDII, aut dignitatis, gentisue AVGVSTAE, interesset, aut pœnæ exulum, qui inferri non poterant in urbem, vt in funere ANTONII, mitigandæ essent. Neque tamen hac potestate vsi videntur magistratus, nisi audito antea pontificum decreto. Certe, senatus, teste DIONE CASSIO ^{a)} M. OPPIDII ossa ex campo MARTIO, non nisi pontificum monitu, remouenda censuit. Soli proconsules sibi id sumpserunt in prouinciis, vt, ex causa, prout res postularet, cuique aut permetterent, aut interdicerent, corporum translationem. ^{b)} Quod & TRAIANO postea placuit; cum durum videretur, propter itinerum longinquitatem, iniungere prouincialibus necessitatem pontificum adeundorum, si reliquias, propter iustas causas, ex loco in alium locum transferre velint: ideoque & PLINIVM iussit imperator, ^{c)} vt sequeretur illorum, qui isti prouinciæ præfuerint, exempla. Imo verò etiam ANTONINVS l. 1. C. de relig. existimatione rectoris prouinciæ transferri posse reliquias rescripsit. Postquam potestas ad vnum peruenit, a temporibus HADRIANI maxime, soliti sunt ipsi principes permittere corporum translationem; quum hoc ipsis & reipublicæ causa, cuius dignitas & quies in illa cognitione subinde versabatur, & religionis causa, cuius cura ad imperatores, quippe pontifices maximos, spectabat, inprimis conuenire videretur. PLINIVS certe, ^{d)} quia ad pontificum collegium interpretatio religionis pertineret, ideo se putauisse, ait, principem, pontificem maximum, inprimis consulendum. Plena sunt hu-

ius

^{r)} GRVT. inscript. f. 578. n. 1.^{u)} PLIN. l. X. ep. 69.^{x)} TAC. annal. IV.

c. 44.

^{y)} DIO CASS. l. 48. p. 445. edit. Steph.^{z)} GRVT. inscript.

f. 662. n. 8.

^{a)} DIO CASSIVS loco cit.^{b)} PLIN. l. X. ep. 69.^{c)} PLIN. ep. 70. l. X.^{d)} Id. ep. 69. l. X.

ius exempli antiqua monimenta. Liberti Herenniae reliquiae Romam relatae, indulgentia AVGVSTI. Et supra est a nobis adductus libellus supplex liberti, quo a *principe* petiit, vt permitteret commendatorum corporum translationem: *e) Rogo, Domine, permittas mihi, in marmoreo sarcophago, quem mihi comparavi, ea corpora, quae, pressus necessitate, fictili sarcophago commendavi, colligere, ut, quando ego esse desinam, pariter cum eis ponar.* Cui libello subscriptum est: *feretrum*, id est, VARRONE interprete *f)* lectum, in quo mortui transferebantur, fieri placet. Habes igitur formulam, qua solebant principes permittere translationem. Non opus est pluribus exemplis. Abscisse enim negant imperatores *l. 14. C. de relig. humanum*, seu, quod alii volunt, humatum corpus ad alium locum, sine AVGVSTI aflatibus, transferri. Quod & VLPIANVS & PAPINIANVS *l. 8. D. de relig. & l. 50. de hered. pet.* agnouerunt, qui vel decretum atque auctoritatem pontificum, vel iussionem *principum*, in illis negotiis expectandam censent. Certe exules, atque in insulam deportatos, aut relegatos, non licet post mortem alio transferre, atque inconsulto *principe l. 2. D. de cadu. punit.* Quapropter & NERONIS auctoritate opus fuit, cum LOLLIAE PAVLLINAE, exulis, cineres reportarentur. *g)*

§. XI.

Iure canonico translatio permisa interdum & necessaria.

Pontifices benignius moribundorum voluntates interpretati sunt, illisque obtemperandum censuerunt. Si quis ruri mortuus, aut domi, quo loco sepeliri malit, non constituerit, & sine periculo possit exportari, ex probabili, & praesumpta eius voluntate, *in parochiali ecclesia*, in qua sacris usus est, vel in maiorum suorum sepulchro, exemplo patriarcharum, conditur. *Instit. LANCELL. Instit. II. 24. §. 2. & 8. c. 1. X. de sepul.* Praeterea, cuicunque, etiam filiis familiarum, si peculio castrensi gaudeant, etiam vxoribus, eligendi ecclesiam, in qua sepeliri possint, libera facultas, *c. 1. & 7. X. de sepult. c. 1. de sepul. 6. LANCELL. instit. II. 24. n. 3. 4. 5.* vt quilibet etiam discedere a priori consilio, quo sepulchrum elegerat, atque illud capere, & testamento locum sepulchro destinare possit: *ibid. §. 24.* Si canonum interpretibus, quos ZIEGLERVS *h)* adducit, fides est, etiam licebat iubere, vt alteri ecclesiae commendatum corpus, post annum, in aliam subinde transferatur. Certe BONIFACIUS VIII. extrau. commun. *detestandae*, de sepult. concessit, vt corpora ex voluntate defuncti, in ciuitate aliqua, tradantur ecclesiasticae sepulturae ad tempus, & demum, incineratis corporibus, aut quandocunque visum sit, ad loca, vbi sepulturam elegerint, deportentur. Id tantum interdictum, ne ex-

ten-

e) GRVT. fol. 607. n. 1.
annal. XIV. c. 12.
T. I.

f) VARRO de lat. ling. l. IV. p. 40.

g) TAC.

h) ZIEGL. ad Lancell. II. 24. §. 2. n. 745. p. 1092.



tenderentur corpora, & membratim excoquantur, & ossa, carnibus excussis, alio sepelienda transferantur. Cetera cuiuslibet arbitrio permittitur: religiosis duntaxat, & impuberibus, propter obedientiae necessitatem, atque infirmitatem iudicii, exceptis. LANCELL. loc. cit. §. 5. & 6. Ne tamen obscurum sit, illud non tam morientium gratia, quam, ut controuersiae, & contentiones clericorum, de commodis, & redditibus, quae ex sepultura mortuorum ad illos perueniunt, distrahantur, atque sopiantur, constitutum esse; placuit, canonicam portionem, id est, vel dimidiam, vel tertiam, vel quartam, pro consuetudine locorum, quasi legitimam quandam partem, matri debitam, ecclesiae parochiali, in qua defunctus sacris usus sit, ex illis bonis, quae quis pro salute animae suae clericis reliquerit, exsolui, c. 1. & c. 9. X. de sepult. Præterea, ut pastorum religio sanctius colatur, hoc etiam parochialibus ecclesiis tributum, ut, si rector ecclesiae cum monasterio, cui libra sepultura concessa est, pactus sit, ne parochiani ipsius a monasterio ad sepulturam recipiantur, illi, qui in monasterio sepeliri velint, desiderii compotes ne fiant; sed in parochiali ecclesia sepeliantur. LANCELOTTI inst. III. 3. 5.

Illud inhumanius, quod canones interdum corporum e sepulchris non translationem modo, sed necessariam eiectionem, præceperunt. Enimvero, si in loco, ubi templum ædificatur, vel in cœmeteriis, deprehendantur infidelium cadauera, quae discerni possint, euellenda sunt, & longissime abiicienda. Ita enim sacris canonibus esse constitutum INNOCENTIUS rescripsit, c. 12. X. de sep. Inst. LANCELL. II. 24. §. 10. Eandem indignitatem etiam illa cadauera patiuntur, quae, cum alio loco sepelienda essent, a parochianis rapta sunt, & contra canones, aut neglecta prouocatione ad pontificem, condita sepulchris. Ossa enim, & corpora, extrahenda sunt sedibus æternis, & sepulchris, atque ecclesiae, cui destinata erant, cum omnibus emolumentis, & beneficiis, restituenda; ne quid cuiquam pereat, in tam sollicita cadauerum nundinatione. c. 5. & 6. X. de sepult.

§. XII.

Ex his, quae dicta sunt, apparet, si pontificum canones audias, non solum mortuorum, & commendatorum, liberam esse, sed & sepulturae perpetuae traditorum, aliquando necessariam translationem. Ne tamen existimes, temere, aut inconsultis illis, ad quorum curam res ea pertinet, corpora transferri posse. Quamuis enim hæc res explicite nullibi constituta sit, tamen, cum illo iure funera non sine ritibus, sacrisque ceremoniis, transferri possint, & præterea, in illa translatione, de peculio clericorum, & honorario, propter iusta luncbria soluendo, agatur, adeoque ecclesiarum inter sit, ne quod mortuum corpus, quod ad ipsas pertineat, sine causa illis subtrahatur, illarumque iura defendi debeant, non dubito, episcopis, aut qui illorum vices gerunt, & interdum patro-

An iure canonico interdictum sit ecclesiastico protestantium funera sine permisso transferantur.



tronis, quibus & ipsis tutela ecclesiarum quodammodo delata est, translationem mortuorum tam commendatorum, quam sepultorum, denunciandam esse: ut, quid cuique ecclesiae debeatur, causa cognita, decerni possit.

Sed illud certe expeditum est, etiam ciues, qui veritatem Augustanae confessione declaratam profitentur, & hunc coetum sequuntur, quamvis in terris, ubi pontificis auctoritas praefertur, decedant, transferri posse ad suos, & si velint, in patria, aut inter socios sacrorum, sepeliri: idque ab episcopis, aut magistratibus, omnino permittendum, neque ab heredibus *pro corporis exhibitione* quidquam, praeter sumptus funeris, ecclesiae parochiali debitos, & definitos, exigendum esse. Quod illustris BERGERVS recte observauit, ¹⁾ & sanctissima lege in imperio, cum maxima consensione, constitutum. Audiamus enim ipsa *pacis* WESTPHALICAE verba art. V. §. 35. *Siue autem catholici, siue Augustanae confessionis fuerint subditi, nullibi ob religionem despiciatui habeantur, multo minus a publicis coemeteriis, honore sepulturae arceantur, aut quidquam pro exhibitione funeris a superstitionibus exigatur, praeter cuiusque parochialis ecclesiae iura, pro demortuis pendenda solita.* Sed, & in his, & similibus, pari cum conciuibus iure habeantur, aequali iustitia, & protectione tuti. Vides igitur, & corpus exhibendum esse, & pro eo officio, nihil, praeter iura ecclesiae parochialis, exsolui: & aequali protestantes iure uti cum pontificiis; ut intelligi possit, cum illi, ex canonum praeceptis, libere locum sepulturae eligant, idem illud etiam nostrae ecclesiae alumni tribuendum esse. Imo vero, cum & praecedente §. 34. art. V. instr. pac. Westph. Catholicorum subditi Augustanae confessioni addicti, in vicinia, ubi & quoties voluerint, publico religionis exercitio interesse, vel liberos suos exteris suae religionis scholis, aut priuatis domi praceptoribus, instruendos committere, non prohibeantur, &c. dubitari non potest, etiam electionem sepulchri inter vicinos, & petitionem moribundorum, ut ritu & ceremoniis solennibus, qui inter ciues, suis sacris addictos, receptae sunt, sepeliantur, ratam esse debere: quandoquidem & sepulturae solennis procuratio ad diuini cultus partem, & ecclesiae sacra solennia, omnino pertinet, adeoque nullius ciuis circa hanc libertas a magistratibus, vi sanctissimae illius conventionis, restringi potest, atque infirmari. Neque enim apparet ratio, cur mortui ex territorio, sacrorum causa, efferri non debeant, cum etiam viuis, quod plus est, §. 24. R. I. AVGVST. d. A. 1555. potestas emigrandi, atque e prouincia, sacrorum causa, discedendi, sedemque mutandi, data sit facultas. Certe illorum, qui e terris Augustanae confessioni addictis, negotiorum causa, profecti, in prouincia, catholicorum sacris imbuta, in itinere decesserunt, heredibus translationem corporum ad suos, vi huius conuentionis generalis, quae modo adscripta est, permittendam esse,

ni-

²⁾ BERG. oecon. iur. I. II. tit. 1. §. III. not. 8. p. 210.



nihil habet dubitationis; quandoquidem ipsa vox naturae, quam canones etiam *pr. dist. 1. lege & euangelio* contineri agnoscunt, illud postulat, ut, quae ipsi, si apud nos decederent, sibi permitti vellent, etiam nobis in suo territorio morientibus, ne negent: quod si accideret, esse locum retorſioni, tanto certius est, quanto magis diserte eiusdem instrumenti *pacis Westphalicae art. 17, §. 5. & 6.* constitutum, ut si quod huius pactionis caput a quocunque violetur, omnes imperii principes, si mitiora media non sufficiant, armis etiam, post triennium, ius suorum civium tueri, & ob iniuriam illis illatam vindicias expetere, possint. ^{k)} Quod incommodum ut anteveriatur, *BESOLDVS* ^{l)} ait, moribus introductum, ut illorum, qui in principis domicilii petentibus, corpus non facile exhibeatur, nisi datis *litteris reuersalibus*, quibus pontificios eodem iure apud illum magistratum, si ibi decedant, vsuros, promittatur: Weil sodann gewöhnlich, daß solche Personen, ad instantiam der Befreunden, vel magistratus domicilii, anders nicht, denn auf einen Reuers, gefolget werden. Quam consuetudinem moribus vniuersae Germaniae receptam esse, non ausim affirmare; & si recepta non sit, res ipsa loquitur, necessarias non esse literas reuersales, cum lex illud etiam ab inuitis exigat, ut corpora ab utrisque liceat transferre; quamvis non prorsus inutile sit, ut magistratus, datis eiusmodi litteris reuersalibus, de officio suo admoneantur, & materia controuersiarum tempestiue succidatur.

Inter illos, qui sacra, Augustana confessione definita, profitentur, translatio demortuorum, imprimis, qui nondum traditi sunt iustae sepulturae, quamvis remotis superstitionibus, non facile negatur; cum & patriarcharum exempla, Abrahami, Isaaci, Iacobi, & Iosephi, suadeant, ut voluntati defunctorum, qui in tumultum maiorum inferri desiderant, & heredum precibus, obtemperetur. Quae res ut minus difficultatis habeat, atque inuidiae & dissensionum materia sacerdotibus, quorum dignitati illae non conueniunt, omnino subtrahatur; *iura*, id est, honoraria, quae propter funeris ducendi religiosam ceremoniam parochis, & parochiali ecclesiae, si illo loco conderetur, soluendi essent, illis etiam hoc casu exsolui, placuit. Interdum etiam cum sacris ritibus, & ceremonia solenni, sacerdotibus, & symphonicorum choro, comitantibus, inter concentus campanarum, funus transfertur. Quapropter, cum magistratui ecclesiastico illud muneris impositum, ut nomine principis sacras ceremonias & solennes ritus tueatur, ac defendat, detque operam, ne sacerdotum & ecclesiarum res & redditus aliquid detrimenti capiant; hoc illi denunciandum est, ut an quid obstat, ne funus transferatur, & quibus ceremoniis funus deduci debeat, causa cognita, decernat.

S 3

Sed

k) Vid. magnif. LEYS. medit. ad pandect. t. I. spec. 30. §. 5. p. 309.
 sold. thes. pract. v. Durchführung der Verstorbeneu, p. m. 199.

l) DE-



Sed a *magistratu politico*, ut illi, ad quos funerandi officium pertinet, transferendi corporis veniam impetrent, necesse non videtur: nisi aut metus turbarum, & tumultus, postulent, ut ille partes suas & auctoritatem interponat, aut in via projectum cadaver reperitur, aut de corpore hominis in crimine deprehensi, aut in gravem criminis atrocioris suspicionem apud iudicem adducti, maxime vero de funere illius, qui manus sibi ipsi, conscientia sceleris, carcere intulerit, deliberetur: his enim de rebus ut cognoscat, & inprimis, utrum poena de mortuis propter exemplum sumenda sit, atque an omnino humandus esse videatur mortuus, magistratus politici officio videtur convenire. De ceteris non est, quod ad ipsum referatur. Ita enim diuus *AUGUSTVS*, quondam pater patriae longe clementissimus, controuerfiam lege definiuit d. 13. Martii, 1719. Demnach wir, wegen Verordigung der Selbst-Mörder, an Unsere Rechts-Collegia generaliter verordnet, daß bey Fällen, da die Selbst-Entleibung aus Melancholie, und nicht von Mißthatern ins Gefängniß, oder unter des Criminal Richters Hand geschehen, gedachte Collegia sich des Sprechens enthalten, und die Sachen an die Consistoria verweisen sollen, immassen aus dem Einschlus in mehreren zu ersehen. Dahingegen diejenigen Selbst-Mörder, welche ex conscientia delictorum, und aus Furcht der ihnen bereits dictirten, oder doch noch zu gewarten habender Lebens-Strafe, zumal in atrocioribus, ihnen selbst das Leben nehmen, ihre Körper mit der Hinausschaffung auf dem Schinder-Karren, oder Schleife, und der Verworfung in die Erde unter den Galgen, oder auch öfters noch mit Galgen, Rad und Feuer gestraft werden, welche Strafe allerdings zur peinlichen Gerichtsbarkeit zu ziehen, und also niemand anders, als der weltlichen Obrigkeit zukommen kann, da dann die consistoria mit denen, welchen die sepultura ecclesiastica von Rechts wegen versaget wird, so wenig zu thun haben, als es verboten ist, daß die clerici sich in die weltlichen Handel, und sonderlich die casus sanguinis nicht mengen sollen, auch sonst viele unanständige und denen consistoriis selber beschwerliche Irregularitäten daraus entstehen würden, die Rechts-Collegia auch von undenklichen Zeiten alleine in dergleichen Dingen zu sprechen befugt sind 2c.

Ceterum ut cadauera perpetuae sepulturae tradita, nisi ob delictum, & poenae expetendae, aut cadaueris inspiciendi, cautia, eruantur, aut alium in locum transferantur, raro, ne a petentibus quidem, impetratur. Habet enim ipsa distractio ossium, illorumque conspectus, aliquid, nescio quid, quod auersatur.

§. XIII.

An magistratibus per quorum rev-

Igitur & nostro iure, corpora, inprimis perpetuae sepulturae nondum tradita, transferri possunt, *permisso* illorum, quibus ius est illud permittendi.



di. Illud enim & usu comprobari illustris BOEHMERVS ^{m)} & plerique ^{ritoria} omnes, arbitrantur. Sed idem Vir Illustris ⁿ⁾ etiam hodie, ait, non solum ^{transfertur} impetrandam hanc permissionem, sed & ^{corpus de-} magistratui merum imperium ha- ^{nuncianda} benti, in singulis locis illam exhibendam esse: „vt constet, cadauer trans- ^{fit transla-} portandum morte naturali, non violenta, in quam alias inquiri deberet, ex- ^{tio.} tinctum esse &c.„ Quod & KLOCKIO, & BESOLDO, & STRYCKIO videri, supra fuit indicatum. Illustris BERGERVS ^{solere}, ait, translationem corporum mortuorum, per locum iurisdictionis, ^{argumento}, l. 3. §. 4. D. de sepul. viol. magistratui denunciari. Quod quibusdam tam alte animo insidet, vt, si translatio non denunciatur, resisti, & corpus, donec sibi satisfiat, detineri posse, arbitrentur. Enimuero, quamuis illustri BERGERO illud omnino dare debeam, moribus quorundam locorum illud introductum, adeoque denunciari translationem magistratui ^{solere}; tamen illam aut necessario denunciandam esse, & permissionem, singulis in locis, magistratui merum imperium habenti, ex iuris necessitate, exhibendam, aut denique ^{argumento} l. 3. §. 4. D. de sepul. viol. illud comprobari posse, illud, inquam, mihi suspectum videtur, atque a veritate alienum. Neque enim, haec videtur Viri Illustris sententia fuisse. Nimirum, vt ab extremo ordiar, illa lex 3. d. sep. viol. aperte repellit oppidorum, per quorum territorium corpus mortui transfertur, magistratus, qui translationem sibi postulant denunciari. Audiamus VLPIANVM, qui, d. l. 3. ex edicto D. SEVERI monet, „ne corpora detinerentur, aut vexarentur, aut ^{prohiberentur} per territoria oppidorum transferri: cum D. MARCVS praeterea rescripserit: nullam poenam meruisse eos, qui corpus in itinere defuncti, per vicos, aut oppidum transuexerint; quamuis talia fieri sine permisso eorum, quibus permittendi ius est, non debeant.„ Si quid video, illud rescriptum D. MARCI continet responsionem ad querelam magistratuum, qui illos accusauerant, qui mortui corpus per ipsorum oppida transuexerant. Sed respondet imperator: male magistratus de illis conqueri, qui corpus in itinere defuncti per vicos, & oppidorum territoria, ^{o)} transueissent: huius rei arbitrium ad magistratus non spectare: satis esse; quod translatio ab illis permittita sit, quibus sit ius, illud permittendi, id est, a principe, pontificibus, proconsulibus, senatu: horum decreta a magistratibus oppidorum infirmari non posse; sed esse constitutum, ne corpora detineantur, aut vexentur, aut prohibeantur, per oppidorum territoria transferri. Igitur, tantum abest, vt ^{argumento} huius legis magistratibus, per quorum territoria corpus transue-

m) BOEHM. de action. sect. 2. c. 4. §. 69. not. y. p. 243.

n) Id. ibid.

o) Ne mireris, oppidis territorium tribui: non enim maiestatis titulus est, sed, interprete POMONIO, l. 239. §. 8. D. de V. S. notat vniuersitatem agrorum, intra fines cuiusque ciuitatis: nostri Weichbild appellant.

uehitur, denuncianda sit translatio; vt potius conquiescere iussi sint, & ab omni iniuria & vexatione abstinere. Enimuero publice interest, ne qua mora illis fiat, qui cadauera exportant. Itaque, iam olim, teste *VLPIANO l. 38. D. de relig.* officium praesidis prouinciae fuit, prouidere, ne corpora, aut ossa, mortuorum transferendorum detineantur, aut vexentur, neue prohibeantur, quo minus *via publica* transferrentur, aut sepelirentur. Ex quo apparet, quod, cum praefes prouinciae iter cum cadaueribus mortuorum facientes rueri, & iniuriam ab illis defendere iussus sit; non sit necesse, vt magistratibus hoc denunciatur, aut venia ab ipsis impetretur. Vana est illa, quam magistratus iter facientibus obicerent, & inutilis difficultas, quandoquidem, docente *VLPIANO, l. 1. pr. & §. 1. D. de mortuo infer.* ille vim facere sepelienti videtur, qui illum itinere arcet ad sepulchrum, in quod ipsi mortuum inferendi, altero inuito, ius est. Itaque magistratus, qui inferenti resistit, interdicto *de mortuo inferendo* tenetur. Imo vero vim publicam commisit, & ex *lege Iulia* accusari potest, qui aliquid fecit, quo minus alius funeretur, aut sepeliatur. *l. 8. D. de sep. viol.* Quid igitur opus est, vt magistratibus id, quod prohibere nequeunt, denunciatur: quandoquidem in publicis locis, quae *l. 2. §. 3. D. ne quid in loc. publ.* etiam *via publica* refertur, tantum iuris cuiuslibet competit ad obtinendum, quantum alteri ad prohibendum *l. 2. §. 2. D. eod.* quapropter, si cui eximatur comitatus *viae publicae* interdicto locus est. *l. 2. §. 25. D. eod. & l. 1. D. de loc. & itin. publ.* Denique, si quid etiam iuris magistratibus in *via publica* competeret, tamen temperare sibi deberent, ne cadauera detinerentur. Nam si *PAPINIANO* credimus, *l. 43. de rel.* propter publicam utilitatem, ne cadauera insepulta iaceant, strictam rationem, id est, regulam iuris, (quo sensu ratio *l. 16. D. de leg. & alibi* passim accipitur,) strictam, inquam, rationem deserimus, & humanitati locum damus. Imo vero ob hanc causam etiam vectigalia ab illis, qui funus transuehant, exigi non posse *CIVACIVS p)* comprobatur: vt nihil illis, qui cadauera transferunt, impedimento sit, nulla a quoquam mora in itinere obiciatur. *l. vlt. C. de rel.* Igitur & ipsi principes propter translationis commoditatem non nihil de stricta ratione remiserant. Et audeant tamen magistratus oppidorum, denunciationis cuiusdam ritus solennes, & infructuosos verborum honores, ab illis, qui cadauer transferunt, desiderare, & rem, plenam acerbissimi luctus, sua morositate intolerabilem facere, aut iter facientium diligentiae difficultatem maximam afferre. Mihi certe videntur illi, maxime, si notum sit omnibus, quod funus auctoritate, & permissu, magistratus ecclesiastici, aut iusta ex

caussa,

p) *CIVAC. l. XI. obs. 22.* Videntur quidem *l. 37. D. relig.* vectigalia ad sumptus funeris referri; sed eo loco aut *vestiaria* legenda sunt, aut lex illa per *l. vlt. C. de rel.* sublata est.



caussa, ducatur, non solum iniuriarum actione teneri: a l. 8. D. de relig. sed & interdicto, de mortuo inferendo, ex l. 1. §. 1. D. de mort. inf. itemque extraordinariis actionibus, ex l. 38. D. de relig. & ex edicto D. MARCI, a l. 3. §. 4. de sep. viol. contra ipsos locus esse: ne corpora temere vexentur, & deinceantur. Quod vero multi ex Ictis permissionis schedulam in singulis locis magistratui, merum imperium habenti, exhibendam esse, aiunt, ut constet, cadauer transportandum morte violenta, in quam inquirendum alias erat, non esse extinctum, hoc mihi durum videtur, & cum acerbitate aliqua coniunctum. Enimvero expediti iuris est, *delicta*, nisi probabili iudicio prodantur, *non praesumi*. An igitur magistratus, cadauere conspecto, statim illud violenta morte esse extinctum, poterit omnino recte suspicari? Misera profecta esset conditio illorum, qui funus ducunt, si, quod illi desiderant, probandum esset, corpus illud non morte violenta periisse. Quis unquam postulavit, ut quis crimine se purget, si nullis indiciis in suspicionem adducatur? Sæpius profecto naturali morte, quam violenta homines occumbunt. Ergo, quæ plerumque sunt facilius, quam quæ raro accidunt, credi debent. Imo vero, si ex solo conspectu cadaueris suspicio cædis oriretur; ad officium magistratus pertineret, ut, quotiescunque aliquis in sua ciuitate moritur, inquireret, an morte violenta occubuerit defunctus: igitur funestæ familiæ, quæ in tanto luctu blande potius afficienda esset, statim lictor, statim fasces & secures imminerent, qui, qua morte defunctus occubuerit, inquirent. Quibus omnibus adducor, ut credam, non esse necessarium, ut oppidorum magistratibus, per quorum fines cadauera transferri debeat, id denuncietur. Contra, si suspicio cædis iusta oriatur, nemo magistratum prohibet, ne ex officio in illam rem inquireat. Extremo, quod illustri BERGERVS affirmat, si cadauer per locum iurisdictionis transferatur, *solere* illud magistratui denunciari; ad consilii potius rationem pertinet, quam ad legem, & officii necessitatem. Neque enim negauerim, consultum esse, ut denunciatur; ne qua pompæ funebri mora a magistratibus obiciatur, utque iter facientium securitas a magistratu defendatur, atque omnibus difficultatibus omnino tempestine occurratur. Sed illustri & beato viro non in mentem venit, quod hoc moribus vniuersæ Germaniæ receptum sit, ut translatio cadaueris omnibus magistratibus denunciatur. Certe, sicubi illa consuetudo obtineat, contrariæ consuetudini, & remedii possessoris, locum dari posse credo, quibus illi, qui funus ducant, defendantur. Ita certe ordini Ictorum in hac academia visum est, cum aliquando acta ab exteris transmissa essent, in quibus eiusmodi species tractabatur: nobilis quidam mortuus erat, quem heredes, via quadam, qua sæpius ex illa domo corpora mortuorum deducta erant, in hereditarium sepulchrum transuehebant. Sed magistratus pagi vicini, cuius fines illa vita attingebat, sibi denunciandam fuisse translationem existimauerat: ideoque collecta rusticorum manu, fustibus & hastis armata, viam obsederat. Cum

Fasc. III.

T

pom-



pompa funebris illum locum attigisset, ventum erat ad manus, visque vi repulsa: heredes mortui illum, qui viam obsederat, in ius vocauerant, & remedio retinendæ possessionis, vel quasi, vi cuius funus sibi via ista sine denunciatione transferre liceat, vti erant: reus ad ius commune, & consuetudinem Germaniæ vniuersæ, pronocauerat. Sed ab ordine Ictorum, Mense Iunio. 1732. responsum: Daß Klägere bey der erlangten possess vel quasi des Rechts, ihre Leichen von B. nach B. ohne solches in Beklagters Gerichten anzumelden, auf der von E. nach B. abgehenden ordentlichen Strafe führen zu lassen, so lange bis Beklagter im petitorio ein anders ausgeführet, billig zu schützen etc. B. R. W. adiectis, inter alias, his rationibus: Alldieweilen Klägers possess vel quasi aus denen angezogenen endlichen attestatis zur Gnüge erhellet, auch, vermöge der natürlichen Freyheit, einem jeden, sich der ordentlichen Strafe zu gebrauchen, frey stehet, also Klägere eine starke præsumtion ver sich haben, demnach, Beklagter, wenn er die Vorbeyführung der Leichen ohne vorhergehende requisition fernerhin nicht gestatten will, dießfals im petitorio ein ius prohibendi ausführen muß, etc. So ist als im Urtheil enthalten, von uns billig erkannt.

Sed, si per alterius *principis* territorium funus transferendum, utique venia impetranda est, secundum strictam iuris rationem: cum vicini principis permissio, extra territorium, fructu careat, atque alterius concessio de alterius iuribus & potestate nihil detrahere, neque iura vicini infirmare, possit. Quamvis humanitatis certe, & gentium, officia, ne durius cum mortuorum corporibus agatur, & ne, quod sibi a vicinis præstari optant, ipsi illis denegent, impetare videantur.



XVIII.

DISSERTATIO

DE IVRE VRBES MVNIENDI

ET

MVNITIONES REFICIENDI.

EX LEGIBVS ROMANIS ET IMPERII GERMANICI PVBLICIS.

VITEMBERGAE, AD D. AVG. ANNO Q. S. P. F. MDCCXXXIV.

§. I.

Quandoquidem, teste TVLLIO, ^{a)} si circumspiciamus omnia, quæ hominibus grata & iucunda sunt, nihil tam populare, quam *pacem*, quam concordiam, quam otium, reperiemus; eiusque felicitatis fructus, nobis quidem, qui in studio litterarum occupamur, tanto dulcior esse debet, quanto certius, non in rebus impeditis atque perturbatis nascitur doctrina liberalis, sed *pacis* comes est, otiique socia, & florentis reipublicæ alumna; ^{b)} immortales potentissimo regi, *Augusto* III. patri patriæ longe clementissimo, gratias debemus, quod, præter innumera beneficia, quibus ab ipso Saxonia ornatur, non solum *eius* cura & providentia effectum est, ut, in summa perturbatione Germaniæ, & gentium finitimarum, *pacem* tantam, & tranquillam, & placidissimam trahamus, sed quod etiam prospexit, ne periculum sit, ut illa in posterum omnino careamus. Enimvero, recte EPAMINONDAS ^{c)} Thebanos docuit, qui diutina *pace* frui velint, *bello* exercitatos esse debere; & Corinthii apud THVCYDIDEM ^{d)} sapienter monuerunt, *pacem* imprimis studio armorum, & belli, confirmari: neque, præcipiente PATERCVLO, ^{e)} celerius quisquam opprimatur, quam qui nihil timet: denique securitas pacis, & otium, si CATVLLVM ^{f)} audiamus, etiam reges, & *urbes*, perdidit, atque in periculum adduxit. Quapropter sapientissime augustissimus pater patriæ haud ita pridem d. 29. April. huius anni, magistratibus oppidorum & urbium edixit, darent operam, ne

T 2

quid,

^{a)} CIC. orat. I. pro leg. agraria, circa fin. t. II. op. p. 403.^{b)} CIC. in Bruto.

c. 12.

^{c)} NEPOS in Epaminond. c. 5. §. 4.^{d)} THVCYD. hist. I. I.

edit. Henrici Steph. p. 81. lit. D. ἐν πολέμῳ εἰρήνην μάλλον βεβαιῶται, ἢ

ἡσυχίας δὲ μὴ πολυμῆσαι ἔχῃ ὁμοίως ἀκινδυνόν.

^{e)} VELL. PAT. lib. II.

c. 118. n. 2.

^{f)} CATVLL. carm. 49.

Omnia & reges prius, & beatas perdidit urbes.



quid, per otium, oppida detrimenti acciperent, iuventutem atque ciuitatem haberent in armis, sagittariorum industriam acuerent, com meatus, & reliquas merces, quibus ad prohibendam iniuriam hostium, & bellum administrandum opus esset, conueherent, atque ad futura pericula, si qua acciderent, reseruarent, *urbes* imprimis *munirent*, excubias & vigilias disponerent, *muros, fossas, opera, portas* reficerent, & praesidiis firmarent, nihil omitterent, quod ad spem & fructum securitatis, non solum praesentis, sed etiam futurae, pertineret. Audiamus verba potentissimi Augusti:

So ist Unser gnädigstes Begehren, und zugleich ernster Befehl, daß die Rätthe in denen haltbaren Städten die Mauern, Gräben, und Thore, wo selbige etwa eingegangen, ohne den geringsten Zeit-Verlust, repariren, die letztere mit tüchtiger, wehrhafter Mannschafft besetzen, zc. zc. nicht weniger bey nächstlicher Zeit, die mit Wache versehenen Thore wohl zuhalten, hiernächst sämtliche Rätthe die Bürgerschaften in die Waffen bringen, nicht weniger die Verfügung treffen, daß sie mit guten Gewehr, und dazu gehöriger Munition in Zeiten versehen, vornehmlich die jedes Orts aufgerichtete Schützen-Gesellschaften, welche auch in dieser Absicht mit besondern Befreyungen versehen, in gute Ordnung setzen, damit dieselben so wohl die Städte selbst defendiren, als auch an dieselige Orte, wo sie hin commandiret werden dürften, so fort marchiren können zc. zc.

Quod consilium, tanto principe dignissimum, vt optime eueniat, patriæquo commodum & salutare sit, ex animo precamur. Sed, quanquam nos quidem gladiis & clypeis, & thoracibus non nitimur, soloque *vocis munimine*, quod LEO & ANTHEMIVS imperatores l. 14. C. de advocat. diuers. iudicior. advocatis praeceperunt, patriam defendere, & prodesse reipublicæ debemus; ne tamen nostra pietas in communibus patriæ necessitatibus desideretur, & otiosa sit, defungemur qualicunque officio, & de iuro *munendi urbes*, quibus auspiciis *munitiones institutæ*, in Germania imprimis, quorum auctoritate *amplificatæ* sint, quorum studio & sumptibus *reficiantur*, commendatione luculenta exponemus.

§. II.

*Studium
securitatis et
munitionum
natura nobis
commendat.*

Ita nos natura comparauit, vt ad prohibenda pericula, iniuriæque propulsandam, & securitatem, etiam cum iactura insignium bonorum, redimendam, maiori fere, quam ad commoditates vitæ sectandas, & incunditates procurandas, studio seramur. Enimuero, cum sensus calamitatis, & incommodorum, quem natura auersatur, etiam coniunctus sit cum iactura praesentium bonorum, atque voluptatis, eodemque tempore, quo molestias patimur, a quibus abhorremus, etiam deliciae, & suauitates, quas quarimus, nobis subtrahantur; necesse est, si quid mali ingruat, duplici dolore nos attingi: contra, cum omnis

de.



delectatio simplici incunditate, quæ mox prætereat, & evanescat, finiatur; consequens est, gravius animum, atque vehementius cogitatione & metu malorum, quam spe, & studio commoditatum, atque emolumentorum, commoveri. Quapropter, quamvis affirmare non ausim, quod HIERONYMVS RHODIVS, apud TULLIVM g) docuit, illud summum bonum esse, nihil dolere, & voluptatem ipsam positam esse in vacuitate aliqua ægritudinis & molestiarum; illud tamen expeditum est, homines imagine periculorum vehementissime perturbari, atque ab ipsa nos natura compelli, ut studio, & cogitatione, & nervis omnibus, inprimis a malis imminetibus nos defendamus, atque res nostras in loco idoneo, & contra periculi suspicionem munito, collocemus, ut metu, iniuria, dolore carere studeamus. Ipsa divina illa providentia, qua regimur, illa effatrix & procuratrix tantarum, tamque admirabilium utilitatum, dici non potest, quam sollicitè ipsi etiam corpori nostro prospexerit securitatem, quam diligenter cauerit, ne quid excellens illa humani corpuseuli fabrica omnino detrimenti patiatur. Hoc est, quod palpebræ, munitæ tanquam vallo aliquo pilorum, oculos, prominente quodam munimento, aduersus occurfantia animalia defendunt, & si quid fortuito incidat, repellunt, h) atque ad omnes partes cum celeritate maxima mouentur: quodque ipsi oculi, non solum tanquam speculatores altissimum locum obtinent, sed latent etiam utiliter, & excelsis undique partibus sepiuntur: nasus ita collocatus, ut quasi murus quidam oculis interiectus videatur. Porro interioris corporis partes externis, palatum lingua, hæc dentibus, dentes labiis, nervi cuticula teguntur, totum corpus manibus, quasi propugnaculis quibusdam, ad arcendum dedecus, atque iniuriam, oppositis, atque obiectis, defenduntur. Ex quibus omnibus collatis inter sese, atque comparatis, cum ipsum corpus tam provide munitum, & protectum intelligerent, homines, magistra adeo natura, artes ad usum vitæ necessarias effecerunt, & perfectissimum exemplum imitati, turres excitarunt, moles instituerunt, machinationes instruxerunt, seque, & paruulos liberos, supellectilem, & greges, diuina, & humana omnia, substructionibus, muris, maceria, vallo, operibus lateritiis, cinxerunt, & si alia non essent in promptu, naturalibus sepimentis, quæ VARRO appellat i) vti sunt, illa spinis & virgulis, quæ introeuntium vim prohiberent, obseuerunt: nihil, nisi quod obiectum, & ab omnibus partibus obfirmatum esset, tutum, certumque crediderunt: k) denique illam vocem natu-

T 3,

ræ,

g) CIC. de fin. boni & mal. l. II. c. 14. h) CIC. de nat. Deor. II. 21. PLIN. hist. nat. l. XI. c. 13. i) VARRO de re rustica, l. I. c. 14. k) Eundem fere in modum ab augustissimo legislatore, edito supra excusato, di dato 29. April. 1734. rusticis nostris imperatum: Ferner ist unser allergnädigstes, und zum besten derer auf dem Lande wohnenden, abzielendes Ansehen dahin gerichtet, daß sie ihr in der Wirtschaft entbehrliches Gerreyde und sonst habende Vorräthe, bey Zeiten in die nächst anliegende haltbare Dribe bringen, bey mehr annahender Gefahr, aber,

ræ, quam FLORENTINVS l. 3. *D. de iust. & iur.* tradit, acceperunt, ut vim atque iniuriam propulsare liceat; &, quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur.

§. III.

*Omnes fe-
re gentes mu-
nitionem
studio tenen-
tur.*

Quæ singulorum in suis, suorumque, sedibus vallandis, & munitione sepiendis, cura & providentia fuerat, ad gentes etiam, & nationes transiit, atque a nullis intermissa, tanto grauior omnibus visa est, quanto magis intererat, vagam multitudinem, quæ in vnius ciuitatis corpus coalescere debebat, vinculis quibusdam, & studio communis securitatis, contineri: qua soluta, & amissa, necesse erat, diuidi membra ciuitatum, & diffugere, atque omnino dilabi in diuersas partes. Vix operæ pretium est, ire per exempla. Necessitas, & natura, & populi, qua patet terrarum orbis, finibus inter se discreti, argumento sunt, interiiciendam fuisse in medio molem inter illos, qui rationes separatas, & seiuncta inter se commoda haberent: cum, quambis, docente FLORENTINO, l. 3. *D. de iust. & iur.* natura cognationem quandam inter nos constituerit, adeoque nefas sit, hominem homini insidiari, tamen statim ab initio homines hominibus suspecti fuerint, &, ne quid alter sibi in alterum licere crederet, timuerint, atque omnino tutos se non esse posse crediderint, nisi oppositis quibusdam repagulis vim imminuentem prohiberent.

Quidam, dissimulato nomine, rem retinuerunt, nisi vel naturæ beneficio, & locorum opportunitate, vel vi armorum, & militum alacritate, vel alio præsidio, ut res ferebat, comparato. *Scytharum* quidem solitudines, atque negligentia munitionum, & ædificandi, Græco etiam prouerbio deridebatur. Sed noli existimare, Scythas omnino consilia securitatis muniendæ neglexisse. Plaudunt enim sibi de securitate sua apud Q. CURTIUM quod deserta, & humano cultu vacua, potius sequantur, quam vrbes, atque munimenta: cum ipsos locorum natura, & exercitatio armorum satis muniuisset. Igitur ab Alexandri exercitu omnino non timebant, cum ipsi latibulis sylvarum, & itinerum ambagibus, defenderentur: ex quibus, ubi res postulabat, reuertebantur opportune, &, si quis procul ipsos abesse crederet, in hostium castris versabantur. Itaque hæc

aber, und besorglichen Streiffereyen, diejenige Veranstellungen, welche in dem Eingangs erwachten Mandate, ihnen allbereit angezeigt, besorgen, sich auch nach Befinden und Situation derer Orthe, in die wechste Wälder insühren, darinn verhalten, und dem räuberischen Feinde, durch Verfehrung aller möglichen und standhaften Gegenwehr, welcher Wir von Unseren getreuen Vasallen und Unterthanen umb so viel mehr gewärtig seyn, als die Uns geleistete theuere Unterthanen: Pflicht und Schuldigkeit, sie ohnedies darzu verbindet, und dero Vorfahren ihnen hierunter, und besonders in vorigen Kriegs, Läuften, mit gutem Exempel vorgegangen, Abbruch zu thun, von selbst bereit seyn werden ic.

D. Q. CURTIUS l. VII. c. 8. §. 22. 23.



haec arx inaccessa, hoc firmissimum ipsis, quod PLINIVS de Traiano affirmabat, ^{m)} *munimentum* fuit, quod *munimento non egerent*, id est, quod in natura locorum, & opportunitate casuum, praesidium subitarium quarent, quod alii vix operibus, & industria, & arte, comparabant. Igitur ne Scythae quidem a naturali arte sedes muniendi abhorrebant. *Maiores nostri*, & ex illis Tenebris maxime, quos ad Rhenum incoluisse, TACITVS obferuat, ⁿ⁾ ab Vbiis, ut *munimenta* seruitii, *muros*, coloniae detraherent, postulauerunt: quod etiam fera animalia, si *clausa* teneas, virtutis pristinae obliuiscantur. ^{o)} Adeoque videntur auersari esse *moenia*, ut cingi illis, velut animalia retibus, non solum non cuperent, sed etiam, si quid tale a quibusdam factum esset, illud turpe, & cum ignominia coniunctum esse, arbitrantur. ^{p)} Naturam aperuisse terras omnes viris fortibus, commemorabant: ^{q)} inque illa sententia tam pertinaciter perseverabant, ut, si TACITVM audias, ^{r)} nullas Germaniae populi *urbes* habitarent, ne iunctas quidem inter se domos paterentur; sed inter se discreti, & diuersi, colerent, ut fons, ut nemus, placuisset. Vicos certe cohaerentibus, & connexis aedificiis, omnino non ferebant. Quod ne homo, in Germania peregrinus, commentus esse, aut vera ignorasse, videatur, qua criminatione THOMASIVS ^{s)} in Tacitum vitur; moris priscae apud Germanos vestigia etiam hodie obseruantur: quandoquidem praedia nobilium, quae sola videntur veterum aedificia fuisse, circumiectis seruorum, & rusticorum tuguriis, quibus familiam etiam veteres recipiebant, solitaria, atque a vicinis, intervallo non modico, seiuncta, etiam nostris temporibus, perdurant.

Sed, ne tamen existimes, Germanos a studio securitatis, & machinationibus, aduersus imperum, & hostes, instruendis, quarum necessitatem natura ipsis imponebat, penitus abhorruisse. *Muros* quidem, quibus colonia a Romanis clausa tenebatur, & *munimenta* seruitii, sibi circumponi, indignius ferebant: non quod haec ad securitatem necessaria non iudicarent; sed, quia moenia, a victoribus, non tam securitatis causa, quam, ut ipsi in officio, & seruitute contineantur, iustituta esse intelligebant. Ipsi vero, teste eodem TACITO, ^{t)} suam quisque domum *spatio* circumdabant, & sepe *muniebant*, siue aduersus ignis casus remedium, seu, quod aliud consilium non suppetebat, incertitia aedificandi. In tanta igitur simplicitate vitae, & consensu animorum, quo Germani plerique inter se coniungebantur, satis videbatur, si singuli se, & domum suam, priuatis munitionibus, periculi suspitione liberarent. Urbes vero, & oppida, non instituebant; sed, cum ad arma ven-

m) PLIN. in panegy. Trai. dist. cap. 49. §. 3.

n) TAC. de morib. Germ. c. 32.

o) TAC. hist. l. IV. c. 64.

p) AMMIAN. Marcell. l. XVI.

q) TAC. hist. l. IV. c. 64.

r) TAC. de mor. Germ. cap. 16.

s) THOMAS. de iure dandae ciuit. §. 17.

t) TAC. de mor. Germ. c. 16.



rum esset, vniuersi pro singulis se opponebant. Praeterea, vt, in rebus difficilibus, esset, quo se reciperent, *specus* subterraneos aperiebant, ^{u)} suffugium hiemi, receptaculum frugibus, aut, si quando hostis ingrueret, vt ipsi laterent, & fallerent praetereuntes. Hanc solertiam, ad securitatem priuatam, atque singulorum, sufficere credebant. Ciuitates autem vniuersae, sedes suas *desertis* etiam, quibus hostes arcerentur, & solitudinibus, *vallabant*. Ciuitatibus enim, teste CAESARE ^{x)} maxima laus erat, quam latissimas circum se, vastatis finibus, *solitudines* habere. Hoc enim se *tutiores* arbitrabantur. repentinae incurSIONIS metu, ipsa vastatione finium, sublato. Extremo, faciamus, munitiones neglexisse penitus Germanos; totam tamen Germaniam defendere inprimis RhenuS credebatur, ^{y)} difficillimus traiectuS, donec Caesar mirifico opere naturam superaret.

Ex quibus rebus apparet, non contempsisse Germanos munitiones, & praesidia securitatis; sed *moles* duntaxat, atque *moenia*, non excitasse: quum & inter se, propter fidem, & amicitiam, quam sanctissime colebant, tuti essent, & ab exteris, ipsius naturae prouidentia, defenderentur. Qua commoditate cum carerent Galli, diligentius aedificarunt, & *urbes moenibus* tam sollicitè cinxerunt, vt horum altitudinem, & decus, ad vtilitatem, & defensionem urbium, accommodatum, CAESAR etiam probaret ^{z)} & magistram summi artificii, naturam miraretur.

Vides igitur, gentes plerasque, etiam illo tempore, quo, ad reliquas commoditates, nondum satis opportunitatis, & praesidii, habebant, primum, maximumque, studium in securitate vitae, & defensione sedium, omnino posuisse. Soli fere SPARTANI, ad ingenium Lyncurgi singularibus praecceptis informati, videntur a gentium reliquarum institutis discessisse ^{a)} Magis enim scientiae rei militaris, & exercitationi armorum, quam substructionibus, & operibus, & *muris* tribuerunt: urbem *armis*, non *moenibus*, defendendam censuerunt. Sed haec tunc quidem acciderunt, cum vel sola paupertas Laedaemonios, ab incurSIONe gentium finitimarum, defenderet, & tantum ipsi reliquos vincerent scientia pugnandi, quantum reliqui Spartanos copia diuitiarum superabant: vt ciuium virtus urbi murus esse posse videretur, & contra ipsos alii consistere omnino non auderent. Sed, postquam auctae sunt difficultates bellorum, vt Graeciae omnes nationes non minus exercitatione armorum, quam opibus, valerent, sparta etiam moenibus cincta est, & aduersus vim hostium munita. Quod cum lacedemonii facerent, non tam degenerarunt a maioribus, quod IUSTINVS caussatur, ^{b)} quam necessitati obtemperauerunt, quae praesidium aduersus vim hostium quaere-

^{u)} Id. eod. loco.

& 2.

c. 5.

^{x)} CAES. de bell. l. gall. VI. 23.

^{z)} CAES. de bell. gall. l. VII. c. 22. 23.

^{b)} IUSTIN. eod. loco.

^{y)} Id. l. IV. c. 16. §. 1.

^{a)} IUSTIN. hist. XIV.



re inhebat; cum, ciues saluos non futuros, cernerent, nisi intra muros conderentur.

§. IV.

Igitur apparet, omnes fere gentes, quibus cura salutis suae, & conseruandarum rerum, commendatior fuit, praesidiis quibusdam, aduersus ingruentem vim hostium &, inprimis *munitionibus*, vsas fuisse; quandoquidem satius videbatur, securitatem vitae, & diuinarum, humanarumque, rerum omnium possessionem, *molibus*, & substructionibus saxorum, quam sanguine ciuium, defendi, tutiusque erat, vim hostium *propugnaculis* e longinquo, quam cominus *exercitu*, arcere.

Vrbes maxime muris & munitionibus a vicis secernuntur.

Sed inprimis tamen *vrbes*, quibus praecipuus rerum publicarum nervus continetur, apud gentes plerasque videntur *muris*, atque operibus, *munitae*: vt de summa rerum ibi tutius deliberetur, & conuentus procerum commodius haberi possint, vtque sit aliquod suffugium commune, in quod, si qua vis maior immineat, res maximi pretii, quas quisque seruari velit, e locis minus idoneis, tanquam in portum, conuehantur. Enimvero quod Illūstris BOEHMERVS c) a *tyrannis* vrbes excitatas, & mania, non tam securitatis causa, quam, vt vaga multitudo, quae in ciuitates confluxerat, quasi carceribus quibusdam, compesci posset, instituta esse, monet, me non adducit, vt a sententia discedam. Vnius enim consilii plures possunt esse causae, & inter illas ea probabilior est, quae & ipsi negotio, & generatim ingenio humano, esse accommodatior videtur. Certe, etiam tyranni, magis fere habent, quod ab exteris, & finitimis gentibus, meruant, quam a ciuibus suis, qui in vnum corpus coaluerunt, &, ipsis necessitatibus suis, & cognationibus, inter se complicati, & constricti, continentur. Praeterea, ipsa operum, & munitionum, forma magis ad vim externam propulsandam, quam ad ciues coercendos, comparata est: vt ausim affirmare, *vrbes*, inprimis *securitatis* externae causa, *muris* & *aggeribus* munitas.

Illud caret dubitatione, *vrbes* ab vniuersitate agrorum, & vicis, atque rusticorum tuguriis, maxime *muris* & *fossis*, & munitionibus, discerni. Germani vrbes *Städte*, deducto nomine, ab eo quod *firmum* & *stabile*, & satis munitum est, a voce stec, id est, feste, appellarunt; vt intelligatur, Germanos in vrbes, tanquam in sedes stabiles, & certas, & munitas, confugisse. Ideo, ciues etiam, qui in vrbibus incolunt, *burgenses* dicti sunt, *Bürger*, a *burgis*, & *munitionibus*, aut castellis, & operibus, quibus vrbes defenduntur. Certe fines illi, ad quos obtinendos vrbes in Germania

ex-

c) BOEHM. ius publ. vnin. part. spec. I. I. c. 1. §. 14 seqq.



exstructæ sunt, ostendunt, vrbes sine munitionibus, & muris, parum fuisse profuturas. Germani enim vrbes *opificum* causa, ut illi in tuto essent, nullisque periculis perturbarentur, utque *conuiuia*, & conuentus, securius haberi, ut *episcopi* commoditatibus vitæ tranquillæ, & securæ, vii possent, condiderunt. De quo argumento erit deinceps locus exponendi. Hæc omnia, illis temporibus, quibus omnia per vim administrabantur, sperari non poterant, nisi *muris*, & munitionibus, & portis, latrones, atque incursiones hostium repentinæ, arcerentur. Igitur videtur natura negotii, & causa, propter quam vrbes institutæ sunt, postulauisse, ut *vrbes muris* cingerentur. Certe maiores nostri, veteri prouerbio, quod SCHOTTELIVS *d)* itemque HERTIVS *e)* inter Germanorum paroemias, enarraunt, *Vörger und Vure, scheidet nichts, denn die Mure*: seu, quod nostri dicunt, *Vörger und Vuren, scheidet nichts, denn die Mauren*, a rusticis burgenfes, solis duntaxat mœnibus, discerni, olim quidem professi sunt. Nihil igitur, si rem ex more maiorum æstimes, certius, quam quod supra diximus, inter vrbes & vicos, inter ciuium coniunctiones, & rusticorum sodalitates, quantum ad formam externam attinet, solum discrimen *murorum* & *mœnium*, quibus in vrbibus locus erat, interfuisse. Quapropter Germani utraque voce, *Stadt und Mauren*, promiscue vsi sunt: & in trita paroemia: *Es flucht keine Henne über die Mauren*, tradente BESOLD, *f)* atque HERTIO *g)* *murorum* appellatione vrbes notauerunt. Itaque, ab initio, *muri*, & *mœnia*, si veteres audias, *urbium* propria visa sunt, & *muris* nominatis, vrbes intellectæ. *h)* Postea, cum omnia satis tuta in provinciis haberentur, nihilque ab illis, qui eiusdem principis imperio continentur, timeri posset, munitiones interdum ab illis, qui in vrbibus incolebant, intermissæ, & satis visum est, fines tantum cuiusque provinciae, operibus, atque praesidiis, firmari. Ex illo tempore vrbes in *vrbes munitas*, *haltbare Städte*, so mit Mauren Graben und Thoren versehen, & *vrbes apertas*, *offene Städte*, diuisæ sunt: cum quædam vrbes vel loci natura satis munitæ viderentur, vel incolae solis iuribus burgenfium contenti essent, & munitiones non desiderarent, neglectis moribus, & institutis, maiorum, qui vrbes mœnibus cinxerunt.

Id enim certum est, muros, & mœnia, *urbibus*, quas veteres praesidium aduersus pericula esse voluerunt, imprimis conuenire. Neque res egeret disputatione, nisi V. C. GEORGIUS BEYERVS *i)* turbas daret.

Ille

d) SCHOTTEL. von der teutschen Haupt: Spr. I. 5. tract. 3. §. 18.

e) HERTIVS. I. II. de paroemiis iuris Germani, paroem. 10. t. III. opusc. vol. I. p. 602.

f) BESOLD. de tribus domest. societ. spec. disc. I. c. 6. §. 4.

g) HERTIVS de paroem. iur. germ. II. paroem. II. vol. I. t. III. p. 608.

h) CONRING. de vrb. Germ. §. 4.

i) BEYER. spec. iur. Germ. I. I. c. 2. §. 2.



Ille enim auctor est, etiam *vicos* subinde in Franconia, & finitimis tractibus, opere lateritio vallari. Sed quis non videt, quantum discriminis inter *opus lateritium*, cui in vicis locus est, & quo vix oves & vituli arcantur, & inter *muros*, quibus vrbes, ad impetum hostium arcendum, muniuntur, intercedat. Sed faciamus, *vicos* in Franconia iisdem, quibus vrbes, mœnibus firmari. Illud tamen nemini dubium est, hoc institutum abhorrere a maiorum moribus, illisque vicis, si qui muniti sunt, aliquid *iuris urbici* a posteris admixtum esse.

Sed de Germanorum vrbibus deinceps videbimus. *Romani* profecto, urbem, quae mœnibus careat, ne cogitare quidem potuerunt, Pomponius enim l. 239. §. 6. *D. de V. S. urbem* ab *vrbo*, ait, appellatam: sed vrbum appellari curuaturam *aratri*, quod in vrbe condenda adhiberi solet. Illo aratro circulus exprimendus erat, & definiendus locus, quo mœnia constituerentur. Docet illud *CATO* apud *ISIDORVM* ^{k)} qui ab illo, qui urbem condit, tauro vel vacca arandum esse, ait, & ubi arauerit, ibi murum faciendum. Hoc ritu ipsum Romulum in vrbe condenda vsum esse, *NASSO* ^{l)} affirmat:

Ipse premens stium, designat moenia fulco.

Idem etiam *MANILIUS* ^{m)} illis, qui vrbes instituunt, praecipit:

— — — *iunctisque iuuentis*
Moenia succinctus curvo describat aratro.

Nolo verbosus esse in re manifesta, quam praeses singulari commentatione de publica ceremonia, qua vrbes condebantur, enarrauit.

Illud apertum est, vrbes ab *vrbo*, id est, fulco, quibus locus *moenium* designabatur, a Romanis dictas esse: adeoque *urbem*, quae mœnibus careat, omnino intelligi non posse. Ne quis dubitet, etiam *PAVLVS* l. 2. *D. de V. S. muris*, inquit, vrbis appellatio finitur. Romulus certe in tanta paupertate sua, *urbem*, quam instituerat, muris, & mœnibus firmavit, illisque credidit praecipuam vrbis sanctitatem contineri. ⁿ⁾ Quousque enim territorium vrbis proferebatur, eousque vrbis munitionibus crescebat: cum, teste *LIVIO* ^{o)} alia atque alia appetendo loca, urbem, non ad id, quod tum hominum erat, sed, in spem magis futurae multitudinis, munitet. Vrbes igitur muris cinctae sunt; sed prout cuiusque populi facultates hoc ferebant, aut *lateritiis*, aut etiam *lapideis* subinde. In tam exiguis initiis, a quibus magnitudo vrbis profecta est, Romulo satis fuit, urbem *opere lateritio* munire. Sed *Tarquinius*, *muro lapideo*, Romam, qua nondum munita erat, cingere parabat: ^{p)} ut intelligatur, a prima reipublicae Romanae origine, vr-

V 2

bem

k) *ISIDOR.* orig. XV. c. 2. p. m. 1191. l) *OVID.* fast. IV. v. 825. m) *MANIL.* astron. l. IV. v. 562. n) *LIV.* l. I. c. 7. o) *Id.* l. I. c. 8. p) *Id.* l. I. c. 38.



bem *moenia* desiderasse. Idem studium etiam reliquos, qui circa erant, populos tenuit. Docet enim MARCIANVS l. 8. ff. 2. *D. de diuis. rer.* ne quidem *municipia* omnino *muris* caruisse; sed ex auctoritate SABINI, & CASSII, *muros* etiam sanctos in municipiis fuisse. Apertissime TULLIVS, praeter *continentia aedificia*, in urbibus *maenia* desiderauit. *Domicilia*, q) inquit, *coniuncta*, quas *urbes* dicimus, inuento diuino, & humano iure, mœnibus sepeferunt. Itaque munitiones urbium propriae videntur. Neque tamen hoc te ignorare velim, ab *urbibus munitis*, & Romano, & Germanorum iure, *castella* & *fortalitia* seiungi: cum istae ad hostes aditu, & aedificiis continentibus, muris, & fossa, arcendos, castella vero, & fortalitia, non solum ad ciues in officio continendos, sed etiam, ad vim hostium e longinquo infringendam, iterque in prouinciam inprimis operibus & machinationibus, defendendum, comparata esse videantur. De quibus deinceps copiosius a nobis exponetur.

§. V.

Legibus Romanis ius urbium munienti summae potestati tribuitur.

Quanto magis igitur omnium intererat, urbes *muris*, & munitionibus, communis securitatis causa, cingi, & firmari; tanto facilius multitudo, postquam in vnius ciuitatis corpus coaluerat, & maiestas constituta erat, mœnibus, ad utilitatem publicam exstructis, contra ipsos principes vti, & intra has munitiones, occasionem seditionum, & obsequii detrectandi, quaerere omnino poruisset: nisi illi, penes quos imperium erat, *publica* auctoritate, urbium munitiones, atque *maenia*, rexissent. Itaque, cum nefas esset, in republica, quenquam aliquid habere in potestate, quod ad frangendam imperantium auctoritatem pertineret, aut ad vim faciendam spectare videretur; consequens fuit, *ius muniendi urbes*, aut *muros*, *fossasque*, & *turres*, & *propugnacula* instituendi, ad summos *magistratus* dunaxat, illosque, qui summam rerum obtinent, in ciuitate, pertinere. Enimuero illa, quae *publice* utilia sunt, & non tam ad securitatem singulorum, quam omnium, atque ad ipsum reipublicae statum spectant, docente VLEIANO, l. 1. ff. 2. *D. de iust. Et iur. ad ius publicum*, & summorum magistratuum in ciuitate potestatem, referuntur. Non obscure TULLIVS r) illud tradit, qui urbes inuento demum *diuino* & *humano iure*, mœnibus septas esse affirmat; ut intelligatur, *ius murorum*, & *mœnium*, a maiestate imperantium pendere. Quae res apud illos, qui Romanis legibus vtiuntur, nihil habet dubitationis: cum, illo iure, *muris*, non solum Romae, sed etiam in municipiis, *sancti* & *diuini iuris* haberentur: & si quis illos violauerit, in illum poena capitis esset constituta. Ita enim SABINVS & CASSIVS, apud MARCIANVM, & POMPONIVS l. 8. ff. 2. l. 1. & l. 9. ff. Et 4. *D. de diu. rer.*

g) CIC. orat. pro Sextio, c. 42.

r) CIC. orat. pro Sextio, c. 24, p. 668.



rer. tradiderunt. Sed, quæ diuini iuris sunt, *iure publico*, quod auctore VLPIANO l. 1. ff. 2. D. de iustit. & iur. in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus, consistebat, continetur, & reguntur ab illis, qui summum locum in republica obtinuerunt. Igitur vrbs primo a *regibus* munita, maxime a Romulo, qui urbem muris cinxit. & subinde mœnia amplificauit: 1) deinde a TARQUINIO PRISCO exstructus murus lapideus 2) postea a SERVIO TULLIO 3) adiectis exquilis, aggere, & fossis, & muro, vrbs circumdata, atque pomerium prolatum. Liberata a tyrannide republica, ad *summos magistratus*, ius proferendi pomerii, & munitionum, augendarum pertinuit: sed ne his quidem, teste TACITO, 4) nisi etiam imperii Romani fines protulissent, terminos vrbs propagare permittitur. Neque duces Romani, quanquam magnis nationibus subactis, ius illud usurpauerunt, præter L. Sullam & D. Augustum. Vides quanta fuerit religio, munitiones vrbs attingendi. Postquam potestas ad vnum peruenit, *principes*, sed raro, de amplificandis vrbs mœnibus laborauerunt. CLAUDIUS certe post Augustum, auxit pomerium, more prisco, quo illis, qui protulere imperium, etiam terminos vrbs propagare datur. 5) Neque enim principes, si VOPISCO 6) fides est, nisi parte agri barbarici rempublicam auxissent, proferendi pomerii iure utebantur.

In prouinciis *imperatores*, qui cum exercitu in illis versabantur, ius muniendi usurpabant, & ducebant *muros*, & *castella* muniabant. LULIUS CAESAR enim, a Lacu Lemano, ad montem Iuram, intra Gallorum fines, cum legionibus murum, in altitudinem pedum sexdecim, fossam millia passuum decem nouem, perduxit, præsidia disposuit, castella communiuit, quo facilius hostes, si se inuito transire conarentur, prohiberi possent. 7) Præter imperatores exercituum, etiam *consules*, & reliqui magistratus, qui colonias deduxerunt, sedes, coloniis destinatas, auctoritate reipublicæ, muris muniuerunt. M. enim Antonius, teste TULLIO, 8) coloniam deduxit, ut vexillum tolleretur, ut *araturum circumduceret*, quo locus ædificandorum mœnium designabatur. L. V. CANVS 9) etiam huius rei memoriam repetiit, & vota concepit, ut

Sarmaticum premeret succinctus consul araturum.

Deinde *principes* maxime de munitionibus prouinciarum cognouerunt. GABBA enim imperator, docente TRANQUILLO, 10) quasdam Hispaniarum, Galliarumque, ciuitates, quæ cunctantius ad ipsum accesserant, *murorum destructione* puniuit: quod gentes pleræque in argumentum criminandæ sæuitiæ traxerant. Certe, si VLPIANO l. 9. ff. 4. D. de diuis. rer. credimus, *muros*

V 3

mu-

1) LIV. l. I. c. 8. OVID. Fast. IV. v. 825.

2) LIV. l. I. c. 38.

3) LIV.

l. I. c. 44. TAC. annal. XII. c. 24.

4) TACIT. loc. cit. c. 23.

5) TA-

CIT. loc. cit. c. 23. & 24.

6) VOPISCO. in Aureliano, circa fin.

7) GAES.

Bell. Gall. l. I. c. 8.

8) CIC. Philipp. II. pag. 852.

9) LYCAN. pharsal.

l. VII. v. 430.

10) SVETON. in Galba c. 12.



municipales neque reficere, neque aliquid eis coniungere, vel superponere licebat, sine *principis*, vel *præsidis* auctoritate; si vero *muri* etiam noui *exstruantur*, *MODESTINVS l. 6. D. de operib. publ.* ait, ne *præsidem* quidem hoc recte permittere, sed, ex *rescripto* *Diui Marci*, *præsidem*, aditum de operibus, quæ in muris, vel portis, vel rebus publicis fiant, aut, si *muri* *exstruantur*, *principem* consulere debere. *ARCADIUS* certe, & *Honorius*, iudices, ordinesque ciuitatum, sex libris auri *l. 13. C. de operib. publ.* multarunt, si quis illorum in id temeritatis erumperet, vt, *inconsulto* omnino *principe*, noui aliquid operis in vrbe inchoare moliretur. Generatim enim, secundum *VIPIANVM l. 2. §. 16. D. Ne quid in loc. publ.* a *principe* solet impetrari, vt quid in loco publico ædificetur. Opus certe nouum, quod, ad æmulationem alterius ciuitatis, ædificetur, aut *materiam seditionis præbeat*, ne priuato quidem sumptu, multo minus publico, facere licebat, sine *principis* auctoritate, quod *MACER. l. 3. pr. & §. 1. D. de oper. publ.* ait, constitutionibus *principum* declaratum esse. Qua lege, nemo non videt, etiam *exstructionem murorum*, & *mœnium*, & *propugnaculorum*, contineri: cum inter loci muniti opera, & speluncas latronum, nihil propemodum, præter publicam, qua vrbes muniuntur, auctoritatem, intercedat; qua omissa, & neglecta, esset oportunitas, moliri res nouas, & diuina atque humana omnia, conglutinationibus hominum, & coniunctione facinorosorum, perturbare. Quare dubitari non potest, muros, citra auctoritatem *principis* exstructos, ad *seditionem* in republica spectare: ex quo apparet, ius vrbes muniendi a *principe* duntaxat impetratum, neque omnino temere, sed magna cautione, ne ciuitates munitionibus aduersus principes ipsos vterentur, petentibus concessum. *TACITVS* ^{e)} anaritiam temporum *Claudianorum* accusat, quod ius muniendi a principe venditum *Hierosolymitanis*, qui muros in pace, tanquam ad bellum, exstruxerant. Sed ipse etiam *CLAVDIUS*, cum *Marus*, *Syriæ* præses, significasset, *Hierosolymitanos* noui aliquid moliri, & nouam urbem mœnibus munire, murosque ad magnam altitudinem perducere, *Agrippæ*, teste *IOSEPHO* ^{f)} vt a munienda vrbe desisteret, opusque institutum omitteret, præcepit. Ex qua re intelligitur, totum hoc negotium in prouinciis potestati principis permissum, nihilque illas nationes iuris proprii in muris habuisse. Imo, ne quidem pro consules, aut præsides prouinciarum, aut præfecti, *inconsulto* principe, de muris oppidorum cognouerunt, *l. 6. D. de op. publ.* cum illud negotium non tam ad vtilitatem prouinciarum, quas illi regendas acceperant, quam ad securitatem, aut periculum, imperii Romani spectaret si vrbes muniuntur; nisi res graues atque repentinæ postularent, vt ius munitionis præfectis generaliter permitteretur. *IVSTINIANVS* quidem *l. 2. §. 4. C. de offic. præf. præf. afr.* edixit, vt præfecti prætorio *Africæ*, vrbes, quæ olim prope clausuras, & fines, a Romanis

e) *TACIT. hist. V. c. 12.*f) *IOSEPH. antiq. iudaic. l. XIX. c. 7. p. 677. lit. D.*

tenebantur, festinent comprehendere, & diligentius munire: quandoquidem necessitates bellorum subitariae, & ingruentium hostium vis, & minae, non permittebant, vt de singulis vrbibus ad principem, in illa perturbatione rerum, referretur.

Igitur non, nisi in magnis periculis, praesides prouinciarum vrbes, inconsulto imperatore, munierunt. Sed aliquem posset perturbare, quod *Arcadius & Honorius AA. l. 12. C. de op. publ.* anno 396. omnes prouinciarum rectores litteris admonuerunt, „vt sciant ordines, atque *incolas, urbium* singularum, *muros* vel *novos* debere *facere*, vel veteres firmitus omnino instaurare, impendiis per iuga singula, non sterilia, cum cura ordinandis. „ Enimvero videntur principes, hac lege, ius *muros novos* faciendi, ordinibus, aut incolis vrbium singularum, concessisse. Sed pignore certarem, quod illud imperatoribus in mentem non venerit. Id agunt, vt modus certior definiatur, quo *sumptus* ad *muros reficiendos* necessarii, si hoc ius a principe impetratum fuerit, a ciuibus cogantur: & ait, ad ordinum & incolarum officium hoc pertinere, vt sumptus ab ipsis conferantur. Igitur tantum de modo, quo sumptus ad muros faciendos conferantur. non *de iure muniendi*, illa lege tractauerunt. Tantum enim abest, vt *Arcadius & Honorius*, ordinibus ciuitatum, & incolis, ius vrbes suo arbitrio, inconsulto principe, communiendi concefferint, vt iidem potius *l. 9. C. de oper. publ.* biennio ante, rescripserint, a *principe* duntaxat *exstruendi* licentiam concedi, & *l. 13. C. eod. tit.* biennio post, temeritatem illorum, qui opus nouum, inconsulto principe, inchoauerint, sex libris auri coerendam esse, existimari.

Discederem ab hoc loco, nisi alium scrupulum *Honorius & THEODOSIVS l. 10. C. de aedif. priu.* Iuris interpretibus iniecisse viderentur: „Per „Mesopotamiam enim, & Osdroenam, & alias complures, itemque per Hellespontum, vbi magis hoc desideretur, & *ceteras prouincias*, cunctis volentibus permiserunt, fundos proprios, seu loca sui domini, *murali ambitu* vallare. „ Visum est quibusdam, hac lege, prouincialibus omnino datam potestatem, muros, vtcunque placuerit, etiam venia non impetrata, exstruendi. Sed illis optime ZIEGLERVS g) se opposuit, & otium fecit interpretibus, ne in illa controuersia oleum perdatur. Enimvero nihil certius, quam *Honorium & THEODOSIVM* de prouinciis Orientis duntaxat rescripisse, quas propter infamiam latronum, & periculum incursionis, conueniebat diligentius, & properantius, muniri. Sed haec talia trahi in exemplum non debebant. Deinde, vt quis *fundos proprios* duntaxat, murali ambitu, vallaret, prouincialibus permillum. Sed, cum hoc spectet ad domos *priuatorum*, a quibus principes non magnopere timebant, pessime interpretes nonnulli collegerunt, etiam *uniuersita-*

g) ZIEGL. de iure maiest. l. I. c. 35. §. 6 sqq.



atibus, quæ semper principibus suspectæ erant, ius *urbes* integras, muris & fossis muniendi, attributum

Igitur, ius *urbes* mœnibus, & operibus, cingendi, a principe impetrabatur: sed priuatis, qui, *castella* maxime, sine iussu principis, ædificabant, atque detinebant, ex *Honorii* & *THEODOSII* rescripto, pœna capitis, cum publicatione bonorum, imminebat. l. 2. *C. de fundis limitroph.* Impetrata vero venia. *curatores exstruendi operis* a ciuitate constituti: quæ cura, docente *Hermogeniano*, atque *VLPIANO*, l. 4. & l. 1. §. 2. *D. de mun. munus publicum* & personale erat, a quo quinque liberorum incolumium pater habebat excusationem.

§. VI.

Quorum
auctoritate
& sumptibus
muri urbium
reficiantur.

Qua prouidentia Romani in urbibus instituendis, muniendisque, vsi sunt, eadem etiam *refectionem moenium* administrarunt. Et huius enim rei cura, cum ad *publicam* utilitatem pertineret, iure *publico* continebatur, atque ad magistratus, & deinde ad principes, spectabat. Videtur tamen laxior, *moenia reficiendi*, quam *exstruendi* muros, licentia fuisse. In libera republica, *refectio mœnium*, urbis æternæ inprimis, subinde in comitiis decreta: quibus aliquando, rogante prætore urbane, *quinque viri muris; turribusque reficiendis*, teste *LIVIO* ^{b)} creati. Ex quo intelligitur, *refectionem* murorum, & turrium, ad publica negotia, & curam omnium, relatum. In prouinciis *VLPIANVS* hoc officium *proconsuli* l. 7. §. 1. *D. de offic. proc.* quæ ex eius l. 2. *de offic. pro C.* deprompta est, imponit, vt opera *publica* circumeat, inspiciendi gratia, an *sarta tectaque* sint, vel, an aliqua *refectione* indigeant: iubetque illum curare, si qua cœpta sint, vt consummentur, prout vires eius reipublicæ permittant: vtque *curatores operum* solenniter praeponat. Igitur totum hoc negotium in prouinciis a proconsule administrabatur, aut ab eo delegabatur aliis, quos operi curando pares fore iudicabat. *Curatoris sartorum tectorum operum* item *curatoris operum publicorum*, *Venusiae* dati, a *D. HADRIANO* ^{k)} & *curatoris operum Nolæ* a *VESPASIANO* dati ^{l)} lapides litterati apud *GRUTERVM* mentionem faciunt: vt intelligatur, totum hoc negotium a summa potestate in republica pendere. Meminit curatorum operis reficiendi, in ciuitate, *VLPIANVS* alio loco l. 4. *pr. D. de mun.* quorum munus *publicum* esse, & patrem quinque liberorum duntaxat ab illo excusari, supra fuit a nobis indicatum. Curatores igitur mœnium reficiendorum a proconsulibus ordinabantur. Sed hanc potestatem etiam *præsides* prouinciarum cum proconsulibus communem habere, l. 9. §. 6. *D. de offic. proc.* testatur *VLPIANVS*: & l. 7. §. 2. & l. 8. *D. eod.* addit rationem, cur huius rei cura ad

prae-

^{b)} *LIV.* l. 25. c. 7.
n. 5.

^{l)} *GRVT.* infer. fol. 411. n. 1.
^{d)} *GRVT.* fol. 1092. n. 4.

^{k)} *GRVT.* fol. 441.



praefides & proconsules spectaret. Cum enim plenissimam proconsul habeat iurisdictionem, omnium, ait, partes, qui Romae, vel quasi magistratus, vel extra ordinem, ius dicunt, ad ipsum pertinere, illumque imperium in prouincia, post principem, maius omnibus habere. Vnde intelligitur, huius rei procurandae facultatem, non vulgaris officii, sed summi imperii partem fuisse, & propter maximam, qua utebatur, potestatem, proconsuli tributam. Ne quis dubitet, aperte VLPIANVS l. 9. §. 4. D. de diu. rer. muros, inquit, etiam municipales, non licet reficere, sine principis, aut praesidis, auctoritate. Quae prohibitio inprimis eo pertinet, ne mutetur forma pristini operis, inconsulto principe, aut coniungatur aliquid menibus, aut superponatur muris, l. 9. §. 4. D. de diuis. rer. aut munitiones ampliuntur, quod Claudius Agrippae interdixit, ^{m)} aut etiam contrahatur in angustum murorum magnitudo. Ideoque, cum haec omnia ad prouinciarum vtilitatem publicam spectarent, non recte videbantur a magistratibus oppidorum, & ordinibus, sed ab illis duntaxat, qui administrationem reipublicae, & prouinciarum obtinuerant, decerni posse. Haec enim talia IUSTINIANVS Belisario magistro militum per Orientem l. 2. §. 14. C. de offic. praef. praet. Afric. imposuit: & iam antea GRATIAN. VALENT. & THEOD. AA. l. 6. C. de oper. publ. ne praescriptionem quidem temporis iuri publico obistere omnino posse, rescripserunt: ideoque diruenda esse omnia, quae per diuersas vrbes, in publico quocumque loco, contra ornatum & commodum, & decus reipublicae, & imperii Romani vtilitatem, exstructa videantur.

Inprimis igitur mutatio pristini operis, obtentu refactionis suscepta, ab imperatoribus prohibebatur. Sed si nihil discederetur a forma pristina munitionis, videtur magistratibus in municipiis attributa potestas liberior reficiendi. VALENTIANVS enim & VALENS l. 5. C. de op. publ. licentiam instaurandi opera, quae iam deformibus ruinis intercidisse dicerentur, vniuersis concesserunt, quod & LEO A. l. 22. C. de op. publ. speciatim iudicibus permisit: utque, quae a decessoribus incepta, aut vetustate diruta, aut desidia derelicta, inueniant, diligenti studio ab ipsis compleantur, & iudices ex eo argumentum laudis quaerant, si ea, quae vetusta sint, & instauracionem requirant, perfecerint, praecipit.

Igitur muros, seruata pristini operis, vetustate collapsi, forma, reficere magistratibus licebat. Sed quorum sumptibus haec procurentur, videamus. Si naturam audias, nihil aequitati, & communioni, qua inter nos coniungimur, conuenientius, quam, quod propter vniuersorum securitatem, & comoda, suscipitur, studio & sumptu etiam communi omnium, administrari: cui praeepto

^{m)} JOSEPH. antiq. iudaic. l. XIX. c. 7. p. 677.



pto obtemperavit GRATIANVS cum collegis, atque ad portus, & murorum *instauracionem*, certatim omnes, facta operarum collatione, conuenire iussit, noluitque quenquam ab illo consortio, obtentu priuilegii, aut dignitatis, excusari, l. 7. *C. de op. publ.* TIBERIVS quidem *Noir. 161. c. 2. pecunia publica*, ait, munitiones conseruari: & hoc titulo, tributorum etiam praestationes ciuibus commendat, quod ex illis *muri*, & *vrbes*, reparentur, & omnia proueniant, quae ad publicam utilitatem spectare videantur. ARCADIVS & HONORIVS l. 2. *C. de op. publ.* ne splendidissimae *vrbes*, & oppida, vetustate collabantur, de redditibus fundorum iuris reipublicae tertiam partem *reparationi publicorum moenium*, thermarumque, destinauit.

DIVVS PIVS certe, pia prouidentia, teste CALLISTRATO l. 7. *D. de oper. publ.* usus est, quod ciuitatibus, etiam indigentibus, prospexit, ne facile careant munitione. Pecuniam enim, quae in opera *noua* legata est, potius in *tutelam* eorum operum, quae iam exstructa sunt, conuertendam, quam ad inchoandum opus nouum, erogandam esse, rescripsit: maxime, si satis operum ciuitas habeat, & non facile, ad ea *reficienda*, pecunia inueniatur. LEO A. l. 3. *C. de vendend. rer. ciuit.* illud latius porrexit, & non solum pecunias, legatas ciuitati, in refectionem murorum impendi passus est; sed domus etiam, & fundos. qui quocunque titulo ad ciuitates peruenerint, Romae quidem principis auctoritate, in prouinciis ordinum consensu, & prouinciali iudicio, venundari permisit, ut ex pretio redacto sumptus suppeditent, quibus publica urbium *maenia* reficiantur.

Illud meretur observari, quod HONORIVS & THEODOSIVS l. 18. *C. de op. publ.* interdum *priuatos* quosdam duntaxat, impensam, in moenium & operum refectionem, facere, & quod publice utile futurum est, cum detrimento compendii priuati, solos procurare, voluerunt. „*Turres muri noui*, „qui publicae securitatis causa per fundos priuatorum ducebatur, dominis possessionum, quas militibus attingebat, vtendas tradiderunt: sed *instauracionem*, „etiam illarum, & refectionis curam, hisdem commiserunt, & ipsos hunc sumptum facere voluerunt, ut splendor operis, & ciuitatis *munitio*, cum priuatorum usu, & utilitate, conseruetur.

Igitur vsum fructum moenium, priuatis, per quorum fundos illa ducebatur, relictum esse, sed pro vsum fructu, possessoribus fundorum onus refectionis impositam, videmus. Ex quo apparet, muros vel collatione operarum, & sumptuum, vel publica pecunia, vel impensa priuatorum, per quorum fundos muri transeunt, reficiendos. Et haec quidem constituta sunt *Romanae* reipublicae praeceptis.

§. VII.

Ius reficiendi munitiones. Quod ad *ius reficiendi munitiones* attinet, nihil fere Germanorum legibus publicis constitutum inuenio, quod cum legibus Romanis, quas ipsa in hoc

ar-



argumento aequitas commendat, non conspirare videatur. Magistratibus, ^{res ex legi-} quibus concessum est, ut vrbes ad certum modum muniant, videtur etiam ius ^{bus Germa-} *moenia reficiendi* attributum: cum inutilis sit omnis munitio, nisi integra ser- ^{uata & no-} uetur, vel collapsa etiam restituatur. Igitur, iure muniendi dato, ius ^{stis.} *moenia reficiendi* continetur. Sed, si in instauratione moenium formam pristini operis excedant, peccare credo magistratibus, nisi illo consulto, a quo ius urbem muniendi impetrant. Ipsa enim amplificatio operum noua esse munitio videtur, quae magistratibus non competit, nisi a principe, qui summam potestatem habet, concedatur. De quo argumento deinceps exponemus.

Imo vero etiam tunc, cum moenia urbium, auctoritate imperatoris, aut principis, deiecta sunt, ius *moenia restituendi*, denuo impetrandum est ab illo, a cuius potestate ius exstruendi moenia dependet, & eius cum venia, cuius iussu destructa sunt, reficienda. Clare rem Saxones definiuerunt. 3. L. N. 66. Man mag auch keine Durek wiederumb bauen ohne des Richters Urlaub, die umb Gerichts willen mit Urtheilen zerbrochen ist: Driht man aber eine Durek williglich abe, oder laßt sie der Herr zergehen, von eighem Willen, oder von Armuth, die mag man wohl wieder bauen, ohne des Richters Urlaub. Enimvero hoc est, eludere potestatem imperantis, si moenia, ab ipso detracta, eius iniussu, a magistratibus restituantur. Illud aliquando v. c. h. HORNIAE, nobili Germaniae urbi, ad Lacum Bodanicum, a Gustavo Hornio, praefecto exercitus Suecici, munitae, accidit, ut, postquam imperatori redita esset, destructis moenibus, vallo, turribus, portis, omnibus operibus, nuda & aperta destitueretur, ne hostes in illa suffugium, & portum, inuenirent. Sed, quandoquidem nulla sua culpa illud detrimentum passa erat, impetrauit, ut munitiones ipsi restituere, muros, portas, opera destructa, reficere liceret. Extat apud LVNIGIVM ^{u)} tabula Ferdinandi, qua d. 15. Ianuarii, anno 1644. magistratui refectionis potestatem fecit: „Wie nun verührte Demolition und „Zerschleiffung der Stadt Buchhorn wegen des gemeinen Wesens hoher „Nothdurfft, auch Versicherung mehr ermeltes Bodens, Sees, und andern „oberzehlten Ursachen halber vorgenommen werden müssen; Also erklären „Wir Uns hiermit Krafft dieses unsers Kayserlichen offenen Brieffes, daß „mehr oft gesagt Burgermeistern, Rath und ganken Bürgerschaft, wie „auch derselben Successoren und Nachkommen der Stadt Buchhorn, solche „Demolition der niedergehenden und geschleiffen Stadt, Mauren, Thüre und „Thoren, ohne einigen Praejudiz oder Schmälerung ihrer Regalien, Privilegien, Immunitaeten, Stadt, Rechten, Iurisdiction und Gerechtigkeiten, seyn, „auch solche, zu verhoffendem allgemeinen Frieden, wohl wieder auff- „bauen, die Stadt mit Thoren beschließen, wieder neue Stadt, Gräben auf- „werffen, auch so gut sie können, und ihnen möglich, mit allen andern darzu

X 2

„862

^{u)} LVNIG. Reichs Archiv, part. spec. cont. IV. p. 334. n. 27.



gehörigen Requisitionen verwahren, und sich ihrer alten Freyheiten und Gnaden, wie vorhin, geruhiglich bedienen sollen und mögen, ohne allermänniglichen Eintrag, Verhinderung oder Einrede &c. Igitur, operibus auctoritate publica destructis, *impetrandum* videtur ius reficiendi. Eodem iure utimur, si ipsa moenia, iniussu imperantium, extracta: tunc enim etiam refectio iniusta videtur. *Habe* quidem, inter Sueuos, Maximilianus I. anno 1503. illud, beneficii loco, tribuit, ut turres, atque opera, reficere liceret &c. und ihnen diese besonder Gnade und Freyheit gegeben haben, die Sie ihre Land, Gräben, Heege, und Geschleze, mit samt denen Land, Thürmen in Vesserung, Bau und Wesen, sollen und mögen halten, wie sie des je zu Zeiten Ruhs und gut Ansehen &c. Ceteroquin *libera refectio*: quam potentissimus A V G V S T V S floster, haud ita pridem, edicto, supra a nobis. excitato, *magistratibus*, den Rätchen in haltbaren Städten, non solum permittit, sed etiam iniunxit.

Sed, ut de *sumptibus* dispiciamus, illi quidem, qui ad reficienda *castella*, & *fortalitia*, necessarii, cum hac ad provinciae vniuersae securitatem excitata sint, a statibus provincialibus, nemine subdueto, conferuntur: ita enim augustissimus imperator Carolus VI. in capitulatione nouissima, cum principibus electoribus, art. XV. pactus est: *o*) Wir wollen nicht gut heißen, noch zugeben &c. daß die Landes, Stände &c. wider des künigsten Reichs, Abschiedes ausdrückliche Verordnung, sich des Ventrags, womit jedes Chur, Fürsten, Fürsten, und Standes, Land, Sassen und Unterthanen, zu Besetz und Erhaltung derer, einen und andern Reichs, Stände zugehörigen, nöthigen Vestungen, Plätze, und Garnisonen &c. an die Hand zu gehen schuldig sind, zur Ungebühr entschlagen &c. Ex quo loco etiam apparet, statibus imperii, absque dubitatione, ius reficiendi castella, & fortalitia, concessum.

Reliquarum urbium munitiones, ad cuiusque ciuitatis securitatem singularem inprimis, excitantur. Itaque nihil æquius, quam ut magistratus urbium æquitati, Romanis legibus expressæ, obtemperent, & muros, propter ciuitatis utilitatem institutos, *sumptibus ciuitatis* etiam reficiant, & si opus sit, intendant. Igitur, aut ex communibus vniuersitatis redditibus, aut facta collatione singulorum ciuium, sumptus reficiendorum moenium coguntur. Sed, si magistratui ius, libere de publicis redditibus disponendi, non competat, apparet, de illa re ad principem referendum esse, priusquam ad refectiorem sumptus depromantur.

Si muri municipales per priuatorum fundos transeant, & priuati etiam ex illis locis fructum aliquem capiant, atque ædium, quas possident, pars postica ipsis moenibus urbis, ab incurfione furum, & latronum, defendatur; nihil iustius *Honorii* & *Theodosii*, constitutione, supra a nobis ex l. 18. C. de op. publ.

o) LVNIG. loc. cit. p. 913.

publ. recitata, qua privati, quorum fundos mœnia attingunt, munitiones instaurare *suis sumptibus* iubentur. Videtur enim hoc quali officium quoddam naturale, ex iure publico vniuersali, ciuib. imponi. Alioquin *ad magistratus* spectat procuratio munitionum. Haud ita pridem eiusmodi species ordinis Ictorum in hac academia oblata est. Accusabatur a magistratu vrbis cuiusdam, cuius mœnia sublapsa erant, ciuis aliquis, quod parietem, suæ commoditatis, & securitatis causa, constitutum, propter aliam vtilitatem diruerit: quo pariete sublato, hiatus & ruina mœnium, in illa parte, quæ rei ædes spectabat, plus periculi habere videbatur, magisque in oculos prætereuntium incurrebat. Syndici senatus auxilium *legis 18. C. de op. publ.* inuocabant, vi cuius, muri sumtu illorum ciuium, quorum fundos muri attingebant, refici deberent. Sed reus parietem, quem sustulerat, tribus pedibus a mœnibus distare, murumque, qui urbem munebat, fundum suum non attingere, probabat. Igitur visum est, ad magistratum refecionis officium spectare. Mense enim Martio, anno 1732. in causâ syndicorum senatus C. contra I. G. K. pronunciatum: Daß Klägers Suchen nicht statt hat, B. R. W. adiectis, inter alias, his rationibus: *Als dieweiln bey der Besichtigung sich befunden, daß die von Bessn. eingerissene Schaf. Wand, auf dem Stadt-Mauer Grunde nicht, sondern hinein in Besslens Hoff ein und $\frac{1}{2}$ Elle von dem Mauer-Grunde abgestanden, hiernächst durch die Wegnehmung solcher Wand, weder die Stadt, noch derem bereits vorher eingefallene Mauren, sondern nur Besslens Hoff, eröffnet worden, dahingegen die Stadt-Mauren von dem Rath und der Bürgerschaft, nicht aber von Besslern alleine, in baulichem Wesen zu erhalten se.*

Et ist, wie im Urtheil enthalten, von Uns billig erkannt. Hoc iure in refecione urbium utimur.

§. VIII.

Igitur *iur. reficiendi* urbium munitiones, dubitari non potest, quin iure *Quis bodie vrbes muniendi*, & extruendi mœnia, contineatur. Sed quorum auspiciis *in Germania* olim in *Germania* ipsi *urbium muri excitari*, valloque & mœnibus, firmari *iure vrbes muniendi* potuerint, perplexa disputatio videtur, & difficultatibus multis impedita, quas *uti possit* vt soluerent, HERMANNVS CONRINGIUS ^{p)} & CHRISTIANVS THOMASIVS, ^{q)} viri clarissimi, operam dederunt. Sed, ne obscuritate remotissimorum temporum perturbemur, visum est, a nouis illis, quæ omnium memoria repeti possunt, quorumque conditio ex certissimis rerum documentis cognoscitur, ordiri. & ex Germaniæ institutis, quæ sanctissima *pace Osnabrugensi*, aliisque inter imperatorem, & status imperii, conuentionibus æternis, consti-

X 3:

tuta

p) CONRING. de urbib. Germ. exer. acad. III. ciuitatis.

q) THOMAS. de iure dandæ



tata sunt, rem definire: donec ad illa vetera perveniamus, quæ & minus vo-
luptatis, & utilitatis parum, videntur præbitura. Augustissimus quidem *impe-
rator*, cuius olim in hac causa laxior potestas, iure *munimenta nova*, intra
statuum ditiones, nomine publico, instituendi, aut vetera prædiis firmandi,
visi illud *comitiali*, liberoque omnium imperii statuum suffragio, & consensu,
vile & necessarium esse videatur, art. VIII. §. 2. instrum. *pacis Osnabrugens-
is*, sese abdicavit. Apertius etiam capitulationis novissimæ art. 4. §. Jedoch
sollen und wollen wir, cum principibus electoribus pactus est, se, ne tempore
belli quidem, & in summis necessitatibus, tale quidquam moliturum esse, ne-
que vetera, atque collapsa, munimenta *refecturum*, multo minus aliis, ut
hoc faciant, permissurum esse; sed *statibus* imperii, qui *territorii iure* utantur,
& quibus solis imperii leges hoc concedant, huius rei arbitrium, & potestatem,
relicturum. In der Ehur. Fürsten, Fürsten und Stände Landen, und Ge-
bieth, keine Bestungen von neuen anlegen, oder bauen, noch auch zerfalle-
ne, oder alte, wiederum erneuern, vielweniger andern solches verstaten, oder
zulassen; immassen dieses allein die Landes-Herrn, nach denen Reichs-Er-
kungen, in ihren Territoriis zu thun befugt, und berechtiget seyn.

Itaque soli duntaxat illi, qui imperii, id est, *superioritatis territorialis*,
quam appellant, *iuribus* terras, atque provincias regunt, munimenta nova ex-
struunt, collapsa restitunt, aut aliis, ut intra terras suas illud faciant, conce-
dunt. Qua facultate, si quid video, etiam potestas *destruendi munimenta*, &
muros urbium, quæ territorio suo continentur, deiiciendi, si nemini hac re in-
iuria fiat, continetur. Enimvero, cum totum hoc negotium a iure belli & pa-
cis, quod *statibus*, art. VIII. §. *gaudeant, inst. P. O.* tributum est, pendeat,
illique conveniat, ut aliquando etiam mœnia, quæ ob aliquam utilitatem consti-
tuta sunt, mutata temporum, & rerum ratione, enertantur; consequens est, sta-
tus imperii etiam iure *moenia deiiciendi*, intra suum territorium, uti posse, si
nec imperatori, & imperio, inde aliquid incommodi accidat, nec publica pax
Germaniæ exinde perturbetur. Hæc enim conditio omnibus statuum imperii
iuribus, dicto art. VIII. *Inst. P. O.* §. 2. adscripta est, ut ne imperatori, &
imperio noceat, quod a statibus, vi summæ potestatis, suscipiatur. Illud ex-
peditum est, eadem lege, quæ augustissimum imperatorem, ut ne munitiones
intra territoria statuum *instituat*, prohibet, illum pariter, ne & munimenta il-
lorum *vasset*, aut perturbet, aut *deiciat*, repelli: cum hæc iura inter se con-
nexa, atque complicata esse, dubitari non possit. Enimvero, etiam ante pacem
Westphalicam ea fuit imperatoris moderatio, ut cum Buchhorniæ, civitatis im-
perii, munitiones ab imperatoriis, inter belli tumultus, deiectæ, & vastatæ es-
sent, datis litteris reuersalibus, hoc ipsorum iuribus detrimento non futurum,
significaret, atque reficiendi mœnia ipsis potestatem faceret, & sumptus faciendi
ne-

necessitatem, remisissis praestationibus, leuaret: quod supra, ex tabulis Ferdinandi, a nobis fuit obseruatum.

§. IX.

Igitur status imperii hodie prouincias *munitionibus*, & praesidiis firmare, & securitati suae prospicere, non prohibentur. Sed, vt circa fines territorii inuitis illis, qui proximum territorium obtinent, hoc ipsis liceat, GAILIUS²⁾ & ALBERICVS GENTILIS³⁾ timuerunt: cum quibus video ZIEGLERVM⁴⁾ lites, non sine spe victoriae, exercuisse. GENTILIS quidem ait, munitiones, circa fines institutas, ad *aemulationem* principis, qui proximum territorium obtineat, excitatas videri, ideoque MACRO obtemperat, qui l. 3. D. de op. publ. negat priuato licere, opus nouum facere, quod ad *aemulationem* alterius ciuitatis pertinere videatur: illaque lege credit etiam principes teneri. Enimvero, ineptum esset, auxilium legum Romanarum inuocare, in cognoscendis causis publicis, quae iure gentium definiuntur; nisi illas ipsa vox naturae, & lex ipsius aequitatis, defenderet, quae non patitur, ad *aemulationem* aliorum noua opera aedificari. Ad *aemulationem* enim opus facere videtur, quod illud aedificat, quod sibi parum proficiat, & coniunctum sit cum maiori incommodo, & periculo, aut certe metu, illorum, qui ipsum proxime attingunt: quod quenquam audere, naturalis ratio omnino non permittit. Sed quis definat, vtrum, qui intra suos fines loca idonea communit, opus ad *aemulationem* fecisse videatur: his eiusmodi argumentis si quis vtetur, lites ex litibus nascuntur. Obscurae sunt plerumque principum utilitates, quarum rationem vt exponant, aequales ab aequalibus postere non possunt. Nec tuto quis affirmare possit, ex *munitionibus*, quas alter intra suos fines excitauit, plus ad nos periculi, quam ad ipsum utilitatis, peruenire. Rectius, & naturae conuenientius, VLPIANVS l. 26. D. de damn. infect. & POMPONIVS l. 21. D. de aqua, & aqu. plu. arc. docuerunt, non videri illum alteri iniuriam fecisse, qui, iure suo vsus, & in suo subsistens, utilitati, sibi procurandae, operam dedit, quamuis alter aliquod incommodum exinde sentiat. Igitur, ex sola locorum circa fines munitione, non habet alter, quod timeat, aut dicat, se in periculum adduci: nisi ex illis, quae circumstant, & aliis omnino causis, intelligatur, alterum in ipsum aliquid eudere, & ipsi periculum moliri. Cuiusmodi suspiciones videntur oriri, si iam aliae lites grauiore inter finitimos exerceantur, aut, si quis munitiones in immensum augeat, parum sibi profuturas, nisi vt alteri imminere possit, resque finitimorum perturbare. Tunc enim, ZIEGLERVS etiam, permittit, vt cautio, siue stipulatio, de non laedendo, modeste exigatur. Quae si negata fuerit, tunc damnum enasci videretur iusta causa conque-

²⁾ GAIL. 2. obs. cam. 69. n. 18 sqq. ³⁾ ALBER. GENT. de iur. bell. l. III. c. 25.

⁴⁾ ZIEGL. ius maiest. l. I. c. 35. §. II. sqq. p. 638.



rendi. Sed plerumque hac querelae inanes sunt, cum semper utilitatis aliquis obtentus suppetat, quo urbium, & castellorum, etiam in finibus, munio defendi possit. Certe, cum de pace Osnabrugensi tractaretur, & *Magdeburgenses* ius munitiones proferendi, ex privilegio Ottonis I. & Ferdinandi II. postularent, serenissimi principis electoris Saxonici legatus d. 21. Martii anno 1648. potestatus est, & postulavit, ut hoc illi civitati demum *in casu necessitatis*, & si pax aliter haberi non posset, concedatur. Quae controuersia singularibus rationibus, & hac imprimis, quod suburbia, cum serenissimi administratoris incommodo, hac munitione deminuerentur, aliisque argumentis, nixa est, quae ex tabula protestationis ^{u)} cognoscuntur, & ipso, deinde instrumento pacis art. XI. §. 8. definita.

Illud disputationi locum non facit, *principes*, & *status*, qui cum finitimis, ne, intra certos fines, castella, aut opera, & munitiones fiant, *pacti* sunt, facultate muniendi prohiberi. Extant apud *LYNIGIVM* ^{x)} tabulae pactiois, qua *IOANNES*, & *HENRICVS*, duces *Megalopolitani*, cum ciuitate *Lubecensi* conuenerunt, ne castellum *Darsouien*se restitueretur, neue in confinio eius, vsque ad oppidum *Grewermole*, vnquam ab ipsis, aut heredibus suis, aliqua munitio, aut castellum exstruatur, aut, si quis alius id moliretur, ipsi illud, iunctis viribus, prohibeant, & consilium illud omni humana ope interuertant. Occurrunt eiusmodi pacta alia sexcenta, quae non attinet commemorare: quorumque fides, inter illos, qui eam dederunt, etiam hodie custodienda. Idem fere iuris est, si quibusdam, *cum consensu* statuum, ab imperatore *privilegium* tributum est, ut ne intra quaedam miliaria aliae munitiones exstruantur. Tunc enim ex *pacto*, & consensu, obligati sunt, ne, contra fidem datam, intra illos fines, aliquid munitionis moliantur. Sed de huiusmodi privilegiis deinceps exponemus.

§. X.

An ius urbes muniendi olim pertinuerit ad referuata imperatoris.

Hodie igitur *status imperii*, qui supremam in territorio potestatem obtinent, nisi pacta & conventiones, aut imperii leges singulares obtineant, etiam *circa fines* suos, urbes & oppida muniere non omnino prohibentur. Sed quo iure in munitione urbium olim vsa sit *Germania*, video, non inter omnes conuenire. Multi *imperatoribus* Romanis illud tribuunt: aliqui, & *THOMASIVS* imprimis, *statuum* hac in re auctoritatem praedicandam susceperunt, & *iniussu imperatoris*, ipsoque etiam inuito, urbes ab ipsis esse munitas, censuerunt; utrique exemplis, multisque argumentis, sententiam defendunt. Sed, quandoquidem iam quidem non interest, a qua origine profectum sit ius urbes muniendi, aut, quo tempore principes illo uti ce-

pe

^{u)} *LYNIG. Reichs. Archiv. P. II. spec. conun. IV. p. 2. app. p. 667.*
^{x)} *LYNIG. Reichs. Archiv. part. spec. cont. IV. p. 1333.*



perint, sed hoc statibus satis esse possit, quod sanctissimis imperii legibus ius extruendi munitiones ipsis sit tributum; dicam libere, quid sentiam, &, quid THOMASII argumentis opponi possit, indicabo.

Nimirum, quod ad exempla attinet, quæ vir clarissimus §. 43. *dissertationis singularis, de iure dandæ ciuitatis*, adduxit; illis omnino nihil conficitur. Enimuero, ex eo, quod quidam principes iura urbium confirmauerunt, falso conicitur, vrbes illas, vel ignorante, vel inuito, imperatore, constitutas. Principes quidem multis rebus, maxime, quæ in ipsorum prouinciis susceptæ sunt, auctoritatem suam accommodauerunt, quæ imperatoris iussu, atque voluntate aut certe consensu, nitebantur. ADOLPHVS, comes Holsatiæ, *Hamburgenses* anno 1190. hoc privilegio ornauit, vt ne castellum, prope illorum ciuitatem, intra duo milliaria, ædificetur: 1) sed extat apud LVNIGIVM 2) ipsius *Friderici I.* tabula, qua ciuibus, anno præcedenti, illius rei dedit facultatem. Sunt eiusmodi alia innumera exempla, quæ nec conquirere, operæ pretium est, nec commemorare: ex quibus intelligitur, multa a *statibus* constituta esse, quæ, si veram originem exquiras, ab ipsis imperatoribus Romanis sunt profecta. Igitur his exemplis, quæ nobis obiecit THOMASIVS, non probauit, olim ipsos *status* imperii, excluso imperatore, vrbes extruxisse. Taceo illis constitutionibus, quas ipse adduxit, *ius moenium* non contineri, de quo in primis disputamus.

Hæc dum scribo, occurrit mihi aliud exemplum quod opportunius, atque ad potestatem statuum, ab antiquis temporibus deriuandam, accommodatius videtur. Enimuero LVNIGIVS a) exhibet tabulam VLRICI a Trichtlingen, qua ciuitati *Voerdensi*, quam pignoris iure possidebat, anno 1388. potestatem, suburbia micenibus comprehendendi, concedit, illudque *exemplo omnium* fere, qui vrbes eo tempore possederint, fieri testatur. Daß sie ihre *Ver. Stadt innerhalb der Stadt. Mauer* setzen, und bauen, als sich iezo alle andere Städte der Herren, und des Reichs, versehen und besorgen. Sed ipsa hæc verba ostendunt, hæc talia temporibus turbidis, inter strepitum armorum, & belli, accidisse: ex quibus, quid *iure* factum sit, intelligi non potest. Præterea ipse etiam VLRICIVS huius rei facultatem vrbi ab imperio datam ait: Wenn sie des gut Urfund, und Brieff von dem *H. Römischen Reich* haben, vt intelligatur, non suo illud Vlricum arbitrio fecisse.

Quod THOMASIVS porro ad *præscriptionis* iura pronocat, debuisset cogitare, quod, si etiam largiamur, quosdam status, ante pacem Westphalicam, hoc iure, vltra hominum memoriam, vfos fuisse, hoc ipsis duntaxat, qui hoc

1) LVNIG. Reichs. Archiu. P. spec. cont. IV. p. 911. n. 2.

2) LVNIG. l. c.

n. 1. a) LVNIG. ibid. p. 408.

Fasc. III.



ius usurpauerint, non vëro generatim *omnibus statibus* imperii Romani, profuisse. *Rotenburger* anno 1507. ad ius munitionum, *præscriptione immemoriali* acquisitum, prouocabant, sed tamen hoc se tutos fore non credebant, atque a *Maximiliano*, vt iura illa sibi confirmaret, postulabant. ^{b)} Satis enim *imperatores* prospexerunt, antiquioribus etiam temporibus, ne hæc iura promiscue a statibus usurparentur. *WEHNERVS in obseru. pract. v. Stadt. Recht*, adducit Maximiliani I. literas, quibus ALBERTO, comiti Mansfeldio, ne vico cuidam iura vrbis concederet, interdixit: certo argumento; ne tum quidem imperatores immemores suorum iurium fuisse. Præterea ipsi status imperii, vrbiumque possessores, sæpe agnouerunt, ius munitionum ab imperatore, aut imperio, profectum. Non solum tabula VLRICI anno 1388. conscripta, & supra a nobis adducta, testatur, *Voerda* iura ciuitatis, ab imperio tributa, illudque non fuisse eius potestatis; sed ante illa tempora etiam ADOLPHVS ^{c)} dux Holsatiæ, anno 1190. professus est, ius muniendi Ham-burgensibus, non a se duntaxat, sed etiam a domino suo, FRIDERICO Romanorum imperatore, tributum esse. Quis igitur locus præscriptioni, cum toties ipsi status imperii ius imperatoris agnouerint, & potestatem vrbes muniendi ab ipso impetrarint. LVNIGIVS enim vix iusto volumine minimam partem illorum, qui ius mœnia ædificandi, aut amplificandi, ab ipso imperatore impetrarunt, comprehendere potuit: vt non necesse sit, illud exemplis comprobare. Sed si hæc omnia taceamus, ipsa natura vrbium, & causæ, propter quas institutæ sunt, ostendunt, antiquissimis temporibus, vrbes, sine imperatoris consensu, non commode institui, aut conservari potuisse.

§. XI.

*Iura ciui-
tatum ab im-
peratoribus
profecta.*

Non inquiram, quo tempore Germani in vrbes coierint, murisque, & mœnibus, firmauerint securitatem. Illud CONRINGIVS, *de vrbibus Germanicis*, & post illum, plures, occuparunt. Hoc expeditum est, HENRICVM AYCVPREM, Ancum Martium Germanorum, quo nomine Petrus a LVDEWIG illum appellauit, solertiori cura vrbes condidisse. Testis WITTEKINDVS ^{d)} qui illum iussisse ait, vt *concilia, & omnes conuentus*, (collegia imprimis) *atque conuiuia in vrbibus celebrarentur*: in quibus exstruendis diu, noctuque, operam dederit. Deprehendi nuper eius rei vestigia, in tabula, superiori seculo, anno 1604. a Christiano II. principe electore Saxoniae, promulgata, qua nobilibus ius conueniendi *Dalitium*, ad solennem, atque anniuersariam saltationem, ultra hominum memoriam, quotannis ibi repetitam, einen züchtigen Adelichen Tanz in der Stadt Dalitz jährlich auf Petri und Pauli zu halten, confirmauit. Ex qua re, & pluribus aliis argumentis, cognoscitur,

WIT-

^{b)} LVNIG. P. spec. cont. IV. p. 2. p. 346.
cont. IV. p. 921. n. 2.

^{c)} LVNIG. Reichs. Archiv. P. spec.

^{d)} WITTEKIND. I. I. p. 639.



WITTEKINDVM vera tradidisse. Igitur conuiuia in vrbibus instituebantur sed audiamus CONRADVM BOTHONEM, in *Chron. Brunsvicensi*, quem PETRUS a LVDEWIG ^{e)} adducit, qui Henricum etiam constituisse ait, vt nullæ *nundinae*, & *tabernae*, vendendi, emendique causa, extra vrbes haberentur. Præterea BOLCO dux Silesiæ, in tabula, qua anno 1337. Frburgum ciuitatis iure donauit, huic vrbī, *ex more antiquo* Franconiæ & Teutonicali, ius alendi mercatores, & prohibendi opifices, intra milliare, circumferentialiter, concessit. ^{f)} Ex quo more ius illud prohibendi, intra milliare, das Meilen-Recht, quo hodie etiam vtimur, enatum. Vides igitur, moribus Teutonicis hoc conuenisse, vt vrbes iure prohibendi intra milliare vterentur.

Vt in hoc vno subsistamus, quis non videt, frustra, antiquis temporibus, status imperii vrbibus suis, maxime circa fines, ius prohibendi opifices, ne intra milliare circa urbem circumferentialiter subsistant, fuisse tributuros; cum illorum nulla extra territorium potestas, & ipsum territorium singulorum statuum angustis olim limitibus definiretur. Taceo, quod iura opificum non tam a singulis statibus, sed sub initia vrbium, ab imperatore, & imperio, in comitiis inprimis, regerentur. Quod illustris PETRUS a LVDEWIG ^{g)} commentatione singulari exposuit, & ex R. I. etiam recentioribus, vt Aug. d. A. 1530. tit. 39 §. 1. A. 1548. tit. 36. 37. A. 1551. §. 83. 84. Spir. 1570. §. 2. ord. polit. Francof. 1577. tit. 15. & R. I. Ratisb. 1594. §. 123. aliisque compluribus, intelligitur: vt dubitari non possit, vrbes, quæ opificum alendorum causa inprimis constituebantur, ab ipso imperatore, aut imperio, magis, quam a singulis statibus, iura sua, atque privilegia, impetrasse.

Accedit ad illa, quæ adhuc disputata sunt, ius prohibendi, ne intra certa milliaria, vrbes, castella, & munitiones, constituerentur: quod plerisque vrbibus tributum, loquuntur innumera exempla: ^{h)} quodque Saxorum etiam consuetudo comprobatur, quæ vrbibus cauet, ne aliæ omnino intra milliari Germanici spatium ædificentur. III. N. a. 66. Frustra de his iuribus status singulares laborassent, nisi cum imperatoris, & subinde etiam statuum imperii, consensu. Ausim enim affirmare, ne finitimorum procerum quidem, cum illi sensim potentia crescerent, negligendam fuisse voluntatem, & consensum; cum ne cui ius prohibendi, cum ipsorum incommodo coniunctum, ipsis inuitis, concederetur, ratio æqualitatis, inter status imperii, permittere non videatur. Ne res careat exemplo, SIGISMUNDVS anno 1436. Nordhuse e consilio statuum,

Y 2

^{e)} PETR. a LVDEWIG de opifice in pagis exule. Cap. 3. §. 4. ^{f)} LVDEWIG loc. cit. §. 5. ^{g)} LVDEWIG ibid. §. 5. ^{h)} Voerdæ hoc concessum, LVNIG. l. c. P. spec. cont. IV. pag. 410. Francofurt, LVNIG. l. c. pag. 582. Tremonæ ibid. p. 543. Gellnhause ibid. p. 806. Hamburgensibus ibid. p. 921. Spirensibus LVNIG. l. c. P. spec. cont. IV. p. 2. p. 504. & aliis sexcentis.



tuum, mit wohlbedachten Muth, guten Rathe, unserer, und des Reichs, Fürsten, Grafen, Edlen und Getreuen, ius munitionum, & faciendorum operum, quibus vrbs illorum firmaretur, concessit. Tabulam LVNIGIVS servavit. 1)

Saxones certe tenacissimi suæ libertatis, multisque iuribus insignibus, a reliquis Germaniæ populis, seiuncti, *privatis* iure muniendi, nisi intra certum modum, interdixerunt: fossam duntaxat, sepemque, aut murum, modicæ altitudinis; fieri permiserunt 3. l. R. 66. cetera suspecta, & periculosa, habuerunt.

Man soll auch keine Burck, noch Stadt vorfesten mit Blancken, noch mit Mauern, noch Berg, noch Thurm bey Dörffer bauen, ohne Urlaub des Land-Richters. Ohn sein Urlaub mag man aber wohl Graben aufwerffen, als tief ein Mann mit seinem Spaden aufschuessen mag die Erde, also daß er keinen Fuß-Schemmel, noch Gerüste dazu mache: Man mag auch wohl bauen ohne sein Urlaub mit Holze oder mit Steinen dreyer Gaden hoch über einander, einen in der Erden, und die ander zween oben, doch also, daß man ein Thor mache in den niedersten Gaden, über der Erden, eines Knies hoch. Man kan auch wohl befesten einen Hoff mit Zäunen, oder mit Stecken, oder Mauern, als hoch ein Mann reichen mag, auf einem Ross sitzende: Zinnen und Brustwehren sollen auch nicht daran seyn. Sed si publice mœnia ædificanda, vrbesque instituendæ præter principis auspicia. Regis etiam consensum, chirotecæ transmissione declaratum, dum vrbes conderent, desiderarunt. Ita enim vetus iuris Saxonici interpres, 2. N. 26.

Niemand mag neue Märkte, oder Münz erheben, ohne des Richters, das ist, des Fürsten Willen, in des Gerichte es leit: Auch soll der König, durch Recht, sein Land-Zeichen darzu senden, zu einer Bewei- sung, daß es sein Wille sey.

Ex quibus rebus apparet, magnam fuisse, antiquis temporibus, *imperatoris*, in condendis urbibus, auctoritatem: & *status imperii* ius *urbes muniendi*, primo quidem *privilegiis*, interdum tacita *regis* voluntate, subinde etiam pactis, & præscriptione, adquisivisse: donec postea, fenerissimis legibus imperii, pace Westphalica inprimis, & pactis cum imperatore initis, & novissimis capitulationibus, omnes, qui territorii iure vterentur, liberam in instituendis, administrandis, atque muniendis urbibus, fortaliis, castellis, potestatem adipiscerentur.

Nos quidem, vt *Saxonia* nostra, dulcissima patria, aduersus omnem vim hostium *munita*, atque obsirmata, fructu placidissimæ securitatis nunquam omnino careat, & aeternitate urbium, flore commerciorum, abundantia, & diutiis, ciuium, diuinorum, humanorumque omnium bonorum copia, & facultate, omnes externos, vincat, & longissime superet, ex animo precamur.

XIX.

1) LVNIG. Reichs-Archiv. Part. II. cont. IV. v. 2. p. 72.



XIX.

DISSERTATIO
V T R V MHEREDE INSTITVTO
INTRA ANNVM DELIBERANDI MORTVO
SVBSTITVTVS ADMITTATVR?

VITEMBERGAE, AD D. OCTOBR. A. Q. S. P. E. MDCCXXXIV.

§. I.

Natura liberaliter omnibus prospexit, ut nemini facile, quod ad bene viuendum pertineat, deesse videatur. Quanto rerum minus est, tanto plus suauitatis ex *spe*, & expectatione temporis futuri, nascitur: quæ, quamuis fructu præsentis careat, tamen, ipsa imagine bonorum, ad quæ contendimus, animos mirifice accendit: & cum alios vel commoditatum suarum satietas, & fastidium, debilitet, vel sensus miseriæ communis, cum omni felicitatis gradu coniunctæ, frangat, & infirmet, ipsa contra studium & desiderium alit, & blandissime sustentat: effectrix, atque procuratrix, multarum, atque incredibilium omnino, voluptatum. Enimuero, quandoquidem, quæ speramus, plerumque nobis ignota sunt, certe nondum penitus percepta, animoque familiaria, sed a nobis ipso tempore seiuncta; efficitur, ut, quod PLINIVS ^{a)} ait, quo quis propius accessit ad *spem* fruendi, hoc impatientius moram ferat, omnes utilitates animo præcipiat, incommoda, quæ ab illis segregari non possunt, aut nesciat, aut non cogitet, ipsoque sensu bonorum, priusquam hæc ad ipsum peruenerunt, vehementius, quam fructu illorum, cum impetrata sunt, afficiatur.

Igitur is non parum tribuit amico, qui cum res & bona præsentia non possit, *spem* tamen, non omnino vanam, quamuis longam, & remotam, præbuit, tanquam bonum vicarium, & subsidiariam iucunditatem. Illud mouit POMPONIVM, ut quamuis nec emtionem, nec venditionem, sine *re*, quæ veneat, intelligi posse docuerit, tamen, cum captus piscium, vel missilium, & quasi *alea*, emitur, emtionem contrahi agnoscat, etiam si nihil inciderit; quia *spei* emtio sit, quæ & ipsa mercis rationem habere videatur, l. 8. D. de contrah. emt.

Y 3

Sed,

a) PLIN. VI. ep. 1.



Sed, inter spes alias, nihil efficacius fuit ad Romanum ingenium, quam *spes hereditatum*, quamvis fallax, & incerta, *substitutionibus* duntaxat, & post plures heredum gradus, e longinquo, facta a defunctis, qua fidem amicitiae, & studium amoris, testarentur. Enimuero Romae, exemplo Græcorum, quod ex testamento ARISTOTELIS, ^{b)} filiae Nicanorum, & huic alios, substituentis, observatur, maxime ob legem PAPIAM ^{c)} ne hereditates caducae essent, aut testamenta destituerentur, inualuit, ut heredes non solum *primos*, sed *secundos*, & *tercios*, & subinde *quartos*, instituerent, ad quos spes hereditatis per quosdam gradus perueniret. Certe APPIANVS ^{d)} *moribus* tribuit consuetudinem substituendi. ἘΔΟΣ ἦν Ῥωμαίοις, inquit, παρονομασίαν τὰς κληρονομίας ἐπείγουσιν, εἰ μὴ κληρονομοῖεν οἱ πρότεροι. Et VLPPIANVS l. 2. pr. D. de vulg. & pupill. substit. auctor est, *moribus*, id est, prudentum interpretatione, & iure civili, introductum, ut quis liberis impuberibus, substituere posset testamento: cum nec lex XII. tabularum testatoribus resisteret, quominus, uticunque visum esset, super pecunia sua, & familia, legarent: qua facultate comprehendi etiam videtur potestas, vulgariter substituendi.

Sed *substitutionibus spes* duntaxat hereditatis, apparens e longinquo, continetur, saepius delusa, & magis fortunae beneficio, quam testatoris iudicio implenda. TACITVS ^{e)} in *spem secundam* vocari substitutos, ait: „quandoquidem Augusti testamentum Tiberium, & Liuiam, heredes habuit: sed, in *spem secundam* nepotes, pronepotesque, TERTIO gradu primores ciuitatis, scripserat. „ Cum, contra, qui proximi imperio destinati essent, eodem TACITO teste, *spem primam* dominandi habeant ^{f)} & successore delecto, prae *spes* aliorum, qui ad imperium adspirent, cohibeantur. ^{g)}

Itaque *substitutionibus hereditatis spes* deferebatur: sed dubia plerumque, & facile euentu caritura: quandoquidem, quamdiu institutus admitti potest, docente VLPPIANO, l. 69. D. de acqu. vel om. hered. substituto locus non relinquatur; qui antea succedere non potest, quam excluso herede instituto. Solam igitur *spem* hereditatis substitutio continet: quae tantopere animos hominum arrexerat, ut segetem & materiam litium multarum pareret, & disciplinam iuris multis dissensionibus, & magna difficultate, perturbaret. Sed infirmat *spem* substituti PAVLLVS, l. 42. D. de A. R. D. qui, quamvis *spes*, rei locum obtineat, & vendi possit, tamen *substitutionem*, quae nondum competat, id est, cum nondum delata sit hereditas, *extra bona nostra* esse, affirmat, adeoque

^{b)} DIOG. Laert. vita Aristot. l. V. segm. 12. sp. p. 275.

^{c)} vid. THOM. Papillonius de direct. hered. substit. c. 4.

^{d)} APPIAN. de bell. ciu. l. II. p. 132.

^{e)} TACIT. ann. l. c. 8.

^{f)} TAC. ann. IV. c. 7.

^{g)} TAC. annal. III.

cap. 56.



eoque substitutum, qui spem duntaxat deferendæ in posterum hereditatis habeat, locupletiores esse, aut aliquid omnino habere, negat. priusquam heredes primi hereditatem aut repudient, aut *adire*, & *pro heredibus gerere* prohibeantur. Quapropter idem alio loco, *l. 7. D. de hered. vel act. vendit.* ut hereditas a substituto *vendi* possit, vix permittit: cum *esse* debeat hereditas, ut sit *ematio*: & non *alea*, sed *res* ematur; quæ si nulla sit, non contrahi posse *emtionem*, docet, sed *pretium condici*.

At vero, nihil certius, quam esse aliquid boni, quod statim perveniat ad substitutum: ut illud *spei*, quod substituto tribuitur, non solum *in bonis* substituti esse, sed etiam *vendi* posse, videatur. Audiamus *ULPIANUM l. 11. D. de hered. & act. vend.* qui, hoc modo, inquit, admittitur venditio, *si qua sit hereditas*, esto tibi *emta*: cum quasi *spes* hereditatis, & ipsum incertum rei, veneat, ut in *retibus*, & in *venatione*. Cum quo etiam consentit *IAVOLENVS l. 10. D. de act. & hered. vend.* qui admittit venditionem, ut, *si quid iuris esset* venditoris, veneat, & ad *emtoem* transferatur: quamvis enim ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil tamen, ait, eo nomine præstari: quia id actum esse manifestum sit, ut quemadmodum *emolumentum* negotiationis, ita *periculum*, ad *emtoem* pertineret. Imo vero ipse *PAVLLVS l. 13. D. de hered. & act. vend.* probat hanc conventionem: „ut *quidquid iuris* haberet venditor, *emtor* etiam haberet; & *liberari*, ait, „*venditorem*, quamvis hereditas ad illum nunquam perveniret.„ Ex quibus rebus, apparet, non omnino nullam esse *spem* hereditatis, quæ pertinet ad substitutum: sed illam eatenus esse *in bonis*, quatenus & *spes* ipsa commoditatis futuræ cum fructu aliquo voluptatis coniuncta est: ideoque etiam *vendi* posse *spem* substituti, quatenus ille, qui vel *aleam* emerit, non rem omnino vanam *emisse* creditur. Quod vero *PAVLLVS l. 42. D. de A. R. D.* substitutionem *extra bona* esse affirmabat, eo pertinet, ut substitutio *bonum præsens*, quod pleno iure possideatur, & quod *spei l. 8. D. de contrah. empt.* opponitur, dici nequeat: cum is demum, docente *MODESTINO l. 52. D. de A. R. D.* rem *in bonis* habere intelligatur, qui possidens *exceptionem*, aut *omitens*, ad recuperandam eam, *actionem* habet: cum, contra, propter incertitudinem casuum humanorum, illa, quæ nondum penitus acquisita sint, non omnino *nostra* videantur. Illud expeditum est, substitutum, nisi ipse vius adierit, ad heredem non transferre substitutionem: *l. 81. D. de A. vel omit. hered.* & nihil iuris *emtoem* retinere, si non ipse substitutus hereditatem, sibi delatam per gradus, adquisiverit additione.

§. II.

*Quousque
dures spes
substituti.*

Igitur *spei* duntaxat voluptate substitutus vitur, donec ipsi hereditas, remoto instituto, deferatur. Imo vero etiam interdum *superstite*, & *volente* instituto, heres videtur, & primo hereditatem subripit, si *nulla* sit primi gradus institutio, sique testamentum, quoad illum gradum, infirmetur. PAVLLVS enim l. 43. §. 2. *de vulg. & pupill. substit.* in testamento, quo quis uxorem heredem instituerat, filiis, quos in potestate habebat, substitutis, eum gradum, quo liberi præteriti sint, nullius momenti esse, ait; sed, quia filii tamen substituti sint, illos ex testamento heredes extitisse, cum non totum testamentum liberi, sed illum duntaxat gradum, qui ab initio non valuerit, infirmant. Igitur liberi substituti, etiam *volente* instituto, admittentur.

Ceterum, si adire voluerit institutus, plerumque expirat vulgaris substitutio. Enimuero, si HERMOGENIANVM audiamus, l. 12. *D. condit. instit.* in voluntaria heredis persona, res fere in heredis arbitrio posita, & illa verba: *primus*, si *volet*, heres esto, superuacua videntur; cum, etiam si non sint addita, inuitus heres non efficiatur. Itaque *volens* heres primus excludet substituti *spem secundam*: sed, nec voluntate tamen sola, hereditatem primus acquireret, nisi *efficaciter* voluerit, & conuenienter negotio, indicioque luculento acceperit hereditatem: gerendo pro herede, aut hereditatem adeundo. Neque enim sufficit, si paruerit conditioni, sub qua institutus est, nisi animo, *gerendi pro herede*, impleuerit iudicium supremum testatoris. ANTISTIVS LABEO certe, teste IAVOLENO, l. 62. *D. de A. v. O. hered.* heredem primum, sub conditione, *si iurabit*, institutum, quamvis iurauerit, non statim heredem futurum, ait, antequam pro herede aliquid gesserit: quia iurando voluntatem magis suam declarasse videatur: quamvis PROCVLVS & IAVOLENVS institutum, si, vt heres, iurauerit, admittant.

Ergo expeditum est, additione instituti inprimis, aut pro herede gestione, non nuda voluntate, excludi substitutum: certe, non, nisi excluso instituto, hereditatem substitutis omnimodo deferri, l. 69. *D. de A. v. O. hered.* Sed videamus, an non interdum locus substituto detur, quamvis institutus adierit, si appareat, illum non recte, neque ex voluntate testatoris, adiisse. Ita VLPIANO l. 6. *pr. D. de hered. instit.* atque PAVLLO l. 72. *D. de A. v. O. her.* visum est, qui, si conditione institutionis *dies* adiectus sit, intra quem adeat hereditatem, vel Capitolium adscendat, isque non paruerit conditioni, substitutum continuo admittit. Igitur tunc demum, si *heres primus* voluerit, & *tempestiue*, atque & iussu testatoris, voluerit, ex-



extenuatur atque evanescit spes heredis substituti. Interdum tamen, etiam si primus efficaciter adierit hereditatem, spes substituti sustinetur. Neque enim dubito, si minor viginti quinque annis hereditatem damnosam adierit, & in integrum restituatur, admitti substitutum. GAIUS enim l. 57. D. de A. v. omitt. her. auctor est, minores, si temere damnosam hereditatem appetierint, ex generali prætoris edicto de minoribus viginti quinque annis, in integrum restituendos. Sed restitutio, præcipiente PAVLLO, l. 24. §. 4. D. de min. ita facienda est, ut unusquisque integrum ius suum recipiat, quasi infectum fieret, quod temere a minore factum esse intelligeretur. Quam prætoris æquitatem commendat vox naturæ, quæ non patitur, temeritate adolescentuli, a qua respiscat, ius suum cuiquam interuerti: commendat etiam ultimarum voluntatum fauor, quibus obtemperandum est, si vel subtili iure infirmentur. Enimuero nihil magis iudicio testatoris conuenit, quam deferri hereditatem substituto, quæ ad heredem primum non perueniat, aut non profit heredi instituto; cum contra, si, post restitutionem primi, excludatur etiam secundus, destituatur testamentum: quod ne accadat, inuictæ sunt, moribus, heredum substitutiones.

Subit mirari, quid in mentem venerit HVBERO, ^{b)} qui cum STRVPIO, de illo argumento, litem serio exercet. Quod enim DIOCLETIANVS & MAXIM. l. 5. C. de impub. & al. subst. „post aditam hereditatem directas substitutiones, non impuberibus filiis factas, expirare, aiunt, de aditione efficaci accipiendum est, quæ non postea irrita, & infecta esse iudicatur: quum hereditas, quæ temere adita fuit a minore, fingatur, omnino non adita fuisse. Neque PAPINIANVS nos perturbat, qui l. 2. D. de success. edict. ne cognatum quidem inferioris gradus, ad possessionem bonorum admittit, quam prior cognatus acceperat, quamuis prior, ob auxilium ætatis, deinde abstineat hereditate. Enimuero recte observat THOMAS PAPILLONIVS ⁱ⁾ illud ius singulare, in fauorem fisci introductum, non latius, neque ultra cognatos, bonorum possessionem ex testamento petentes, ad substitutos testamento producendum. Diserte enim SCAEVOLA l. 44. D. de re iudic. docet, bona defuncti, postquam tutores pupillum, qui illis auctoribus antea pro herede gesserat, abstinerunt bonis paternis, ad substitutum peruenisse: ut dubitari non possit, etiam post restitutionem primi, secundo dari facultatem, ad ius heredis adspirandi. Quæ ex l. 7. §. 10. D. de min. obiciuntur, subtiliter ANTONIVS FABER ^{k)} PAPILLONIVS, loco supra excitato, diluerunt.

Macer tamen l. 61. D. de A. v. O. hered. & DIVVS SEVERVS fortius resistunt, qui ne coheredem quidem, cum minor annis, qui heres ex parte extitit,

b) HVBERTVS ad digest. XXVIII. 6. p. 286 sqq. de direct. hered. subst. p. 715. in thes. Ottonis t. IV. coniectur. c. 4.

i) PAPILLONIVS c. 9.¹ de

k) ANT. FAB. l. III.



tit, in integrum restitutus est, cogendum censuerunt, ut eius partis onus suscipiat, sed creditoribus bonorum possessionem dandam esse, iudicarunt. Sed huic respondeas, nemini quidem invito, per restitutionem minoris, incommodum afferri posse, quod iuris necessitas ipsi non antea imponat: sed neque per aditionem temerariam, quæ per restitutionem infirmatur, cuiquam ius suum extorqueri; quod cuique integrum manere, etiam post restitutionem, PAVLLVS l. 24. §. 4. *D. de min.* præcepit.

Itaque non admittetur substitutus, postquam primus adiit hereditatem, nisi hic in integrum restituatur; sed expectandum est tempus, quo prior vel nolit, vel non possit, adquirere hereditatem. Docet enim ULPIANVS l. 3. §. 1. 69. *D. de A. v. O. hered.* quamdiu prior heres institutus hereditatem adire possit, substituto hereditatem non deferri; illa enim demum hereditas, teste TERTIO CLEMENTE l. 151. *D. de V. S.* delata videtur, quam quis consequi possit adeundo: quod substituto, nisi excluso instituto, non licere, supra fuit comprobatum.

Sed quamvis spe exigua atque extrema pendeat ius substituti, non tamen spem hereditatis abiiciet, donec certo constet, heredes primos hereditatem adiisse; aut si spem antea dimiserit, illa, quodocunque visum est, redintegrabitur, donec hereditas peruenierit ad institutum. Negat enim ULPIANVS, l. 13. §. 2. *D. de A. v. O. hered.* repudiationem aliquid valere, si substitutus antea repudiet, quam heres institutus decernat de hereditate. Quod & PAVLO l. 18. *D. eod.* placuit, cui is demum repudiare posse visus est, qui possit adquirere hereditatem.

Ex quibus rebus intelligitur, pendere spem hereditatis, neque omnino accidisse, donec expeditum sit, primos adquisivisse ius heredum, adeundo. Aliquando tamen eveniet, ut, quamvis primus non adierit, secundus excludatur. Fac enim, primum in patris potestate fuisse constitutum, & patrem adiisse, filio invito, & repudiante. Excludetur tamen substitutus, cum filio familias delata hereditas, parenti eius etiam quodammodo delata videatur. Ita enim IUSTINIANVS l. ult. pr. C. de bon. quæ lib. rem definiuit: quidquid THOMASIVS ^{l)} & WISSENBACHIVS ^{m)} legi manifestæ obloquantur: cum pater, filio etiam invito, aditione, aut pro herede gestione, quodammodo adquirat delatam filio hereditatem. Certe, etiam si non adierit hereditatem institutus, tamen, si substitutus etiam decesserit; MARCIANVS l. 9. *D. de suis & legit. her.* docet, substitutionem ad heredes substituti non transferri, sed expirare morte substituti: quod & EMVNDVS MERILLVS ⁿ⁾ in libro *de iure accrescendi* observavit, & supra a nobis fuit indicatum. De quo videbatur le-

tor

^{l)} THOMAS. sch. ad Hub. pand. l. 28. 6. §. 2. p. 289.
pandect. disp. 56. th. 17.
apud Ottoneum t. IV. p. 1759.

^{m)} WISSENB. p. I.

ⁿ⁾ EMVND. MERILLVS de iure accrescendi c. 4.



Stor admonendus, vt deinceps de ipso argumento, quod tractamus, facilius constitutur.

§. III.

Igitur, quamdiu spiritum hunc ducet substitutus, alet spem hereditatis deferendæ; quæ tandem implebitur, cum constabit, heredem primum *non voluisse* acquirere hereditatem, adeundo. Hic enim, si ipse non voluerit adire, *Quando volle designat heres institutus.* exceptis liberorum personis, hereditatem non aditam, auctore IUSTINIANO l. vn. ff. 5. & 13. D. de caduc. tollend. ad heredes non transmittit; sed locum facit substituto. Quapropter ULPIANVS, l. 69. D. de A. vel O. hered. non longius arcet substitutum, quam, donec constet, institutum non admitti; & huic, nisi adeat, aut pro herede gerat, eiusque heredibus, ait, denegandas actiones. Sed quousque heredem secundum expectare iubeamus, vt intelligatur, heredem primum *non voluisse* ad hereditatem peruenire? PAVLLVS quidem heredem primum, cui, testamento, *tempus*, intra quod adeat hereditatem, hac lege, *præstitutum* sit, vt si intra illud non adierit, ipsi alius *substituatur*, putat, *non voluisse* acquirere hereditatem, si, intra dies definitos, nec adierit, nec pro herede gesserit, qui fuit institutus, l. 72. D. de A. v. O. hered. Igitur secundus admittetur, si primus conditioni temporis, ipsi adiectæ, non parebit. Sed faciamus, primum intra illud tempus decessisse, quo debebat decernere de hereditate, & conditionem adimplere. PAVLLVS, ait, d. l. 72. neminem omnino dubitare, quin substitutus non soleat vltimum aditionis diem expectare. Itaque apparet, non videri *voluisse* hereditatem acquirere, qui decesserit intra tempus aditioni destinatum. DIOCLETIANVS & MAXIM. l. 7. C. de iure delib. longius procedunt, & illum etiam *non voluisse* heredem fieri, indicant, qui ne quidem cognouit, sibi hereditatis aliquid relictum, sed, antequam pro herede gereret, aut bonorum possessionem admitteret, decessit; aiunt enim, illum defuncti successionem ad heredes suos transmittere non potuisse. Quod & PAPENIANVS, l. 86. D. de A. vel O. hered. approbavit, qui illorum duntaxat heredes, qui rei publicæ causâ absentes fuerant, & antea vita decesserant, quam heredes se institutos cognoscerent, humanitatis causâ, censuit ex persona defuncti in integrum restituendos. Ausim affirmare, illud etiam heredibus militum esse tribuendum, vt restituantur, si miles, iuris ignorantia deceptus, priusquam adiret, decesserit intra tempus definitum: PAVLLVS enim l. 9. D. de iuris & facti ignor. etiam, quod ad aditionem hereditatis attinet, militi ius ignorare, ex constitutionibus principalibus, permittit: vt dubitari non possit, heredes eius, ex persona militis, restituendos.

Sed hæc iure singulari, fauore laudabilis absentiae, itemque militiæ, obtinuerunt. Ceterum, qui priusquam adiit, intra tempus definitum testamento, vita decessit, videtur *non voluisse* heredis iura impetrare. Possem discedere ab hoc argumento, satis expedito, nisi VARIANVS turbas daret, qui negat, illum

lum *nolle* adire hereditatem, qui *non potuit* adire. l. 4. de A. H. Videtur enim, qui antea decessit, non potuisse adire, intra tempus definitum, ideoque nec omnino noluisse. Magis etiam rem impedit PAPINIANVS, qui l. 101. pr. D. de condit. & demonstr. ait, *non noluisse* nubere, quæ, priusquam viri potens fieret, morte conditionem nuptiarum antevertit. Ideoque excludit legatarium secundum, qui in hunc casum substitutus est, si nubere puella noluisse. Præterea idem, quem antea adduxi, VLPPIANVS alio loco, vehementius resistit, qui seruum vicarium, si ab alio fugitivo inuitus abductus, occasionem redeundi non accepit, non putat, reuerti *noluisse*; sed tunc demum, non *potuit* reuerti. l. 17. §. 7. D. de ad. edict. Certe SENECA ^o) illum omnino *velle*, in cuius naturam non cadit, *nolle*, dubitandum non putauit. Ex quibus videtur colligendum, *primum* hereditatem non repudiassè, qui, præuentus morte, non significauit, se accipere hereditatem, adeoque substituto locum tunc non fieri, sed, ad *heredes primi*, successionis comoda transferri. Verum, ab his quidem non adducor, ut eum, qui, antequam adiret, intra tempus præscriptum, decesserit, existimem hereditatem transmississe. Enimvero largimur, *non omnino noluisse*, qui non potuit adire, neque puellam, quæ nubendi conditionem non accepit, nec tempus nuptiarum attigit, pænæ locum fecisse, quæ in illum casum constituta erat, si nubere puella noluisse: faciamus etiam, seruum vicarium non indignum venia videri, qui non occasionem reuertendi nactus est: adeoque illum non recte accusari, quod *noluerit* reuerti. Vltro concedimus, vietas manus damus, profitemur: *non noluit* adire, qui decessit intra tempora aditionis. Verum, ut hereditas transmitti possit, non sufficit, *non noluisse* heredem primum acquirere hereditatem, sed, ut etiam *voluerit*, utque tempestiue *voluerit*, desideratur, utque luculento indicio prodiderit decretum suæ voluntatis. Quod LABEO & PROCVLVS & IAVOLENVS l. 62. D. de A. vel omitt. hered. comprobarunt. Certe POMPEONIUS l. 4. D. locati, facile agnoscit, quod *velle desinat*, qui e vita emigravit: tantum abest, ut credamus, *velle* illum *incipere*, dum moritur, qui antea dissimulauit voluntatem. Neque quenquam facile, quod SENECA, loco supra indicato, philosophatus est, perturbet. De *sapiente viuo* disputauit, qui, quod melius sit natura, *nolle* penitus non possit: adeo, cum alterutrum eligere debeat, ac possit eligere, *nolle* autem meliora, in ipsum penitus non cadat, *velle* eum meliora, iudicauit. Aliter de illis sentiendum, qui nec *debent* eligere, nec *possunt*, postquam vita decesserunt. Hos enim *velle* acquirere hereditatem, quamuis nec *nolle* in illos cadat, nemo dixerit, cum neutrum ad illos pertinere videatur.

§. IV.

Naturalis
ratio heredi-

Non videbitur ab instituto alienum, si comprobauerim, testatorem, cum de eius voluntate quæritur, potius substituto, quam instituti heredibus, prospectum

^o) SENECA. l. VI. de benef. c. 21. f.



specum voluisse. Hoc intelligetur, si memoria repetas, quo animo testatores, *bus instituti* quo consilio, ceperint *substituere* heredi instituto. Et nemo quidem negat, il- *præfert sub-* lud inprimis agi substitutionibus, ut ne ad *successores ab intestato* perveniat *stitutos.* hereditas defuncti: aut ne caduca sit, ob legem PAPIAM, aut ne bona a creditoribus nomine defuncti distrahantur; sed ut personas, quas dilexit, in quibus spem, & fiduciam collocavit, blande afficiat testator, & memoriam sui, beneficio hereditatis, etiam in posterum confirmet. Videberis victoriam heredibus impetravisse, cum, si ad *heredis primi* successores, spes hereditatis, & facultas adeundi, deferatur, eadem omnia obtineri possint, quæ testator voluit, ut neque heredes eius ab intestato bona possideant, nec creditores, nec fiscus, facile inuolare possint in messem alienam, ad quos arcendos diximus inventas substitutiones. Verum enim vero, non illud quæritur, quomodo excludi *possint* successores legitimi, & fiscus, atque creditores; sed quomodo testator illos *voluerit* excludi. Illud igitur ex *amore* colligendum est, quo duce testator constituit quosdam gradus, & ordines, heredum.

Nihil expeditius, quam testatori suos potius *amicos*, quos iudicio elegit, quibus familiariter usus est, quos instituit, quos substituit, quos suos esse voluit, commendatos fuisse, quam *heredes amicorum*, quos fors nascendi obtulit, quos testator plerumque oculis non vidit, qui de illo nunquam meriti sunt, quos nulla officia, nulla necessitudo, nihil, quod animos hominum obstringit, & conglutinat, nulla vincula amicitiae humanæ, cum testatore coniunxerunt.

ISOCRATES /) quidem, ut patrimonii, ita amicorum, hereditatem voluit ad liberos amicorum, & heredes, quodammodo transmitti. Verum, iam non, quid pulchrum, quid præclarum sit, disputatur, sed facti quæstio est, & quid *voluerit* testator. Verum, quis non videt, quantum repugnet voluntati testatoris, si hereditas ad heredes primi heredis, non adeuntis, perveniat. Cui non ante oculos versatur TIBERIUS, qui matre mortua, omnes familiaritates pristinas, intra breve tempus, affixit, & deseruit amicitias paternas, & maternas. 2) Quis nescit, quantum sæpe degenerent, & deficiant, a maioribus heredes? quam facile, si heredibus heredum bona nostra relinquerentur, illa ad indignos perventura essent, ad stipites, ad truncos, ad molestissima onera terrarum. Quis ignorat, quod facilius *inimicitiae* paternæ, quam familiaritates, & *amores*, ad heredes transferantur. 3) Quis igitur credat, testatorem incertos heredes *primi* heredis, *amico substituto*, cuius fides ipsi approbata fuit, prætulisse. Heredes a sanis testatoribus, amore, & iudicio, plerumque deliguntur. Sed magis probabile est ad fidem, testatorem, heredes primi & secundi gradus, quos cognovit, atque nominavit, amore, & iudicio suo, probavisse,

p) ISOC. ad Demon. c. 1.

q) SÆTON. in vita Tiberii, c. 51.

r) VALL.

MAX. V. 4. 14.

Fusc. III.



nisse, quem heredis primi incertos, & sæpe degeneres, heredes. Certe testator; qui heredes heredis primi impensius dilexisset, quam heredem substitutum, potius heredi primo suos heredes substitutos daturus fuisset primo loco, quam ipsum substitutum, quem maluerit cedere heredibus heredis. Illud enim familiare fuisse testatoribus, ut, si liberos heredis primi præferrent substituto, liberorum heredis mentionem iniicerent in ipsa institutione, ex responsio SCAEVOLAE l. 85. *D. de hered. inst.* intelligitur. Aut, si heredibus primi heredis potius, quam substituto, voluisset prospicere testator, nonne fuisset commodius, heredem primum, in casum, si sine liberis decederet, fideicommissum onerare, ut hereditas potius ad heredes heredis, quam substitutum perveniat, & tunc demum, si primus heres sine liberis moreretur, substituto hereditas restitueretur. Enim vero testator, qui liberos heredis primi maiori quam substitutum amore complecteretur, inepte illos in substitutione præteriret, & solius substituti mentionem faceret; qui, herede primo ante testatorem mortuo, sine dubio excluderet heredis primi successores, quos tamen testator, si opinionem vulgarem sequimur, prætulisset substituto. Ex quibus rebus apparet, testatorem, qui primo heredi, in casum, si ipse heres non fuerit, non suos heredes, sed alium, substituit, omnino maluisse, ut hereditas, si primus non adiret, ad substitutum potius, quam ad heredes heredis primi, perveniret.

§. V.

*An ius de-
liberandi ad
heredes pri-
mi heredis
transmitta-
tur.*

Igitur illud caret dubitatione, mortuo herede primo intra illud tempus, intra quod testator ipsum de hereditate decernere iubebat, non *heredes primi*, sed *substitutum* admitti ad hereditatem. Nunc videamus, ad quem spectet hereditas, si non a testatore spatium deliberandi, intra quod heres primus adeat hereditatem, constitutum, sed, si primus intra *tempus a prætore, vel lege, definitum* decesserit, priusquam adiret hereditatem. Enimvero, si nemo instet, & urgeat, per triginta annos, quibus petitioni hereditatis præscribitur, permissum est deliberare. Sed, si heres primus neſtat moras, & per tempus longius, incertum relinquat substitutum, *VLPIANVS l. 69. D. de A. vel. om. hered.* ait, necessarium remedium prætoris, ut & primo heredi, & dein secundo, postquam primi tempus præterit, ipsique hereditas delata est, & subinde etiam tertio heredi, *tempus* præstituat, intra quod quisque deliberet, quid sibi expedire videatur: quo elapso, illis, nisi aut adierint, aut pro herede gesserint, ab ipso denegantur actiones. Solebat itaque prætor, teste *POMPONIO, l. 23. ff. l. D. de hered. inst.* tempus præfinire, intra quod adeatur hereditas, ne res in infinitum protrahatur: quod spatium plerumque semel, nonnunquam vero sæpius constituebatur, si prætori, secuto æquitatem, suaderetur, tempus, quod primum præstituerat, non suffecisse. Fac igitur, decedere heredem primum, dum *deliberet* de hereditate intra tempus præfinitum. Certe *PAVLLVS l. 72. D. de*



de A. vel. om. hered. generatim præcipit: „si prior decesserit, neminem dubitare, quin substitutus *diem ultimum* aditionis non teneatur expectare.„ Sed nemo ignorat, tempus aditionis, esse tempus, a testatore aut prætore, aut, lege definitum. Itaque exclusis heredibus heredis primi, defertur successio heredi substituto, illique præfinitur tempus, intra quod & ipse decernant de hereditate.

Quo iuris civilis præcepto nihil esse æquius, supra est a nobis disputatum. Neque enim videtur interesse, vtrum spatium a testatore, an a lege, & prætore, heredibus præfinitur. Res non indigeret disputatione, nisi illa non nihil constitutionibus principum mutata videretur. IUSTINIANVS enim l. 19. C. de iure deliber. illum duntaxat, qui intra *anni spatium*, postquam cognouit, hereditatem sibi delatam esse, nec adierit, nec adierit, nec pro herede gesserit, non patitur transmittere ad heredes ius deliberandi: contra, illorum, qui durante *anni* tempore mortui sunt, heredibus *reliquum tempus* pro adeunda hereditate, relinquit, quo finito, ad hereditatem nondum aditam, non pateat regressus. Ex quo loco videtur colligendum, heredes substitutos, si primus *intra annum deliberationis* decesserit, non admitti ad successionem; sed illis, donec heredes heredis primi annum lege definitum impleverint, expectandum: hos vero, si intra hoc tempus nec adierint, nec pro herede gesserint, locum facturos substitutis: sin vero hereditas eis non damnosa videatur, ab ipsis adquiri posse hereditatem adeundo, & substituti spem decipi, & interuerti. Sed, quamvis res impedita videatur, tamen magis est, quod credam, *non tribui heredibus primi ius deliberandi*, quo possit excludi substitutus. Nimirum *ius deliberandi* quidem ad heredis heredes etiam transmittitur, vti heredes, docente POMPONIO l. 36. D. de A. vel. om. hered. succedunt in omnia iura, & nomina defuncti. Sed, quis credat, iura etiam illa, quæ personam non egrediuntur, & persona extincta, continuo extenuantur, & expirant, transmitti in heredes. Enimvero, dato substituto, manifesta est voluntas testatoris, quod, nisi heres primus ipse adquisuerit hereditatem, non heredes heredis primi, quos non substituit, sed substitutus debeat admitti ad hereditatem: cum probabile sit, testatorem, si heredes heredis substituto prætulisset, illos potius, quam hunc, heredi primo daturum fuisse substitutos. Itaque cum de voluntate testatoris hoc casu dubitari nequeat, quod substitutus heredibus heredis primi præferatur, adeoque hoc ius heredis primi, quod hereditatem adeundo acquirere possit, hoc casu, personam eius non egrediatur, nemo dixerit, IUSTINIANVM voluisse, vt voluntas testatoris eludatur. Id egit IUSTINIANVS, vt caueret, ne destituerentur testamenta, & caducæ essent morientium hereditates: quod ex tota lege vnica C. de caduc. toll. intelligitur. Hoc vt efficiat, non voluit hereditatem, si heres intra annum deliberandi moriatur, interuerti, sed etiam heredibus illius spatium dari, quo deliberarent. At vero dato substituto, non est,



quod facile timeat, ne testamenta destituerentur, aut caduca fierent hereditates. Igitur cessabit illa deliberatio heredum, sine legis hic cessante; cum appareat, non ipsis testatorem, sed, si primus decesserit, substituto prospexisse. Præterea lege generali, quæ in heredes transmittit ius deliberandi, credi non potest, derogatum esse legi speciali 72. *D. de A. vel. Om. hered.* quæ personale ait esse ius heredis primi, dato substituto: ideoque, si heres prior, antequam adiret, decesserit, intra tempus præfinitum, ad successionem vocat substitutum, & non vult dubitari, quin substitutus non teneatur expectare diem ultimum aditionis. Itaque novæ constitutioni imperatoris, qua legibus anterioribus speciatim non detraxit, in illis tantum speciebus locus relinquetur, de quibus non antea lege speciali cautum fuit: id est, tunc, cum heredi non datus testamento substitutus ius deliberandi transmittetur ad heredes. Quod tanto facilius fidem inueniet, si cogitabis, quod HUBERVS ^{s)} observavit, spatium deliberandi successisse in locum veteris filius *cretionis*, cuius tempus testatores sub pœna exheredationis præscribebant. Sed, si heres primus non *creuerit*, nec pro herede gesserit, testatur *VLPIANVS tit. 22. §. ult. fragm.* itemque *PALLIUS l. 72. D. de A. vel. Om. hered.* admitti substitutum. Illud non inuenio mutatum a *IUSTINIANO*.

§. VI.

*Odiosum
est ius deli-
berandi.*

Imo vero odiosum est *IUSTINIANO* ius deliberandi, & si illud vel subtili iure pertineret ad heredis primi successores, tamen stricte interpretandum esset, eique derogandum, in tam luculenta voluntate testatoris. Ait enim imperator, *l. 22. §. 13. C. de iure delib.* inuesto iure inuentarii, *superuacuum* videri *ius deliberandi*, & *debere ei derogari*: cumque sine damno, & adiri possit hereditas, & ab illa etiam discedi, locum deliberationi non relinqui: sed, si quis hoc ius impetrare studeat, illum *vana formidine* moveri, aut callida machinatione usum censeretur, ideoque illi a iudicibus novem duntaxat menses, ab imperatore, annum, indulgeri: rem fere indignam & suspectam esse, si quis desideret spatium deliberandi. In tanto huius iuris odio, quis credat, æquissimum legislatorem permittere, ut, eius obtentu, voluntates testatorum, & leges sapientissimæ maiorum, quæ substitutum heredibus heredis primi, qui non adierat, præferri voluerunt, eludantur. Sibi imputet, qui usus iure odioso, & superuacuo, atque suspecto, extorsit suis heredibus spem hereditatis, quam potuisset commodius, priusquam moreretur, acquirere aditione, & ad suos propagare.

Cetera, quæ solent obicij, illis argumentis, quæ adhuc adducta sunt, facilius expedientur.

s) HUB. ad inst. l. II. tit. 19. §. 4. p. 240.



Index diff. huius fasc.

- XX. *Ius obsidum inuitorum & citra conuentionem cum aduersa parte captorum atque retentorum, ex LL. Rom. Gent. & S. R. I. publ. disputab. auct. Hier. Fried. de STAMMER, Eques Lusat. Vitemb. d. Decemb. 1734.* pag. 539
- XXI. *Præsumptionem æqualitatis in iudiciis diuisoriis & actione negatoria, ad L. 7. D. de fin. regund. defend. Andr. HARTMANN, Pratoval- lensis; ibid. d. Maii 1735.* pag. 562
- XXII. *An conditio quæ propter casum impleri nequit pro impleta habeatur? ad conciliandas leges aduersas XXXI. D. de condit. & demonstr. & Liu. §. 1. D. de leg. 1. disputab. Io. Dan. PVSCH, Torgauensis; ibid. d. Sept. 1735.* pag. 585
- XXIII. *Obseruatt. miscellae de monumento secundum voluntatem testatoris faciendo, ad L. 14. §. 6. D. de relig. defend. Io. Chph. BRENDL, Hartmannsdorf. ibid. d. Oct. 1735.* pag. 595
- XXIV. *Obseruatt. de redditibus annuis leuiori moneta solutis, defend. Chr. Andr. VLLMANN, Pratovalensis. Ibid. d. 31. Dec. 1736.* pag. 612
- XXV. *Priuilegium pecuniæ ad certum usum creditæ ex animo dantis æstimandum, ad L. 7. D. de exercit. actione; defend. Io. Christlieb EBERT, Dresdensis. Ibid. d. 15. Dec. 1736.* pag. 623
- XXVI. *Obseruatt. quasdam forens. de senatoribus & quatenus ex eorum factis ciuitas teneatur? proposuit ac defendit auctor Io. Chph. LENDRICH, in Cancell. Reg. & El. itemque Martisb. Sax. Adv. immatric. & ciuit. delit. Syndicus. Ibid. ipsis Kal. Febr. 1737.* pag. 641
- XXVII. *De iure militis auxiliarii apud gentes liberas & in S. R. Imper. defendit Io. Christ. STRENG, Delit. Misn. Ibid. d. Febr. 1737.* pag. 660
- XXVIII. *Quando curator absentis heredes æque propinquos a successionē excludat; disputauit Dav. Gottwalt TISCHER, Coldit. Misn. Ibid. d. 6. April. 1737.* pag. 690
- XXIX. *Obseruatt. de animo nouandi factis expresso. Ad L. 8. C. de nouat. defendit Fried. Gottl. TISCHER, Coldit. Misn. Ibid. d. 24. Apr. 1737.* pag. 707