

Landesbibliothek Oldenburg

Digitalisierung von Drucken

Dissertationvm Atqve Programmatvm Crellianorvm

Hendel, Johann Christian Hendel, Johann Christian

Halae ad Salam, 1776

VD18 90544269

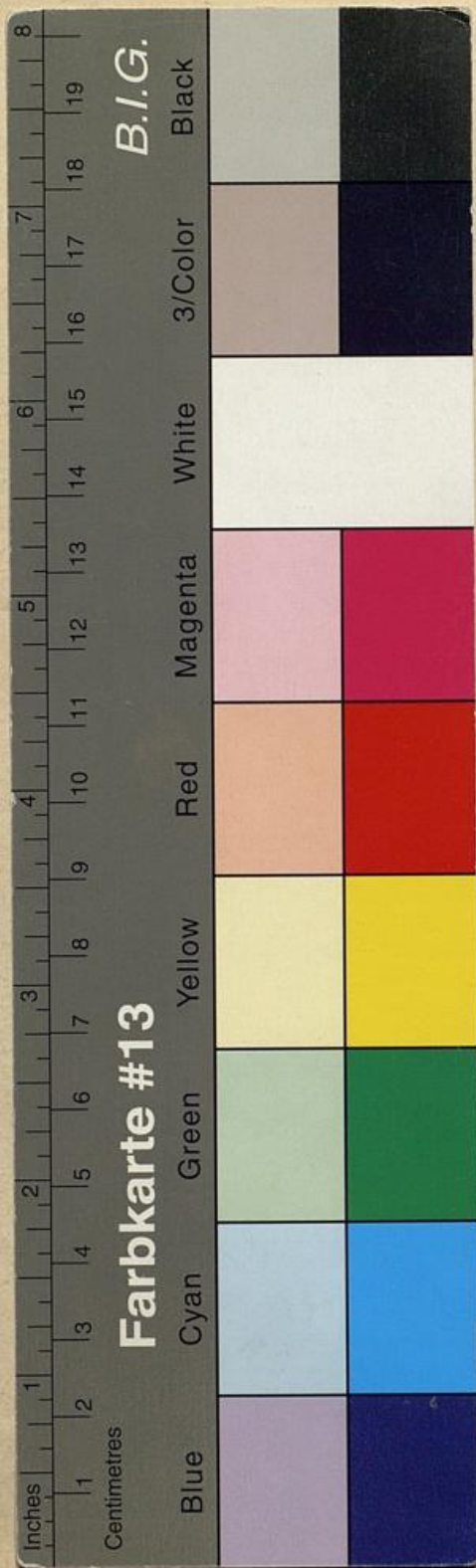
urn:nbn:de:gbv:45:1-13864

DISSERTATIONVM
ATQVE
PROGRAMMATVM
CRELLIANORVM
FASCICVLVS IV.



HALAE AD SALAM
TYPIS ET SVMTV I. C. HENDEL.
1776.





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, Pratovalensis; 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 successionem 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*



XX.

DISSERTATIO

DE IVRE OBSIDVM INVITORVM

ET

CITRA CONVENTIONEM CVM ADVERSA PARTE
CAPTORVM ATQVE RETENTORVM.

EX LEGIBVS ROMAN. GENTIVM ET S. R. I. PVBL.

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

CLAVDIAN. *de conf. honor. 6. v. 248.**Nulla est victoria maior**Quam quæ confessor animo quoque subiugat hostes.*

§. I.

Non sine Dei immortalis providentia & nutu accidit, vt in motu horum temporum, & magna rerum omnium conversione, cum *potentissimi Poloniarum regis AVGVSTI III.* patris patriae incomparabilis, *domini mei* longe clementissimi, exercitu, *invictissimæ Russorum imperatricis* arma, et consilia, coniungerentur. Enim vero *virtus et fortuna*, quarum ministerio supremum Numen res secundas et aduersas inprimis administrat, et quæ in vtroque *summorum foederatorum* tam conspicuae, atque inter se connexae sunt, quantum *illi* inter sese coniunguntur, quid efficere possint, experiri, et, in tanta expectatione omnium gentium, documento quodam comprobare velle, videbantur. Neque enim res caruit euentu: quandoquidem tot partae victoriae, tot difficultates superatae: ordines ad concordiam adducti, pax fere restituta, res tam multae, tam feliciter, tantique exempli, gestae, docent humanum genus, quibus virtutibus non solum quaeratur victoria, sed, qua moderatione etiam victoriae obsequio, alias, docente VALERIO, ^{a)} promptissime licentiam suppeditantis, resisti possit, quibus consiliis ius gentium, sancta et inuiolabilia omnia, seruari debeant, et felicissime defendi.

Inprimis versatur ante oculos, qua magnitudine animi *cohortes subsidariae Gallorum*, testes tantarum tamque incomparabilium virtutum, superiori aestate, prope Vistulamundam, nobile ad ostium Vistulae munimentum, perpulsae sunt ad deditionem, ^{b)} et, conscripta vtrinque formula, in

fidem,

^{a)} VALER. MAX. VI. §. I.

Fasc. IV.

^{b)} Allerneuester Kriegs-Staat P. IX. p. 775.

fidem, cui se permiserant, acceptae: qua facilitate Coroniam, in nobilem portum maris Baltici, quod praefectus ipsorum pactus erat, ^{c)} auctae: quo iure, ob iniuriam a classe Gallorum interea acceptam: et ob naues Russorum contra ius gentium surreptas, tanquam *obsides* retentae, sed liberalissime habitae, multisque beneficiis ornatae sunt, donec, nauibus redditis, eo, quorsum prouehi voluerant, perducerentur. Sed cum ipsis Gallis veritas extorqueat, ut tantas laudes, quarum praesentes illos documenta capere fortuna voluit, reticere non possint, ipsique non solum bello, sed, quae teste L I V I O ^{d)} vera victoria est, iure gentium se superatos esse, libere profiteantur; operae pretium videtur, ipsa Augustissimae Imperatricis, rei gestae rationes exponentis, verba, fide tabularum Lugdunensium ^{e)} per multas Europae partes vulgatarum, recitare.

„Les dernieres lettres de Petersbourg portent, que c'est a Cronstadt, „qu'on a conduit les troupes de France, qui ont campé sous le canon du „Fort de Weichzelmunde, qu'elles sont au nombre d'environ 2000 hom- „mes, et y sont bien traitées par ordre de l'Imperatrice, et que Mr. de „la Mothe, qui les commande, a depeché un Officier a la Cour de Fran- „ce avec la declaration suivante, qui lui avoit été remise de la part de Sa „Maj. Imperiale.

„Les troupes françoises envoyées par la France au secours de la ville de „Dantzic, ayant été reduites par les Armes de Sa Majesté Imperiale de tou- „tes les Russies, a la necessité, de se rendre par accord, en vertu duquel „elles seroient transportées dans un des ports de la Mer Baltique, ou elles „pourroient aisement être embarquées sur des Vaisseaux Marchands, Sa Ma- „jesté Imperiale declare, que son intention n'a pas été, et n'est pas encore, „d'enfreindre en aucune maniere la Capitulation accordée aux susdites „troupes; Mais l'Escadre françoise envoyée dans la Mer Baltique ayant „cependant.

„I. attaqué, sans qu'il y ait eu aucune declaration de Guerre entre la „Russie et la France, et pris en pleine mer un Paquet-Bot, et deux Galio- „tes, et en dernier lieu une Fregate Russienne, fait prisonnier, et amené „avec soi tout l'Equipage desdits Vaisseaux, et saisi les Effets et Marchan- „dises, qui s'y trouvoient, et envoyé la Fregate même en France.

„II. Quoyque cette Fregate et Vaisseaux mentionnez, n'eussent com- „mis de leur part aucunes Hostilitez contre les Vaisseaux François, la Fre- „gate Russienne, n'ayant eu aucun ordre d'en commettre, et les autres Vais- „seaux n'étant point du tout armez, mais servant uniquement a entretenir la „correspondance, entre Cronstadt et Lubec, et a transporter les Passagers „et

^{c)} Ibid. capitul. art. 7. p. 776.

^{d)} LIV. L. XLII. c. 47.

^{e)} Supplement de

la gazette de Leyde N. 65. du 13. Aout. 1734.

„et leurs Effets d'un endroit a l'autre, comme cela se pratique depuis plusieurs années.

„III. Lesquelles hostilitéz commises de la part de la France ont d'autant plus lieu de surprendre, que de la part de la Russie, on n'en a commis aucune envers la France, mais bien au contraire le Commerce des Marchands et Suiers François ayant eû son libre cours, sans aucun empeschement ou interruption, jusques a ce jour dans les ports de la Russie.

„III. De telles demarches et procédures de la part de la France envers la Russie, étant tout a fait contraires au Droit des Gens, et aux coutumes reçues et usitées entre toutes les Nations même les moins civilisées, qui ne commettent point d'Actes d'Hostilité, sans avoir préalablement déclaré la Guerre. *C'est pour ces raisons, que Sa Majesté Imperiale se trouve en droit, et même en devoir, de retenir les Troupes Françoises mentionnées par droit de Repressailles, jusques a ce que la Fregate nommée Mitau soit restituée, avec tout son Equipage, c'est a dire, le Capitaine, les Lieutenants et les autres Hauts- et Bas-Officiers, Soldats, Matelots et autres du premier, jusque au dernier, sans en exclure qui que ce soit, et sous quelque prétexte, que ce puisse être, avec tout le Canon, Munitions, et tous les Effets, en un mot dans le même état, ou elle se trouvoit lorsqu'elle fut prise par les Vaisseaux François, de même que tout l'équipage et Monde avec tous les Effets pris et enlevés des autres trois vaisseaux mentionnez, et que tout cecy sans aucune exception ou detention ait été renvoyé réellement, restitué et deliuré dans un des Ports de la Russie.*

„Et quoyque Sa Majesté Imperiale se trouve obligée par les raisons susdites de retenir ces troupes françoises, jusqu'a ce, qu'on ait entierement satisfait de la part de la France a ces justes pretentions de Sa Maj. Imp. Elle declare toutesfois, qu'en attendant, elles seront traitées d'une maniere convenable a la condition d'un chacun, et qu'on aura tout le soin necessaire, pour leur entretien et subsistance, selon qu'on en conviendra plus particulièrement avec l'Officier, qui les commande, auquel Sa Majest. Imperiale accorde aussi la permission, d'envoyer en France quelqu'un des siens, muni de bons passeports pour y porter cette Declazation, et pour effectuer d'autant plutôt une prompté resolution, et la satisfaction demandée ci-dessus, afinque les troupes françoises puissent être incessamment renvoyées en France; et que de la part de la Russie, dans ce cas la, cette Restitution se puisse faire sans delay, on laissera ces troupes dans un lieu voisin de la Mer Baltique, où elles peuvent aussi-tôt être embarquées, pour s'en retourner en France, a quoy on apportera toute sorte de facilité et on leur donnera toute l'assistance necessaire. Fait a Petersbourg. le 16. Juillet 1734.



Cuius rei admiratione cum defigeretur animus, ad suscipienda vota, pro successibus rerum secundarum, et prosperrimis euentis, mirifice concitatus; visum est, *ius obsidum inuitorum* hoc exemplo discere, et generatim, quid de *obsidibus* inuita parte aduersa *captis & retentis*, gentium, et ciuili, et S. R. I. publico iure constitutum sit, breui commentatione enarrare.

§. II.

Obsides etiam inuiti capti & retenti iure obsidum censentur.

Neque enim dubito, quin illi, qui vel nulla conuentione obligati sunt, sed, inuita parte aduersa, aut *capti*, aut *retenti*, recte *obsides* dicantur. „Res careret dubitatione, nisi GROTIUS *f*) obstarer, qui, in vnam causam datos obsides, in aliam causam, ait, non recte retineri: At, si in alia causa fides iam violata sit, aut contractum debitum, iam obsides retineri, non „ut *obsides*, sed eo gentium iure, quo ciues ex facto imperantium detineri „possunt, κατ' ἀνδροληψίαν.

Igitur videtur GROTIUS, non agnoscere *obsides*, nisi iure pignoris expressi, et conuentione partium, obstrictos. Verum, si quid video, non id agit Grotius, ut neget, obsides ob causam datos, &, soluto illo vinculo, κατ' ἀνδροληψίαν, propter alias, atque nouas obligationes, postea retentos, iure *obsidum* censeri; sed docet duntaxat, impleta fide pactorum, ad quam faciendam dati erant obsides ab aduersa parte, desinere ipsos esse obsides ex prioris causa, postea vero, si ob nouum debitum retineantur, ipsos *nouo obsidum iure*, κατ' ἀνδροληψίαν obligari.

Enimuero non potuit negare Grotius, obsides etiam longius, quam ab initio conuenerat, ex causa probabili retentos, porro etiam *obsides* dici posse. Est enim expeditum inter omnes, obsides quasi iure quodam *pignoris* obstringi. Certe promiscue *obsides & pignora* dicuntur. LIVIO teste *g*) Claelia, quae, expressa necessitate dandi obsides, ipsa etiam Porcennae tradita fuerat, cum mox frustrata custodes, inter tela hostium Tiberim transisset, et sospes Romam peruenisset ad propinquos, deinde, poscente Porcenna, tanquam *pignus pacis*, ex foedere, restituta est. TACITVS etiam *h*) aliquando centuriones, tribunosque in Gallia genitos, *obsides*, tanquam *pignus* aliquod societatis, reseruatos, narrat. Augustus, si SVETONIO TRANQVILLO *i*) fides est, nouum genus *obsidum*, feminas, exegit; cum negligi marium *pignora* intellexisset. Imo vero alia loco LIVIVS *k*) explicat, *obsides* docet in *pignus* fidei desiderari: et *l*) vnum illud *pignus*, datos Annibali *obsides*, inclinatos ad Romanorum societatem omnium Hispaniae populorum animos moratum esse, ne sanguine liberorum defectionis culpa lueretur. Si quis Livio dissidat, audiamus TULLIVM qui *m*) Caesaris sententiam, quam

f) GROTIUS de iure bell. & pac. L. III. c. 20. §. 55.

g) LIV. II. c. 13.

h) TACITUS hist. IV. c. 60.

i) SVETONIVS in vita Aug. c. 21.

k) LIV. L. 42. c. 39.

l) Id. L. 22. c. 22.

m) CICERO in Catil. IV. c. 5.

quam *pignus* dicere voluerat, *obsidem* perpetuam in rempublicam voluntatis appellauit: et ipse ⁿ⁾ libertatem populo Romano, praecipuum animi sui *obsidem* reliquit.

Itaque apparet, veteribus eadem et pignora et obsides fuisse. At vero nemo dubitat, ad constitutionem pignoris non semper conuentionem partium desiderari, sed etiam illa, quae citra conuentionem, iure quodam, aut capta, aut ab aduersariis retenta sunt, *pignora*, quorum numero et *obsides* habentur, appellari. Certe MARCIANVS l. 12. §. 6. D. *qui pot. in. pign.* etiam inuito debitore interdum, ait, rem *iure pignoris* teneri, itemque VLPIANVS l. 25. D. de *captiu.* ciuem redemptum ab hostibus, ante lutionem, & priusquam redemptionis pretium victori offeratur, ab aduersario detentum, *iure pignoris* videri obligatum: quamuis creditori non sit traditus, vt pignus pretii redemptionis: e alio loco, l. 20. §. 1. D. *qui test. fac. poss.* illum, qui redemptus sit ab hostibus, quamuis seruum non esse placeat, tamen iubet, *vinculo* quodam *pignoris* omnino retineri, donec pretium solvatur. Quod, ne cuiquam durum videatur, GORDIANVS etiam l. 2. C. de *postlim. reu.* ab hostibus redemptos, quoad exsoluatur pretium, magis in causam *pignoris constituti*, quam in conditionem seruilem, detrufos videri, tradit, neque *naturalis pignoris* vinculum prius, quam soluto pretio, dissolui; cum, quamuis non conuenerit de pignore, tamen naturalis ratio doceat, rem alterius, quam possidemus, donec nobis satisfiat, pignoris quodam iure, retineri.

Ex quibus rebus apparet, vsu veterum, non res duntaxat, sed etiam homines, priusquam quod nobis debetur, exsolutum sit, citra consensum partium, retentos, *pignora* et *obsides* recte nominari.

Quod si quis nostrorum temporum mores nobis obiciat, diluit dubitationem BARBEYRACIUS ^{o)} qui, „par droit de Repressailles, inquit, on „peut garder les hommes, jusques a ce, que l'on ait obtenu satisfaction: de „sorte que, pendant tout ce tems là, ils sont, comme *en otage*„ Adeoque patitur, illos, qui inuita parte altera detineantur, iure *obsidum* haberi. Quod, quando permissum sit, erit deinceps locus exponendi.

§. III.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, intelligetur, iure *obsidum* cenferi, *Obsidum* ge- quicunque iure pignoris custodiuntur ab aduersa parte, donec ipsi satisfiat: *vera diuer-* vt officia gentium, citra contentionem armorum, quodam vinculo contine-^{sa.} antur. Enimuero, cum ad colenda officia amicitiae, et sanctissimam con- iunctionem facti simus, atque a natura inprimis comparati; interest generis humani, esse aliquod vinculum inter gentes, quo *fides* mutua, societatis

A 3

anima

ⁿ⁾ CIC. Or. antequ. iret. in exil. circa fin. G. VIII. 6. 13. not. 1.

^{o)} BARBEYRAC. ad Puffend. I. N. &



anima & nervus, obligetur. Et quia licentiam, et studium nocendi, vel in debilibus & fessis, impotentia animi, & impunitatis spes, accendit; frenis quibusdam opus fuit, quibus iniuria coerceatur: adeoque excogitari aliquid debuit, quo effici possit, ut inter illos etiam, qui nullo civili iudicio tenentur, & qui, iuris experiundi causa, trahi ad Prætores nequeunt, ius suum cuique tribuatur.

Sed, quia ius cognationis & necessitudo, qua omnes inter nos coniungimur, iubet irae imperare, hominem homini parere, nihil, si res patiatur, durius & incontinentius in alterum consulere, mediis duris & noxiis, si mitiora suppetant, omnino abstinere, ante omnia molles aditus tentare, & temporum opportunitates observare; videtur convenire gentium officio, ut nihil intenterum facile relinquunt, priusquam ad irarum & armorum publicum certamen, quod *bellum* dicimus perveniatur. Quapropter, cum, teste LIVIO, ^{b)} illis demum iusta sint arma, quibus nulla, nisi in armis; spes relinquitur: humanius plerique censuerunt, paucos potius sensu aliquo incommodorum affici, quam, captis armis, omnia officia, & communem gentium securitatem, perturbari. Nihil vero efficacius ad humanum ingenium esse, visum est, quam, amore liberorum, quibus nihil humano generi carius, ^{q)} fidem gentium obstringi, & imperatis *obsidibus*, traditoque in custodiam flore iuventutis, perfidiae periculum auerti. *Romani* certe suspecta omnia habebant, prodique rempublicam credebant, nisi acceptis obsidibus, & pignoribus societatis, publicae securitati caueretur. AUGUSTUS, quod supra observatum est, ^{r)} cum negligi a barbaris obsides masculos videret feminas poposcit, quas maiori sollicitudine custodiri a parentibus, &, propter lubricitatem ingenii, & imbecillitatem animorum, cuius suis, & parentibus inprimis, commendatiores esse intellexerat: ut tanto magis memores essent officii, & promissorum, quanto maiorem curam pro illis suscipiebant, quas, si fidem fefellissent, videbant in periculo versari. Certe VLPPIANVS l. I. §. I. D. ad L. *Iul. Mai.* illos maiestatis crimen contraxisse censuit, quorum opera, & dolo malo, consilium initum fuerit, ut *obsides*, iniussu principis, interciderent: cum spes pacis, & securitatis, custodia *obsidum* inprimis videretur contineri.

Sed quamquam iuris inter gentes æquatio præcipit, ut ne, quæ ipse avidius a sociis exigas, ipse etiam illis dare, & offerre, cum res postulet, tergiuerferis; tamen a Romanis obsides, quos ipsi cupidissime a gentibus poscebant, non nisi in summis difficultatibus impetrabantur. LIVIUS ^{r)} ægre extortam Romanis a Porfenna necessitatem, dandi obsides, restatur, cum ipse præsidium Ianiculo deducere, nisi datis obsidibus, negaret. Certe

SCAE-

^{p)} LIV. L. IX. c. 1.^{q)} LIV. II. c. 13.^{q)} LIV. I. c. 9.^{r)} SVET. in vita Aug. c. 21.

SCAEVOLA l. 4. D. ad L. *Iul. Mai.* nisi forte de reddendis obsidibus intelligendus est, non vult fidem populi Romani datis obsidibus obstringi; sed illos, quorum dolo malo factum erit, quo magis obsides dentur hostibus populi Romani, ait, Lege *IULIA*, & maiestatis crimine, teneri. Hostile enim, & abominandum, videbatur, dare operam, ut ciues Romani in potestatem hostium omnino peruenirent. Quandoquidem illorum libertatem prodi, ipsosque in seruitutem aliquam detrudi existimabant, qui hostibus populi Romani, iure *obsidum* custodiendi traderentur. Teste enim *VENULEIO* l. 2. D. de *hom. lib. exhib.* non multum a specie seruientium differunt, quibus non datur facultas recedendi: ut videantur esse in seruitute, qui ab aduersariis, donec ipsis satisfiat, per tempus aliquod detineantur.

Quæ cum ita sint; effecit seruitutis odium, & fauor libertatis, inprimis vero mirifica illa dulcedo patriæ, qua plurimi tenentur, ut inuisa esset obsidum conditio Romanis, &, si vel quereretur respublica, quos in summis necessitatibus aduersariis daret obsides, inuenirentur pauci, qui in illam conditionem *consentirent*, & æquo animo tradi se hostibus populi Romani paterentur: pauciores *spon*te se offerrent; plurimi *inuiti*, atque obluētantes, in illam seruitutem traherentur. Enimuero cum & sapientissimus ille apud *TULLIUM* ^{z)} *Ithacam*, patriam, in asperrimis saxulis, tanquam nidulum, affixam immortalitati anteposuerit; quem non Roma, vrbs urbium, mutanda exilio, quod obsidibus per tempus aliquod imperabatur, commoueret. Neque tamen tam sterilis magnorum ingeniorum, aut tam effœta fuit Roma, quin aliquando quendam *Regulum* ^{u)} gigneret, qui, fidei seruandæ causa, in potestatem hostium magno animo reuerteretur,

*Interque moerentes amicos,
Egregius properaret exul.
Atqui sciebat, quæ sibi barbarus.
Tortor pararet: non aliter tamen
Dimouit obstantes propinquos,
Et populum, reditus morantem;
Quam si clientum longa negotia.
Diudicata sive relinqueret.*

Enimuero *SPURIUS POSTHUMIVS* ipse auctor fuit ^{x)} ut nudus atque vinctus Samnitibus, magis in pœnam, quam *obsidis* conditionem, dederetur: ut populum religione, si qua eius sponsione obligatus sit, exsoluat. Sed hæc Romana virtus fuit, qua se superari reliquæ gentes tam æquo animo patiebantur, quam ipsum huius reipublicæ imperium ferebant. Illud, contra, plenum erat perfidiæ, atque Graecæ vanitatis, quod *THEMISTOCLES*, ^{y)} per-

^{z)} *CIC.* de orat. I. p. m. 181.
c. 8.

^{u)} *HORAT.* III. od. V. v. 47.

^{x)} *LIV.* L. IX.

^{y)} *NEPOS* in vita *Themistoc.* c. 7.



persuasit Spartanis, ut viros bonos, nobilesque, quibus fides haberetur, altitudinem murorum exploraturos, mitterent Athenas, & interea se obsidem retinerent: sed simul ipse præcepit suis ne prius Lacedæmoniorum legatos dimitterent, quam ipse esset a Lacedæmoniis remissus. Est enim animi pusilli, magnitudinem animi verbis ostendere, & fraudi virtutem & integritatem prætexere, factis turpitudinem, & insidias prodere, & timoris instantiam, & ineptissimam calliditatem.

Imo vero, faciamus, ex animo Themistoclem Spartanis obsidem se tradidisse: Non bene de republica meritis fuisset, qui patriam ciue ingenuo, & in administrandis negotiis versato, spoliasset. Nimirum, si quis animi fuerit tam intrepidi, tam magni, qui se deuouere pro republica, & hostibus se obsidum dedere, atque in aduersariorum potestatem peruenire, communis libertatis causa, non detrectet; hæc ipsa magnitudo animi, & insignis virtus comprobatur, non recte illum hostibus se committere, & officio obsidum defungi, quod homines ingenii mediocris & infirmi, minori incommodo patriæ, commodius obirent. Hoc est prodere, & deferere rempublicam, si quis hostibus sui potestatem, etiam *propter* rempublicam, citra necessitatem faciat, de qua coram & præsens habuisset occasionem melius merendi.

Sed hæc utcumque æstimata fuerint; illud tamen intelligitur, quosdam non repugnantes, sed volentes, & *consentientes*, tradi aduersariis obsides, suoque exemplo comprobare, quod CICERO ait, ²⁾ sapientem nihil coactum facere, nihil inuitum, nihil etiam dolentem: alios *sponte* se periculo offerre: plerosque trahi *inuitos* atque repugnantes. Inter illos autem, qui *inuiti* hanc conditionem subeunt, alii parent reipublicæ, & imperio maiestatis, fidei inveniendæ atque obligandæ causa, aduersariis ex pacto, & *foedere*, *traduntur*, adeoque tristi officio, sed necessario, & salutari in posterum, de patria merentur: alii contra, *capiuntur* ab aduersariis, qui ius gentium læsum atque perturbatum esse crediderunt, & citra patriæ consensum, & conuentionem, pignoris iure obstringuntur donec læsis satisfiat: alii denique, qui ob aliam causam in manus aduersariorum peruenierant, priori vinculo soluto, ob alias, & nouas obligationes, per tempus longius, quam conuenerat, in ipsorum custodia, obsidum iure *retinentur*, donec de nouis etiam causis, cum aduersa parte transigatur.

Sed de his quidem, qui *inuiti dantur* a republica, GROTIUS, ^{a)} ALBERICVS GENTILIS, ^{b)} PUFENDORFFIUS, ^{c)} BVSIVS, ^{d)} SALMASIVS, ^{e)} CONRINGIVS, ^{f)} exposuerunt: & præter illos, imprimis lepidus est BAL-

DVS:

2) CIC. paradox. 5.

a) GROTIUS. I. B. & P. L. III. c. 20. §. 52.

b) ALBER.

Gent. I. B. 2. 19. p. 396.

c) PUFEND. I. N. & G. 8. 2. 6.

d) BVSIVS

subil. iur. I. 17.

e) SALMAS. de mod. usur. pag. 112. & 531.

f) CON-

RING. ad Lampad. c. 9. §. 4. & 5.



DVS: qui ad L. 2. C. de Patrib. qui fil. distrax. inuitorum, ait, nullam esse obligationem, adeoque ne *datos* quidam obsides inuitos, pro publica obstringi: quasi vero, a nostro consensu pendeat, virum velimus maiestati imperantium obtemperare, aut unquam ciuibus, postquam omnes in vnus ciuitatis corpus coaluerunt, aliquid derectare liceat, quod ad salutem vniuersorum videatur pertinere: aut quasi *manibus* deliberare sit permissum, an iniuria ab *oculis*, quibus totum corpus regitur, prohibenda sit, illarumque ministerium desideretur: aut quasi in illis officiis, consensus ciuium necessarius sit, ad quæ obeunda, iure perfecto, etiam nolentes, atque oblucentes, obligantur. At vero, *captos*, citra conuentionem partium, & *retentos* obsides, etiam SCHILTERVS, qui alias ius obsidum commentatione luculenta comprehendit, vix in transeursu attigit: quapropter dabo operam, vt de his quidem copiosius & diligentius tractetur.

§. IV.

Romani quidem, quod supra diximus, duram conditionem *obsidum* Ius Romanum censabant. Quapropter praetor, vt, qui liberum hominem retineat, illum exhibeat, L. 1. pr. D. de homine lib. exhib. interdixit: quod *VLP.* ^{prorsus prohibet ne obsides inuiti} *VLPIANVS* d. l. 1. §. 1. tuendæ libertatis causa factum esse, docet, ne *homines liberi* a quopiam detineantur. Sed idem tamen *VLPIANVS* l. 3. §. 5. D. ^{capiantur.} *eod. tit.* generaliter, qui *iustam causam* habeat, hominis liberi omnino retinendi, illum, docet, non videri, dolo malo facere: ideoque contra hunc non locum fore interdicto. Certe, iure gentium & belli, *TRYPHONVS* l. 12. pr. D. de capt. & *postlim. reu.* tradit, qui in pace peruenerint ad alteros, si bellum subito exarsisset, eorum seruos effici, apud quos, iam hostes, suo facto homines liberi deprehendantur; adeoque patitur, gentes liberas, coercendorum aduersariorum causa, manum hominibus iniicere, & necessitatem hostibus imponere, vt caritate suorum a concertatione armorum, & contentione virium, retineantur. Quamuis enim *HONORIUS* & *THEODOSIUS*, l. 20. C. de *postlim. reu.* interdicit, ne prouinciales cuiuslibet sexus, & conditionis, & ætatis, quos barbarorum feritas, captiuitatis necessitate transuexerit, inuiti a quopiam retineantur; tamen hoc non eo pertinet, quod *iure gentium*, ne quis hominibus liberis vincula iniiciat, prohiberi credant; sed, ne illi, qui in imperium Romanum reuersi fuerint ex captiuitate, detineantur, a ciuibus, atque usu libertatis, postliminio recuperatæ, excludantur. Ita enim iidem imperatores, l. 11. C. de *episc. aud.* voluntatem suam rescripto interpretati sunt, ne quis *romanos* captiuos, qui reuersi fuerint, teneat, aut iniuriis afficiat, & damnis.

Itaque iure gentium licere visum est, vt, dum controuersia inter illas oriuntur, homines liberi ab hostibus in ipsorum solo deprehensi, capiantur.

Fasc. IV.

B

Pri-



*Priuat*is vero PAVLLVS ne quidem hominem liberum pignori, neque filium familias a parente iure obsides obstringi l. 5. D. *quæ res pign.* permittit. sed eum, qui sciens illum acceperit, relegatione iussit coërceri. Certe PRO-CLETIANVS & MAXIM. l. 6. C. *eod.* qui liberos homines, pro pecunia, pignoris titulo acceperit, illum circumuentum esse, & obligationem pignoris consistere non posse, docuerunt: Et IUSTINIANVS Nov. 134. c. 7. *iniquitatem* creditorum accusauit, qui debitorum filios recipiant in pignus, aut seruitutem, aut in conductionem: vt intelligatur, iure quidem Romano, liberorum hominum pignora non penitus probari.

Sed facilius admissum in *seruis*, vt iure pignoris detineantur. SEVERVS enim & ANTONINVS l. 1. C. de *Remiss. pign.* tunc demum, si sciente eo, cui pignoris nomine obligatus erat seruus, manumissus sit, obligationem pignoris remissam, censuerunt, & MARCIANVS l. 13. §. 6. D. de *pign. & hypoth.* etiam *statu liberum*, id est, cui spes immineat accipiendæ libertatis, hypothecæ dari patitur, licet, conditione existente, pignus euanescat.

Ne igitur existimes, iniquum omnino Romanis ius *capiendi obsides* videri. Priuat^{is} in priuatos, eodem vsos iure libertatis, ius esse noluerunt; ne vis omnino fiat in republica, ne periculosum sit exemplo, illos, qui ipsi maiestate imperii coerceantur, sua auctoritate, alios, qui aequo iure censeantur, in vincula ducere, & priuatim detinere: eum esset facultas, ut experiundi iuris causâ ad prætorem, & edita formula, quod debeat, impetrarent. Enimvero, ex eadem causâ, ne alia quidem pignora, quæ in cuiusque bonis essent, capere licebat, sine iudicis auctoritate. l. 3. C. de *pign.* l. 2. & 3. C. *si ex. causâ. iudic.* quandoquidem, si ius reddi possit a prætore, æquitas postulare visa est, prius conuinci debitorem, priusquam, captis pignoribus, aut sequestro, ad debiti solutionem compellatur. Quod HONORIUS & THEODOS. l. un. C. de *prohib. sequest. pec.* præceperunt. Nimirum hoc in ciuitate habet rationem, cum sit periculum, ne cupiditate rerum homines accensi, iræ imperare nequeant, & latius vagentur, sæpe in innocentes imperum faciant, & animi impotentia aliis molesti sint, a quibus ipsis nihil debeat: quod æquitati naturali aduersum esse, Imperatores l. un. C. *ut nullus ex vican.* & Nou. 52. c. 6. censuerunt.

Verum enim vero, ita ius inter *Quirites* dictum est: neque tamen hoc Romani ad *gentes liberas* proferri voluerunt: quandoquidem & MARCIANVS l. 12. §. 6. D. *qui pot. in pign.* itemque GORDIANVS Imp. l. 2. C. de *postlim. rea. naturale pignoris* vinculum, cui imprimis inter illos, qui nullo ciuili iudicio tenentur, locus est, etiam *inuito* debitore, ab ipso creditore constitutum, agnouerunt. Sed de hoc deinceps exponemus.

§. V

§. V.

Vt vero appareat, ad vim in ciuitate prohibendam inprimis, interd-
ctum esse ciuibus, ne debitores, captis pignoribus, sine auctoritate præsidis,
coerceantur; audiamus PAPINIANVM l. i. pr. D. de pignor. itemque Pom-
ponium l. 51. D. de condict. indeb. qui possidenti facilius retentionem con-
cesserunt, etiam si aliquando non habeat petitionem: quia non sit pericu-
lum turbarum, & dissensionum, & tumultus g) si pignora a possessoribus
retineantur. Itaque NERATIUS l. 8. D. de incend. ruin. non dubitat,
quin ratem vi fluminis in agrum meum delatum, retinere possim: neque
prius domino illius potestatem faciendam, docet, quam si cautum fuerit,
de damno præterito refarciendo. Neque POMRONIUS omnino l. 8. §. 6. D.
de pignor. act. debitoris desiderat consensum, sed, si plura mancipia pigno-
ri data fuerint, & quædam certis pretiis ita vendiderit creditor, vt euictio-
nem eorum præstaret, reliqua mancipia posse retineri, ait, donec ei de in-
demnitate caueatur. Quod ne quis existimet ciuili tantum iure introductum;
PAPINIANVS l. 48. D. de R. Vindic. possessorem bonæ fidei, qui prædi-
um alienum ob sumtus in illud factos retiner, contra petitorum, doli mali
exceptione opposita per officium iudicis, æquitatis ratione defendi iubet,
quamuis non sit prodita actio, qua sumtus post rem restitutam a domino
petantur. Itaque dolo malo agit, qui non vult rem a possessore, donec
ipsi de sumtibus satisfiat, retineri. Ex quare intelligitur, ratione naturali
introducitur ius retentionis, cum docente PAVLO l. i. §. i. D. de doli mal.
exept. ideo prætor proposuerit exceptionem doli mali, ne cui dolus suus per
occasionem iuris ciuilis proferat, contra naturalem æquitatem. Quod adduxit
GORDIANVM. VI l. vn. C. etiam ob chirograph. soluto etiam iure pigno-
ris, si illud adhuc possideas, te pignus restituere, propter exceptionem do-
li mali, non cogendum esse, existimet, donec tibi pecunia, quæ etiam si-
ne pignore deberetur, a debitore offeratur. Quamuis enim Accursius dubi-
tet, & FRANCISCVS DVARENVS ad l. 7. §. 5. D. solut. matr. contra ius
retentionis disputet; tamen illi LUDOVICVS VITALIS h) huic SCHVL-
TINGIVS i) satisfecerunt.

Igitur, cum naturalis ratio persuaferit Romanis, vt a priuatis etiam
pignora, quæ possident, donec ipsis satisfiat, retineri patiantur; non eger
disputatione, quin illo iure, etiam inter gentes liberas, quæ solis diuinis,
inprimis naturalibus præceptis obtemperant, locus fuerit obsidum, inuita
parte altera, retentioni. Enimuero non circa bona duntaxat debitoris, ex
legibus Romanis, versatum est ius retentionis, sed, eadem suadente æqui-

B 2

tate,

g) CUIAC. XVIII. obseru. c. 10. desid. herald. de rer. iudic. Auct. II. 23. h) LV.
DOV. VITAL. lect. var. L. II. c. 18. in thes. Ottonis T. III. p. 682. i) SCHVL-
TING. iurispr. ante-Iustin. ad Vlp. Tit. VI. p. 583.



tate, possessoribus etiam *homines* subinde, quamvis libertate restituta, *retinere* iure pignoris permissum. *VLPIANVS* certe l. 3. §. 3. D. de *homin. lib. exhib.* si quis eum, inquit, quem ab hostibus redemit, *retineat*, in ea causa est, ut non teneatur interdicto: quum *dolo malo* non fecisse videatur. Itaque caret *dolo malo*, atque æquitatem sequitur, qui retinet hominem ab hostibus redemptum, donec pretium solvatur. Præcipiente enim *GORDIANO* l. 2. C. de *postlim. reu.* redempti ab hostibus, versantur in causa *pignoris*, & naturali *pignoris* vinculo tenentur, donec numi, pro ipsis expensis, redemptoribus restituantur.

Enimvero, quis possit a se impetrare, ut *SCHILTERO* ^{b)} consentiat, qui negat, unquam recte hominem liberum pignoris iure retineri, sed *redemptos ab hostibus*, donec pretium solvatur: in *servitute* adhuc detineri, ait, adeoque illos, non ut homines liberos, sed, ut servos, iure pignoris obstringi. Nam manifeste obloquitur *SCHILTERO* *VLPIANVS*, qui l. 20. §. 1. D. *qui testam. fac. poss.* redemptum non videri servum, docet, sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvatur. Imo *GORDIANVS* etiam l. 2. C. de *postlim. reu.* ab hostibus redemptos, magis in causam *pignoris* constituti, quam in *servilem conditionem* detrufos esse, tradit; ut dubitari non possit, in hac specie, hominem liberum, *pignoris* loco, etiam a privatis posse retineri.

Ceterum privati carceres, pœna constituta, a *ZENONE* l. un. C. de *priv. carc.* interdicti: quia Alexandria & per Aegyptum homines facinorosi ingenuis, iter facientibus, per insidias subinde, imminebant. Certe etiam hodie nefas est, hominem privatim, ne in publicum procedat, per tempus longius, in carcere & custodia teneri. Haud ita pridem, quod a *Dno. Præs. fide* accepi, *ordo Ictorum Vuembergensium* multa dominum coerevit, qui ancillam, furti aliquantulum suspectam, sed seminudam, loco squalido, bis, circa mediam noctem, incluserat, & diutius detinuerat, donec sero illam lictoribus ad prætorem deducendam traderet. Sed *VLPIANVS* tamen l. 25. D. ad *leg. Iul. de adult. coerc.* contumeliæ defendendæ atque vlciscendæ causa, marito permittit, moram adultero iniicere, ne elabatur. *Legis* enim *Iuliæ* Capite quinto, cautum est, ut viro, liceat, adulterum cum uxore sua deprehensum, quem aut nolit aut non liceat occidere, per viginti horas diurnas nocturnasque continuas, *testandæ eius rei causâ*, sine fraude sua, iure retinere. Et hæc videtur esse species causæ iustæ & probabilis, ob quam *VLPIANVS* l. 3. §. 4. D. de *homin. lib. exhib.* generaliter privatis facultatem dedit, hominis liberi apud sese sine *dolo malo* retinendi.

§. VI.

k) SCHILT. de iure obsid. c. XI. §. 3. p. 98 b.

§. VI.

Satis, credo, comprobatum est, confirmatum esse legibus Romanis *ius pignerationis in S. R. Imperio.* *ius retentionis*, quod ipsa aequitate naturali commendatur. Sed hoc durius, priuatos ipsos occupare pignora, sine praesidis auctoritate: imprimis, si alius, pro alio, & is, qui nihil debeat, pro debitore, quibusdam incommodis afficiatur. Hoc enim & ZENO l. un. C. ut nullus ex vican. & IUSTINIANVS Nou. 52. c. 1. atque etiam pontifex c. un. de iniur. & damn. dat. in 6to naturali rationi aduersum esse censuerunt: ne totum corpus ad tabem veniat, si illi, qui conglutinati inter sese, & connexi, tanquam membra coniunguntur, inter se aduersi, bellum intestinum moliantur. Germanorum quidem, postquam a prisco studio barbarum, & seditionum, moribus correctis, desciuerunt, tanta fuit moderatio, vt, quamuis olim latrocinia, quæ extra fines cuiusque ciuitatis fierent, ^{l)} nullam infamiam haberent, tamen suis ciuibus, ne ab exteris quidem, pignora capere, permitterent, sine decreto maiestatis. *Fridericus I.* Imperator, incomparabilis exempli, cum Masconensis Vice-Comes quosdam mercatores Germanos rebus suis spoliasset, vnum etiam captiuum per tempus aliquod retinuisset, Ludouicum Galliae regem, antea per litteras cancellarii sui monuit, vt damna sarciantur. Apud GOLDASTVM ^{m)} enim extat exemplum harum litterarum: „Petimus, &, ex parte Augusti Serenissimi, vestram excellentiam commo-
nemus, vt hominem & res retentas reddi faciat. Alioquin, si damna illi-
usmodi per vestros negotiatores fuerint refarcita, aut si nouum teloneum,
ad damnum refarciendum, super vestros mercatores fuerit constitutum, ve-
stra discretio non grauetur: Igitur, non, nisi causa cognita, & cum cautio-
ne, ciuibus ius pignerandi exteros permittebatur. Quod vir illustris, AV-
GUSTINVS LEYSERVS ⁿ⁾ obseruauit.

Imo vero *Fridericus II.* ciues Romani imperii, ne rebellibus quidem, quamuis ad arma ventum esset, pignora extorquere voluit, se inconsulto: cum sui esse arbitrii debeat, qua ratione immorigeri coerceantur. Itaque apud eundem GOLDASTVM ^{o)} non nisi post preces supplices, mercatoribus quibusdam, quibus Anconitani nauem aliquam Venetias destinatam, cum mercibus, per vim abstulerant, potestatem fecit, „vt, quamdiu Anconitani in
„rebellionem perstiterint, per mare & terram tantum ex bonis illorum capiant,
„quo vsque eis, in valore vnciarum auri centum, damnorum, quæ passi
„erant, causa, satisfiat.

Ex quibus litteris discitur, nec temere, nec in infinitum ius capiendi pignora, ne aduersos improbos quidem, in Germania concessum. Tantum

B 3

abest,

^{l)} CÆS. B. Gall. VI. c. 23. ^{m)} GOLDAST. constit. imp. T. I. inter constit. Frid. I. n. 20. p. m. 282. ⁿ⁾ LEYS. medit. ad Pand. T. I. sp. 30. n. 4. ^{o)} GOLDAST. constit. imp. T. II. inter constit. Frid. II. n. 33.



abest, ut inter ordines imperii, qui in officio manserunt, quamvis interdum causis, propter quas inter se conquererentur, exortæ, fuerint, obtinuerit *ius pignerandi*. Enimvero cum aliquando ciuitas quædam imperii a Tuterdinis, ob hominem furti apud ipsos postulatam, ius impetrare non potuisset, idem Fridericus II. p) interdixit: „ne sine speciali imperatoris mandato *repressalias* facere audeat, sed si quid iuris se contra illos habere contendat, illud per imperatoris curiam, quod ratio postulet, recepto prius oraculo imperatoris, prosequatur.”

Itaque, ne ob *iustitiam* quidem, quod aiunt, *denegatam*, pignerationes, quas, in eiusmodi specie, proprio nomine *repressalias* appellant, in imperio Romano carent reprehensione; sed in ius vocandus est ille, de quo habes causam conquerendi, & forense bellum ei indicendum, cum quo controuersie exerceantur.

Sed *repressalis* quidem ob *denegatam* iustitiam interdum aduersus externos, nunquam inter ordines imperii, nisi, cum armorum etiam certamen permittitur, q) locus est. Ab his GALLIVS *pignerationes* hoc nomine *speciatim* appellatas, quibus possessio defenditur, distinguit. r) Hæc subinde nihil videntur vitii habere, si id agant partes, ut tantum retineant possessionem. *Ordinatio camerae imperialis* part. II. tit. 22. pignerationes non omnino damnat, si qua inter ordines. S. R. imperio immediate subiectos, & qui superioritate territoriali hodie vtuntur, de *possessione retinenda*, dissensio aliquando enascatur. Neque tamen temere illæ in imperio suscipiuntur. Art. GALLIVS limitibus ius pignerandi circumscriptis. Inprimis, si homines, aut *obsides* per vim capiantur, mandatis pœnalibus, sine clausula iustificatoria, quam dicunt, locus est, quibus obsides & pignora iubentur continuo dimitti: data ab his fide, si causa in iudicio probata fuerit, se in eius, qui ipsos cepit, potestatem redituros: quod ut faciant, aliquando causa cognita, iussu iudicis, omnino adiguntur, d. cap. 22. P. II. *ord. cam.* d. A. 1555. Certe, præstita cautione de iudicio sisti, & iudicatum solui, confestim dimittendos esse, *rec. imp. Sp.* d. A. 1570. §. 84. sanctissima conventionione definitum, & *recessu deputat. Spir.* d. A. 1600. §. 36 sq. & *rec. imp. Ratisb.* d. A. 1654. §. 138. sq. copiosius deducum.

Saxones, si damnum datum fuerit, & ius viæ, aut pascendi, aut similia, inuito domino, per iniuriam usurpata, et iam priuatis facultatem capiendi pignora, animalia inprimis, concesserunt: II. l. X. art. 40. & 47. Si quis enim in suo ob causam idoneam cepit pignus, & iudici illud tradiderit custodiendum, non solum impune est, sed omnino fructuosum: cum per pignerationem etiam præscriptio interrumpatur. Ita serenissimo legisla-

tor;

p) GOLDAST. l. c. n. 20.

q) vid. illustr. LEYS. med. ad pand. T. I. sp. 30. §. 5.

r) GAIL. de pignorat. obs. l. 4 sq.

tori Saxoni in const. el. 7. & 8. P. II. visum est. Neque tamen ullius rei studium Saxonibus omnino maius, cura libertatis. Ideoque moribus obtinuit; ut *homines* capere non liceat, ne quidem seruos alienos, ut iure pignoris, aut obsidum, custodiantur: lib. 2. §. 34. art. 34. utque iudex etiam, qui reum carcere, per iniuriam, detinuit, multa, ob iniustum carcerem, coërcetur.

Certe priuatis nefas est, *pignerari homines*, & ducere in captiuitatem. Tractata est eiusmodi species haud ita pridem in iudicio provinciali Lusatiae inferioris. Duo vicini, de pascendi iure controuersiam habebant. Alter prior alterius animalia iure pignoris ceperat, & ad iudicem adduxerat custodienda. Alter, ut par referret, & ne cedere vicino videretur, ipse etiam postea binos vicini boues, & binos pastores, gregis duces, pigneratus erat. Quod ad ius pascendi, dubia victoria disceptabatur. Itaque utriusque possessio, seu compossessio, quam dicimus, defensa. Sed reus, qui pastores abduxerat captiuos, sententia monitus, ut repressaliis omnino abstineret: *Dass Beslagter beyer unzulässigen Repressalien hinführo bey willkührl. Straffe, sich zu enthalten schuldig.* Et hoc quidem iure in Saxonia utimur.

§. VII.

Itaque, *iure gentium* duntaxat, obtinuit, ut, si ius impetrari non possit, ob iniuriam acceptam, ciues illius reipublicae, quae illam intulit, et frequentat, inuiti atque innocentes, *capiantur iure obsidum*, aut, si in partis laesae potestate fuerint, donec satisfiat, in custodia *retineantur*. Quae res *obsides & retineantur*. Quam acerbe a quibusdam accusata fuerit, & supra indicatum est, et *GAILLIVS*, *KOPPEN* & *PESCHWITZ* suo exemplo comprobarunt.

Verum enim vero gentes, quae praetorem communem, a quo ius reddatur, adire nequeunt, natura docuit, ut securitatem muniant, iniuriam propulsent, omni diuina, & humana ope, pericula auertant; quandoquidem sensu incommodorum, & metu turbarum, & molestiarum, homines magis, quam fructu bonorum praesentium, et spe futurae voluptatis, commouentur. Quapropter, cum iustitiae fruendae causa societates incantur, atque omnia iura constituta sint: ne per contentionem armorum confestim omnia diuina & humana perturbentur, *obsides* etiam *inuitos* atque pignora capi, placuit, quorum caritate, atque desiderio gentes in officio contineantur.

Sed ne cuiquam durum videatur, *innocentes*, forte fortuna in potestatem hostium delatos, propter delictum aliorum adduci in discrimen; exponendum est breuiter, quid sua cuique *innocentia* debeat prestare. Nimirum, qui culpa vacant, in *conscientia* rectae voluntatis, quod *TVLLI-*

VS

§) GAILL. de pignerat. obs. 2. r) KOPPEN decis. 41. n. 1. & 2. u) PESCH-

WITZ de repressaliis c. 2. n. 22 sq.



vs ait, *) maximam consolationem rerum incommodarum inueniunt; cum non sit vllum magnum malum præter culpam.

*Conscia mens, ut cuique sua est, ita concipit, intra
Pectora, pro facto spemque metumque suo y)*

Itaque hoc cuique virtus tribuit, ut non palleat, utque *culpa absoluat*, ut pudore infamiæ, & dedecore, & nota inter bonos liberetur. Quapropter inter illos, qui ciuili iudicio aut damnari possunt, aut absolui, *poena* etiam carebit, in quem culpa nequeat conferri. Haftenus a fontibus *innocentes* seiunguntur. Ceterum contra *infortunium*, & casum, atque vim maiorem, nemo ex innocentia praesidium habebit.

*Non meriti poenam pateris, sed Numinis iram.
Est aliquid, magnis crimen abesse malis. z)*

Igitur, quamuis impunitate dignus sit, qui dedit operam, ut bene mereatur, tamen non tergiuersabitur, quo minus, ut *medium* aliquod, & securitatis communis, triste quidem, sed unicum, & necessarium *instrumentum*, incommodo afficiatur: ne ad plura membra humani generis perueniat sensus calamitatis, quem pauci possint commodius perferre. Enimuero, & animalibus vescimur, & pluribus rebus utimur, quas necessitas desiderat, quas *innocentes* esse, & crimine vacare, omnes profite-mur; neque tamen dubitamus, quin illas ad usum, ad quem procreatae sunt quantumlibet cum illarum incommodo coniunctum, liceat accommodare. Quapropter, cum sit inter omnes expeditum, homines singulos inprimis procreatos esse propter vniuersos, cumque, si rem ex naturali ratione, & Dei voluntate, & iuris, quo utimur, æquatione æstimes, magis intersit, plures a periculo defendi, quam singulos duntaxat, atque paucos; nemo dubitabit, *obsides* quosdam paucos, quamuis bonos, atque *innocentes*, rectius aliquid calamitatis accipere, quam per contentionem armorum, si res aliter transigi non possit, gentes vniuersas, pacemque omnium turbare, & in societatem periculorum & calamitatum ciues multarum gentium adduci. Illustri LEYSERVS a) optime *belli* argumento utitur: cuius incommodis cum omnino multi, qui nihil deliquerunt, attingantur; quis accuset ius gentium, si impetus in paucos fiat, qui capiantur iure *obsidum*, & finiendæ contro-uerisæ gratia, per tempus aliquod retineantur.

Sed aduersatur VLPIANVS, qui l. 7. §. 1. D. *quod cuiusque vniu. nom.* quod debet *vniuersitas*, illud negat *singulos* debere: adeoque vniuersos, ait, non singulos omnino recte conuenire. Enimuero, quæ iure gentium administrantur, nihil ad prætorem. Hoc inter priuatos iuris est, ne alius pro alio conueniatur, aut singuli pro vniuersis: quod & ZENO l. un. C.

vt

*) CIC. ad fam. L. VI. ep. 4. v. 6. y) OVID. Fast. L. I. v. 485. z) OVID. l. c. v. 483.
a) LEYS. med. ad pand. T. I. spec. XXX. §. 4.

ut nullus ex vicin. & IUSTINIANVS Nou. 52. c. 1. docuerunt. Cum enim apud iudicem, in foro, lites & controuersiae tractantur, habet rationem, ut ab illo, qui deliquit, duntaxat poenae expectantur. At vero inter gentes, quis pater exteris aditus ad illos, qui ius gentium perturbant: quomodo continebuntur in officio, & coercerentur principes exteri, nisi quodammodo per iugula ciuium petantur illi, qui rempublicam sua auctoritate administrant: ut suorum caritate moueantur, ne dent occasionem litibus, & dissensionibus, qua peste totum genus humanum affligitur atque perturbatur.

Igitur qui gentes interdum armis inter sese congregari, & bello de summa rerum decernere, permittit, ille pariat necesse est, obsides etiam capi, si res postulet, & donec satisfiat, detineri: quandoquidem ipsi captiui, quos iure belli hostes in suam potestatem redigunt, si rem recte aestimes, sunt quidam *obsides inuiti*, quos minuendae controuersiae, & quaerendae pacis causa, capimus, & donec transigatur, aut pretium redemptionis offeratur, retinemus.

Sed praeter illa, quae adhuc disputata sunt, etiam alia causa accedit, quae efficit, ut recte ciues, quamuis innocentes, capiantur. Enimuero cum totius ciuitatis corpus, *maiestatis* arbitrio regatur, eiusque voluntati se permittat, commodisque, quae a principe procurata, & ab exteris etiam subinde per illum impetrata sunt, fruatur; consequens est, ciues & iam singulos, quae a maiestate suscepta, & administrata sint, agnoscere debere, & si quid inde incommodi exoriatur, si quae controuersiae cum gentibus finitimis enascentur, partem aliquam communium malorum ferre & suscipere, & quae a principe *tanquam ex voluntate omnium* gesta sunt, etiam sua calamitate luere, & expiare. Neque enim tam propter alienum facinus, quam propter suum, capiuntur ciues, qui propter controuersias principum in periculum incurrunt; cum quae ab his gesta sunt, *nomine omnium*, & propter omnes, suscepta videantur. Simus igitur, quod TULLIVS ait ^{b)} ea mente, quam ratio & veritas praescribunt, ut nihil in vita nobis praestandum, praeter culpam, putemus: & ea cum careamus, omnia humana placate & moderate feramus. Illud exploratum est, leuandam esse innocentium aegritudinem, & calamitatem minuendam, damna etiam accepta, si postea ad suos reuertantur, dissoluenda atque compensanda, & praecipiente PAVLLO, l. l. D. de leg. Rhod. de iact. quod propter omnes, & propter ipsam rempublicam amissum est, contributione omnium resarciendum.

§. VIII.

b) c. r. c. ad fam. l. VI. ep. I. v. 11.

Fasc. IV,

C



§. VIII.

Ex quibus
caussis capi-
antur obsi-
des & retine-
antur.

Sed, cum nihil dulcius sit usu libertatis, nihil a consilio, quo homines, conditi sunt, & a natura procreati, alienius sit servitute, nihil inhumanius, quam temere & inconsulto aliquid moliri, quod cuiquam graue & molestum esse posse videatur; efficit communis quasi legis, & humanæ conditionis recordatio, ut, quibus ex caussis manum hominibus liberis iniicere, & *obsides* omnino aut *capere* aut *retinere* liceat, expediendum sit. Quæ deliberatio tanto est dignior, tantoque magis necessaria, quanto rectius Abelo ille Hispanus apud *Liuium* c) præcipit, nihil publice populis gratius, nihil ad sancindas coniungendasque amicitias accommodatius, quam *obsides remitti*: quemque sibi potius, quam obsidibus, credi velle, & habitam fidem, etiam sine obsidibus, ipsam plerumque fidem obligare.

Sed hæc res quidem tota non solum *ex ratione naturali*, sed etiam *ex usu gentium* addiscenda est: cum hæc sit consuetudinis inter gentes auctoritas, ut facile ab illa discedi non possit: cum omnis nouitas suspecta, nihilque certum, atque tutum videatur, si temere inueterati mores deserantur: cumque societas humani generis omnino perturbetur, atque quasi face quadam & tuba, ad discordiam & dissensiones exercendas, euocetur, si quid præter expectationem, quod usu gentium non sit frequentatum, citra insignem aliquam necessitatem, a quopiam suscipiatur.

Illud quidem apud omnes obtinet, non, nisi auertendi periculi maioris causa, ex quo plus incommodi, quam ipsi *obsides* captiui sentiant, rei publicæ imminere, *obsides* aut recte capi, aut omnino retineri: cum parum absit a furore, qui instrumentis noxiis utitur, ex quibus plus damni debeat timeri, quam sperari possit voluptatis, & emolumenti, si ipse perueniat ad finem. Igitur in ipsa concerratione armorum, inque usu belli, interdum *controuersiarum minuendarum causa*, *obsides* inuitis extorqueri placuit, quorum miseratione, & amore, aut etiam iactura, hostes secum habitare discant, atque a contentionibus remittere, & ad pacem & amicitiam reuerti. Hoc semper agitur, quoties *capti ab hostibus* in præsidia custodiendi deducuntur. Romani aliquando, teste *Livio* d) *obsides*, quos Carthaginienses ab omnibus Hispaniæ populis acceperant, captos in castra deduxerunt, & restituerunt Hispanis, ut inclinatos ad Romanam societatem animos, quos hoc vnum pignus adhuc moratum erat, a Carthaginiensibus abstraherent, hostiumque exercitum, defectione Hispanorum, obsidibus illarum Hannibali ereptis, debilitarent.

Sed sæpius, priusquam ad armorum disceptationem publicam perueniretur, ad *propulsandam* atque vlciscendam *iniuriam*, & *damna*, quæ accepimus, dissoluenda atque *sarcienda*, *obsides* capti, & retenti. Ob na-
ues

c) LIV. L. 22. c. 22.

d) Ibid. eod.

ues quidem surreptas tanto frequentius, quanto certius illae, si semel captae & clapsae sint, sui vestigium non relinquunt, & quanto magis interest generis humani, commercia, etiam maritima, seruari, illosque, qui tempestati & mari publico se committunt, & nullo alio praesidio, quam securitate publica utuntur, ab hominum iniuria defendi. Quod *Fridericus II.* ob nauem Venerias destinatam, & ab Anconitanis rebellibus surreptam, mercatoribus facultatem dedit, mari & terra tantum ex Anconitanorum bonis capiendi, quantum sufficiat ad damna sarcienda, ex *GOLDASTO* ^{e)} est a nobis supra comprobatum. Etiam *VENETI*, quod Illustris *LEYSERVS* ^{f)} ex *Nicephori Gregor.* libro IX. obseruauit, Genuensium naues, repressaliarum iure, occuparunt, donec, reparato damno, cum mercibus, illaefae restituerentur.

Igitur, non sine exemplo, *potentissima Russorum imperatrix.* ob naues sibi surreptas, Gallos, qui in ipsius potestate versabantur, obsides retinuit. Sed praeter rationem *Turcae* aliquando, anno C. 1644. ob naues ipsorum, iussu Melitensium, captas, & abductas, ab omnibus Christianarum gentium legatis, ad quas illa controuersia non pertinebat, res suas repetebant, & ni redderentur, omnibus exitium comminabantur. Ita enim *Iobus LUDOLFFVS* ^{g)} rem enarrat. Certe non cunctanter *Turcae* anno 1659. ob nauem Gallicam, mercibus Constantinopolim destinatis oneratam, sed a praefecto, culpa nautarum, priuata auctoritate, alio deductam, ipsum legatum Gallorum comprehendi posse crediderunt, ^{h)} & in vincula coniectum, per tempus non modicum detinuerunt: de quo iure deinceps studiosius trademus.

Enimuero ob legatos violatos, quorum sanctitate gentium amicitia, & societas generis humani imprimis continetur, homines innocentes capi, atque retineri posse, gentium usu comprobatur; ut his securitas praestetur, utque discant gentes, ea sancta credere, quorum violationem damno luere coguntur. *Rex Danie* aliquando, si *WICKEFORTIVM* ⁱ⁾ audiamus, ob Caium Ranzouium, a Batavis indignius acceptum, classem mercatorum Batavorum in freto Oresundico retinuit; mox exsolutis triginta millibus, quibus iniuriam aestimauerat, dimisit. *BATAVI* etiam A. 1655. talionis iure legati *Anglici scribam*, ob ordinum generalium legati scribam, in Anglia in carcerem coniectum, donec ipsis satisfaceret, diligenti custodia detinuerunt. ^{k)}

Fridericus I. etiam ob mercatores Germanos, in Gallia bonis & fortunis spoliatos, pignorationem, aut repressalias, apud *GOLDASTVM* ^{l)} Ludouico regi

e) *GOLDAST.* const. Imp. T. II. inter const. Frid. II. n. 33. p. 61. l. c. p. 308.

g) *Ludolffs Schau. Vühne*, T. II. p. 1172.

f) *LEYS.*

p. 1132. i) *WICKEFORT* l'ambassadeur L. I. sect. 17. p. 188.

h) *Id.* T. III.

L. 45. p. 1017. & L. 46. p. 167. k) *AITZEMA*

l) *GOLDAST.* const. Imp. T. I. p. 282. *BYNCKERSHOEK* de foro legat. c. 22.

regi Gallia, minatur. Et generatim, quoties ob *iniuriam*, & damna accepta, ius non potest impetrari, aut generis humani interest, facinus exterrorum sine ultione non dimitti, pignora & obsides, sine vlla fraude, capiuntur.

Illud ferri non potest, quod Themistocles machinatus est ^{m)} apud Spartanos, quibus se ipsum *obsidem* sua voluntate tradiderat, donec legati ab Atheniensibus reuerterentur. Impetrauit enim a suis, ut legatos in vincula conicerent, & dum ipse dimissus esset, retinerent. Hac arte effectum iri sperabat, ut eluderentur Lacedaemonii, illisque *pignus fidei*, quod ipsis in se obtulerat, eriperetur. Eodem consilio etiam Veneti ⁿ⁾ aliquando visi sunt, qui SILIVM atque VELANIVM, tribunos militum, commeatus petendi causa a P. Crasso missos, retinuerunt, quod, per eos, se suos obsides, quos P. Crasso dedissent, *recuperaturos* existimabant. Recte Caesar iustam belli causam ratus est, admissum a Venetis facinus, quo legati, quod nomen apud omnes nationes sanctum, & inuiolatum semper fuit, *retenti*, & in vincula coniecti. ^{o)} Enimuero, hoc est fidem fallere, diuina & humana omnia eludere, atque turpi fraude contaminare, si obsides, *sanciendae fidei* causa accipiendi, per insidias, & calliditatem, citra iustam causam, a gente quadam capiuntur, ut suos obsides recipiat, qui aduersariis ex pacto, & fœdere debentur.

Ob *damna* igitur duntaxat, & ob *iniuriam* acceptam capiuntur obsides, & retinentur. Sed non attinet monere, *liquidum* desiderari *debitum*, quod ICI aiunt: hoc est, debere esse *expeditum*, quod pars aduersa, quam capitis obsidibus coercemus, iure gentium nobis obstricta sit, ad damni dati reparationem. Enimuero si incerta sint omnia, & perplexa, atque impedita, quis gentem genti vim facere, innocentes rapere, nihil tale meritos plectere, omnino patiat? quis finis erit controuersiarum, & dissensionum, si ob suspiciones tenuissimas, & repentinas, exteri confestim in periculum & discrimen adducantur. *Ius Quiritium*, cuius auctoritas quamuis gentes liberas non teneat, tamen, quoties æquitatis naturalis rationem sequitur, etiam in publicis causis in argumentum trahi potest, ne priuatis quidem permittit, ut propter debitum incertum *iure retentionis* illiquido utantur. *NERATIUS* enim & *ARISTO* apud *POMPONIUM*, l. 5. pr. D. de *statu liber.* de eo, quod *obscurius* fuerit, possessori retentionem non concedunt: ne multis libertas extorqueatur *incerta causa rationis*. Quis igitur in *gentibus* hoc probet, quarum exemplo etiam priuati excitari debent, ad æquitatis habendam rationem, & officia colenda. Igitur ne in hanc reprehensionem incurrant illi, qui iure pignora & obsides capiendi utuntur; receptum est, hoc denun-

^{m)} NEPOS in vita Themist. c. 7.
ibid. c. 9.

ⁿ⁾ CAS. bell. Gall. l. 3. c. 8.

^{o)} Idem

denunciare parti aduersæ, ut admoneatur, nisi damnum dissolutum, & compensatum fuerit, *obsides* captum, aut retentum iri, & locum repressaliis futurum. Illud certe a *Friderico I.* factum esse, priusquam aduersus Gallos hoc iure vteretur, Illustris LEYSERVS *p)* ex GOLDASTO annotauit.

Neque tamen existimes, *necessitatem* gentibus impositam, ut prius denuncient, quam utantur iure repressaliarum. Sæpe opportunitatibus utendum, quas quis deinde frustra expectauerit, si semel elapsa sit occasio rei feliciter administrandæ. Igitur si res moram non omnino patiatur, & dubitatione careat, nobis iniuriam ob aduersariis illatam; satis est, deinceps exponere, quo iure obsides retineantur. Certe *Russorum imperatrix*, ipsa etiam a Gallis, *citra indictionem belli*, armis infestis impetita, non habuit, cur verborum honore vteretur, & conquereretur antea cum Gallis de causa, ob quam cohortibus ipsorum, quæ in potestatem eius peruenerant, manum iniecerit, illasque iure gentium & belli retinendos existimarit. Sufficit, hæc postea exposita fuisse.

Ceterum, ut media inprimis noxia & cum incommodo coniuncta, intra fines suos diligentius coerceantur; non videtur facultas capiendi & retinendi obsides, iure gentium concessa in infinitum; sed donec de damno satisfiat. *Rex Daniæ* laudatur, quod retentas Batauorum naues, numeratis triginta millibus, qua summa iniuriam legato illatam aestimauerat, vinculo pignoris exsoluit, & iure gentium intactas atque liberas dimisit. *q)* *Fridericus II.* etiam non passus est, ut sui, ultra centum uncias auri, Anconitanis iure repressaliarum extorquerent. *r)* Neque tamen quis commode ad digitum dinumerabit, quousque duret retentio, & quando damnum omnino dissolutum esse videatur. Enimuero propter exemplum interest, ut interdum etiam plusculum repetas, quam alterius iniuria extorserit: certe & expensarum habendam esse rationem, & alimentorum, & quæ in ipsos obsides, dum detinerentur, collata sunt, nemo dubitat; cum recte, etiam a priuatis, *sumtus a creditore ad seruandum pignus facti*, actione pigneratitia contraria, suadente & ciuili iure, & naturali ratione, repetantur. POM-
PONIUS enim l. 8. D. de *pigner. act.* ob necessarias impensas creditoribus concedit *pignoris retentionem*.

§. VIII.

Igitur *obsides* inuiti hoc consilio in primis capiuntur, ut gentes suorum caritate, atque recordatione, in officio contineantur. Quod ut impetretur, inualuit, *nobilissimos* plerosque *ciuitatum* accipi, quorum custodia illorum obligetur fides, a quibus respublica administratur. Galli apud *Cæsarem* con-
questi sunt, se *nobilissimos* ciuitatis dare *obsides*, a Sequanis coactos: magnam-

*Numerus
conditio &
status obsi-
dum inuito-
rum.*

C 3

que

p) LEYS. l. c. p. 308.

Imper. T. II. p. 61. n. 33.

q) WICQUEFORT. l. c.

inter const. Frid. II.

r) GOLDAST. const.

s) CÆS. bell. Gall. I. 31.



que se calamitatem accepisse, omnem senatum, omnem nobilitatem, omnem equitatum amisisse. *Carthaginenses* etiam obsides dederant *principum liberos*, qui cum magna vi servorum, quos in comitatu habebant, aliquando Seris asseruabantur. ^{r)} Nabidi quoque ^{u)} imperatum, ut *filium* suum Romanis traderet, pignus fidei, & induciarum. Germanorum olim ciuitates, quibus, inter *obsides*, *puellæ* quoque *nobiles* imperatæ erant, efficacius obligabantur, ^{x)} cum captiuitatem, *fæminarum* suarum nomine, longe impatientius timerent. Pro *Francisco* I. eius filii *obsides* oblatis, donec pretium redemptionis solueretur. Sed hac deliberatione opus est, cum obsides ex *fœdere* & *pacto* impetrantur. Atuero, cum inuiti *capiuntur*, aut etiam retinentur, qui in nostra potestate sunt, fortunæ beneficio vtendum est, & quos illa obrulerit, accipiendi. Neque tamen a iure gentium alienum est, bellorum inprimis *duces* retineri, si fors dederit illorum facultatem. Superiori tempore *BOVFLEVRIVS* Namurci captus, donec milites præsidarii *Dixmudæ* capti redderentur, in custodia retentus. Quod cum accideret, per ostentationem Gallicam, famosum illud: *Je ferai trembler le monde*, pronunciasse dicitur. Aliquando eodem iure *retentionis* vsi sint principes, si *toti exercitus*, & cohortes, in ipsorum potestatem peruenirent: inprimis ut, quidquid dignitati hominum decederet, numero compensaretur. *Clytus* Prætor *Acaruanum* ^{y)} id agebat, ut *quingenti milites*, qui in præidiis positi erant, pro *obsidibus futuri*, in *Antiochi*, regis, venirent potestatem. Si nostrorum temporum mores desideras, *Albertus Marchio*, capta *Bamberga*, teste *HORTLEDERO* ^{z)} Senatores, atque ciues octoginta cepit, & pro obsidibus retinuit. Adeo numerus non definitus naturali ratione. Tantum abest, ut *Rufforum imperatrix* accusari, aut, præter exemplum gentium, aliquid molita videri possit, quod, cum alii obsides non suppeterent, Gallorum subsidiarias cohortes retinendas censuit, donec naues redderentur. Apud *Græcos* tamen lege constitutum est, ut, si cædes facta esset, atque reus non confestim dederetur, agnati & gentiles, ad quos funeris procuratio, & officium cædis vindicandæ, pertinebat, *obsides*, non *ultra tres*, ab illis, qui denegauerint deditionem, caperent, κατ' ἀνδραγαθίαν: quod *G. Buddæus* ex *Demosthene* & *Polluce* comprobauit. ^{a)}

Quia igitur, utcumque fortuna tulerit, *obsides inuiti* capiuntur: humanæ conditionis misratio postulat, ut custodiantur quidem diligenter, sed, pro sua quilibet conditione, humaniter accipiantur, & tractentur liberaliter, nihil, præter necessitatem, in illos committatur, qui nulla sua culpa, propter patriæ offensionem, in manibus hostium versantur. Si ius impetrari non

^{r)} LIV. L. 32. c. 26.

^{u)} Id. L. 34. c. 35.

^{x)} TACIT. mor. Germ. c. 8.

^{y)} LIV. L. 36. c. 11.

^{z)} HORTLED. de bell. Germ. L. V. c. 5. p. 161.

^{a)} B V.

DEVS ad pandect. L. 16. § 8. de poen. p. 345.

non possit, cuius causa obsides capti & retenti sunt, aliquando durius cum ipsis agitur, ut commodius ad finem propositum perueniatur. *Fridericus I.* cum a Mediolanensibus fides, cuius sciendae causa obsides dati erant, violata esset, illos turri lignae, quam urbis *Cremæ* muris admonere volebat, aligauit, ut ne *Cremenenses* resistere, neque turrim e longinquo lapidibus & machinis petere auderent, sed, caritate liberorum & obsidum, quos, si quid molirentur, ab ipsis parentibus vulnerandos & conterendos esse intelligebant, turrim admittere omnino cogerentur. *b)* Multi quidem *ICrorum* generatim, *obsides*, *seruorum* loco habuerunt: quos *Marcianus* videtur adiuuare, qui l. 31. & 32. D. de iure fisci, *obsidum bona, sicut captiuorum*, in fiscum cogenda esse, ait, nisi, accepto togæ usu, ut ciues Romani semper egerint. Enimvero hoc exercuit *ICtos*. *GREGORIUS LOPEZIUS MADERA c)* & *PAGANINVS GAYDENTIVS d)* in diuersa abierunt. Ausim affirmare, *MARCIANVM* non de obsidibus, quos Romani aliis dederint, sed de illis quos ab hostibus acceperint, & qui Romæ versarentur, tractauisse. Enimvero, & usus togæ concessus, cuius *Marcianus* mentionem iniicit, de peregrinis agi docet: & constat præterea, obsides ciues Romanos, nullo iure alio, quam *pignoris*, fuisse obligatos. Sed homines liberos, qui pignoris vinculo detinebantur, *VLPIANVS* l. 20. §. 1. D. qui test. fac. poss. atque *GORDIANVS* l. 2. C. de possim. reu. non omnino seruos esse, tradunt. Ex quo apparet, in l. 31. & 32. D. de iure fisci, *obsides* peregrinos, ab hostibus populi Romani datos, tantum quoad testamenti factionem, *captiuis* comparari, quia hæc, iure Romano, nec *seruis*, neque *peregrinis* competebat. Ceterum non videntur obsides *seruorum* numero fuisse; quamuis interdum priuatis custodiendi traderentur, *e)* & cum captiuis ante currum ducerentur in triumpho. *f)* Quidquid illorum fuerit; hodie quidem, sublata seruitute, parum videtur inter obsides & captiuos interesse. Illud expeditum est, qui capti sunt *inuiti*, eos captiuorum numero haberi, certe prohiberi usu libertatis. Sed ne in captiuos quidem aliquid durius, præter necessitatem, consulitur. Testamenti factionem quilibet, ut visum est, obsidibus negat, aut concedit. Naturalis enim ratio, cui liberæ gentes obsequuntur, ignorat testamenta. Quid enim hoc iuris est, quod tibi demum, postquam fato concesseris, & post mortem aliquando, utile esse possit: & quid refert, ad quem bona tua post mortem deferantur. Priuato iure Principes hoc suis ciuibus liberaliter concedunt, ut ipsi possint heredem nuncupare. Quod videtur introductum, ut ciues discant, bonis suis parcere, & furorem prodigorum, ob heredum caritatem, ad quos sciant bona esse peruen-

b) RADEVICVS de reb. gest. *Friderici I.* L. 2. c. 47.
ciu. c. 18. in *Ottom. thes.* T. 3. p. 471.
c. 32. loc. cit. p. 370.

e) *LIV.* L. 32. c. 26.

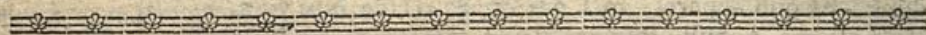
c) *LOPEZ* animadu. iuris
d) *GAYDENT.* iurid. exposit. L. 2.
f) *Id.* L. 34. c. 52.

uentura, euitare. Igitur penes victorem est, vtrum velit, obsides captiuos vi testamenti factione.

Sed, an *fugere* illis liceat, qui *capti*, aut *retenti* sunt, ambigitur: cum, docente AFRICANO, l. 60. D. de *furt. furtum sui* faciat, qui fugit ex aliena, in qua constitutus fuit, potestate. GROTIUS etiam resistit g) qui ne captiuis quidem fugæ dedit facultatem. Certe, patriæ suæ non multum proderunt, qui fugiant: cum illa, etiam obsidibus elapsis, ad ius reddendum teneatur: & præterea fuga sua efficient, vt alii conditione duriori in posterum detineantur, si cæperit fides obsidum suspecta esse. Sed, si illi, qui capti sunt, fidem victoribus dederunt, interposita conuentione; nemo dubitat, quin, iure gentium, elabi & fugere prohibeantur.

Certe victor in elapsos, si eos comprehenderit, & in resistentes, atque oblucentes, iure belli, atque internecionis etiam, vti non prohibebitur. Romani, obsides Tarentinos, ex libertatis atrio, in quo negligentius custoditi erant, clanculum elapsos, retraxerunt omnes, & deductos in comitium, virisque, approbante populo, cæsos, de saxo deiecerunt. h)

Inuictissima Russorum imperatrix quidem Gallorum subsidiarias cohortes tanta magnitudine animi accepit, tam liberaliter tractatos dimisit; vt gratulemur orbi terrarum virtutem maximi exempli, quod gentibus etiam in posterum prodesse posse videatur.



XXI.

D I S S E R T A T I O

D E

PRAESUMPTIONE AEQUALITATIS
IN IUDICIIS DIVISORIIS
ET ACTIONE NEGATORIA.

AD L. 7. DE FIN. REGVND.

VITEMBERGAE, AD D. MAL. A. Q. S. P. E. MDCCXXXV.

§. I.

Occasio iustitiae.

Bis haud ita pridem, ad ICtorum in hac Academia ordinem allatae sunt lites, quæ non sub alia formula, quam *ex præsumptione æqualitatis* na.

g) GROTI. iur. bell. & pac. L. 3. c. 7. §. 6. & c. 14. §. 7.

h) LIV. L. 25. c. 7.



orbem aperuit, eandem auram omnibus, eosdem arborum fructus, eundem foli & agrorum vsum commodauit, omnia ad varias vtilitates comparauit, nihil seiunxit, neminem exclusit, omnia cum omnibus communicauit, *illum*, inquam, *eodem* omnes studio complexum, amores suos *aequaliter* inter omnes diuisisse, neminem inanem, neminem ieiunum, neminem beneficiis vacuum, neminem expertem dimisisse. Igitur homines *aequali iure* inter se vtuntur.

Recte enim MARCVS TVLLIVS ^{c)} fraternam *aequalitatem*, concordiam, consensum conspirantem & paene conflatum, in illis desiderat, qui se necessitudine mutua, & cognatione, quam natura inter omnes constituit, attingunt. Recte idem alio loco ^{d)} *iustitiae* laudem, ait, in primis fide & *aequalitate* contineri.

Sed haud paullo aliter in *ciuitatibus*, quas tamen idem ille TVLLIVS ^{e)} *iustitiae* fruendae causa constitutas esse ait, iura singulorum videmus aestimari. In illis enim cuius suus in republica locus assignatus, suus cuique gradus attributus, singuli fere in sua quisque statione collocati, discrimen aliquod inter homines, & varia illorum genera accepta sunt: &, teste VLPIANO, l. 9. §. 11. D. de *poenis*, propter hominum inaequalitatem, ne omnes *eadem* poena affici possint, receptum est: quandoquidem, si CLAVDIUM SATVRNINVM l. 16. §. 3. D. de *poenis*, & MACRVM l. 10. pr. eod. audiamus, ex iisdem facinoribus aliter ferui, quam liberi, aliter decuriones, quam plebei & humiles & fordidae conditionis personae, puniuntur.

Certe POMPONIUS & PROCVLVVS l. 6. & l. 80. D. *pro socio*, ne *socios* quidem, quamuis fratrum iure censeantur, praedam semper *aequis partibus* diuidere debere docet, in primis, si alter plus operae, industriae, gratiae, pecuniae contulisse videatur: constituendos esse quosdam gradus, suum cuique, sed vt res tulerit, non quidem ex aequo, sed alii aliud subinde tribuendum. Qua re naturalis aequalitas in ciuitate videtur perturbata.

Illud ius inaequale videtur SENECAE ^{f)} stomachum mouisse, qui quid sit eques Romanus, quaerit, aut, quid libertinus, aut, quid seruus, quam nomina ex ambitione & *iniuria*, enata. Neque TVLLIO illa inaequalitas placuit ^{g)} qui etiam latrones dicit iustitia exactiori negotia administrare, illumque, qui archipirata dicitur, nisi *aequaliter* praedam dispertiat, aut interfici ait a sociis, aut certe destitui, &, facta discessione, nudum & solum in periculo relinqui.

At

c) CIC. in orat. pro Ligar. circa fin. p. m. 812.
p. m. 250. e) CIC. II. de offic. c. 12.
off. c. 11.

d) Id. L. 2. de orat. oper. T. 1.
f) SEN. ep. 32. g) CIC. II.



At enim vero, tantum abest, vt hæc instituta ciuitatum a naturali ratione discedant, vt potius ipsius Dei consilium *discrimen* inter homines admit-
tat, ingenuos & frugi, a nefariis & improbis segreget, & non patiat, vt eodem modulo omnino omnes metiamur. Quæ enim supra de *absoluta*
illa *æqualitate*, quam philosophi *arithmetica* appellant, & cuius in iusti-
tia *commutatiua* habendam esse rationem dicunt, disputata sunt, ad illos
pertinet, qui in eadem, in qua natura nos edidit, integritate perstiterunt,
nullo *suo facto* rationes suas perturbarunt, nihil de viribus suis deminue-
runt, nulla sui parte, nulla sua culpa debilitati sunt, nunquam penitus sub-
lapsi, omnes boni, omnes innocentes. Inter hos enim, certum est, nihil
interesse, nihil discriminis intercedere, eodem omnes loco esse, omnes iis-
dem commoditatibus perfrui, iisdem beneficiis ornari. Qua re veteres op-
time, *amorem antecedentem* Dei, quo omnes prouocat, & priusquam de
rebus suis ipsi constituunt, & viam, in quam ingrediantur, eligunt, om-
nes homines amplectitur, *æqualem* esse, eiusque rei fructus cum omnibus
communicari, docuerunt.

Sed alia ratio ineunda est, postquam homines de statione prima disces-
serunt, atque ipsi sponte in partes diuersas abierunt. Quando quidem enim
alii studio & industria alios superant, alii in stadio decurrunt, alii desides
& lenti pedem omnino proferre non audent: alii hærent in sordibus, alii
labem contractam virtute eluunt: alii propius ad finem propositum accedunt,
alii longius ab illo absunt: alii officio satisfaciunt, alii illud deferunt, aut
non attingunt, resque varie, & consiliis inter se aduersis, a plurimis admi-
nistratur; apparet, quod præcipiente etiam naturali ratione, & si ex amo-
re Dei, quem *consequentem* appellant, res æstimeretur, necessarii sint homi-
num & officiorum quidam gradus & ordines, in quibus alia aliis conueniant
&, moderante iustitia ius cuique suum inæqualiter, attribuat.

In tanta igitur rerum conuersione, quæ subsecuta est, inque tanta ho-
minum & virium dissimilitudine & discrepantia, boni viri officio conuenit,
ius cuique suum, ex *suis viribus*, & conditione reddere: vt qui multis re-
bus careant, illis ex sua *indigentia* ius quoddam tribuatur; exigendi ista a
sociis, quorum illi copia abundant, sed his plura *officia* imponantur, quo-
rum copię & facultates ampliores sunt, vt ad subleuandam aliorum inopi-
am, & communes necessitates procurandas, sustenturæ videantur. Hoc est
genus illud *iustitiæ*, cui veteres *distributiue* nomen accommodandum esse cen-
suerunt. Hæc est illa *isovopie*, & *æquabilis tributio*, quam in Diis im-
mortalibus CICERO ^{b)} laudauit, in qua omnia omnibus, *paria paribus*,
respondent. Hæc est illa *æqualitas*, quam *geometricam* dici, a philosophis
& mensuris discimus. Hæc est illa *utilitas*, ob quam VLPIANVS l. 5.

D 2

§. 2.

b) c. 1 c. de nat. Deor. I. p. 281.



§. 2. D. *de poenis*, & CLAUDIUS SATVRNINVS, itemque MACER, quos supra excitauimus, l. 10. & 16. D. *eod.* praeceperunt, modo *poenam iustam* eligendam, modo *temperamentum* esse admittendum, & ob quam etiam POMPONIVS, & PROCVLVS l. 6. & 80. D. *pro socio*, ne sociis quidem æquas semper partes tribuendas esse existimarunt.

In qua re nemo credat, illos peccauisse, qui iura ciuitatibus constituerunt. Enimuero, cum etiam inter bonos & æquales aliquando necessitas desideret, vt fiant quidam inter illos gradus, vt alter alteri subinde cedat, vt officia inter plures diuidantur, vt res ordine administretur, vt nihil temere & inconsulto, & quasi in turba & tumultu, facile suscipiatur; certe multo magis, in tanta hominum inter se diuerforum multitudine, res ipsa postulauit, vt de aliis aliter decerneretur. Quærendi sunt molles aditus, quibus facillime in cuiusque animum perueniatur: cuius morbo alia subinde medicina adhibenda, quæ morbum alium non iuuat: omnia remedia vim suam perdunt, nisi quæ ad rationem personæ, & loci, & temporis, & ad illa, quæ circumstant, aliquantulum accommodentur.

Igitur nemo videtur bene rempublicam ordinauisse, nisi qui in omnibus negotiis habuerit *iustitiæ distributiue* rationem. Mihi certe nunquam persuaderi potuit, *commutatiuam* illam, quam dicunt, & *συμβαλτικήν*, seu *absolutam*, & *arithmeticam* aequalitatem in *contractibus* desiderari. Quis enim credat, quantum ad patrimonia attinet, vires ciuium inter se *æquales* esse, & quemlibet alteri ad tantundem aut reddendum, aut omnino promittendum, naturali ratione obstringi, quantum ipsi ab alio datum est, aut etiam promissum. Ipse MARCVS TVLLIVS ⁱ⁾ auctor est, non fuisse in ciuitate Romana duo millia hominum, qui *rem haberent*, plerosque pauperes, proletarios, enerues, rerum omnium egentes. Imo vero, quamuis æquitatem mirifice commender, non tamen *æquari* bona ciuium patitur, sed damnat perniciosam & capitalem Philippi, quam in tribunatu, ob legem agrariam habuit, orationem, quæ ad *aequationem bonorum* pertinere videretur; & negat, æquatione bonorum maiorum pestem cogitari posse. ^{k)} Itaque intelligitur, in nulla re magis ciuem ciue superiorem esse, quam si patrimonia illorum inter sese comparentur. Quæ cum certa sint & expedita, non video, cur *naturali ratione*, in contractibus, quibus vtrinque aliquid promittitur, tantundem ab altero contrahentium paupere, quantum a diuite ex aduersa parte, exigatur, aut cur in his negotiis præstationes *arithmetice æquales*, ex vtraque parte, & officia *quorsus paria*, si non ita conuenierit, desiderentur. Sed de his deinceps locus erit exponendi.

§. III.

i) CIC. off. II. 21. 22. 23. f. & 24.

k) Idem loc. cit.



§. III.

Ex his, quæ adhuc disputata funt, apparet, *natura* homines *æquales* esse; *In dubio æ-*
qualitas
 sed plerosque *facto suo*, aut culpa, aut virtute, virium deminutionem pas-
 fos, aut illarum cepisse incrementa: vt alter altero superior subinde videa-
 tur. Verum enim vero, cum illa virium mutatio, & æqualitatis naturalis
presumitur
 perturbatio, ab ipsis fere hominibus pendeat, adeoque *facti* sit, quod ICti
et ipsa æqui-
tas æquali-
tatem notat.
 aiunt; docet natura, illam inæqualitatem non præsumi, sed docente PAVL-
 LO atque CÆLSO, l. 5. & l. 11. D. de *probat.* ab allegante probandam ef-
 se: contra, vbi res dubia fuerit, omnes viribus *æquales*, omnes omnino
pares cenferi, nisi aliter conuenerit, aut lex mutauerit naturalem hominum
 æqualitatem. Recte igitur MARCVS TVLLIVS ^{l)} tres veluti ordines fa-
 cit iurium, quos sequi in iudicando debeamus: *pactum*, quod inter aliquos
 conuenit, *iudicatum*, de quo iam antea sententia alicuius constitutum est:
 quem in ordinem etiam *legem* referendam esse intelligitur: & denique illud
par, quod in omnes *æquabile* esse videatur. Igitur, si nec *pacto* res defi-
 nita fuerit, nec *lege*, aut *iudicato* constituta, *æqualitatis* habemus inter
 ciues rationem. Hinc generatim VLPIANVS l. 164. §. 1. D. de V S. in
partitionibus, inquit, nisi portio adiecta fuerit, vtrisque *pars dimidia* debetur.
 Igitur L. FLACCVS laudatur apud CICERONEM, ob *æquabilem* sumtum
 descriptionem. ^{m)} Hinc pænæ genus videbatur, si nationibus exteris sœdus
 quidem concessum, sed non vt *æquo iure*, sed, vt in ditioe populi Roma-
 ni tenerentur. ⁿ⁾ Hæc est illa *æquitatis* ratio, cuius artem esse iurispru-
 dentiam VLPIANVS l. 1. pr. D. de *iust. & iure*, docet, ad quam om-
 nia redigenda esse, PAVLLVS l. 24. §. 1. D. de *min.* & l. 90. D. de reg.
 iur. & CÆSARES l. 8. C. de *iudic.* præceperunt. Hæc est illa *humani-*
tas, qua docente IULIANO, l. 13. pr. D. de *lib. & posth.* subilem re-
 gulam iuris temperamus. Hæc *summa* illa *ratio*, & ipsa bona fides, fides,
 inquam, naturali iustitia firmata, quam PAPINIANSVS l. 43. D. de *relig. stri-*
ctæ rationi, & VLPIANVS l. 29. §. 4. D. *mandati*, iuris ciuilibus apicibus
 opponunt, & ob quam ignoscendum esse, NODESTINVS l. 13. §. 7. D.
 de *excus.* existimauit. Quod argumentum MARQVARDVS FREHERVS ^{o)}
 copiosius tractauit.

Neque enim dubito, quin ipsa *æquitas*, quam ICti mirifice commen-
 dant, *æqualitatis* in primis rationem comprehendat. Certe non facile vete-
 res, in definienda *æquitate*, *æqualitatis* mentionem omiserunt. VLPIA-
 NVS certe l. 63. §. 5. D. *pro socio*, illam sententiam habere *æquitatem* ait,
 quæ efficiat, vt sociorum portiones *exæquentur*: Et MODESTINVS l. 20.
 D. de *re iudic.* quod *æqua lance* in persona omnium seruetur, *æquitatis*

D 3

docet

D) CIC. de inuent. II. p. m. 127.

m) Id. pro L. Flacco p. m. 504.

n) LIV.

L. 9. c. 20. o) MARQ FREH. de æquitare apud Otonem, in thes. T. IV. p. 370.

docet rationi conuenire. Imperator LEO, l. 17. C. de collat. de studio æquitatis gloriatur, quod ipsi suggesserit, vt æqua lance, parique modo, singulis prospiciatur, & inter coheredes æqualitas feruetur, in collatione. Generaliter etiam DIOCLETIANVS, cum collega, l. 3. C. Commun. vtr. iudic. si quid in diuisionibus & bonæ fidei iudiciis, inæqualiter factum esse constiterit, illud in melius reformandum esse, docet, cum ex hac causa etiam maioribus, per diuisionem læsis, merito subueniatur. Igitur bona fides, & æquitas, quam iuri stricto veteres opponunt, non paritur, vt, nisi ita conuenienter, partes inæquales facile constituantur: quod adduxit VLPIANVM, vt l. 6. §. 2. D. de iure dotium, bono & æquo non credat conuenire, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire ex alterius lucro; sed parem omnium habendam esse rationem. Qua de causa idem alio loco, l. 55. D. pro socio, æquum esse ait, socium, cum quo lucrum communicatum est, damnum etiam participare. Huc etiam pertinet illud PAVLLI, qui l. 2. §. 5. D. de aqu. & aqu. plu. æquitatem, ait, suggerere, vt etsi iure destituamur, vicinus aggerem, qui mihi prodesse possit, ipsi nihil nociturus sit, fieri a me patiatur: & in hac specie vili actioni, atque interdicto locum esse. Ex eodem fonte deducitur, quod, si FLORENTINO l. 3. de iustit. & iure. credimus, hoc ius omnibus hominibus inter se commune est, vt vim & iniuriam propulsare liceat, &, quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse videatur, & nefas sit, hominem homini insidiari: cum omnes fere æquo iure, & cognatione quadam, inter sese coniungantur.

Vt rem paucis comprehendam, quod alii æquum dicunt, alii, vsu promiscuo, æquale & æquabile subinde appellarunt: certe æquitatem omnes ad æqualitatem partium in primis retulerunt. LIVIVS fœdus non æquo iure factum esse ait, in quo inæquales conditiones fœderis admitterentur. ^{p)} Hinc æquo & pari iure viuunt illi, teste TVLLIO ^{q)} inter quos omnia communicantur. Prætor etiam dicitur, dum æquitati locum facit, æquabilitate discernendi, offensionem ciuium vitare: ^{r)} & fratres, qui nihil inter se discriminis admittunt, æqualitate fraterna videntur inter se coniuncti: ^{s)} vt dubitari non possit, æquitatis laudem in primis ex æquabili partitione æstimari.

§. IV.

Præsumtio æqualitatis in communi diuidendo. Satis, credo, comprobatum est, in re dubia, æquas partes constitui inter illos, qui de diuisionibus in primis in iudicio experiuntur. Eamus per exempla, & primo quidem, quam rationem prætor in communi diuidendo secutus sit, excutiamus. Sed in hoc iudicio, quod inter condominos exercetur,

p) LIV. IX. 20.

q) CIC. I. off. 34.

r) Id. pro Muræna p. 483.

s) CIC. pro Ligar. p. §12.

ceatur, tanto minus dubitationi locus relinquatur, quanto magis illud, docente PAVLLO, l. 14. §. 1. D. *commun. diu. æquitate & bona fide* regitur, quæ, secundum DIOCLETIANVM l. 3. C. *commun. utr. iud.* non admittit, vt quidquam *inaequaliter* constituitur. Ideo & GAIVS & VLPIANVS, l. 2. §. 1. & l. 3. §. 1. D. *commun. diuid.* nisi partes inter se pepigerint, *parem causam* omnium videri, responderunt.

Illud a GAIO & PAVLLO, l. 13. & 29. D. de *iudic.* obseruatum est, vt quilibet *actor* esse possit, & si alter occupasset, is, qui prior prouocauerit, aut, in re dubia, quem fors elegerit, actoris partibus defungi iubeatur: quia *æquo iure* diuisionem videntur postulare. Sed, vt illi, qui in communionem inciderunt, cogitent, nihil cuiquam temere permitti, quod ipse sibi fieri ab altero noluerit; DIOCLETIANVS, l. 4. C. f. *commun. diu. doli & culpæ utrinque* vult haberi rationem; cum *bonæ fidei* iudicia postulent, vt in omnibus *æqualitas* seruetur.

Res videri posset expedita, nisi SABINVS & PAPINIANVS l. 28. D. *commun. diu.* turbas darent, & interdum alterum alteri præferrent. Aiuunt enim, in re *pari*, *potiorem* esse causam prohibentis: ideoque neminem quidquam in re communi recte facere, socio inuito; & si ille prohibere prætermiserit, per communi diuidendo actionem, damnum socio sarciri. Idem & GAIO l. 8. de *seru. P. V.* & PAVLLO l. 20. D. *eod.* placuit; vt ne tignum quidem immittere liceat in parietem communem, aut, si immisum fuerit, de damno cognoscatur. Sed tantum abest, vt hoc æqualitati videatur aduersari, vt potius ipsum *iūs æqualitatis* pariat *iūs prohibendi*, ne quis aliquid sibi in re communi licere existimet, quod alteri non sit permisum: aut, ne quis solus de rebus illis constituat, quas, fas erat, communi consensu a sociis administrari.

Igitur, dum re communi *vimur*, par vtriusque causa est: imo, si quid noui fiat, præter ordinem, & consilium commune. *potior* plerumque causa prohibentis. In primis vero, cum post immensas contentiones, quod PAVLLVS l. 26. D. de S. P. V. ait, ad *diuisionem* prouocatur, *partes æquas* fieri debere, visum est, vt solet in iudiciis, quæ *bona fide* in primis continentur. M. TVLLIVS certe, quod supra obseruatum est, *) latrones etiam, ait, archipiratas damnare, & occidere, aut deserere, nisi *æqualiter* prædam disperiat: vt intelligatur, ne illos quidem, qui maleficio & scelere pascantur, sine vlla particula iustitiæ viuere, aut commune negotium temere administrare. DIOCLETIANVS vero l. 3. C. *comm. utr. iud.* etiam maiores viginti quinque annis, in integrum restituit, si quid, extra iudicium, *inaequaliter* fuerit diuisum. Exercuit interpretes, quid *inaequaliter diuisum* videatur; ne ob minima subinde locus sit rescissionis. For-

*) CIC. II. off. II.

re res egeret disputatione, nisi ANTONINVS l. 1. C. *comm. utr.* praeberet, diuisionem praediorum *vicem emtionis* obtinere. Sed D. CLETIANVS l. 2. C. *de resc. vend.* illud demum pretium in *emtionibus* iusto minus esse ait, si ne *dimidia* quidem pars veri pretii solueretur. Igitur non dubito, diuisionem illam demum, in qua quis ultra dimidium laedatur, inaequalem videri, & locum facere rescissioni.

Placet igitur, *aequales* partes fieri in *communi diuidundo*; modo ne ipsa aequalitas interdum damnum asserat verisque, qui inter se experiuntur. Illam maculam gloriae populi Romani Q. FABIVS LABEO ^{u)} inuult, qui, cum a rege Antiocho, ex foedereicto, *dimidiam* partem nauium accipere deberet, omnes *medias* secuit, *eluforia aequalitate*, vt tota classe Antiochum priuaret. Quam contumeliam vt euitaret praetor, iudicem, docente VLPIANO, l. 21. D. *commun. diu.* in diuisione praediorum, id, quod *omnibus* vtilissimum est, seu, quod malint litigantes, sequi iuber: ALEXANDER etiam l. 3. C. *comm. diu.* si res commodum diuidi non possit, facta aestimatione *iusta*, *adiudicationem* admittit: vt pretium inter socios compensetur, isque, qui partem maioris pretii acceperit, reliquis pecunia condemnatur, aut, si malint socii, extraneo etiam subinde facultas fiat licitandi.

Nescio, an illud addiendum sit, quod PAVLLVS l. 29. D. de A. R. D. monuit, insulam in flumine enatam, & inter illos, qui secundum ripam praedia habent, non pro *indiuiso* communem fieri, sed regionibus diuisis, vt, quantum ante cuiusque ripam est, tantum, veluti linea in directum per insulam traducta, quisque eorum certis regionibus adquirat.

Illud meretur obseruari, quod VLPIANVS l. 7. §. 12. D. *solut. matrim.* & CALLISTRATVS l. 3. §. 10. D. de *iure fisci*, docuerunt, etiam *thesaurum* forte fortuna in loco alieno inuentum, inter inuentorem & soli dominum *aequaliter* communicari. Reduxit legem desuetudine oblitte- ratam LEO Imperator, Nou. Leon. LI. seque in illa causa legis veteris *aequitatem* secutum esse, gloriatur. At enim vero, aut omnia me fallunt, aut illa aequitas discedit a naturali ratione. Quid enim iuris esse potest inuentori, qui rem non suam, cuius dominus ignoratur, in solo alieno, forte fortuna deprehendit: aut quomodo ad dominum soli pertinet, quod apud ipsum inuentum est, quod ipse nunquam emit, nunquam adquisiuit, & quod fere a primo domino in medio relictum: solus certe *casus*, nisi aliud quid rationis subsit, quod in plerisque *accessionum* speciebus obseruamus, dominium tribuere omnino non debebat. Rectius, vt in bonis vacantibus obseruatur, thesaurus ad communia onera sustinenda, reipublicae poterat addici, aut inter indigentiores, si res tulerit, subinde distribui, aut aequaliter diuidi inter membra eiusdem ordinis, & ciuitatis. Sed ita quidem in *communi diuidundo* ius redditur. §. V.

u) VAL. MAX. VII. 3. §. 4.

§. V.

Tractatum est de communione, in quam incidimus subinde, etiam *Aequalitas* inuiri: & venit in mentem, nec illam praetermittere, quam voluntate nostra *inter socios.* eligimus, & quam *societatem* appellamus. Non omnia enarrare vacat. Illud atinet monere, societatem *iure* quodammodo *fraternitatis* continere. Hoc *VLPIANVS* docet, l. 63. pr. D. *pro socio*. Sed, cum fratres, secundum *M. TVLLIUM* ^{a)} *aequabili* inprimis *iure* inter se utantur; *VLPIANO* l. 29. D. *pro socio*, placuit, ut, si *partes* non adiectae sint, *aequae* inter illos esse videantur: nulla autem sit societas, ut alter lucrum totum absorbeat, alter, sine spe commodi, & lucri, damnum sentiat duntaxat, l. 29. §. 2. D. *pro socio*. Et quamuis, quod *POMPONIUS* & *PROCVLVS* aiunt, l. 6. & l. 80. D. *pro socio*, posset esse conueniens viri boni arbitrio, ut, propter collationem inaequalem, non utique ex *aequis partibus* socii esse censeantur; tamen illud ex solis facultatibus non aestimatur. Magis est, ut quamuis *non aequis* facultatibus fuerimus: tamen *aequo iure* videamur in societatem ciuisse. Plerumque enim, si *VLPIANVM* l. 5. §. 1. D. *pro socio*, audias, *pauperior* creditur opera supplere, quantum ei deest per patrimonii pusilli comparisonem. Imo vero, teste eodem *VLPIANO* l. 29. §. 1. D. *pro socio* plerumque *tanti* est industria socii, ut *plus* societati conferat, quam pecunia: ut, si solus nauiget, periculo solus subeat, solus etiam peregrinetur. Quae lex optimi exempli est, & illis consolationem asserere debet, quos fortunae iniquitas depressit, & multum infra illos diuites, plerumque stipites & truncos, videtur collocasse. Debebunt enim animo accendi, & virtute eluctari, ut potiore loco habeantur. Certe cum tanti sit opera, industria, & gratia, qua plerumque pauperes valere *PROCVLVS* l. 80. D. *pro socio*, existimat; non poterit de collatione conqueri diues ille socius, qui plus pecuniarum attulit ad communia negotia societatis.

Eo & illud referendum est, quod *PAVLLVS* l. 65. §. 9. D. *pro socio*, praecipit; morte vnus dissolui societatem, quamuis plures socii super sint, qui in eandem coierint societatem. Enimuero vel *vnus opera* tanti referre potest, ut reliquorum, si vno illo careant, non intersit, manere in societate. Nimirum, cum *aequales* videantur, singulorum causa coaluisset in vnus societatis corpus, existimantur; & quilibet illorum tanti fieri censetur, ut vel propter *vnus* iacturam, nisi aliter conuenerit, compages illa dissoluatur.

Illud praetermitti non potest, culpam, quae a socio exigitur, non ad exactissimam diligentiam dirigendam esse: sed docente *GAIO* l. 72. D. *pro socio*,

a) *CIC.* orat. pro Lig. p. §12.



socio, sufficere, si quis talem diligentiam communibus rebus adhibeat, quam *suis* adhibere solet: quia, qui parum diligentem sibi socium adiunxit, de se queri debet: aut potius, quia *ex socio* cognoscitur, & iudicatur, quem ex suis negotiis perspectum non habemus. Certe, qui se seiungere a negligente socio potuit, probasse mores socii videtur. Nimirum, cum ipsi, inter se *aequales* sint, inique socius socii desidiā accusat, quem ipsum esse desidem & negligentem, ex socii coniunctione intelligimus. Haec igitur & socii inter sese comparantur.

§. VI.

*Aequalitas
coheredum.*

Aliquando igitur iudicio, & consensu, socios eligimus. Sed plerumque in illos *incidimus* aliorum voluntate, in primis *testatorum*, qui plures ad eandem rem, vel bonorum vniuersitatem, vocauerunt. Prius de vniuersitate cognoscamus.

CELSVS quidem atque VLPPIANVS l. 2. pr. & l. 9. §. 12. D. de *hered. instit.* non dubitant, *heredes* plures institutos *aequis partibus* succedere, si testator partes non adscripsit, quamvis promiserit se adscripturum. Heredes enim iuris successores sunt: & si *plures* instituantur, *diuidi* inter illos ius oportet: quod si non fiat, omnes *aequaliter* heredes videbuntur. PAVLLVS l. 12. D. de *hered. instit.* illud vltius porrigit, & quamvis ex disparibus partibus heredes instituti essent, tamen, si, ante peractum testamentum, testator adiecerit, ut *aeque* heredes essent, illa verba non solum ad *iuris*, sed *partium* etiam *aequalitatem* refert: ut *aequis* partibus heredes scripti videantur. Imo vero CELSVS, CARTILIUS & PROCVLVS l. 24. & l. 69. D. de *hered. instit.* auctores sunt, si *alternatim*, vter eorum viuet, aut vter eorum volet, heredes scripti sint, & vterque viuat, & velit acquirere hereditatem, *utrumque* heredum numero habendum; cum *aequaliter* testator heredes amauisse censetur. Id tamen receptum est, ut si alios separatim, alios coniunctim vna oratione, heredes scripserit, hi in semissem, aut in partem illam, quæ superfit duntaxat, sed inter illos tamen, qui ita coniuncti sint, *aequo iure* diuidendam, admittantur: Quod VLPPIANVS l. 17. §. 4. D. de *hered. instit.* obseruauit. Ex eadem causa, testator non facile discessisse a priori voluntate, qua *aequis* partibus heredes scripsit, iudicatur. PAPINIANVS l. 77. §. 21. D. de *leg. 2.* tractat eiusmodi speciem, qua pater filiam, coheredibus filiis, in quibusdam rebus prætulisse videbatur. Enimvero pluribus filiis heredibus institutis, moriens, *clauem* & *annulum*, custodiæ causa, maiori natu filiae tradiderat, & libertum, qui præsens erat, eidem filiae res, quas sub cura sua habuit, assignare iusserat: quærebatur, an filia res illas, quas a patre acceperat, & quæ arcis, quarum claues traditæ fuerant, continebantur, *praecipuas* haberet: sed praecualuit *praesumptio aequalitatis*:
com-

commune enim filiorum negotium gestum esse, neque, ob eam rem, apud arbitrum diuisionis, praecipuam causam filiae saturam, placuit: cum illa sententia esset humanior, quae inter coheredes, in primis liberos, discrimen non admittat. Multum in utramque partem GVILIELMVS FORNERIVS in libris *selectionum* disputauit. y)

Illud singulare est, quod testator, qui seruo, quem liberum putabat, substitutum dederat, utrumque in dimidia parte heredem instituisse censetur, l. 40. de *hered. instit.*

Igitur *aequis* partibus testator heredes videbitur instituisse. Non alia ratio ineunda est, si de *oneribus* hereditariis suscipiendis disceptetur. Enimvero, si pluribus inter se coniunctis conditio adiecta, ut, si decem dederint, heredes essent, ipsa enumeratione personarum summam conditionis *diuisam* esse, IAVOLENVS l. 36. D. de *condit. & demonstr.* respondit. Quod SCAEVOLA l. 42. D. de Leg. 3. verum putat, quamuis vni coheredum nominatim aliquid iniunctum, quod ceteroquin ad officium omnium heredum pertineret. Ait enim, pro hereditariis portionibus etiam coheredes sumtus esse collaturos. Ut ecce: si uxori, quam in duodecima parte heredem scripserat, corpus suum sepeliendum tradi voluerit, & monumentum extrui, usque ad aureos quadringentos, quae summa excederet hereditariam uxoris portionem: videbuntur *omnes* aequaliter teneri ad sumtum collationem, ut monumentum extruatur.

Quae in vniuersitate bonorum placuerunt, fere etiam recepta sunt in *legatis* diuidendis. Certe si duo *partiri* inter se legatum iussi sunt, portio non adiecta, utrique *pars dimidia* debetur. Ita VLPIANVS l. 164. §. 1. D. de V. S. censuit; & MYRETVS commentatione luculenta, comprobauit. z) Non operae pretium est, recoquere, quod centum alii de legatariorum *coniunctionibus* apposuerunt. Pauca refert indicari: in primis, quod & *posthumos* testator, quos nunquam vidit, qui de ipso mereri nunquam potuerunt, credatur *aequaliter* amare. Si enim tibi & posthumo legauit, vno nato, docente GAIUS l. 7. pr. D. de *reb. dub.* tibi dimidia debetur: sed, natis postea duobus, partem tertiam habebis, tribus natis, cum & tergemini nascantur, quarta ad te perueniet: ut posthumi singuli tecum aequis partibus vocati ad legatum videantur. Adeo *praesumptio amoris*, in posthumos *aequalis*, vicit iuris ciuilis regulam, quae vna oratione comprehensos pro vna persona accipit, & omnes ita coniunctos in partem vniam duntaxat admittit.

Non longe ab hac specie remota est illa, de qua MODESTINVS atque PAVLLVS l. 19. & 26. D. de *usu & usufr. leg.* responderunt. Si enim

E 2

alii

y) FORN. L. I. select. c. 3. in thes. Otton. T. II. p. 8.
iur. c. 13. in thes. Otton. T. IV. p. 141.

z) ANT. MYRET. obs.



alii *fundum*, non detracto *usufructu*, alii *usufructum* fundi testator legaverit, usufructus inter eos *communicabitur*: cum utrique de usufructu restator æqualiter prospexisse videatur: ne fere inutilis sit alteri proprietas, si ille viuis omni parte usufructus, adeoque optima particula domini, care-
 rer. Idem fere in aliis oneribus obtinet, quæ adiecta sunt legatis, in primis si coheres legatum præcipere iussus sit, sub conditione, si heredibus aliquid exsoluat. Videtur enim ex illa summa, quæ heredibus exsoluenda est, pars hereditaria ad ipsum etiam, qui legatum sub hoc onere præcipit, spectare. Enimvero PAVLLVS ait, si fundum heredi *legauerit* testator, illa lege, ut heredibus decem daret, deducere heredem ex illa summa partem hereditariam, & reliquam coheredibus, pro eorum portione, solvere: cum neminem ex coheredibus, adeoque nec illum, qui legatum præcipit, testator exclusisse censeatur, l. 44. §. 10. D. de *condit. & demonstr.* Ita quidem veteres & *coheredes*, & *legatarios*, ad eandem rem vocatos, nisi aliud appareat: inter se *æquales*, & pari beneficio ornatos, crediderunt.

§. VII.

Ratio æqualitatis in iudicio diuisionis habebit rationem. GORDIANVS l. 9. C. *fam. herc.* inter *bonæ fidei* iudicia, quæ inæqualitatem non admittunt, illud inter coheredes iurgium recepit. Placuit enim PAPINIANO §. 57. D. *fam. herc.* propter pietatis officium, inter fratres maxime, qui *æquo iure* contendant, magis esse *iurgium*, quam *litem*: ut controuersiae *arbitri* sententia, aut mutuo consensu, dirimantur. PHILIPPVS certe l. 11. C. *fam. herc.* inter filios & filias, nullo discrimine admissio, parentum intestatorum bona, pro virilibus portionibus *æquo iure* diuidi rescripsit, quod etiam ante ipsum obtinuit. CONSTANTINVS vero, l. 26. C. *fam. herc.* longius processit, & non solum *sexus* sed etiam *graduum* ordinem neglexit, & omnes heredes *suos*, ex quolibet venientes gradu, imo & emancipatos, subinde *pares* esse voluit, omnesque paterno, quamuis nudo, atque non solenni de herciscunda familia iudicio, obtemperare iussit. Imo generatim *coheredes*, si dolo malo fecerint, ut *plus* ad eos perueniat, PAVLLVS ait, illos familiae herciscundæ iudicio teneri, l. 44. §. 2. D. *fam. herc.* VLPIANVS enim l. 16. §. 4. & 5. D. eod. bonæ fidei docet conuenire, ut dolo & culpa in hoc iudicio *æqualiter* præstentur: Ideoque coheredem, sumtus, quos communis hereditatis gratia fecerit, cum usuris ex die moræ consequi, l. 18. §. 3. D. eod. cum & ipse fructus communicare debeat, & indignum sit, reliquos locupletiores fieri cum damno coheredis. Præterea DIOCLETIANVS l. 3. C. *commun. utr. iud.* si quid *inaequaliter*, etiam in familiae diuisione factum sit, corrigi & rescindi iubet. Sed videtur obloqui PAPINIANVS, qui l. 57. D. h. t. ait, „fratres, arbitro accepto, com-
 munem

munem hereditatem consensu diuidentes, pietatis officio defungi: Sed diuisionem non rescindi: quamuis arbitri, iurgio perempto, sententiam non dixerit: nisi auxilium ætatis intercedat. Quibus verbis ICIUS, si plerisque audias, videtur, diuisionis non permittere rescissionem, nisi auxilio ætatis: ne quid pietatis inter fratres officium perturbet, quo defungi videntur, dum hereditatem, citra strepitum fori, consensu diuiderunt. At enim vero ipsa ICTI verba, & series orationis docent, hoc ei in mentem non venisse. Illud tractat, vtrum, arbitro inter fratres accepto, non expectata eius sententia, consensu liceat diuidere hereditatem. Res habeat dubitationem, cum, docente GAIUS, l. 25. pr. D. locati. qui, arbitrum vel extra iudicium acceperunt, in hanc conditionem consensisse existimantur, vt si ille sententia non dixerit, discedatur a negotio suscepto, & nihil inter partes actum censeatur, vel si in iudicio datus fuerit, ob litis constationem, & iudicis auctoritatem, non temere negligi arbitri, & contemni posse, videatur. Itaque credi poterat, non posse liberos consensu hereditatem diuidere, si semel arbitrum receperint. Sed PAPINIANO placuit, perempto iurgio, non oportere diuisionem ex hac causa reuocari, quasi sententia arbitri expectari debuisset: maxime, cum fratres pietatis officio defuncti videantur, quod controuersiam consensu distraxerunt. Negat igitur, hoc obtentu rescindi facile diuisionem. De reliquis rescissionis causis, & de inæqualitate, de qua DIOCLETIANVS tractat, ipsum ne cogitasse quidem, affirmauerim. Certe non metuo, vt quisquam sibi persuaderi patiatur, PAPINIANVM a DIOCLETIANO de rescissione diuisionis, propter inæqualitatem, dissensisse: cum, si inter quosquam alios, maxime inter fratres, æqualitatis ratio habenda videatur.

Igitur, nisi aliud actum sit, æquales inter se censentur coheredes. Ex quo & illud pendet, quod GAIUS l. 5. D. h. t. præcipit, si æquis partibus heredes sint, neque inter ipsos conuenerit, a quo tabulæ, & cautiones hereditariæ custodiantur, sortiri eos debere: quo fere modo inter æquales, controuersiæ facillime expediuntur: ceterum, si quis tabulas custodiendas receperit, GAIUS interponi cautiones iubet, vt, cum res exegerit, etiam coheredibus tabulæ authenticæ, quæ æquo iure ad omnes pertinent, exhibeantur.

§. VIII.

Dum hereditas diuiditur, attinet etiam de collatione obiter monere. Collationis necessitatem LEO l. 17. C. de collat. omnibus descendentes, in collatione. omni sexus & ætatis & graduum, omni suorum & emancipatorum discrimine remoto, imposuit; vt æquitatis studio, æqua lance, parique modo, omnibus prospiciatur. Igitur placuit, & dotem & donationem propter nuptias conferri. Olim quidem, pater, si facto testamento decessisset, non



iniuncta liberis collatione, illam remississe censebatur. Sed, ne quid inaequaliter inter liberos constituatur, cum tumultus mortis interdum patri recordationem & memoriam beneficiorum, quae in singulos contulit, adimat atque perturbet, etiam illos, qui *ex testamento* parentibus succedunt, bona voluit conferre. At vero plerumque illud solet accidere, quod maxime cauemus: &, dum rationes diligenter ordinantur, ne quid *iniqui* admittatur inter fratres, ipsum *aequalitatis* studium videtur *iniquitatis* aliquid afferre. Fac enim, *ad dignitates* aliquid aut datum a parente, aut promissum. Certe iniquissime agetur cum filio, qui, quod dignitatis nomine datum fuerit, conferre in commune cogetur. Enimuero, si incommoda cum dignitate, quam ex patris voluntate susceperat, coniuncta solus in posterum sentiet, sumtibus quos dignitas postulat, exhauri & patrimonium, & vel cum dedecore, vel cum magno rei familiaris detrimento debet in luce & republica versari; cum contra reliqui, qui haerent in obscuro, nummos compareant, & conditionem atque humilem locum, in quo constituti sunt, paruo tueantur, adeoque, illo tabescente & ad egestatem perducto, ipsi crescant diuitiis, & in tenui sorte & otio, splendorem & industriam fratris superent, & vincant. Igitur *VLPIANO* l. i. §. 16. D. de *collat.* placuit, fratrem, quod dignitatis nomine a patre datum est, vel promissum, non cogendum in commune conferre, sed hoc, propter *onera* dignitatis, *praecipuum* haberi oportere: imo, si illud, quod ad vtendam dignitatem promissum sit, adhuc debeatur, hoc ita interpretandum esse, vt ne solus ille oneretur, qui dignitatem meruit; sed commune sit debitum omnium heredum. Vides aliquando discedi ab arithmetica aequalitate, ipsius studio aequalitatis.

Ceterum si nihil aliud appareat, *aequali iure* fratres censebuntur. Quod cum cogitaret *SCAEVOLA*, remisit aliquando filiae collationem, ne inaequaliter bona inter liberos diuiderentur. Si enim pater moriens codicillis praedia sua omnia & totum patrimonium diuisit, ita, vt longe *amplius* filio, quam filiae relinqueret, collationem dotis cessare, arbitratur. l. 39. §. 1. D. *fam. herc.* Sed quibusdam quidem in mentem venit, *LEONEM* l. 17. C. de *collat.* & *IUSTINIANVM* Nou. 18. c. 6. correxisse *SCAEVOLAE* sententiam, dum dotem omnimodo conferri voluerunt. Enimuero ipsi imperatores constituerunt, patris in primis iudicium in collationibus sequendum esse. Sed *SCAEVOLA* de interpretatione iudicii paterni disputat, & rectius, ait, dici, *ex voluntate defuncti* collationem dotis cessare, si pater nihil reliquit indiuisum, sed multo plus filio, quam filiae, quae antea dotem acceperat, attribuit: cum *aequo iure* illis prospicere voluisse videatur. Quare etiam *BERGERO* ^{a)} placuit, in hac specie collationem dotis *hodie* cessare.

^{a)} de *BERG.* cec. iur. II. IV. § 1. n. 5.

fare. Cetera attingere non lubet; de his enim copiose alii ^{b)} exposuerunt.

§. IX.

Restat ex duplicibus iudiciis, quæ IULIANVS l. 10. D. fin. reg. com- memorat, iurgium finale, seu de finibus regundis. Hoc quidem, si Her- Aequalitas in iudicio fi-
mogenianum l. 5. D. de iustit. & iure audiamus, ex iure gentium descendit. nium regun-
Ex illo enim iure introducta bella, discretæ gentes, regna condita, domi- dorum.
nia distincta, agris termini positi, & ædificia sunt collocata. Certe neces-
sitas exegit, ut dissensionis vitandæ causâ, inter æquales, termini & fines
constituerentur. Odio igitur altercationis inter *adfines*, id est, inter illos,
qui agros in confinio possident, quos, propter consuetudinem vitæ, & pos-
sessionum coniunctionem, amicitia & fide & bona gratia inter sese, vii, con-
ueniebat, visum est, si qua inter illos controuersia oriatur, *ex æquo & bo-*
no fines esse dirimendos. IULIANVS enim l. 8. §. 1. D. fin. reg. ad officii
iudicis, de finibus cognoscentis, pertinere ait, mentores mittere, & per
eos dirimere ipsam finium quæstionem, *ut æquum esse videatur*: loco, si
res exigat, oculis subiecto. Ex æquitate igitur de finibus regundis statue-
tur. Quæ res efficit, ut iudex etiam *adiudicatione* & condemnatione con-
trouersiam subinde finiat, amouendæ veteris obscuritatis causâ. Illud IUL-
PIANVS, & GAIVS l. 2. §. 1. & l. 3. D. h. t. præceperunt. Et quia
utriusque litigantium interest, obscuros fines declarari; PAVLLO placet,
etiamsi mentor ab altero solo conductus sit, tamen etiam eum, qui non con-
duxit, in partem mercedis condemnandum, l. 4. §. 1. D. fin. reg. cum, qui
æquo iure inter se vtuntur, etiam onerum æqualem partem ferre teneantur.
Sed in controuersia finium prima inspectio, quomodo conuenerit inter ipsas
partes. PAPINIANVS enim l. 11. D. fin. reg. non semper vetusta monu-
menta sequitur, si varietate successionum, & arbitrio possessorum, fines,
additis vel detractis agris, permutatos esse; comprobetur. Solent enim ven-
ditores, in alienatione agrorum, fines mutare, atque demonstrare: l. 48.
D. de act. emt. vend. aut testatores etiam, qui partem agrorum legato trans-
ferri ab herede voluerunt, fines constituere, quod POMPONIUS tradit
l. 24. §. 3. D. de leg. 1. Illam enim destinationem domini subinde *legem*
fundi l. 40. §. 1. D. cont. empt. legem venditionis, l. 60. & 68. D. eod. mo-
dum fundi, l. 7. §. 1. D. de per. & comm. rei. vend. solebant appellare;
quia illud pro lege partes tenet, quod consensu ab ipsis est probatum,
l. 48. D. de pact. Luculenter PAVLLVS l. 12. D. fin. reg. eos terminos, quan-
tum ad domini quæstionem pertinet, obseruandos esse, ait, *quos demon-*
strauit is, qui utriusque prædii dominus fuit, cum alterum eorum vende-
ret.

Pri-

^{b)} MENOCH. de præsumt. III. L. 79. n. 75 seqq. GAIL. 2. obs. 116.



Primum igitur ex *traditionis lege* controuersia dirimitur, si inter illos sit iurgium, qui inter sese de certis finibus, & agri modo, conuenerunt. Quod si nihil actum fuerit, ad æquitatem arbitrer recurrer: sed non, ut personarum, sed, ut *fundorum* rationem habeat: quia fines non personis, sed *fundo* potius adiudicantur. Ita PAVLEO placet l. 4. §. 5. D. *fin. reg.* Ipsi autem fundi inter se *æquales* esse iudicantur. MODESTINVS enim, quem supra adduximus l. 7. D. *fin. reg. de modo* agrorum arbitros dari docet, & eum, qui *maiozem* locum in *territorio* habeat, ceteris, qui *minorem* locum possident, *integrum* locum assignare compelli: atque ita sæpius rescriptum esse. Ne quem vox *territorii* offendant, POMPONIVS l. 239. §. 8. D. de V. S. *territorium* interpretatur *uniuersitatem* agrorum, intra fines cuiusque ciuitatis.

Itaque, qui in uniuersitate agrorum ad eandem ciuitatem pertinentium *maiozem locum* possidet, ceteris locum integrum assignare compellitur. Nihil, hac MODESTINI sententia, æquitati conuenientius. Est enim probabile ad fidem, magistratus, aut ciues, & colonos novos qui ad idem territorium uenerunt, inter se primo *æqualiter* agros diuississe: certe non fuisse passuros, ut uni cuidam ex uniuersitate *maior locus* soli assignaretur, ceteri *minorem* possiderent. Igitur cum mutatio *facti* sit; hæc profecto, quod supra obseruatum est, non *presumitur*, nisi ab allegantibus probetur. Neque quisquam obiciat, *delicta* etiam, & *moti termini crimen non presumi*: Sed, quemcunque, quod possidet, *iure suo* uideri possidere; quod VLPIANVS docet, l. 51. pr. D. *pro socio*. Enimuero, debes cogitare, quod etiam sine delicto interdum, si VLPIANO fides est, l. 8. pr. D. *fin. reg.* irruptione fluminis, & inundatione, fines agrorum confundantur, ideoque quibusdam occasio usurpandi loca, in quibus ius non habent, opportunitate casus, & temporis, præstetur. Ut taceam, delicta etiam præsumi, si luculentis indiciis se prodant. Ita certe, in illa specie, quam sub initium proposui, *Ictorum* in hac academia *ordini* vilum est: in primis, cum testes etiam, & prior venditur, fuisse agros inter se *æqualiter* diuissos, affirmarent. Iuuat, ipsa verba sententiæ adicere:

Daraus so viel zu befinden: würde Klägers Principalin, daß der streitige Wein, nebst 2. Ellen weniger $\frac{1}{2}$ von Beklagens Felde zu ihrem Ackerstücke gehöre, vermittelst Eydes erhalten, demnach in Supplementum schweren, inmassen vor allen Dingen zu beschehen, so ist Beklagter derselbigen ermeldten Wein, und 2 Ellen, weniger $\frac{1}{2}$ Feldes abzutreten, so wohl die bisher davon erhobene Nützungen, zu erstatten, schuldig; gestalt auch beide Theile ihre Felder durch Gränz-Steine, gewöhnlichermaassen, zu unterscheiden verbunden; Im übrigen werden die specificirten Gerichts-Expensen, von demjenigen, welchen sie angeschrieben, billig eingebracht, B. N. R. Rat

Rat. decid.

Alldieweil bey der Besichtigung fol. 2. b. Beklagens Acker-Stücke 2 Ellen, weniger $\frac{1}{2}$ Viertel, breiter, als der Klägers Felder befunden worden, hingegen aus der von Klägern producirten Zeugen fol. 171. b. ad art. probat. 4. sp. ingeleichen ad art. 23. fol. 184. it. ad interrog. speciale 16. fol. 187. b. wie nicht weniger fol. 193 seq. ad art. 5 seq. so wohl von Beklagens eigenen Zeugen fol. 204. ad interrog. special. 1. 2. und ad art. reprobat. 8. gethanen endlichen Aussage, so viel erhellet: daß, wenn auch unter denen Mühl-Stücken eine Hufe mehr Acker habe, als die andere, dieselbigen dennoch in denen Schlägen einander gleich seyn sollen, und solches in dastiger Gegend also gehalten worden, immassen auch Klägers dritter Zeuge fol. 194. b. ad art. 15. und fol. 196. b. ad art. 25. solches von Klägers und Beklagens Stücken bekräftiget, und daß er ehemals, als er auf denen letztern geackert, sich nach seinem Acker jederzeit gerichtet, und beyde unter einander eine Gleichheit beobachtet, auch an Klägers Felde damahlen nichts gemangelt habe, behauptet, folglich Kläger semiplenam probationem vor sich hat, hiernächst die gemeinen Rechte, vor denjenigen, der weniger als der Nachbar besitzt, praesumiren;

L. 7. D. fin. regund.

Diese Praesumption aber dadurch, daß Klägers Vorfahren etwas Rasen, zu Vereinigung und Unterscheidung beyderseits Felder, liegen lassen, mithin dadurch die Gränzen unter ihnen feste gestellet worden, nicht elidiret wird, in Betrachtung, daß Klägers Zeugen fol. 211. b. ad interrog. spec. 1. daß dergleichen anscheinende Reine, mit dem Haupte des Pfluges, weit in des Nachbars Acker eingedrängt, und fortgetrieben werden können, ausgesaget, im übrigen, das von dem ehemaligen Besitzer derer streitigen Felder, Hans Jöfflern, erteilte, und fol. 272. befindliche Attestat, in welchem er, daß Beklagens sämtliche, sonderlich aber daß neben Klägers Principalin Feldern gelegene halbe Hufen-Stücke, nicht ein Haar breiter seyn sollen und müssen, als die übrigen, bezeuget, nicht gänzlich außer Augen zu sehen, gestalt denn die Gränzen, wenn darüber Streit entsteht, am flüglichsten durch den vormahligen Besitzer angegeben und ausgemacht werden können,

L. 12. D. & L. 1. C. fin. reg.

und ohngeachtet Kläger ermeldtes Attestat bey dem Beweis nicht inducirt, sondern dasselbige erstlich nachhero, fol. 273. von Jöfflern, vermittelst Eydes, bestärket worden, dennoch die vor Klägern ohnedieß streitende und Beklagtem entgegen stehende Vermuthung, dadurch unterstützt, und vermehret wird:

So ist Klägers Principalin das Suppletorium zuerkannt, und wenn solches wirklich geleistet wird, Beklagter auf die Maasse, als in Unserm Urtheil enthalten, billig condemniret worden.

Fasc. IV.

F

S. X.



§. X.

Sortitio inter aequales.

In iudiciis, quae adhuc tractata sunt, *sorte* interdum controuersias dirimi, supra fuit obseruatum. Operae pretium videtur, de *sortitionibus* generatim aliquid monere. Nimirum ineptum & a recto consilio alienum est, *sorti* & *casui* rem decidendam committere, quae *debeat* & *possit ratione* definire. Enimuero, hoc est, se ipsum & diuinos fines prodere, si quis negotium, de quo ex diuina voluntate constituendum sit, ex fortuna & casu velit aestimare. Superstitioni illorum hoc debetur, qui in sortibus semper diuini aliquid inesse, adeoque, si sortiti essent, non casu, sed diuino iudicio, controuersias dirimi, arbitrabantur. Sed nemo facile, qui sapiat, his nugis aures commodabit. Igitur nunquam *sortitioni* in litibus iudicandis locus est, nisi, cum id agitur, ut res quomodocunque finiatur, & cum non refert, quis sit exitus iudicii futurus. Illud inter *aequales* inprimis obtinet. Horum enim alter alteri plerumque cedere detrectat. Itaque, si quid ab omnibus exigitur, aut praestandum est, quod non, nisi ab vno, aut paucis, suscipi & praestari possit, *sorte* controuersia deciditur; quia non interest, quis illorum sorte eligatur, cum *omnes* obligentur atque inter illos non facile discrimen admittatur. Res comprobabitur exemplis. Inter illos, qui *aequis* partibus coheredes sunt, *sorte* deciditur, apud quem tabulae authenticae, & cautiones hereditariae, communia instrumenta, deponantur. Hoc enim *VLPIANVS* atque *GAIVS* & commodissimum videri responderunt, l. 4. §. 3. & l. 5. D. *fam. herc.* Idem, si ambo coheredes ad iudicium prouocent, placuit l. 14. D. *de iudic.* ut, quis actor esse debeat, iudice fortuna, decidatur. *IUSTINIANVS* etiam, si *optio* legata sit, & inter collegatarios non conueniat, quis illorum optet, *sorte* inter illos vnum eligi voluit, qui optionis officio, communi nomine, defungatur, l. 3. pr. C. *comm. de legat.* *VLPIANVS* etiam alio loco, seruos, ait, inter se *sortiri*, vter ipsorum ad libertatem perueniat: si enim quis plures seruos rogatus sit manumittere, sed fideicommissum ad omnium pretia non sufficiat, non quidem omnes, sed illos tamen, quorum pretium, cum fideicommisso comparatum, illud patiatur, liberos futuros: & quidem merita cuiusque aestimanda, ut dignissimus illorum perueniat ad libertatem: aut, si paria haec fuerint, *sortitione* statuendum, vter potius manumittendus esse videatur: ante omnia vero scripturae ordinem sequendum, l. 24. §. 17. D. *de fideic. libert.* Illud durius, etiam *milites* interdum, vter illorum poenam subire debeat, *sortiri*. Sed societas sceleris, qua omnes poenam meriti videntur, efficit, ut ille, quem fors tetigerit, conqueri non possit. Multa *PETRVS PANTOIA DE AIALA* c) conquisiuit, quae exscribere non vacat.

§. XI.

c) *AIALA* comment. ad L. fin. C. de aleat. in thes. Otton. T. IV. p. 1039.



§. XI.

Sed redeo e diuerticulo in viam. Fere enim prætermiseram monere, *Æqualitas* ut corpora & quantitates, ita etiam *iura* atque *seruitutes communes*, diuidi in diuisione solere. Quamuis vero constet inter omnes, seruitutes, in quantum fundi *seruitutum* libertatem restringunt, odiosas esse, atque strictam duntaxat interpretationem admittere? tamen inter illos, ad quos eadem seruitus pertinet, æquitatis ratio præualuit, ut socii *æqualiter* concurrant in vfu seruitutis. Hoc L. A. BEO l. 31. D. de vfu & vsufr. leg. & VLP. IANVS l. 7. §. 10. D. comm. diu. in diuidendo vsufructu in primis tractauerunt. Vsusfructus enim, si duobus legatus fuerit, vel regionibus inter illos diuidetur, vel tertiæ personæ locabitur, ut hi pensiones, sine vlla controuersia, percipiant, vel per tempora subinde, id est, mutua vice, certo tempore, cautionibus interpositis, vtentur & fruuntur. Eundem fere in modum IULIANVS l. 5. pr. & §. 1. D. de aqu. quotid. aquam non solum mensuris, sed etiam temporibus diuisit, si eadem aqua duobus debeatur: &, ut ne studium æqualitatis subtilitate iuris civilis evertatur, placuit, illos, qui ius aquæ habent certis temporibus, inter se permutare posse tempora, &, quamuis neuter suo tempore, sed tempore, quod socio assignatum esset, aqua vsus esset, neutrum tamen ius aquæ amisisse.

Si iter pluribus debetur, placuit VLP. IANO, l. 4. §. 3. D. si seru. vind. ius seruitutis esse indiuisum, adeoque & per vnum retineri, defendi posse, cum & bona fides inter socios id ferat, ut alter alterius meliorem conditionem faciat: ideoque & quemlibet illorum in solidum de itinere experiri posse, & alteri alterius victoriam prodesse: sed, ne quis tamen plus petat, quam æquitas postulat, æstimationem ad illud reuocari, ait Ictus, quod eius intersit, qui experietur. Adeo seruitutes, quæ *natura* sunt indiuiduæ, æstimatione diuisionem videntur recepisse.

§. XII.

Sed non solum seruitutes, inter illos, quibus hæ debentur, sed onera *Onerum publicorum* etiam publica, inter hos, qui illa ferre debent, diuiduntur. FLACCVM *publicorum æquabilem sumtum descriptionis* in primis commendabat, ob *quabilis descriptionis* nem. In republica certe Romana de nulla re studiosius imperatores prospecterunt, quam ut æqualiter onera per ciues diuidantur. Cum plerumque ignorentur ciuium facultates & copię, HONORIUS & THEODOSIUS, *actio negotia ex præsumptione* l. 2. C. de immunit. nem. conced. pro iugerum numero onera possessoribus *æqualitatis* imposuerunt. Certe *æquationis* studio GRATIANVS cum *collegis* l. 1. C. eod. *immunitatum* specialium gratiam damnauit, & ex æquo omnes voluit necessitatem functionis tributariæ subire. VLP. IANVS etiam l. 1. §. 1. & 2. D. de iure immunit. si quæ immunitas cuiquam data sit, illam ad heredes non

F 2

trans-

*) CIC. pro Flacco p. 504.



transire, imo, si generi & posteris concessa sit, ad eos, qui ex fœminis nati sint, illam non pertinere, docet: ut intelligatur odiosa fuisse priuilegia, quæ cum reliquorum iniuria coniuncta videantur, l. 4. C. de emancip. liber. Nihil fere addi potest illis, quæ GVILIELMVS FORNERIVS ^{e)} de hoc argumento obseruauit.

Sed, ut supra diximus, nuperrime dubitatum est, qua actione utendum esset, contra illos, qui, immunitatis aliquo obtentu, onera publica subterfugunt, & reliquos onerant temeraria tergiversatione. In primis de actione *negatoria* disceptatum est. Enimvero, ut de actione *negatoria* breuiter exponam, non multum oblectarer magnis viris, contra quos LVDOVICVS VITALIS ^{f)} aliquando surrexit, qui inter confessoriam & *negatoriam*, solum formularum discrimen: *aio mihi ius esse*: &: *aio, tibi ius non esse*: intercedere existimarunt. Mirifice enim lege 6. pr. & lege 11. D. si seru. vind. discrimen formulæ commendatur: ut fere actio *negatoria* generaliter *ex iure prohibendi*, quod vel ex libertatis præsumptione, vel ex seruitute competere potest, nasci videatur. Sed VLPPIANVS me in contrariam partem mouet, qui l. 2. pr. D. si seru. vind. confessoriam ait, ei dandam esse, qui seruitutem sibi competere contendit, *negatoriam domino*, qui *negat*. Qua re nihil potest esse luculentius. Accedit, quod idem VLPPIANVS l. 8. pr. D. si seru. vind. *negatoriam* actionem *contrariam*, seu, quod Græci interpretes aiunt, ἀντιδικτικὴν ἀγωγὴν, qua negamus alteri ius seruitutis, & contra illum agimus, qui seruitutem sibi postulat, appellat. Igitur ex *præsumptione libertatis* actio *negatoria* illi datur, qui negat alteri ius esse seruitutis. Sed quæ *ex libertate* datur, illam, ne dubites, etiam *ex æqualitatis naturalis præsumptione* domino concedi; quandoquidem VLPPIANVS l. 32. D. de reg. iur. ipsa libertatis iura exinde deducit, quod natura omnes *æquales* esse videamur: ut dubitari non possit, uti libertatem rerum atque personarum, ita *æqualitatem* etiam naturaliter *præsumi*.

Nostro quidem iure expeditum est, *negatoria* actionis formulam generatim omnibus accommodari, qui ex *præsumptione iuris* agunt, contra illum, qui ius singulare sibi competere contendit. Quæ cum ita sint, recte rusticorum vniversitas, contra duos reos, qui se oneribus publicis & æquali collationi subtrahebant, seque a multis annis dimidio minus, quam reliquos, contulisse iactabant, actione *negatoria* ex *præsumptione æqualitatis naturalis* experta est. Sed rei quidem subtiliter excipiebant, actores, qui se onera illa: & tributorum collationem, debere faterentur, ex libertate agere, adeoque actione *negatoria* uti non posse; cum nemo sit liber, qui seruiat, & nemini *negatoria* competat, qui fateatur, se debere seruitutem.

e) FORNERIVS L. I. select. c. 20. in thes. Otton. T. 2. p. 30.
var. H. 12. in thes. Otton. T. 2. p. 674.

f) LVD. VIT. lect.

tem, Enimvero his respondendum erat ex *Ulpiano* l. 4. §. 7. D. si seru. vind. quod licet meæ ædes alii seruiant, tamen sufficiat ad negatoriam, illas ei, cum quo agitur, non seruire; hinc etiam vniuersitati, quæ alii tributa debeat, negatoriam competere, aduersus socios, qui illud onus totum in actores deuoluere, seque publicæ necessitati subtrahere volebant: cum illis non competeret ius aliquod immunitatis, quæ omnibus incumberebant, susceperent. Fortior soli enim videbatur æqualitatis, quam natura tribuit, præsumtio, quam illa, quæ ex possessione aliqua immunitatis dicitur enasci. Hoc adduxit *ICtus Lipsiensis*, ut post litem contestationem, non actoribus actionis, sed reis iniungerent immunitatis, quam allegauerant, probationem. Cum his etiam *ICti Vitembergenses*, qui de illa lite postea, leueratione interposita, iudicabant, quod ad ius atineret, consentiebant; quamuis ipsi reos, quia præscriptione ius immunitatis adepti erant, absoluerent ab onere probationis. Res clarior erit, si ipsa *rationum* verba adscribamus:

Ob wohl, bekannten Rechten nach, die præsumtio libertatis & æqualitatis naturalis stärker, als diejenige, so aus einer erlangten Possess entsteht,

arg. L. 6. §. 1. D. si seru. vind.

& L. 9. C. de seruitut.

Demnach, daß denen Beklagten der Beweis der vorgeschügten immunitæ, nach der im letzten Urtheil gegebenen Erklärung, aufzuerlegen, es das Ansehen gewinnt, &c.

D. a. d. die von Beklagten über 30. 40. und mehr Jahre continuirte Possessio vel quasi der Immunitæ von der Halbscheid derer libellirten Dienste und Onerum, aus denen bengebrachten Rechtssträffigen Bescheiden zur Gnüge erhellet &c.

§. XIII.

Res finem non inueniret, si per omnes species causarum æqualitatis studium probare susceperem. Inuabit tamen pauca, quæ in mentem veniunt, digito, quasi in transcurso, indicare. Inter illos etiam, qui in turpi causa sunt, *Antoninus* l. 2. C. de condiç. ob turp. caus. ius aliquod æqualitatis constituit, & in pari causa possessoris conditionem meliorem esse voluit; cum inter æquales, qui prior est tempore, præferendus videatur. Illud meretur obseruari, etiam in stricti iuris negotiis, duos correos promittendi ex æquo obligari, & diuisionis beneficio, ius æqualitatis inter illos conseruari. Auth. hoc ita &c. C. de duob. reis.

Inter coniuges, quamuis vxorem natura subiiciat marito, tamen quædam iura communicata sunt. Certe ius competentie quod dicunt, propter mutui amoris & gratiæ æqualitatem, utrique coniugi conceditur. *Modestus*



NVS enim, l. 20. D. *de re iudic.* non solum maritum, si ab vxore conueniatur, condemnari ait, *in quantum facere possit*, ex D. PII Constitutione; sed *æqualitatis*, putat, rationem suggerere, vt idem *æqua lance* in vxoris persona opseruetur.

In transactionibus placuit, si minor aduersus illa, de quibus transactionum est, ætatis auxilio, restitutionem in integrum impetrauerit, ne alterum quidem, ex eo, quod conuenierit, teneri l. 2. C. *si aduersus transact.* g) sed utrumque *æqualiter* obligatione solui, si negotium ab altero illorum retractetur.

In *contractibus*, in quibus vterque aliquid promittit, nemo dubitat, auctore DIOCLETIANO l. 2. C. *de resc. vend.* *æquales* præstationes ab utraque parte exigere, & ob læsionem illius, qui dimidio minus consecutus est, rescissioni locum dari. Hoc enim, in diuisionibus in primis, etiam ante DIOCLETIANVM, iam tum temporibus PAPINIANI, imo vero ante PAPINIANVM, ob bonam fidem, qua hæc iudicia reguntur, obtinuisse, supra fuit obseruatum. Sed, videtur quidem illa æqualitas habere aliquid iniquitatis, cum ciuium patrimonia & vires, ex quibus naturali ratione officia & obligationes æstimantur eodem modulo metiri non possimus, durumque sit, tantundem a paupere exigere, quantum ab altero diuite, qui cum illo negotium contrahit, præstetur. Haec est illa æquitas, quam HORATIVS h) in moriendi necessitate accusauit:

Labuntur anni: nec pietas moram

Rugis, & instanti senectæ

Afferet, indomitaque mori.

Non, si tricenis, quotquot eant dies,

Amice, places illacrymabilem

Plutona tauris; qui ter amplum

Geryonem, Tityonque tristi

Compefcit unda, scilicet, omnibus,

Quicumque terræ munere vescimur,

Enauiganda: siue reges,

Siue inopes erimus coloni.

PLINIVS i) certe, sublato discrimine personarum & conditionis, qua quisque vitur, nihil ipsa *æqualitate*, putat, esse *inæqualius*. Sed frustra accusant DIOCLETIANVM, qui his criminationibus vtuntur. VLPIANVS enim l. 8. D. *de LL.* & CELSVS l. 5. D. *eod.* docent, iura non in singulas personas, sed generaliter constitui, & ad illa dirigi, quæ plerumque & frequenter eueniunt. Sed, non indiget probatione, plerosque in republica pauperes, paucos diuites haberi: certe raro ciuem, si diuitias æstimes, dimi-

g) FORNERIVS select. III. 7. in thes. Otton. T. 2. p. 87.
stroph. 1 sqq.

i) PLIN. L. 9. ep. 5.

h) HORAT. ll. od. 14.

dimidia facultatum parte, altero ciue superiorem esse. Quapropter recte constitutum est, ciues æquo iure etiam in contractibus censi. Satis etiam iustitiæ distributiue videtur habuisse rationem, qui illam æqualitatem constituit, quæ *plerorumque* ciuium conditioni & viribus sit accommodata: omnia turbantur atque permiscuntur, si iudici potestas fiat, singularum personarum diuitias, & vires æstimandi, aut, propter paucos quosdam diuites, a regula iuris ciuilibis discedendi. Ex quo apparet, merito in contractibus, in quibus de pretio *iusto*, id est, mercibus *æquali*, paciscimur, præstationis vtrinque æquales a contahentibus desiderari: cum iniquum sit, ciuem *pau-*
perem, quales sunt plerique, cum alterius *pauperis* damno locupletari.

XXII.

D I S S E R T A T I O

AN CONDITIO
QVAE PROPTER CASVM
IMPLERI NEQVIT
PRO IMPLETA HABEATUR?

AD CONCILIANDAS LEGES ADVERSAS

XXXI. D. DE CONDIT. ET DEMONST. ET LIV. §. I. D. DE LEG. I.

VITEMBERGAE, AD D. SEPT. A. Q. S. P. E. MDCCXXIV.

§. I.
Fere testatoris *non interest*, ad quem bona eius post mortem defe-
rantur. Hinc naturalis ratio ignorat *testamenta*. Quæ enim est sollicitu-
do, de illis rebus constituere, quarum nullus in te sensus erit, & quæ
tunc demum euenient, cum tu deseris, de humanis negotiis gaudere. Re-
cte igitur peregrinis, cum quibus tamen omnia, quæ ex iure gentium de-
scendunt; communicata sunt, iuris Romani interpretes potestatem testamen-
ti faciendi detraxerunt. Enimvero ad rempublicam bona pertinent, quæ
priuatis: postquam fato suo defuncti sunt, vsui esse, & voluptatem parere
non possunt. Rectius a republica deliguntur successores: quos sua necessitas,
aut magna utilitas ciuitatis, aut etiam gratia commendat: ut viuus potius ac-
cessi-

*Heredes ama-
re deligun-
tur.*



cessionem fortunarum, & commoditatem conditionis lautioris, quam mortuis, acceptum ferant.

Sed Quiritibus tamen, qui sui iuris erant, liberaliter leges nostrae concesserunt, ut ipsi suo iudicio sibi deligerent heredes. Quod ius videretur esse ridiculum, & gravitate hominis indignum, nisi quaedam ingenia blandissime afficerentur, dum prospiciant, se amicis suis, si viui omnino nequeant, certe morte sua & iudicio suae voluntatis profuturos, igitur, ut discant rebus suis parcere, quas aliquando ad amicos suos, suo iudicio delectos, peruenturas esse sciant, utque morituri etiam de amicis, quos fides & consuetudo cum ipsis coniunxerat, mereri possint, ius testamenti faciendi civibus tributum. Certe inutiliter heres institutus videbatur, quem non amore & iudicio electum esse apparebat. Optime *Tiberius*, non adeundam sibi hereditatem esse censuit, nisi cum amicitia illam meruisset. ^{a)} Quod ius etiam ad privatos pertinere *Ulpianus* credidit, & negavit valere institutionem, si testator signo quidem manifesto, & indubitabili, quod vice nominis fungatur, sed quod tamen contumeliae causa addi soleat, heredem designasset, l. 9. §. 8. D. de hered. instit. cum, qui hoc nomine heredem instituerit, non amoris, sed contentus causa instituisse videatur. Recte etiam veteres, donec *Iustinianus* l. vn. C. de his, quae poen. nom. hoc mutaret, infirmarunt voluntatem testatorum, qua poenae nomine, & coercendi heredis gratia, cum probro & contumelia heredis, ^{b)} cuiquam aliquid reliquerant, aut hoc titulo hereditatem heredi primo ademerant, illamque transfulerant in alios heredes: cum appareat, non amore illorum: in quos bona transferantur, sed odio heredis, adici, quae poenae nomine a testatore relinquuntur. Probe *Theophilus* hoc intellexit, qui, dum legata poenae interpretatur, legata quidem, ait, ex amore & benevolentia, εὐνοίας καὶ φιλίας, ἢ μίσει τῷ πληρονομῶντι, non ex odio heredis; debere proficisci. ^{c)}

Ex eodem fonte deriuatum est, quod nec captatoriae institutiones quae lucri magis, quam amoris, studium proderent, veteribus omnino probarentur. Sed illas duntaxat *Papinianus* l. 79. D. de hered. instit. admittendas esse censuit, quae mutuis affectionibus prouocarentur. Recte igitur *Pavillus* l. 71. D. eod. tit. credit, valere testamentum, in quo Titius heres scriptus est ex eadem parte, ex qua ipse antea testatorem instituit heredem: modo institutio magis in praeteritum, quam in futurum sit collata, magisque ex compensandi, quam prouocandi, studio enata videatur. ^{d)} Graeci etiam interpretes ^{e)} confirmant institutiones χάριν ἀμειβόμενας, quibus gratia rependitur: quod in primis pertinet ad officium hominis

^{a)} TACIT. annal. cap. 48.

^{b)} BYNKERSHOEK de legatis poenae, cap. 4. opusc.

P. II. p. 281.

^{c)} THEOPH. ad §. ult. I. de leg.

^{d)} CUIAC. ad Lib. VI.

resp. FABIN. in l. 70. de hered. instit.

BYNKERSH. de captat. instit. c. 2. f.

^{e)} BASILIC. 85. Tom. 9. cap. 70.



nis ingenui & liberalis. Ex quibus rebus intelligitur, veteres omnino in testamentis occasionem *referendi gratiam* & tribuendi beneficia, non materiam exercendorum odiorum aut lucri aucupandi, quaesuisse. Hoc enim adduxit eundem, quem modo appellavi, *PAALLVM*, vt l. 58. §. 1. *D. de hered. instit.* putet valere institutionem, si ille, qui *frater* non sit, sed fraternâ caritate diligatur, cum vero nomine, sub appellatione *fratris* heres institutus sit. Quamvis enim testamentum, quo quis illum quasi cognatum, qui non sit cognatus, heredem instituerit, errore testatoris vitietur, l. 4. *C. de hered. instit.* tamen *PAVLLVS* censet non errasse testatorem, qui fratris nomine amicum instituerit; sed *fratres* etiam caritate deligi, illamque institutionem videri profectam ex *amore*, quo omnis auctoritas & neruus vltimarum voluntatum inprimis continetur.

§. II.

Igitur heredes *amore* atque caritate eliguntur. Sed quia ex occultis fontibus subinde hominum benevolentia nascitur; receptum est, etiam sub *conditione* a testatoribus recte institui heredes. Certe ignoscendum fuit benefico amico, qui, dum heredem optauit, experiri voluit mutuum eius, quem instituit, amici voluntatem, aut ipsi occasionem dare, vt, post mortem suam, luculento indicio comprobet amorem & studium in testatorem: neque accusandus est testator, qui, dum heredi consuleret, etiam aliis amicis prospicere voluit, apposita conditione: aut qui, propter obscuras consilii sui rationes, rem casui commisit. Ex his enim fere causis, enatae sunt *conditiones* institutionum. Enimuero, quandoquidem ciuili iure constitutum est, vt, *vti* paterfamilias de rebus suis *legauerit*, *ita ius esset* inter testamentarios heredes; placuit, illos, relictam testamento hereditatem adituros, a prætore cogi, vt agnoscant iudicium defuncti, eiusque voluntati obsequantur. Audiamus *VLPIANVM*, qui l. 19. *D. de condit. & demonstr.* itemque l. 35. §. 3. *D. de hered. instit. in conditionibus*, ait, primum locum *voluntatem* defuncti obtinere, eaque regi testamentarias *conditiones*, imo voluntatem defuncti *totam* rem absoluere, & quid ille senserit, spectandum esse: itaque, quod l. 8. §. 7. *D. de condit. instit.* addit *VLPIANVS*, implendam omnino, *si possit*, defuncti voluntatem. Quapropter *CELSVS* etiam l. 59. §. 6. *D. de hered. instit.* obseruat, si testator ab euentu rerum incertarum voluerit pendere heredis institutionem, vt, si naus intra Kalendas ex Asia rediisset, heres esset; nihil peruenire ad heredem, si ille decesserit, priusquam naus ex Asia reuerteretur.

Igitur, si fieri possit, obtemperamus voluntati testatoris, & appositæ conditioni. Sed illud tamen expeditum est, *odiosas* esse *conditiones* institutionum, & suadente naturali ratione, potius credendum, voluisse testatorem, vt iudicium suum exitum haberet, & bona eius peruenirent ad here-

Fasc. IV.

G

des



des institutos: quam ut excluderentur illi, quos sua caritate suoque arbitrio elegit. Ita *VLPIANVS* philosophatur, l. 2. *pr. D. de condit. instit.* Ait enim, non videri *desicere* conditionem, nisi *evidentissimis probationibus* appareat, voluisse testatorem, ut hereditas heredi scripto, apposita conditione, auferatur. Quapropter idem ille alio loco, l. 10. *D. de reb. dub. in ambiguis* rebus humaniorem sententiam sequitur; & commodissimum esse docet, illud accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat quam infirmetur. Idem argumentum *GALVS* l. 73. *D. de hered. instit.* persuasit, ut si interpretatione conciliari possint verba testatoris, magis credat heredem pure, quam sub conditione institutum. Certe *POMPONIVS* l. 27. §. 1. & l. 67. *D. de hered. instit.* si in eodem testamento idem heres modo pure, modo sub conditione institutus sit, praeferendam esse credit scripturam plenior, qua pure heres esse iubeatur. *MARCIVS* etiam l. 52. §. 1. *D. de adqu. vel om. hered.* illum, qui solus institutus fuerit, sed ex parte pure, & ex parte alia, cum conditione, etiam pendente conditione, ex asse, si adeat, acquirere hereditatem: cum credibile sit, voluisse testatorem, ut heres pure succedat ex testamento in patrimonii relictii universitatem. Non dubito, ex eadem regula iuris deductum esse, quod *VLPIANVS* l. 21. §. 3. *D. de adqu. vel om. hered.* sufficere existimavit, conditionem, quae casu regitur, qualitercunque extitisse, & adquiri hereditatem adeundo, quamvis heres ignoret, conditionem extitisse: ne aliae ex aliis difficultates orientur in adimplenda ab heredibus conditione. Imo generatim idem *VLPIANVS* l. 17. §. 7. *D. ad Sclum Trebell.* si non appareat, virum extiterit conditio, sed sit suspicio benigna, quod illa extiterit, magis dicendum esse ait, extitisse appositam conditionem.

§. III.

*Impossibiles
conditiones
habentur
pro non scri-
ptis.*

Ex his, quae adhuc disputata sunt, apparet, duram videri testatoris voluntatem, quae sub conditione suspendatur: & si benigniorem sententiam admittat, illam merito in partem mitiorem trahendam esse, aut, si dubia fuerit interpretatio, conditionem pro implenda potius habendam. Quid vero faciemus in herede, cui non dura duntaxat, sed etiam *impossibilis* conditio adiecta. Enimvero veteres omnino illos nugari, atque magno apparatu nihil agere crediderunt, qui impossibilia desiderarent. Illud certe in stipulationibus est observatum. *PAVLLVS* enim atque *VLPIANVS* l. 35. & l. 7. *D. de verb. oblig. conditionem impossibilem*, quae in faciendum concipitur, stipulationibus obflare credunt, & quidquid actum fuerit, aiunt inutile videri. Neque multum ab impossibilibus turpia distare *PAVLLVS* l. 35. §. 1. *D. de verb. oblig.* atque *IULIANVS* l. 26. & l. 61. *D. eod. tit.* iudicaverunt: & infirmam censuerunt obligationem, quae contra bonos mores contrahatur. Haud multo secus veteres de conditione difficili sen-

senferunt: modo ex naturali impedimento difficultas oriatur, id est, si generaliter sit difficilis, & impleri commode non possit. Ita enim subtiliter VENULEIUS l. 137. §. 4. D. de verb. oblig. distinxit. Certe PAULIUS atque VLPIANUS l. 4. §. 1. D. de statu lib. & l. 53. D. fam. heretisc. conditiones naturaliter difficiles, quas nemo facile implere possit, pene impossibiles iudicauerunt, quas ne prætor quidem ratas esse patiat, sed deferat in decernendo, ut nihil actum inter partes videatur. f)

Ita quidem visum est de actibus inter viuos, qui impossibilem conditionem continerent. Sed ultimas defunctorum voluntates solemus liberalius interpretari. Enimuero conditiones impossibiles in testamentis fere pro non scriptis accipimus & teste VLPIANO l. 3. D. de condit. & demonstr. pro nullis habemus: sed ipsam duntaxat institutionem simpliciter sequimur, quasi pure heres institutus esset, non apposta conditione. Nimirum probabili iudicio assequimur, non hanc fuisse mentem testatoris, ut in tanto tamque sollicito apparatu, quo ad condendum solemne testamentum se accinxit, omnino nugaretur & luderet cum testibus, atque inutiliter institueret heredem. Igitur seruamus heredis institutionem ex præsumpta testatoris voluntate. Sed in ipsa conditione impossibili, quam testator apposuit, nihil impedimento est, quo minus ipsum luisse arbitremur. Quapropter impossibilis conditio ita accipienda est, quasi illam non serio voluerit testator impleri ab herede. Lepide RAEVARDVS g) tradit, institutionem, sub conditione impossibili a testatore scriptam, ideo pro non scripta accipi, quasi mendum potius subesse videatur scripturae testatoris, aut, quasi a scriba potius male expressa fuerit voluntas testatoris, quam ut censeamus, data ipsum opera, illud quod fieri non possit, ab herede postulasse. Sed non est, quod ad ambages & fictionem scripturae vitiosae recurramus. Iocatus est testator in conditione, quam sciuit impossibilem futuram, & quasi tentare voluit solertiam & sapientiam heredis, utrum sciret discernere, quid ab ipso serio, & quid per iocum aliquem, desideretur. Solent interdum homines etiam bene in nos animati, & optime de nobis merituri, per iocum tentare constantiam amicorum. Ita Q. FABIVS aliquando cum filio ludebat. Enim vero ad filium consulem a senatu missus, equo non descendit; sed a licitoribus, iussu filii, submotus, confestim paruit, & : non ego, dixit, fili, summum imperium tuum contemsi, sed experiri volui, an tu scires consulem agere. h) Igitur iocantur interdum optimi amici, etiam inter serias & graues occupationes, neque tamen ipsum negotium, quod tractant, interposito ioco quodam, vitari arbitrantur.

G 2

Qua.

f) vid. GERARD. NOODT de usufructu lib. 1. cap. 19. iur. ad l. 135. T. I. opp. p. 388.

g) RAEVARD. de reg.

h) VAL. MAX. lib. 2. cap. 2. §. 4.

Quapropter detrahitur heredis institutioni *conditio impossibilis*. Item in *turpibus* usu venit, testantibus PAVLLO, MARCIANO & PAPINIANO, l. 9. l. 14. & l. 15. D. *de condit. instit.* Parum abest, quin *ineptas* etiam & derisorias conditiones, tanquam per iocum appositas, neglexerint heredes. Illud enim ULPIANVS & MARCIANVS l. 14. §. 5. D. *de relig. & sumt. fun.* l. 113. §. 5. *de leg. 1.* & ALEXANDER l. 5. C. *de his, q. vt indign.* tradiderunt. Multa in illam sententiam V. C. MARQVARDVS FREHERVS ⁱ⁾ & RADVLPHVS FORNERIVS ^{k)} cum cura obseruarunt.

Satis, credo, intelligitur, pro *ioco* accipi omnino *impossibiles* & frigidas *conditiones*, salua heredis institutione. Illud tamen meretur obseruari, aliquando opus fuisse prætoris interuentu, & causæ cognitione, priusquam dici posset, heredem, scriptum sub conditione impossibili, non inutiliter fuisse institutum. Interdum enim suspicionem *furoris* pariebat *impossibilis* & inepta *conditio* adiecta heredis institutioni: vt deliberaret prætor, virum valeret testamentum, quod, teste LASEONE l. 2. D. *qui testam. fac. poss.* omnino nullum est, si furore testatoris perturbetur. Tractauit eiusmodi speciem MODESTINVS l. 27. D. *de condit. instit.* Nimirum testator amicum sub conditione, *si reliquias eius in mare abiiciat*, testamento scripserat heredem. Sed monet MODESTINVS, antea inspiciendum, ne homo, qui illam conditionem posuerit, *non compos mentis* fuisse videatur: & *perspicuis* rationibus illam suspicionem esse amouendam docet. Sed amoueri potuisse suspicionem NASO ^{l)} comprobatur, qui testis est, idem aliquando Achiuos Herculis comites ab heredibus desiderasse:

*Sæpe tamen patriæ dulci tanguntur amore;
Atque aliis moriens hoc breue mandat opus:
Mittite me TYBERI: Tyberinis vinctus vt vinctis.
Litus ad Inachium puluis inanis eam.
Displicet heredi mandati cura sepulchri.
Mortuus Ansonia conditur hospes humo.
Scirpea pro domino Tyberi iactatur imago,
Vt repetat Graias per freta longa domos.*

Ex quo loco intelligitur, etiam ineptis conditionibus heredes, vltimæ voluntatis veneratione, imaginario interdum obsequio obtemperasse. Sed, si furoris suspicio amoueatur, MODESTINVS censet, *caussa cognita*, laudandum etiam heredem, qui reliquias testatoris, secundum eius voluntatem in mare non abiecerit, sed, memoria humanæ conditionis, illas tradiderit solenni sepulturæ; neque, si hoc fecerit, heredem scriptum controuerfiam passurum a legitimo herede.

Nemo

i) MAQV. FREH. verisimil. lib. I. cap. 26.

quotid. cap. 29. in thes. Orton. part. 2. p. 311.

k) RADVLPH. FORN. lib. 6. rer.

l) OVID. fast. lib. 5. v. 653.



Nemo igitur dubitat, si furoris suspicio non subnascatur: contemni *impossibiles* & *ineptas* etiam conditiones institutionum. Sed plerumque tamen, si quid tale incidat, *prætor* desiderabitur, atque *causæ* aliqua *cognitio*, ut constitutur, utrum sit omnino impossibilis & penitus inepta conditio, quam testator voluit ab heredibus impleri. Caue enim existimes, semper heredis esse iudicium, utrum implenda conditio, an contemnenda videatur. Enimvero de quibusdam prætor *simpliciter* edixit illas *impossibiles* aut *duras* aut *impossibilibus* proximas videri. Sed hæc quidem, causæ non desiderant cognitionem. Huc omnes illæ pertinent, quæ *natura* simpliciter impleri *nequeunt*, aut *generaliter* a prætore ob turpitudinem quandam & difficultatem reprobantur: tales enim docente *VLPIANO l. 8. D. de condit. instit. ipso iure* pro non scriptis merito habentur. *PAVLLVS* etiam, quæ *naturali rationi*, & bonis moribus aperte aduersentur, & pietati, quam parentibus iure gentium debemus, aut hominis ingenui officio graues sint, & penitus molestæ, simpliciter *remittendas* esse censet, *l. 9. D. de cond. instit.* Sed alia ratio ineunda est, si *dubitetur*, utrum insit quidquam turpitudinis naturalis atque noxiæ difficultatis. Igitur, de his adeundus erit prætor, ut *causæ cognita remittat* has conditiones. *GAIVS* enim *l. 63. §. 10. D. ad SCt. Trebell.* si quis nomen testatoris ferre ex eius voluntate, quasi turpius & inhonestius, recuset, adiri prætorem iubet, ut de hoc *cognoscat*. Recte enim heredem facere, si expleuerit conditionem, cum nihil habeat difficultatis, assumere nomen hominis honesti. Sed si ex quadam causa heres recusauerit, *IVLIANVS* ait, ipsi subinde *remittendam esse* conditionem, & permittendas actiones utiles heredi, aut dandam etiam bonorum possessionem secundum tabulas, si visum fuerit prætori. Imo vero idem *GAIVS*, *l. 63. §. 7. D. eod. tit.* etiam in *difficilibus* conditionibus locum facit arbitrio prætoris, in primis, si fideicommisso oneratus fuerit heres sub conditione institutus: cum illud durum videatur, ad implendam conditionem difficilem, propter fideicommissarii emolumentum, heredes institutos cogi a prætore. ^{m)}

Haud aberrabo facile a recto, si affirmem, etiam illam speciem, quam tractauit *VLPIANVS l. 6. D. de condit. instit.* pertinere ad prætorem, & heredi non nisi causa cognita *remitti*. Ait enim *VLPIANVS*, cum quis ita institutus sit: si monumentum eius *in triduo* proximo post mortem testatoris fecerit: & monumentum in triduo perfici non possit, *quasi impossibilem euanescere conditionem*. Sed quis non videt, *facti* quæstionem esse, an impleri possit intra definitum tempus conditio, adeoque de illa cum cognitione causæ decernendum esse: nec tam conditionem institutioni, quam

G 3

con-

^{m)} Optime illam legem a criticorum ineptiis vindicauit *HENRICVS A SVBRIN* repet. lect. iuris cap. 8. in thesaur. Otton. part. 4. p. 19.

conditioni temporis adiectionem, causa cognita, & iudicio prætoris, detrahendam.

§. IV.

*Quid si con-
ditio ob ca-
sum impleri
nequeat.*

Conditiones ergo institutionum, quod adhuc comprobatum est, omnes videntur odiosæ, & si fieri hoc possit, interpretatione mitigantur: imo quædam habentur pro non scriptis, aut certe, propter insignem aliquam difficultatem, a prætore remittuntur. Restat, ut de illis exponamus, quæ natura sunt possibiles, & nisi quid accidat, in potestate sunt heredis. Nostræ artis magistri illas potestativas appellare solent. Quarum illæ quidem, quæ in dando, aut in faciendo, consistunt: nihil differunt a mixtis, quas IUSTINIANVS l. un. §. 7. C. de caduc. toll. excogitavit, & quas tam facto hominis, quam casu quodam, regi arbitrat. Omnes enim conditiones positiuæ opportunitatem aliquam desiderant: qua, si careamus, nulla est in nobis præstandi illius, quod a nobis petitur, officii facultas. Enimvero si quis heres scriptus sit, si aliquid dederit, aut si quid fecerit, frustra laborabit, nisi sit aliquis, cui dari possit, aut occasio, illud faciendi, quod ab ipso postulatur. Hæc igitur, si casus quidem obstat, quo minus impleri possint, videamus an pro impletis habeantur. Eleganter VLP- IANVS l. 2. D. de condit. & demonstr. in eiusmodi conditionibus non fatum aliquod expectari ait, sed desiderari obsequium heredis. Imo vero, si MARCELLVM l. 23. D. de condit. instit. audias, videtur heres voluntati testatoris obtemperasse, si per illum non steterit, quo minus defuncto obsequatur. Generaliter enim, ait MARCELLVS, hæc conditio, si dederis, si feceris, ita accipienda est, si per te non steterit, quo minus des aut facias. Abscisse VLP- IANVS l. 135. D. de reg. iur. ea, ait, quæ dari non possint, quia nemo sit, cui illa dentur, impossibilia videri, & pro non adiectis accipienda esse. Quæ sententia habet rationem: cum, si heredis obsequium casu mero impediatur atque perturbetur, res veniat in illum casum, unde incipere non potuisset. Fac enim, casum illum, ab initio, cum conderetur testamen- tum obstitisse, ut: si testator heredem te esse iusserit, si Tirio centum dederis, qui iam mortuus erat, cum testamentum conderetur. Nemo dubitat, ab initio conditionem impossibilem appositam fuisse. Nihil vero intererit, ab initio sit impossibilis, an ex post facto in illum casum incidat, a quo incipere non potuisset adiectio conditionis. Virumque enim perinde accepit MARCIANVS l. 3. §. 2. D. de his, quæ pro non script. hab.

Neque multum oblectabantur interpretes, quo minus impleta videa- tur conditio, quæ facto hominis & personæ impeditur, si heres sit paratus ad obtemperandum. In illa enim specie veteres omnino omnes consense- runt. IAVOLENVS certe, l. 46. pr. D. de condit. & demonstr. conditio- ni, cui heres intra certum tempus parere iussus erat, illos dies non impu- tari

tari ait, quibus illum vicinus via publica prohibuit, cum ille ire vellet, ut pareat conditioni: cum per illum non staret, ut testatoris voluntati obsequeretur. Speciem non multo absimilem tractavit AFRICANVS l. 31. D. eod. tit. Testator enim iusserat heredem, Titio centum dare, si Seiam duxerit uxorem; & respondit Iureconsultus: muliere *volente* nubere, cum ipse paratus esset, legatum Titio deberi, quasi impleta eius obsequio conditione. Eandem regulam iuris IULIANVS l. 11. de condit. instit. secutus est; cum Titius se nollet arrogandum dare filio, quem pater sub conditione arrogationis scripserat heredem: enimvero heres erit filius, qui adoptare *voluerat*, quasi expleta testatoris voluntate. Oleum perderem, si omnes illas species enarrare susciperem, de quibus veteres in hunc modum responderunt. Vna meretur indicari, quæ sæpius obuenit, & de qua omnes in eandem sententiam, in tanta veterum dissensione, conuenerunt. Titius scriptus erat heres, si statuas in municipio posuisset. Sed SABINVS & PROCVLVS & POMPONIVS l. 14. D. de condit. instit. heredem eum fore responderunt, si paratus esset statuas ponere, quamuis a municipibus ipsi locus non daretur.

Ergo constat inter omnes, si *facto personæ* aliquis prohibeatur, ne testatori obtemperet, conditionem haberi pro impleta. Sed de illa specie dubitant, si non tam *facto* hominis voluntario, quam a *casu* potius, & ipsa quodammodo *fortuna* impedimentum aliquod obiciatur, quo minus heres obsequatur testatori. Quidam enim tunc *desicere* conditionem censuerunt, cum diuino quasi iudicio, & casu heres excludatur. Inter illos eminet NERATIUS, qui l. 6. §. 1. D. de condit. & demonstr. heredem, qui seruos quosdam manumittere iussus erat, quibusdam ex his mortuis, respondit, deficere conditione: neque enim, parere possit conditioni, an minus, æstimandum esse, sed sufficere, conditionem hanc non extitisse. At vero nihil me mouet, quo minus existimem, *extitisse* conditionem, & *expletam* esse, quam *casus* prohibet impleri. Si auctoritatem veterum desideras, audiamus POMPONIVM l. 6. §. 1. D. de condit. & demonstr. qui LABEONEM etiam, & SERVIUM & SABINVM & CASSIVM in partes aduocant. Adscribam verba POMPONII, ut plenius intelligantur. „Quidam scripserat testamento: si filia et mater mea uiuent, Titius heres esto: SERVIVS respondit: altera iam *mortua*, heredem non deficere conditione: idem apud LABEONEM scriptum est. SABINVS quoque & CASSIVS dixerunt quasi impossibiles eas condiciones pro non scriptis esse: quæ sententia admittenda est. Igitur explosa NERATII sententia *impletam* censuerunt conditionem, quæ morte hominis & casu interuertitur. Idem VLPIANO l. 11. §. 11. D. de leg. 3. in mentem venit, cum fideicommissum euidam ita relictum esset: si morte patris sui iuris fuerit effectus: quamuis enim ante mor-

mor-



mortem patris emancipatione sui iuris effectus esset, *VLPIANVS* credit non deficere conditionem; sed, cum mors patris contingat, *quasi extante* conditione, illum ad fideicommissum esse admittendum. Non dissentit *PAVLLVS* l. 28. *D. de cond. & demonstr.* quamvis strenuus defensor ultimarum voluntatum. Ait enim, quendam filiae suae ita legauisse, si *TITIVS* arbitrato nupserit: sed, *mortuo Titio*, conditionem eius arbitrii exclusam: itaque filiam nupuisse: sed nihil ob stare, quo minus ei legatum debeat. Occurrunt eiusmodi species complures, quas non vacat omnes indicare. Nemo enim dubitabit, testatorem, qui *serio* voluit illum heredem esse, quem sub conditione scripserat, sed desiderauit tantum obsequium heredis, ipsi remittere conditionem, si heres *casu* aliquo prohibeatur. Enimvero si *VLPIANO* atque *PAVLLO* l. 4. & l. 18. *D. de adqu. vel om. hered.* fidem habeamus, non videtur *nolle*, qui *non potest*: & frustra heredis obsequium desideratur, cum res ipsa impedimento est, ne heres obtemperet defuncto. Certe aequitati praetoris locus erit, ut conditionem, quae impleri nequeat, heredibus remittat.

§. V.

*Dubitatio-
nes ex lege
aduersa ena-
ta disuun-
tur.*

Res non egeret disputatione, nisi illis, quae adhuc enarrata sunt, *AFRICANVS* l. 31. *D. de condit. & demonstr.* pertinaciter & grauiter obloqueretur. Ait enim, illi, cui legatum erat sub conditione, si *Seia* duxerit, cum *Seia moriatur*, deficere conditionem: & legatum non deberi. Contra *POMPONIO* qui visum est, l. 54. §. 2. *D. de leg. 1.* peti posse legatum docet, si *serui mors* impediuiisset manumissionem, quamvis legato adscripta esset conditio: si *seruum manumississet*. Manifesta est dissensio: sed faciamus periculum, an illos reducere in gratiam possimus. Mihi quidem videtur *AFRICANVS* de eiusmodi specie sensisse, in qua *manifestis probationibus* constaret, testatorem a *casu* & euentu nuptiarum, legatum suspendisse. Enimvero, si illud appareat, non dubitatur, obsequendum esse voluntati testatoris, qui posuit hanc unicam habere rationem institutionis, ut *Seia* consuleret per nuptias heredis. *VLPIANVS* enim l. 2. *D. de condit. instit.* quod supra obseruatum est: monuit, si *evidentissime* comprobaretur, *casui* commissam a testatore conditionem institutionis: deficere conditionem, si casus non ex voto euenisset. Sed *POMPONIVS*, de voluntate *ambigua*, & si nihil de casu testator addidisset, disputauit, censuitque non facile credi posse, conditionem pendere ab euentu, sed sufficere, si heres, quantum per se steterit, obtemperet conditioni appositae a testatore. Quod si tibi non placet, non resistam quod dicas, *AFRICANVM* de iure stricto respondisse, & hanc eius mentem fuisse, quod haec conditio non *ipso iure* pro non scripta habeatur; contra iudicasse *POMPONIVM*: a praetore *conditionem heredi remittendam* si appareat, sine culpa heredis conditionem *pene* int-

impossibilem videri. Quod quando fieri possit, supra fuit indicatum. Hoc modo si uterque intelligatur, nulla inter AFRICANVM & POMPONIVM controuersia. Alia medicina, quam huic loco adhibeam, non suppetit.

XXIII.

OBSERVATIONES MISCELLAE
DE MONVMENTO
SECVNDVM VOLVNTATEM
TESTATORIS FACIENDO.

AD LEG. XIV. §. VI. D. DE RELIG.

VITEMBERGAE, AD D. OCT. A. Q. S. P. E. MDCCXXXV.

§. I.

Monumenta nemo dubitat memoriæ causâ inprimis fieri? quando-
quidem, quod CICERO ait, ^{a)} & ex illo NONIVS MARCELLVS obser-
uat, ^{b)} quæ *monimenti* sit ratio, nomine ipso admonemur: ad *memoriam* causâ fiunt
enim magis spectare debet posteritatis, quam ad præsentis temporis gratiam. ^{c)} *religiosa*
Idem etiam nostræ artis magistris placuit. VLPIANVS certe l. 2. §. 6. D. *habentur ut*
de relig. monumentum est, inquit, quod *memoriæ* seruandæ gratia existit. *sepulchra fa-*
Imo generaliter, quod ait FLORENTINVS l. 42. D. *de relig.* monumentum *norabilis et*
est res *memoriæ* causâ in posterum prodita, in qua, si corpus & reliquiæ *adificatio.*
inferantur, fiet sepulchrum; si vero nihil eorum inferatur, erit monumen-
tum *memoriæ* causâ factum, quod Græci *νεκροτάφιον* appellant. Inprimis
autem & *νεκροτάφιον*, quod dicunt grammatici, si VARRONEM audiamus ^{c)}
quæ in *sepulchris* fiunt, *monimenta* appellantur. Et ideo secundum viam
exstruuntur, ut prætereuntes *admoneant*, & se fuisse, & illos esse morta-
les. Ab eo cetera, quæ scripta ac facta *memoriæ* causâ, *monimenta* dicta.
Hinc fere ICI ipsa sepulchra mortuorum *monimenta* appellarunt, & MAR-
CIANVS l. 4. D. *de rer. diu.* illos, qui ad litus accedant, iubet ab ædificiis
& *monimentis* abstinere, quia non sint iuris gentium, sicut mare, sed di-
uini

a) CIC. epist. 2. ad Cels. quod Scipio Gentil. orig. ad pandect. v. monumentum, in-
dicauit, in Ottonis thes. T. 4. p. 1892. b) NON. MARCELLVS de propriet.
sermonum, c. l. n. 136. c) VARRO de lat. ling. L. V. c. 6. p. m. 38.



nini iuris habeantur. MARCER tamen l. 37. §. I. D. *de relig.* seiungit a sepulchris *monimenta*: & illepide, quod aliquando nostris, in indagandis verborum originibus accidit, *monumentum* esse credit, quod causa *muniendi* eius loci factum, in quo corpus sit impositum; ut: si amplum quid ædificari iusserit testator, veluti in circum porticationes: ut sepulchra *muniantur*. Diuellit etiam aliquando VLPIANVS *monimenta* a sepulchris: sed eodem tamen iure vtraque censei iuber, ut facere sepulchrum, *sive* monumentum, nemo facile prohibeatur: cum *religionis* inter sit, illa extrui, & exornari, l. 1. §. 6. & 7. D. *de mort. inf.* Certe *sepulchra* & sepulchrorum *monimenta* memoriæ imprimis causa ornabantur. Ipsi lapides aq. GRVTERRVM *piæ* se *memoriæ*, *æternæ memoriæ*, *dulcissimæ memoriæ* consecratos esse profitentur.

Quapropter cum ad posteritatem pertinere crediderint veteres, *memoriam* defunctorum *monimentis* consecratam; mirari non debemus, illos fauere ornamentis sepulchrorum, atque illos defendere, qui in monumentis vel condendis vel reficiendis occupantur. TULLIVS quidem ^{d)} voluptatis etiam cuiusdam fructum post mortem ad se peruenturum sperat ex memoria posteritatis, & quod homines gloriosi solent, se tantos labores diurnos nocturnosque domi, militiaeque, suscepturum non fuisse, ait, nisi animo viderit, posteritatem ad se pertinere posse, seque non iisdem finibus gloriam suam, quibus vitam, terminaturum esse: sed animum suum se erexisse, quasi, cum excessisset e vita, tunc denique victurus esset. Imo vero HORATIO FLACCO eandem gloriam sectanti ^{e)} ne as quidem & marmora sufficiunt, sed tunc demum plaudit sibi, cum exactum esse putat.

— — — *monimentum ære perennius*
Regalique situ pyramidum altius,
Quod non imber edax, non aquilo impotens
Amorum series, & fugâ temporum

Quod studium, quamvis plerumque sit cum vanitate aliqua coniunctum & ineptum videatur, sollicite de rebus illis cogitare, quæ nec felicitatem veram pariunt, nec si aliquam parerent, illam nobis parerent, qui illarum rerum, quæ de nobis in his terris fiunt, sensu vix post mortem nostram attingimur; quia tamen posteritatis interest, virtutem, in illustri positam monumento, quod LIVIVS ait ^{f)} intuendam posteris proponi, *merentur fauorem* quendam sepulchra atque monumenta mortuorum. Enimvero habent aliquid, nescio quid, maiorum imagines, & conspectæ virtutis vestigia in monumentis veterum expressa, quod mirifice animos concitat, atque implet insignium facinorum quæ alias facile obliterantur, memoria, atque ad

^{d)} CIC. de senect. circa fin. p. m. 557.
 in præf. op.

^{e)} HORAT. III. carm. 50

^{f)} LIV.

ad imitationem priscæ virtutis prouocat subinde, & quasi quibusdam facibus accendit. Certe *magis fauendum* esse monumentis credo, quæ perpetuos habent quosdam stimulos, & *posteritati* etiam prodesse possunt, quam natiuitatibus & lamentationibus, & ceteris quibusdam solennibus funerum, quæ pleraque ad *præsentem* duntaxat *luctum* minuendum pertinent, & cum pompa præterit, vim suam perdunt, atque vicissitudine multarum voluptatum confestim opprimuntur. Profecto, si non temere veteres, qui ius civile considerunt, ^{g)} honoratorum virorum laudes in concione memorandas, easque etiam ad cantus & tibicinem prosequendas esse, & laudis ornamenta ad mortuos pertinere, censuerunt: ^{h)} quæ inuidia est, etiam posteros commemoratione virtutis, loquentibus lapidibus, & *monumentis* laudum, concitari. Conqueritur TULLIVS ⁱ⁾ aliquando, olim illius rei minimam fuisse cupiditatem, & hinc accidisse, vt non ita multa maiorum exempla reperiantur, quæ ad virtutis æmulationem pertinerent.

Igitur, qui monumenta mortuis faciunt, serunt *arbores*, quæ *alteri seculo* prodesse debeant, quod apud TULLIVM alio loco, ^{k)} ait STATIVS in Synephebis. Ita certe prætori visum est, qui teste VLPIANO l. i. §. 5. & 6. D. de *mort. infer.* illo in loco, in quo ius est mortuum inuito altero inferre, quo minus sepulchrum *ædificare* liceat, vim fieri vetuit: cum rei publicæ & religionis inter sit, *monumenta* extrui, & *exornari*: adeoque nemo prohibendus sit in loco, in quo ei ius est, facere sepulchrum, siue *monumentum*: imo vero non solum, qui nouum opus *memoriæ* causa molitur, sed etiam, qui illud, quod imperfectum videatur, perficere velit, aut *reficere*, quamuis mortuus iam antea illatus sit, defendendum esse ait VLPIANVS d. l. i. §. 9. & l. 5. pr. D. de *mort. inf.* & MARCIANVS l. 7. D. de *sepulch. viol.* etiam *corruptum* & *lapsum monumentum*, corporibus non contactis, restituere, aut, ornamentis causa, aliquid immittere & adicere permittit, cum, qui hoc faciat, non solum pio atque dulci, sed etiam profuturo in posterum officio, defungi videatur, & teste VLPIANO, l. i. §. 2. D. *ne quid. in loc. sacr.* ornamentis causa etiam in sacris & religiosis locis aliquid facere liceat, modo non ad deformitatem aut incommoditatem immittatur.

Ceterum *monimenta* quæ sepulchro iniecta sunt, & cum illo cohærent, religiosa sunt, & religione loci attinguntur: vt teste IAVOLENO l. 4. D. *commun. prædior.* nec seruitutem recipiant, sed desinant humani iuris esse *monimenta*. De *statua*, quæ monumento neque adfixa neque adplumbata fuerit, dubitatum, an in bonis nostris maneat, an pars monumenti effecta esse videatur. Sed CELSVS l. 2. D. de *sepulch. viol.* scribit,

H 2

sic

2) CIC. de LL. L. II. p. m. 450.

RITTERSHVS. ad XII. tabb. c. 15. p. 35.

h) CIC. l. c. 450.

i) Id. de LL. L. II. p. 450.

k) Id. de senect. p. 545.

sic esse monumenti, ut ossuarium, quo ossa & reliquiae contineantur: generatim enim, quod *ULPIANVS* ait, l. II. §. 2. D. *quod vi aut clam*, si qua sepulchri ordinandi causa posita sint, iure continentur.

Sola *hostium* sepulchra *PAVELLVS* l. 4. D. de *sepulch. viol.* excipit, & non religiosa esse docet, hinc lapides inde sublato in quemlibet usum conuertere permittit. Sed ex aliis, docente *ULPIANO* d. l. 2. D. de *sep. viol.* & l. II. §. 2. D. *quod vi aut clam*, si statua euulsa, aut etiam ablata, quamuis non cohaeserit, aut ostium etiam effractum, cessabit *lex Aquilia*, quia res non est in bonis nostris, sed interdicto, *quod vi aut clam*, agendum erit, quod omnibus competit, quorum interest, rem vel in publico, vel in sacro, vel etiam religioso positam non tolli, aut corrumpi, d. l. II. §. 1. seq. *quod vi aut clam*. Nemo vero dubitat, *heredum interesse*, ut monumenta, in primis hereditaria, integra seruentur. *POMPONIUS* enim l. 7. D. de *annuis legat.* id affirmat, idemque *ULPIANVS*, l. 18. §. 2. D. *fam. hercisc.* quia ius monumenti sequitur heredes. De quo argumento deinceps locus erit exponendi. Certe etiam *hodie* hoc iure utimur; postquam expeditum est, sepulchra publico & ecclesiae quodammodo iure contineri: quandoquidem non solum priuatorum, sed reipublicae etiam interest, ne quis in rebus, quas constat, publica auctoritate regi & defendi, quidquam temere omnino moliatur, aut per inuidiam & petulantiam corrumpat.

Illud expeditum est. praeter extraordinarias persecutiones, & publicam animaduersionem, aduersus illum, qui monumentum hereditarium corruperit, aut ex illo aliquid sustulerit, interdicto, *quod vi aut clam*, heredes efficaciter experiri.

Generatim serenissimi *Saxonum* legislatores fauent dormitoriis, atque ut ornentur atque muniantur, & ab omni iniuria defendantur, pie & severe praecipunt. Saepem enim ita, & in primis *art. gen. 15.* constitutum, *Auff daß auch die Kirchhöfe allenthalben, ehrlich und rein, als ein Schlaf-Haus derer Christen, so am jüngsten Tage von Christo auferwecket, und selig gemacht werden sollen, gehalten, So sollen dieselben mit Mäuren, Böcken, Zäunen und Thüren verwahret, und vorm Viehe allenthalben mit Fleiß vermachtet werden.* Ut intelligatur, aduersus omnem iniuriam, quae monumentis fiat, remedia liberaliter concedi.

§. II.

Virum sum- Fauent igitur, & praetor, & pleraque gentes, sepulchrorum *monu-*
mentis, & memoriae demortuorum. Sed virum *necessaria* esse videantur
mentum fa monumenta, atque an sumtus monumenti causa facti *impensis funeris & ne-*
eti impensis *necessariis,* contineantur, dubitatione non caret. Ergo videamus.
funeris con- *SABINVS* quidem l. 1. §. 19. D. *ad L. Falcid.* docet, in *aere alieno*
vincantur. *impensam monumenti* causa factam deduci ab herede, in quarta *Falcidia*
in-

ineunda ratione; si *necessarium* fuerit, monumentum exstruere defuncto. Itaque agnoscit, & *necessarium* quandoque esse monumentum, & hoc sumtus *ære alieno* contineri. Neque vero dubito, quin *æs sabinus* illud *alienum*, quod *funeris causa* quasi contrahitur, intelligat adeoque concedat ad *impensas funeris* hos sumtus pertinere. Monet enim *VLPIANUS*, l. 1. D. de *religios.* non solum illum, qui *in funus*, sed etiam, qui *propter funus*, aliquid impendit, non tam cum herede, quam *cum defuncto*, *contrahere* videri: adeoque has impensas ad *æs alienum defuncti* pertinere. Sed idem ille *VLPIANUS* l. 14. §. 3. & 4. D. de *relig.* hunc demum sumtum *funeris causa* factum esse agnoscit, qui *necessario* factus esse videatur, & sine quo funus duci facile *non possit*. Itaque recte *MARCELLUS* sumtum *monumenti necessarium*, *funeris impensam* voluit censer.

Necessarii ergo *monumenti* sumtus ad *impensas funeris* pertinent. Sed *laxius* tamen interpretatur hanc *necessitatem* *VLPIANUS* d. l. 14. §. 3. 4. & 13. D. de *relig.* & ne quidem meram *negotiorum gestorum* actionem, quæ propter omnem *utilitatem* alterius procuratam datur, in exigendis *funeris expensis* imitandam esse censet, sed iudicem *solutius* æquitatem sequi iubet; cum hoc natura actionis *funerariæ*, quæ propter impensas funeris proponitur, omnino pati videatur. Itaque &, si quid in *locum* fuerit erogatum, aut ut corpus perferretur, aut ad custodiendum corpus, atque commendandum, denique si quid in *marmor* vel vestem fuerit impensum, *funerariæ* actioni locum esse credit. Ut dicamus, quod res est, *ultra necessitatem* porrigitur *funeraria actio*, & omnia complectitur: quæ quis *funeris causa merito* fecisse videatur: ut non solum sit *non adstrictior*, sed, ut etiam, quod diximus, multo sit *solutior* potestas iudicis in actione *funeraria*, quam in *negotiorum gestorum* actione. Generatim enim, quem sæpius testem inuoco, *VLPIANUS* l. 14. §. 6. D. de *relig.* ex *bono & æquo* ait *funerariam* oriri *actionem*. *Æquum* autem ex *dignitate* eius, qui *funeratus* sit, ex *caussa*, ex *tempore*, ex *bona fide* æstimari.

Igitur *dignitatis* in primis ratio habetur, in constituendis *funeris* impensis. Quæ propter recte idem *VLPIANUS* docet, ob hanc æquitatem illum sumtus non recipere, qui sumtum *nimis modicum* fecerit, forte in *contumeliam* locupletis hominis defuncti: nam non debet iudex, inquit, illius rationem habere, qui *contumeliam* defuncto fecisse videatur, negligentius eum *funerando*. l. 14. §. 10. D. de *relig.* Quæ re dubitare non poteris, quin aliquando *funeris causa* aliquid impendi possit, quod non sit omnino *necessarium*, & quod comparci potuisse videatur; & admitti inter *funeris* impensas sumtum *monumenti*, si ratio *dignitatis*, aut hominis *diuitiæ*, aut aliorum eiusdem ordinis exempla, postulent, ut monumentum exstruatur: quia non sine quadam *contumelia*, & rubore posterorum, defun-



Etus illo memoriae honore carere posse intelligatur. Aperte MACER l. 37. D. de relig. profitetur, funeris sumtu contineri, quod in monumentum erogatum; sed id solum excipit, quod cum ostentatione quadam, aut *ultra consuetudinem* hominum eiusdem ordinis ædificetur. Ait enim, „monumentum esse, quod muniendi eius loci causa factum sit, in quo corpus sit impositum., Neque enim est locus disputationi, quin docente VLPIANO, quidquid in parandum atque defendendum locum, in quem mortuus inferatur, vel in *marmor* erogatum sit, funeris causa sumtus factus esse videatur, l. 14. §. 3. & 4. D. de relig. Igitur secundum MACRVM, sumtus monumenti, quod sit loci muniendi causa, id est, quod sepulchro imponitur & comparatur secundum dignitatem & facultates defuncti, & secundum consuetudinem, pertinent ad funeris impensas. Sed pergit MACER d. l. 37. §. 1. D. de relig. Igitur, si, quid *amplum* ædificari testator iusserit, veluti in circumportationes, certum est, illas non esse funeris expensas. Quod omnino habet rationem; cum etiam VLPIANVS l. 14. §. 6. D. de relig. præcipiat, in funeris procuratione, non sequendam esse defuncti voluntatem, si res egrediatur *iustam* sumtus rationem, ideoque impensis funeris non imputari res, quæ *ultra modum* sine causa consumantur. Illud certe apparet, MACRVM duntaxat *amplum* aliquod & singulare monumentum, ex testatoris desiderio, cum sumtu magno, *ultra* consuetudinem, ædificandum, excipere, quo minus impensæ illius monumenti inter funeris impensas referantur. In reliquis nihil mutat MACER, &, casu unico excepto, confirmat iuris regulam, ut monumenta sint pars sepulchri, &, quæ in sepulchrum eiusque partes atque ornamenta more maiorum, & provinciarum, impenduntur, inter sumtus funeris admittantur.

At vero teste VLPIANO l. 1. §. 19. D. ad L. Falcid. vnice resistit MARCELLVS noster, qui negat ædificationem monumenti in ære alieno deduci posse ab herede, dum quartæ Falcidiæ init rationem. Audiamus VLPIANVM qui SABINVM & MARCELLVM inter se committit. Verba VLPIANI: „de impensa, monumenti nomine facta, quæritur, an deduci debeat? & „SABINVS ita deducendam esse putat, si *necessarium* fuerit, monumentum „extruere MARCELLVS, consultus, an funeris, & monumenti impensa, „quantam testator fieri iussit, in ære alieno deduci debeat? respondit, non „amplius eo nomine, quam quod funeris causa consumtum esset, deducendum. Nam eius, quod in *exstructionem* monumenti erogatum, diuersam „esse causam: nec enim ita monumenti ædificationem *necessariam* esse, ut „sit funus, atque sepulchrum: idcirco eum, cui pecunia ad faciendum monumentum legata sit, Falcidiam passurum., Imo vero pergit MARCELLVS l. 2. D. ad L. Falcid. non amplius concedendum, quam quod sufficiat ad *speciem modicam* monumenti.

Vi.



Videntur ergo Icti aduersis frontibus inter se pugnare, & MARCELLVS etiam cum MACRO, quem supra interpretatus sum, controuersiam exercere. Sed dabimus operam, vt in gratiam & consensionem reducantur. Mihi videntur disiungi verbis, sed, si rem vere æstimes, in eandem sententiam SABINVS atque MACER & MARCELLVS conuenire. Enimvero MACER & SABINVS sumtus *monumenti necessarios* admittunt, vt in *ære alieno* deducantur, atque inter funeris impensas referantur; sed *necessitatem* liberalius interpretantur, atque ex *utilitate* propemodum, solutius quam in negotiorum actione, seu, quod idem est, ex *æquitate*, ex dignitate eius, qui funeratus est, ex causa, ex tempore æstimant, & maxime ex *bona fide*. Pariter MARCELLVS *modicam* quidem speciem, vt Macer & Sabinus, concedit; sed consultus, vtrum impensæ etiam *non modicæ*, ex testatoris voluntate factæ, in ære alieno deducantur? negauit illas esse *funeris impensas*; cum constet, impensas funeris ex dignitate, & tempore & consuetudine, ex æquitate, non ex inepta voluntate, aut prodigalitate testatoris æstimari.

Igitur omnes consentiunt, sumtum *modicum*, ex æquitate, monumenti causa factum, *funeris impensas* contineri; sed non admitti impensas quæ ultra modum, quamuis ex voluntate testatoris, factæ videantur. Eandem regulam iuris sequitur PAPINIANVS l. 50. §. 1. D. de *hered. petit.* atque etiam contra creditores, aut heredes ab intestato, bonæ fidei possessori, cui hereditas aufertur, concedit *retentionem impensarum*, quas ille, conditionis implendæ gratia in *monimentum* fecerit, si sumtus *probabilem modum* faciendi monumenti, vel *quantum testator* iusserit; non excedat; cum *doli mali* exceptione defendi possit, qui obtemperauerit voluntati testatoris. Imo vero actione *negotiorum gestorum* quasi *gesto negotio hereditario*, repeti posse impensas monumenti causa factas, docet. Igitur, concessa *negotiorum gestorum* actione, quasi gesto hereditario negotio, non dubito, etiam funerariam actionem concedi posse ob impensas in *monumentum* factas; cum ipsa *funeraria* sit solutior illa *negotiorum gestorum actio*, quæ propter funeris expensas ex *bono & æquo* illis datur, qui funeris procuracionem susceperunt. Ne quis supersit locus dubitationi, CELSVS l. 42. de *leg. 3.* etiam *monumenti* sumtus refert ad *communia onera* heredum, & si testator monumentum extrui voluerit, nisi alia fuisse voluntas intelligatur, ab *utroque herede* monumentum, ex hereditariis portionibus, instruendum esse censet: quia æquum videatur, & heredibus omnibus incumbat, vt monumentum memoriæ bene meritorum causa ab heredibus ædificetur.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, apparet, *sumtus modicos*, *monumenti* causa factos, repeti inter *funeris expensas*, propter æquitatem; ne
de.



defunctus contumelia afficiatur. Neque tamen multum aduersabor, si quis dixerit laxiorem esse potestatem heredis, qui locupleti homini succedat, & legatariis duntaxat impensas monumenti deducat inter aeris alieni rationes; sed strictiorem sequendam rationem, si heres cum creditoribus defuncti, litiget, qui de damno vitando & de periculo laborant. *Augustissimus Saxonum legislator* §. 3. tit. 42. *ord. proc. recogn.* impensis funeris, quæ pro facultatibus defuncti factæ sunt, *prærogatiuam* inter creditores quidem concedit, & in prima classe tertio loco illud debitum exsolui liberaliter permittit; sed quæ sint funeris impensæ; & quæ sit summa probabilis defuncti facultatibus conueniens, iudicis arbitrio relinquit: *Die Begräbnis-Kosten nach dem Zustand des Schuldners Vermögen, und des Richters Ermäßigung.* Dignum videtur argumentum, ut, in quo versetur illud iudicis arbitrium, diligentius tractemus.

§. III.

*Qua forma
monumenta
extrui de-
beant.*

Quandoque igitur *necessarium* videtur monumentum, si, sine contumelia defuncti & dedecore posterorum, non omitti possit procuratio illius ornamentum. Sed *qua forma*, cuius auctoritate, quo sumtu fieri debeat, interest, ut exponamus. Veteres quidem, & in primis *Græci*, non fauebant magnificis & sumtuosis *monumentis*. Apud Athenienses certe, teste *TULLIO* ^{l)} propter amplitudines sepulchrorum, lege cautum est, ne quis sepulchrum faceret operosius, quam quod decem homines efficere possent *triduo*: neque id opere tectorio exornari, nec *Hermes*, quas vocant, licebat imponi. Tandem *DEMETRIUS* sepulchris nouis finiuit modum, ne quid super terræ tumulum statueretur, præter columellam tribus cubitis non altiorem, aut mensam, aut labellum; & certum magistratum præfecit huic procurationi. *PLATO* denique extrui vetuit sepulchrum altius, quam quod *quinque diebus* absolui possit: neque e *lapide* excitari plus, nec imponi, quam quod capiat laudem mortui incisam quatuor heroicis versibus, quos longos *Ennius* appellat. Illam moderationem primo imitati sunt romani, dum ius ciuile condiderunt. Decemviri enim in 12. tabulis remoueri voluerunt *sumtus* & luctum a Deorum manium iure, &, docente *TULLIO* ^{m)} *magnificentiam* sepulchrorum minuendam esse censuerunt. Sed ipse *CICERO* fatetur, legem sapientissimam obliuione oblitteratam, & ad imensos sumtus illam rem progressam esse, quod in C. Figuli sepulchro appareat. Posteriores enim fere crediderunt, *religionis interesse*, *monumenta* extrui, & *exornari*: quod *VLPIANVS* monet, l. 1. §. 6. D. de *mort. infer.* Idem *VLPIANVS* fere *IMPOSSIBILE* esse credit, ut monumentum intra *triduum* perficiatur. l. 6. D. de *condit. inst.* Certe *altitudo* monumenti non fuit definita. *IAVOLENVS* l. 4. D. *commun. præd.* ne cauere qui

^{l)} *CIC.* de Leg. II. p. 450.

^{m)} *Id.* l. c.

quidem posse ait, vt ad certam altitudinem ædificetur monumentum: cum quod humani iuris esse desit, seruitutem non recipiat. Igitur licuit monumentum ad infinitam altitudinem ædificare. Imo POMPONIVS l. 3. §. 1. D. de mort. inf. si propius ædificium alienum mortuus illatus sit, quamuis intra legitimum spatium, postea heredem prohiberi non posse, quo minus monumentum ibi ædificet, si ab initio domino sciente mortuum intulerit. Tanta fuit fauor monumenti, vt visum fuerit, etiam cum incommodo viuientium ædificari posse monumentum. Vnum decemui in 12. tabulis prohibuerunt, ne quis rogam, *bustumue* nouum propius 60. pedes ad alienas aedes inuito diuino constituat. Varia ad illam legem RITTERSHVSIVS ⁿ⁾ obseruat. Sed, semel mortuo illato, dominus ædium, qui antea consensit, prohibere non poterat, quo minus in infinitum ædificetur monumentum. VLPIANVS etiam l. 5. pr. D. de mort. inf. si imperfectum dicatur monumentum, quamuis reliquæ hominis iam illatæ sint, nihil impedimento esse ait, quo minus id perficiatur. MARCIANVS quoque l. 7. D. sep. viol. corruptum & collapsum, corporibus non contactis, reficere permittit. Sed illud obseruat VLPIANVS d. l. 5. §. 1. D. de mort. inf. si locus iam religiosus factus sit, ad pontifices pertinere, vt explorent, quatenus desiderio reficiendi operis salua religione mederi possint. Neque dubito, etiam hodie, si quis ipsum sepulchrum attingat, animo reficiendi, publica auctoritate opus esse: cum inter sit, ne facile corpora defunctorum moueantur; sed ab initio fere, vteunque visum fuerit, ædificari posse monumentum. *Serenissimi Saxonum leges* sepulchra profunda esse voluerunt, duabus vlnis pro infantibus, tribus pro adultis. *Synodal. Decr. d. a. 1624. §. Ingleichen:* sed profundiora aliquot pedibus, si defuncti peste laborasse videantur: quo casu & remotiora ab hominum frequentia & conspectu, esse debent. *mand. d. a. 1713. die Contagions-Anstalten betreffend.* Placuit etiam priuata sibi sepulchra neminem suo arbitrio constituere, sed rerum sacrarum antistites & inspectores de illa re, priusquam decernant, ad principem referre. *Rescript. de die 21. Sept. 1705.* Neque, vt quidam parochianorum, nisi ex patroni et inspectorum voluntate, in templis temere sepeliatur, permissum. *Rescript. d. die 22. Martii 1637.* Sed coniugis superstitis heredibus concessum, vt defunctum in eundem, in quo coniugis antea demortui reliquæ asseruantur, locum inferant, soluto ecclesiæ honorario, wenn des letztverstorbenen Erben ein Schock der Kirchen zu erlegen sich erbiethen, *rescript. d. die 6. Nou. 1600.* Sed quo vsque altitudo monumenti exurgere debeat, lege definitum non memini. Illud tamen expeditum est, in templis non sine venia pastorum & antistitum monumenta extrui & exornari: sed his datum esse

ⁿ⁾ RITTERSH. ad XII. tabb. c. 13. p. 35.



esse negotium, ut videant, ne luminibus officiantur, aut locus sacer deformetur, opere exstructo. Enimuero ne *subsellia* quidem in templis, nisi *caussa cognita*, aedificentur. *art. gen. 36.* Nachdem auch eine gemeine Klage einkommen, daß hin und wieder, in denen Kirchen, Stühle gebauet, dadurch die Leute verhindert, daß sie weder den Prediger auf der Kanzel, noch zu dem Altar, wenn das Hochwürdige Sacrament ausgetheilet wird, sehen können; desgleichen auch oftmahls solche Stühle in denen gemeinen Gängen aufgerichtet, daß die Leute für denenselben nicht wohl hin und wieder gehen können: Derwegen soll in denen Kirchen auf den Dörffern und Städten, kein Stuhl ohne sonderlich Vorwissen und Erlaubniß des Pfarrers und derer Kirchen-Väter gebauet werden. Neque locus est dubitationi, quin eadem sanctio etiam pertineat ad monumenta sepulchrorum in templis extruenda, & locus sit interdicto, *ne quid in loco sacro fiat: arg. l. 1. §. 2. D. ne quid in loc. sacr.*

§. IV.

Si testator voluntatem monumenta fiant. Et primo quidem dubitari non potest, in primis, si quid obtemperandum sit in testamento de sepultura & monumento cautum sit, obtemperandum voluntati testatoris. Neque illud tamen magis mortuorum, quorum fere non infaciendo est teres, quam viventium causa, constitutum; ut ne solitudine aliqua angustia sit sum-gantur, si videant, deferri & sperni defunctorum voluntatem, & ne timeant, ne sibi aliquid indignius accidat post mortem, cum observent, defunctos negligentius tractari. *ALFENVS VARVS* certe l. 27. D. de *condit. & demonstr.* respondit, si intelligeretur, ad quod exemplum sibi monumentum fieri voluerit testator, tametsi in scriptura illud luculenter designatum non esset, ad illud exemplum, quod ille demonstrare voluerit, monumentum esse faciendum. Idem visum est *POMPONIO*, l. 6. pr. D. de *condit. & demonstr.* si testator cuiusdam arbitrio monumentum sibi fieri præceperit. Ait enim *POMPONIVS*, parendum esse arbitrio in monumento faci-endo, neque necessitatem hanc heredibus remitti, nisi is, cuius esse debeat arbitrium, vel non viuat, vel adesse nequeat, vel nolit arbitrari. Imo vero *VLPIANVS* etiam l. 50. §. 1. D. de *heredit. petit. retentionem* sum-tuum bonæ fidei possessori, & actionem ad sumtus repetendos dedit illi, qui defuncto, conditionis implendæ causa, fecit monumentum; quia voluntas defuncti in hoc seruanda esse videatur, & sufficiat, si sumtus quantitatem a testatore definitam non excederit. Audiamus *SCAEVOLAM*, qui l. 42. D. de *leg. 3.* obsequendum censuit voluntati testatoris, qua monumentum sibi ad quadringentos aureos extrui iusserat: & ab omnibus heredibus, proportionibus hereditariis, credidit monumentum esse instruendum. Eandem regulam iuris *TREBATIVS* & *LABEO* & *IVOLENVS* l. 40. §. 5. D. de *condit. & demonstr.*



demonstrat. secuti sunt in legatarii persona, cui testator *mille aureos* ab herede reliquerat, ad ædificandum monumentum. TREBATIVS enim credit, *cautionem* peti posse a legatario, se monumentum ex ea pecunia facturum, & ita legatum deberi, si *satisdedit*, se ita facturum esse monumentum. LABEO etiam & PROCVLVVS probant TREBATII sententiam; quia hæc testantis mens fuisse videatur, ut ea pecunia *in monumentum* a legatariis consumeretur, d. l. 40. §. 5. D. de *condit. & demonstr.* Generatim enim NERVA & ATTILICINVS & VALENS l. 19. D. de *leg. 3.* præcipiunt legatariis, quibus aliquid relictum hac lege, *ut aliquid faciant*, negandam esse actionem, nisi caueant heredi, se *facturos*, quod voluerit defunctus, quamvis forte heredis non intersit, ut fiat, quod præceperat defunctus. Imo *condictione ob causam dati, causa non secuta*, conuenitur, qui pecuniam accepit, ut monumentum faciat, neque tamen fecit monumentum. IULIANVS certe l. 11. D. *causâ dat. causa non secut.* si heres, qui arbitrato liberti *certa summa* monumentum facere iussus fuerit, liberto dederit pecuniam, & is ex *accepta pecunia* monumentum non fecerit, libertum *condictione* teneri ait, ut faciat ex illa summa monumentum. Neque locus esse potest dubitationi, quin *rationes* negotii a se procurati reddere debeat ille, cui quid legatum. ut ex illa summa fiat monumentum. SCAEVOLA enim scribit, si *minus erogatum* fuerit, quam testator destinauerit procuratori corporis condendi, reliquam summam heredibus proficere, l. 88. §. 1. D. de *leg. 2.* ut intelligatur, legatario illud legatum *ad lucrum* non prodesse, sed reliqua heredibus restitui, si certa summa sepulturæ & monumento destinata fuerit voluntate testatoris. Constat igitur obtemperandum testatori, si *certa summa* sibi voluerit monumentum fieri, sed hoc obsequium aliquid laxamentum accipere; ut, si *minoris* possit fieri, atque nihilominus impleri voluntas testatoris, illud lucrum *proficiat heredi*. Itaque ausim affirmare, non ideo videri a testatore summam adiectam esse, ut illa abscisse in ædificando monumento consumatur, sed, ut non facile monumenti sumtus excedere debeat quantitatem a testatore indicatam, l. 50. §. 1. D. de *hered. petit.* atque ut sine periculo, quod POMPONIVS ait, l. 7. pr. D. de *ann. leg.* impendi possit summa definita.

Sed idem ille POMPONIVS d. l. 7. D. de *ann. leg.* controuersiam facit testatori in illo argumento, & hanc voluntatem non *obligationem* parere, sed ad *auctoritatem* duntaxat scribentis referri, ait, si quis heredem iusserit facere certa summa monumentum: adeoque heredem *posse, si velit*, ad auctoritatem testatoris conseruandam, facere ex illa summa monumentum: neque vero semper voluntatem & iussum testatoris debere conseruari: sed illam neque omnimodo spernendam neque omnimodo obseruandam esse, censet. Non dubito, quin POMPONIVS de *inepta* voluntate senserit. Generatim enim PAPINIANVS atque MARCIANVS l. 113. §. 5. D. de *leg.*



leg. i. ineptas aiunt *defunctorum* voluntates circa sepulturam, veluti vt multum in vestes, aut, vt alia *superuacua* in funus impendantur, non valere. Hoc heredes *Staberii* apud HORATIVM FLACCVM o) nesciuerunt, qui

— — *summam incidere sepulchro,*

quia testator.

— — *summam patrimonii insculpere saxo.*

heredes voluit,

& magna illos vi argenti multauit, nisi paruissent. Neglexerunt eiusmodi ineptias SCAEVOLA l. 40. §. 2. D. de aur. arg. & mund. & POMPONIVS l. 55. de leg. i. & MARCIANVS l. 4. §. 6. ad l. Int. pecul. & veteres omnino omnes, quod FREHERVS p) obseruauit. Igitur si quid *inepte* de monumento testator constituerit, non omnino obseruanda est secundum POMPONIVM vltima voluntas. Ceteroquin non spernendus testatoris iussus, sed obsequii necessitas imponitur legatario aut heredi testatoris. Ipse enim POMPONIVS l. 7. D. de ann. leg. concedit, haec omnia, vbi auctoritas testatoris sola aliquid constituit, si non ad turpem causam ferantur, iudicis interuentu ad effectum esse perducenda. Et, ne quis dubitet, etiam PAPIANVS l. 50. §. 1. D. de hered. petit. heredes principis vel pontificis auctoritate compelli, ait, ad obsequium supremæ voluntatis, quamvis *stricto* iure actione nulla teneantur ad monumentum faciendum: imo vero quandoque heredes teneri *ordinaria actione*, vt monumentum ex testatoris voluntate faciant, neque opus esse, vt iudex extra ordinem interueniat, ipse POMPONIVS d. l. 7. D. de ann. leg. & VLPIANVS l. 18. §. 2. D. fam. her. cisc. obseruauerunt: de quo argumento deinceps exponemus.

Ex his igitur intelligitur, heredes, etiamsi *stricto* iure interdum actione ordinaria non teneantur; tamen cogi extra ordinem vt testatori obtemperent in monumento faciendo: nisi oppido *inepta* sit voluntas testatoris. Sed, si dubitetur, vtrum sit *inepta*, vides, *causæ cognitione* opus esse. In quo igitur versetur causæ cognitio, meretur disputari.

Sed de aliis quidem ineptiis, quæ vel turpitudinem aliquam continent, vel risum mouere possunt intuentibus, alio loco *præses* copiosius tractauit. q) Iam de *summa*, quam testator monumento destinauit, videamus, quatenus illa voluntas *inepta*, & non sequenda esse videatur. Generaliter VLPIANVS, etiam in impensis funeris, non obtemperandum ait testatori, si res egrediatur *iustam sumtus rationem*; sed pro modo facultatum fieri sumtum debere: imo æquum & iustum iuratum ex dignitate eius, qui funeratus est, ex *causâ*, ex tempore, ex bona fide, æstimandum esse. l. 14. §. 6. D. de

o) HORAT. II. sermon. 3. v. 84 seq.

p) FREHER. verisim. L. I. cap. 26.

q) Præses disert. An conditio, quæ ob casum impleri nequit, pro impleta habeatur?

de relig. Et idem paullo ante, l. 12. §. 5. D. de relig. quæ est fragmentum eiusdem libri XXV. VLPiani, ex quo lex 14. desumpta est, monet, sumtum funeris constitui ex facultatibus, & dignitate etiam defuncti. Sic enim & dotem, & cetera, quæ ex æquitate modum accipiunt, ex facultatibus, & dignitate æstimamus, quod PAPINIANVS præcipit l. 96. §. 4. & 5. D. de iure dot.

Sed CELSVS quidem l. 43. D. de leg. 3. non difficile esse credit, ex dignitate & ex facultatibus defuncti æstimare incertam quantitatem. Contra in rerum argumentis, & usu fori, non exigua est illa difficultas. PLATO quidem in definiendis sumtibus funeris census & facultatum existimavit habendam esse rationem. Teste enim M. TVLLIO ¹⁾ præfinit, sumtus funeris ex censibus a quinque minis vsque ad vnam: id est, vt aliqui interpretantur, vt quintam partem patrimonii liceat impendere in funus, & cetera illa ornamenta. Nostro quidem iure arbitrio boni viri, id est iudicis, res illa tota continetur: & iudicis sententia, qua sumtus definit: ad defuncti facultates accommodanda est. Arbitrio enim iudicis etiam apud Saxonos O. P. R. tit. XLII. §. 3. hoc negotium committitur.

Sed videamus, an non generaliter moneri possit iudex, ad quod ipse attendere debeat, dum ex dignitate & facultatibus defuncti constituit impensas. Et mihi quidem videtur, primam omnium in hoc negotio habendam dignitatis rationem, ne quid fiat, quo defunctus contumelia afficiatur. Illud enim VLPIANVS præcipit l. 14. §. 10. D. de relig. Sed cum, quid dignitati conveniat, pariter incertum sit, huius rei modus ex facultatibus videtur definiri posse. Ex facultatibus vero ita iudicabis, vt lautius & sumtuosius homini locupleti, cuius heres non habet, quod a creditoribus timeat, quam homini oberato, instruat monumentum. In locuplete enim poterit spectari, quid patiatur dignitas, & id vniuersum cauendum, ne sumtus immodicus & ineptus fiat. Sed, quæ sint immodicæ impensæ, ex re primo æstimabitur, quod ait VLPIANVS l. 14. §. 6. D. de relig. id est, ne quid prorsus superuacuum fiat, & ne res sine causa, atque temere omnino, & cum risu aliorum, consumatur. Deinde, si quid adhuc incertum sit, ex more regionis, & ex tempore, quod VLPIANVS ait d. l. 14. §. 6. id est, vt mihi videtur, ex consuetudine hominum eiusdem ordinis & earundem facultatum, iudicandum erit. Ex hac consuetudine enim atque ex usu generaliter CELSVS l. 7. §. 2. D. de supellect. leg. & SCAEVOLA l. 38. §. 2. D. de auro & arg. leg. obscura definienda esse credunt. Hic est modus ille probabilis, quem in faciendo monumento PAPINIANVS obseruari iubet l. 50. §. 1. D. de hered. pet. & qui, eodem teste, l. 31. §. 7. D. de neg. gest. obseruatur in negotiorum gestorum iudicio, quod ipsum &

I 3

1) CIC. de LL. L. II. circa fin. p. 452.

etiam ob procurationem funeris, & monumenti ædificationem dari solet. Neque enim dubito, quin illa sit summa *probabilis*, quæ *omnibus* facile *probetur*. Sed facile probabitur omnibus, quod *consuetudini* hominum eiusdem ordinis conuenit, & moribus in primis regionis.

Igitur si homini *locupleti* monumentum fiat, & summa a testatore definita sit, videtur sumtus non immodicus, quem mores regionis & *consuetudo* hominum admittunt. Neque tamen res ad amissum erit exputanda, sed liberaliter interpretanda consuetudo: cum *religionis intersit*, monumenta exornari, l. 1. §. 6. D. de *mort. infer.* Certe SCAEVOLA l. 38. §. 2. D. de *aur. & arg. leg.* laxius interpretatur defuncti voluntatem. Cum enim quidam signum Dei in sacra æde statui voluerit, & subscribi nomen suum iusserit, neque essent in illo templo signa, nisi aenea atque argentea; SCAEVOLA optimum eligendum censuit, & signum *argenteum* ponendum. Sufficit igitur ad defendendam testatoris locupletis voluntatem, si summam non prorsus *insolitam*, & a consuetudine hominum alienam, aut quæ maximam partem patrimonii exhauriat, voluerit impendi. Idem dicendum erit, si non definiuit summam, sed monumentum fieri *simpliciter* voluerit locuples testator. ALFENVS VARVS enim ait, si ignoretur, quale fieri voluerit, secundum substantiam & dignitatem defuncti extruendum monumentum, l. 27. D. de *condit. & demonstr.* Igitur, si ille, qui funus procurauit voluntatem defuncti & dignitatem, atque facultates eius, in faciendo monumento secutus fuerit, *sine periculo* sumtum fecit, quod ait POMPONIUS l. 7. D. de *ann. leg.* Heres etiam, si cum legatariis certabit, sumtus illos *in ære alieno* deducet, priusquam quartam Falcidiam exputet. Ipse enim MARCELLVS, qui alias valde aduersatur, admittit *modicam speciem* monumenti, quæ *in ære alieno* deduci possit, l. 1. §. 19. & l. 2. D. ad l. *Falcid.* Sed *modica* videtur, species, quæ non sit immodica, & non prorsus insolita, & ultra iustam rationem, l. 14. §. 6. & 10. D. de *relig.* in primis, cum docente VLPIANO l. 14. §. 1. D. de *relig.* satius sit de suo testatorem funerari, quam aliquos legata accipere: & quia, si testatoris voluntatem spectes, magis sit credibile, ipsum optauisse, ut ex dignitate monumentum instruatur, quam ut aliis sua liberalitate prospiciatur: imo certum sit, heredi magis, qui sumtum fecit, quam legatariis, qui *de lucro* laborant, fauendum esse.

Accepisti, quid de testatore locuplete videatur. Sed quid de testatoris *obserati* voluntate faciemus. In huius quidem interpretatione non tam videndum, *qualis sumtus sine vitio possit fieri*, sed, *quid sine contumelia defuncti & salua dignitate non omitti posse* videatur. Enimvero, cum creditores de damno vitando certabunt, magis est, ut comparcenda sint omnia, quæ non omnino necessaria esse videantur. Illud tamen monumentum
erit

erit *necessarium*, quo omisso, *contumelia* afficeretur defunctus. Itaque ante omnia cauendum, ne *contumelia* defuncto fiat. Finge igitur quendam mortuum in magna dignitate, ut *respublica* etiam, illo *contumeliosius* sepulcro, iniuriam pati videatur: finge porro omnium, qui in eadem dignitate ante ipsum decesserint, imagines, longo ordine successorum seruato, in templo, ubi sepulti sint, esse constitutas: finge omnium sepulchris *lapidem literatum* impositum, qui memoriam, & laudes defuncti contineat. An credis admittendum esse illud dedecus, ut inter maiores, atque decessores, huius vnus imago & memoria desideretur, atque ut omnes, qui prætereant, & lacunam inter omnium imagines obseruent, caput quassent, & rideant infortunium vilis illius animæ, cuius corpus, prope inhumatum, & inferum, cum ignominia abiectum esse videatur. Audiam affirmare, iudicis arbitrium eo dirigendum esse, ut hoc casu *speciem modicam* monumenti admittat, & illi, qui sumtum fecerit, locum relinquat inter creditores, qui *prærogatiuam* habent, & in *prima classe* credita recipiunt. Hoc *VLPIANVS* l. 14. §. 6. D. de *relig.* agnoscit, & sumtum *propter funus bona fide* factum liberaliter inter *sumtus funeris* admittit. Nemo vero dubitabit, ex *bona fide* has impensas factas, quæ *necessariæ* fuerunt, ut ignominia defunctus liberari possit. Idem enim *VLPIANVS* d. l. 14. §. 1. tractat eiusmodi *speciem*, in qua de creditorum periculo inprimis agebatur. Si colonus, inquit, mortuus fuerit, nec sit unde funeretur, ex *inuectis & illatis* funerandus erit; & si quid *seperfluum* manserit, hoc duntaxat pro debita pensione a locatore retinebitur. Idem igitur de monumento debitoris *necessario*, quod *SABINVS* & *MARCELLVS* l. 1. §. 19. & l. 2. D. ad *l. Falcid.* appellant, & quod sine ignominia omitti nequit, dicendum erit. Hoc adduxit aliquando *ICTOS Vitembergenses*, ut heredi, qui magnificum monumentum facere a testatore iussus erat, sed de oneribus hereditatis, & de *fideicommissio* familie, & de *ære alieno* testatoris querebatur, ante omnia iniungerent, ut *inuentarium* ederet, aut vires hereditatis ope iurisiurandi indicaret; hoc si factum fuerit, facile ex *ære alieno*, & creditorum damno, atque ex defuncti facultatibus iudicatum iri, quatenus obtemperandum esset voluntati testatoris. Ita respondit *fac. iurid. Vitemb.* ad consultationem *senat. Francofurt. ad Moenum*, mense Dec. 1732.

Serenissimi legislatores *Saxones*, quod supra obseruatum est, mirifice commendant curam dormitorii & sepulchrorum. Et quamuis sumtus immodicos non probent, tamen *honestati & dignitati* atque memorie humane conditionis aliquid tribuendum esse, & illud in primis hoc consilio fieri debere, censent, ut admoneamus, illos, quos sepelimus *cum honore*, non prorsus *extinctos* esse, sed ad spem gloriose *resurrectionis* in dormitorio reponi. Auch sollen der Christen verstorbene Körper christlich und ehlich begleitet

et



tet und begraben werden, derowegen die Leiche mit einem Tuch ehrlich bedeckt 2c. und mit christlichen Gesängen, daß die Menschen ihrer Sterblichkeit, und des jüngsten Gerichts, auch frölichen Auferstehung von den Todten, und des künftigen ewigen Lebens sich erinnern, zu der Erden bestattet werden. item: Auf daß die Kirch = Höffe ehrlich und rein, als ein Schlaffhaus der Christen, so am jüngsten Tag von Christo auferwecket, und selig gemacht werden sollen, gehalten werden 2c. 2c. art. gen. d. a. 1557. tit. von den Todten und Begräbnissen. Igitur cum dignitatis & honestatis rationem haberi velint, non dubito, illos aliquando ad contumeliam evitandam *monumenti etiam modicam speciem* admittere inter funeris impensas.

§. V.

Quis monumentum exstruere debeat & qua actione heres ad illud faciendum, item quo remedio utamur ad sumtum repetendum.

Habes *sumtum* monumenti exstruendi; videamus, ad quem procuratio illius negotii pertineat, & quo remedio ad faciendum officium iniunctum heres compellatur.

Et primo quidem, si cui illud munus a testatore iniunctum, dubitari non potest, quin ad illum pertineat officium monumenti exstruendi. Imo heres non recte facit, qui tunc ipse sibi illam curam deposcit, cum alium elegerit testator; quamvis DIVVS MARCVS l. 14. §. 14. D. de relig. in heredem, qui illum exclusit, cui testator funeris curam commiserat, pœnam non statuerit. Illud singulare est, quod, si duos elegerit testator, qui monumentum faciant, & sub hac conditione, si hanc procuracionem susciperent, ipsis aliquid legauerit, non videatur impleta conditio, nisi omnes, quibus ita legatum fuit, simul impleuerint officium iniunctum: itaque, nisi uterque fecerit, neutri legatum deberi videbitur. Ita POMPONIUS l. 112. pr. & 2. D. de condit. & demonstr. Sed ipse tamen non hodie humanius ICTOS hoc interpretari, vt, si vel vnus conditioni paruerit, vni illi pars legati adquiratur. Imo ALFENVS l. 44. D. de hered. inst. monet, si duo sub hac conditione instituti sint, vt monumentum exstruant, & vnus faciat monumentum, illum admitti ad hereditatem.

Illud non inutile est, moneri, quod, si cui legata sit summa quædam ad monumentum faciendum, non excludendus videatur a legato, si satis dederit, se ita monumentum ex illa pecunia facturum, quamvis illud nondum fecerit: imo legatarius, si monumentum fecerit, tamen teneri ad reddendas rationes, cum haec mens testatoris fuerit, vt illa pecunia in monumentum consumatur. Ita TREBATIVS & LABEO & IAVOLENVS l. 40. §. 5. D. de cond. & demonstr. responderunt. Idem & SCAEVOLA 1) probauit in omnibus legatis, quæ moram cum sumtu habeant, l. 80. D. eod. tit. & commodo heredis proficere censet, si minus esset erogatum, quam legatario datum sit ad monumentum faciendum l. 88. 1. D. de leg. 2. quod supra

1) vid. FORNER select. l. c. 30. in Otton. thes. II. 42.

supra est a nobis observatum. *VLPIANVS* tamen *rebus publicis* remisit satisfactionem, & desideravit duntaxat repromissionem nudam, voluntati defuncti statum iri. l. 6. §. 1. D. vt legat. Præterea *MARCELLVS* auctor est, legato ad monumentum faciendum *quartam Falcidiam* deduci, l. 1. §. 19. D. ad l. *Falcid.* Quod ita accipiendum est, vt quarta non de sumtu monumenti, quem supra necessarium esse diximus, & qui ære alieno continetur, deducenda sit, sed tantum de illo, cui salva dignitate parci potuisset. Illud supra indicatum est, libertum, cui pecunia data fuerit ad monumentum faciendum, conditione teneri, si monumentum non fecisset, l. 11. D. *caus. dat. caus. n. secut.* Imo contra illum, qui non fecerit, quia heredum interfit, præscriptis verbis agi posse, *VLPIANVS* ex *POMPONIO* observat, l. 18. §. 2. D. *fam. hercisc.*

Sed hoc quidem iure utimur, si tertio cuidam a testatore iniunctum fuerit, vt monumentum exstruat. Ceteroquin, si nemini iniunxit testator, *PAPINIANVS* l. 50. §. 1. D. de *hered. petit.* monumenti exstructionem credit ad *heredum officium* referri: & si quis alius sponte illud fecerit, videri *hereditarium* negotium ab illo gestum, & bonæ fidei possessorem expensas retinere posse. Igitur *heredes* inprimis, si testator voluerit, tenentur ad ædificandum monumentum.

Sed idem *PAPINIANVS* d. l. 50. itemque *POMPONIVS* l. 7. D. de *ann. leg.* si vni heredi, qui coheredem non habeat, hoc iniunctum sit, illum stricto iure nulla *actione ordinaria* compelli posse aiunt: sed illud ad *auctoritatem* testatoris, non ad *obligationem* heredis pertinere. Neque enim poterat cuiquam formula ordinariæ actionis accommodari, cum neminis interfit, vt ædificetur monumentum. Vterque tamen *ICtus extra ordinem, interuentu iudicis* vel *principis* vel *pontificis* auctoritate, aiunt heredem compelli ad obsequium supremæ voluntatis; cum religionis etiam interfit, monumenta exstrui & exornari. Aliud dicendum est, si *coheredem habeat* is, cui iniunctum est a testatore, vt monumentum ab illo exstruatur. *Coheredis* enim interest, vt fiat monumentum: quandoquidem ius monumenti etiam *heredes* sequitur, quod supra est a nobis comprobatum. Igitur cum *utriusque* interfit, monumentum fieri; *coheredes* iudicio *familiæ herciscundæ* inter se experiuntur, vt fiat monumentum ab herede, cui hoc impositum est a testatore. Ita *VLPIANO* l. 18. §. 2. D. *fam. hercisc.* & *POMPONIO* visum est, l. 7. D. de *ann. leg.* Eadem actione impetrabunt coheredes, vt sumtus inter ipsos communicentur, si vnus monumentum fecerit. Enimvero *hereditarium* hoc est negotium, & coheredes pro hereditariis portionibus tenentur ad illum sumtum faciendum, quamvis testator vni imposuerit sepulturæ procurationem. Non enim videtur vnum etiam sumtu onerare voluisse. In hanc sententiam *SCAEVOLA* respondit l. 42. D. de *leg. 3.* Ipsi

Fasc. IV. K vero

vero heredibus *funeraria* actio inter se non dabitur, cum in iudicio *familiae herciscundae* recuperare possint sumtus monumenti. Teste enim LABEONE l. 14. §. 12. de *relig. funeraria* actione hi tantum experiuntur, qui aliam actionem non habent ad funeris impensam consequendam. Quod si tamen iam antea actum sit familiae herciscundae, *in subsidium* dari funerariam, LABEO affirmat; quia, secundum ULPIANVM l. 20. §. 4. D. *fam. hercisc.* iudicio familiae herciscundae non facile, nisi *semel*, agi potest.

Difcedam ab hoc loco, si hoc vnicum adiecero, posse etiam *contractu inter viuos* quendam a nobis eligi, qui faciat post mortem monumentum. Oblata est nobis eiusmodi species haud ita pridem. Vendiderat aliquis, cum praedio etiam supellectilem, & omnia *reliqua*, quae tempore mortis suae exstitura essent, atque illa ad emtorem peruenire voluerat in venditionis instrumento; sed ab emtore etiam pactus erat, ut sibi monumentum faceret post mortem, daß er ihm einen Leichen-Stein solle machen lassen. Dubitabatur, an non haec verba *animum testandi* magis proderent, quam *contrahendi inter viuos*. Sed placuit, hoc *non videri esse testamentum*; cum etiam *inter viuos* de monumento liceat pacisci. Ita ad consultationem reg. Magdeburg. respondit *facultas iurid. Vitembergensis mense Septembr. 1735.*

XXIV.

OBSERVATIONES

DE REDITIBVS ANNVIS
LEVIORI MONETA SOLVTIS.

VITEMBERGAE, AD D. XXXI. DEC. A. Q. S. P. E. MDCCXXVI.

§. I.

*Odiosa sunt
usurae & in
dubio remis-
sa censentur.*

Non omnino iniquum est *odium fœnoris*. Pontifices quidem, inprimis ALEXANDER III. & VRBANVS III. illepide *usuras* damnauerunt, quasi, tabulis vtriusque testamenti, hominibus probis vsu fœnoris interdiceretur, c. 2. 3. & 10. X. de *usuris*. Illud enim aperte falsum est. Sed non iniuste tamen in *clericis* illud genus lucri ac negotiationis improbarunt, c. 1. & 7. X. *eod.* Nihil illo lucro turpius aut pestilentius. Non ignoro, quem titulum illi negotio praetexant. Aiunt enim, commodissime dominum duntaxat aestimare, quem velit sui beneficii modum esse, aut quo auctoramento ipsi pensandum sit officium, dum nummis suis egestatem aliorum subleuauit.

ait. Largimur etiam, publice interdum salutare esse, vt maiores vsurae concedantur, exteris in primis: vt vicini inuitentur, apud nos potius pecuniam in fœnore ponere, cuius ipsi indigemus: fingamus denique, ciuium industriam acui & mirifice accendi, si magni constant nummi mutui, quos sci- ant cum fœnore reddendos; certe tamen inter ciues eiusdem prouinciae odiosum est *ius vsurarum*. Quis ferat aequo animo, ciuem ciuium bona deripere, & paucos homines locupletes plerosque illos reliquos, qui cum fortunae iniuria conflictantur, occidere, & vsuris trucidare. Optime sapientissimus legislator aduersus externos fœnus exerceri passus est, inter ciues interdixit. Deut. 23, v. 30. Illud certe durum est, te homini egenti, sub specie beneficii, nummos mutuos ad praesentem necessitatem dare, sed confestim de lucro, de spoliis debitoris miseri, de pecunia cum fœnore reddenda, cogitare. Nemo dubitat, honestius & magnificentius mutuum gratis dari. Recte TULLIVS a) non foeneramus, ait, beneficia, sed natura propensi ad liberalitatem sumus.

Dici non potest, quanto consensu veteres iurisconsulti, in illa republica, quae semper plurimum amicitiae & honestati tribuit, gratuita beneficia praetulerint fœnori. Generaliter ULPIANVS l. 33. D. de vsur. etiam curatoribus reipublicae & defensoribus ciuitatum, quarum tamen compendio & emolumentis mirifice fauebant veteres, praecepit: ne acerbos se exactores, vel contumeliosos praebeant, sed moderatos, & cum efficacia benignos, & cum instantia humanos, si de vsuris pecuniae agatur: cum inter insolentiam incuriosam & diligentiam non ambitiosam multum interesse videatur. Igitur ipse agnoscit ULPIANVS, facile contrahi notam inhumanitatis in exactione vsurarum. Omnes certe affirmarunt, etiam, si promissae sint vsurae, eiusmodi pactiones interpretatione molliendas esse, & cum quilibet bonus esse & ingenuus credatur, si qua esset coniectura, in dubio, vsuras remissas a creditoribus, censeri. In primis, si per longum tempus vsurae non petitaessent, exactioni fœnoris locum non dederunt. PAVLLVS enim l. 17. §. 1. D. de vsur. diuum PIVM rescripsisse, ait, parum iuste praeteritas vsuras peti, quas omisisse te longi temporis intervallum indicat; qui eas a debitore tuo, vt gratior apud eum videlicet esses, non petendas putauisti. Haud multo secus SCAEVOLA l. 13. D. de vsur. de illis respondit, qui acceperunt quidem vsuras, sed minores, quam promissae fuerant a debitore: ait enim, quamuis semisses promissae sint, si per multos annos minores praestitae fuissent, creditori, qui postea semisses petat, doli mali & pacti taciti exceptionem merito opponi; cum non ex bona fide agat, qui beneficium retractet.

K 2

Ita.

a) CIC. de amicis. c. 30.



Itaque apparet, *vsuras non exactas*, interpretatione, quasi *remissas*, accipi, & postea non audiri morosum creditorem. Idem fere ANTONINO placuit l. 8. C. de *usur.* vt, si in certum casum *ampliores* *vsuræ* sint promissæ, sed creditor post tempus cautione definitum *minores* acceperit, nec postulauerit maiores, eas *vsuras* computemus, quarum in exactione creditor perseuerauit: id est, ipsum *minoribus* *vsuris* contentum esse iubeamus. Imo vero generaliter SEVERVS atque ANTONINVS l. 5. C. de *usur. pacti taciti* exceptionem ob stare creditori docent, si maiores *vsuras* petat, cum quincunces per *certos annos* accepisset: quamuis promissæ fuerint *maiores*. Ex *usu* temporis igitur non longi, sed *certorum annorum*, iudicatur, creditorem a cupiditate *lucris* animum ad studium humanitatis, ad quod natura nos comparauit, conuertisse. ANTONINVS vero l. 1. C. de *fideicommi.* etiam *usum triennii*, *usum multi temporis* appellat. Quare obtinuit, vt, qui per *triennium* *vsuras* *minores* acceperit, maiores remississe censeatur.

Neque vero ex his, quæ adhuc obseruata sunt, potest esse obscurum, etiam illum creditorem, qui *leuiorem monetam* acceperit, dum *vsuræ* soluerentur, postea non recte petiturum, vt soluantur *moneta pinguiori*; quamuis fuerit *pinguior* promissæ: vtique enim *minores* soluit, qui *vsuras* præstat *moneta leuiori*.

Illud attinet monere, etiam hunc qui generaliter stipulatus sit *vsuras*, nec definiuerit, quantas postulet, *vsuras* petere non posse: nisi ex more regionis appareat, de quibus actum fuerit inter partes; quasi non animo serio stipulatus sit *vsuras*, qui non definiuit modum *vsurarum*: vt in *odio*so argumento sequamur mitissimam interpretationem. MODESTINVS certe l. 41. §. 2. D. de *usur.* monet, quamuis debitor sponderit, pecuniam se cum *vsuris* redditurum, tamen, si non appareat, de quibus *vsuris* conuentio facta fuerit, *vsuras* peti non posse. Certe etiam *nostro iure* intelliguntur *quincunces*, quamuis in cambio promissæ, nisi creditor, stipulatus fuerit *maiores*.

Satis, credo, apparet, iure ciuili, *odiosam* esse *foenoris petitionem*: sed in *Saxonia electorali* omnino constat, *vsuras* odio haberi. Interdum enim etiam *spem pignoris* & *iuris realis* consequendi, & *præuilegium*, creditor amittit, qui *vsuras* stipuletur. Nota sunt, quæ de *præuilegio pecuniæ hereditariæ* *decisione electorali* 7. constituuntur. Amittit enim *præuilegium* pecuniæ hereditariæ, qui *vsuras* accipit, aut stipulatur. Sed illud meretur obseruari, creditorem, qui *ius reale* sibi pactus sit, sed, *pignore* nondum confirmato, *cambium* acceperit, præterea *vsuras maiores*, id est, sex solidos annuos ex mutuo centum solidorum exegerit, quasi *novatione* facta, videri discessisse a *spe pignoris* propter modum *vsurarum*. Quia non licet *maiores vsuras* accipere, *hypotheca* constituta. Quamuis enim animus *nouandi*

uandi non facile a Ictis praesumatur: tamen sufficit, illum factis indicari. l. 8. C. de nouat. & arg. dec. el. 7. Igitur curia prouincialis Vitembergen-
sis, in termino Quasimodog. anno cIdccc xxxvi. eiusmodi creditori,
quamuis postea pignus confirmatum, esset inuito debitore, inter chirogra-
pharios locum assignauit, illamque sententiam his rationibus deinde confir-
mauit.

Obwohl N. vermöge der fol. Act. sub P. in Abschrift befindlichen Cession,
wegen derer liquidirten 2000. Thlr. in derer von N. Recht zu treten, mithin
der, denen unbezahlten Kauff-Geldern in der Erl. Pr. Ordn. gegönneten præ-
rogativ zu genießen, also vor andern Gläubigern befriediget zu werden, ver-
langt, auch dieserhalb auf die fol. befindliche Confirmationes der Hypothe-
c, und der Cession sich beruft, überdieß wenigstens am 9 Maji des 1735 Jah-
res, laut des fol. befindlichen Documents ein dinglich Recht, krafft dessen er
andern Gläubigern, so kein älter und besser Recht haben, vorgezogen werden
möchte, erlangt zu haben vermaynet; Dieweil aber dennoch die am 14 Oct.
1730. von denen von N. ausgestellte Cession anfänglich nicht confirmirt,
vielmehr von denen letztern, laut der Documenten fol. und fol. wegen der
Kauff-Gelder völlige Verzicht geleistet, und die dießfalls reservirte Hypothec,
ohne Erwähnung derer an N. cedirten 5000. Thlr. cassirt, also dem Schuld-
ner die Güter N. und N. ohne einige verconsentirte Schuldenfrey überlassen
worden, nechst dem N. nicht allein die fol. befindliche Wechselverschrei-
bung, sondern auch 6. von 100. an Zinsen angenommen, mithin,
daß er des ihm vermeintlich cedirten Rechts, der geschehenen Protestation
ungeachtet, ipso facto sich begeben, um so viel weniger gezeiffelt werden kan,
als N. ausserdem von einer versicherten Post die Zinsen zu 6. pro cent zu he-
ben nicht frey gestanden, auch ein Delictum bey zweifelhaften Fällen nicht zu
praesumiren, sondern dergleichen Facta, wo möglich, also auszudeuten, daß
Niemanden dadurch etwas unzuläßliches aufgebürdet würde, demnach dieses
Negotium vor eine Novation zu achten, folglich N. am 9 Maji 1735. ohne des
Schuldners Einwilligung, da die vorige, wegen erfolgter Novation hinweg-
gefallen, an dessen Gütern ein dinglich Recht nicht erlangen mögen &c.

§. II.

Annuae praestations, quamuis interdum ex causa liberaliori debeantur, Etiam lan-
& magis ferri possunt, quam usurae ex mutuo soluendae, tamen habent ali-
quid incommodi, quod efficit, ut interpretatione magis restringendae videantur. <sup>nuae praes-
tationes odiosae</sup>
Ipsi enim libertati quodammodo aduersantur annuae praestations. Sed illae <sup>sunt in Sa-
xoniam Elect.</sup>
inprimis, quae usque ad diem incertum, qui quando sit exiturus, ignoratur, ^{inprimis v-}
promissae sunt, mirificam difficultatem habent. Plerumque enim debitorum ^{trum pra-}
illa annua liberaliter promittunt, ob incertitudinem temporis; cum prope ^{scriptione}
diem se onere illo liberatum iri credant. Quae spes si illos fallat, debili-
^{tollantur.}



tantur clanculum & sensim, multi etiam collabuntur, & conturbant. Germanis in *venditionibus* imprimis familiare est, pro parte pretii, *annuas præstationes*, den Auszug, stipulari. Publice interest, hunc morem corrigi, aut quibusdam limitibus coerceri: certe interpretatione, quantum illud potest fieri, solícite restringi; ne tandem, oneri publico, quod propter possessiones a dominis fundorum suscipiendum est, ferundo non sufficiant, si priuata illa nimis augeantur. Extat diui *Augusti* nostri rescriptum, ^{b)} quo præfecto Torgauensi interdixit, ne venditoribus, temere permittat, ut *præstationes annuas* ab emtoribus subinde stipulentur. So begehren wir hiermit, du wollest, was die Käufe anbelanget, daſerne ein oder der andere Amts-Untertthaner wegen Alters, oder sonst Unvermögens halber, seinem Guthe nicht mehr vorstehen könnte, die Alienation zwar, jedoch mit keinem Auszuge, weil dadurch die Güter allzusehr geschwächet werden, sondern umb Land-süblichen Werth, und gegen Entrichtung des gewöhnlichen und völligen Lehn-Geldes, gestatten etc.

Sed vñam omnes omnino iudices, hoc sibi quodammodo dictum esse, cogitarent. Icti certe *Vitembergenses* iudici, qui venditionem, propter *immodicas præstationes* venditori promissas, ratam non habebat, *mens. Majo* huius anni, responderunt: *arbitrio boni viri* locum esse, ut, quamuis partes consentiant, *summa tamen probabilis* & modica duntaxat permittatur: Und wird der, von Appellantens Sohne, dem Verkäufer versprochene Auszug, wenn das Gut denselben nicht ertragen mag, nach Hauswirthschafts-Berständiger hierzu verpflichteter Personen Gutachten, auf so viel, als, ohne besorglichen Ruin des Besizers, davon füglich abgegeben werden kan, weilen der Gerichts-Herrschaft an Erhaltung der Untertthanen allerdings gelegen, billig gemäßiget, B. R. W.

Sed studiosius *IUSTINVS* l. 7. §. 6. C. de *præscript. 30. vel 40. ann.* sanxit fidem promissæ annuæ præstationis. Ait enim, *præscriptioni* locum non futurum, quamuis per tempus longissimum præstita non fuerint, quæ per singulos annos aut menses debebantur; sed ab initio cuiusque anni vel mensis computari tempora præscriptionis. Optime & sapientissime diui *Saxonie electores P. II. constit. El. 2. & 3.* naturalem rationem secuti sunt, & temporis longissimi Saxonici præscriptionem admiserunt, propter odium *præstationis annuæ*; si per illud tempus vel omnino retenta fuerint, vel etiam imminuta, quæ singulis annis integra & meliora peti potuissent. Enimvero nihil rationi conuenientius viderur. Nam, qui retinuit alteri annuas præstationes per triginta annos, & quod excurrit, aut certe detraxit aliquid de annuo demenso, per tempus longissimum, non id egit, ut *unius anni* incommodo se liberaret; sed ut totum onus excuteret, aut leuaret. Item, qui

^{b)} Cod. Aug. T. II. p. 16.

qui patitur illos redditus per tot annos vel retineri, vel imminui, non vnus anni pensionem, sed omnes illos redditus, qui ipsi subtracti sunt, remittit. Cur enim per annos singulos quiesceret, qui primi duntaxat anni gratiam facere debitori cogitaret. Ita quidem Ictis *Vutembergensibus* visum est, qui haud ita pridem, *menſe Nouembri*, huius anni, creditorem repulerunt, qui per longum temporis spatium acceperat redditus *minores*, & iam, ex formula conuentionis, *pinguioreſ* postulabat. Res ex rationibus sententiae intelligitur: Obwohl jährliche Einkünfte bewährter Rechts-Lehrer Meinung nach, von gemeinen Zinsen, so von einem Darlehn entrichtet werden, merklich unterschieden, und dasjenige, was von denen letztern in denen Rechten verordnet, auff jene nicht zu erstrecken,

Horn. Cl. II. Conf. 89. §. ult.

auch vornehmlich dergleichen redditus annui, denen gemeinen Rechten nach,

l. 7. §. ult. C. de praeser. 30. vel 40. ann.

überhaupt, in der sonst bestimmten Zeit nicht versähret werden, sondern die Praescription von jeder Post absonderlich zu erweisen,

D. a. D. in den Chursl. Sächs. Rechten die Versährung solcher jährlichen Zinsen ausdrücklich bestetiget, und daß darauf auch im dem Falle, wenn der Schuldner dieselben, über Rechts-verwährte Zeit, in geringerer Mänge abgeführt, das Absehen gerichtet werden solle,

P. II. Constit. El. 2. & 3.

deutlich verordnet worden etc.

§. III.

Odiosum igitur est *foenus*; sed nunquam magis, quam cum *tegitur*, *Venditio annuorum reddituum* & inuolucro quodam *circumposito* occultatur. Optime enim *AGRIPPA*, *annuum reddituum magis foenus est* apud *DIONEM CASSIUM* ^{c)} *facilius non illa ferre, ait, quae vi aperta aduersus non gerantur, quam quae teste & elanculum, & per insidias, quam vendi-* administrentur. Certe aperta illa excusationem facilius inueniunt. Sed semper ingeniosi fuerunt homines auari & cupidi, in fabricandis fraudibus & machinationibus occultis, quibus sorditiem & nequitiam *foenoris* occultarent. Eo imprimis pertinet, quod, dum *usuras* largiores ex mutuo appetere Germani, *emere se annuos redditus*, & nummos mutuos quasi *pretium* mercis futurae soluere fingebant; vt *venditionis imaginem* praetexerentur turpissime cupiditati. *MARTINVS V.* ab Episcopis *Vratislauenſibus* imprimis saepe confirmatos esse eiusmodi contractus, docet: *Extrauag. commun. I. de emt. vendit.* vt ex *Silesia* maxime in reliquis *Germaniae* partes *emtio annuorum reddituum* inuecta esse videatur. Sed *CALIXTVS III.* etiam in dioecesi *Merseburgensi*, & diuersis *Alemanniae* partibus, illam frequentari, obleruauit, *Extrau. comm. II. de emt. vendit.* Certe *maiorum nostrorum*

c) *DIO CASS.* lib. LII. p. 532. in fine edit. H. Steph.



rum ingenio plerique omnes illud artificium deberi tradunt. Aperte *proceres Germaniæ* in *rec. imp.* de A. 1530. tit. 26. §. 8. moribus ventium hanc emtionem introductam & usu *Germanorum* in primis frequentatam esse, profitentur: Und nachdem die *Wieder-Kauff-Gulden* allenthalben in Landen gemein sind 2c. Sed ignoscendum fuit *Germanis*, qui, pro ingenio illorum temporum, neque subtilitati iuris Ciuilis facile operam dabant, neque ab aliorum artificiis, quibus quotidie seducebantur, sibi cauere didicerant, in magna omnium rerum perturbatione, qua Germania peruerteretur. Illud vero ferri non potest, quod MARTINVS V. quasi causa cognita, sibi apparuisse dicat, eiusmodi venditiones *iuridicas* esse, & secundum determinationem doctorum, *licitas*, non *vsurarias*, non periculosas. *Extrau. comm. I. de emt. vendit.* Mihi quidem hallucinati videntur doctores isti, qui MARTINO responderunt, illud negotium *venditionis* vim habere. Non quidem ignoro, quam speciem his emtionibus prætexant. Aiunt enim *fructus emi*, atque *spem* futuram: quam venditionem POMPONIUS admittit, l. 8. D. de *contr. emt.* Quapropter PIVS V. in L. VII. decret. c. 1. de *forma contrah. cens.* desiderat, ut illi reditus ex re *frugifera* soluantur: quo similior sit fructuum emtioni hæc *vsuraria* negotiatio. Sed illi quidem mirifice falluntur. POMPONIVS de *naturalibus fructibus* tractauit, quorum venditio perficitur, cum editus est fructus: quasi ab initio facta venditio fuisset, hac conditione, si modo partus postea nascatur. Itaque repellit emtorem, si fructus *non nascantur*, sine culpa venditoris. Sed, quis ignorat, quid intersit inter *fructus* naturales, & *vsuras*, quæ ex pecunia mutua soluuntur. Neque enim incertum euentum expectant redituum emtores; sed abscisse postulant reditus promissos, quamuis nihil fructuum ex pecunia perceperit debitor, quamuis pecunia iam perdidisset, quamuis in latrones collapsus sit, priusquam nummos domum perferret, & conuerteret in vsus suos. Sed hoc quidem casu non peti possent reditus, secundum POMPONIVM, si hæc esset fructuum emtio. Nihil igitur commune habet emtio annuorum redituum, cum emtione fructuum, aut aleæ, partuumue futurorum. Quod manifeste apparet, cum nostri illam venditionem simpliciter permittant, quamuis nulla *res frugifera* creditori obligetur: quos *personales reditus* appellant. ^{d)} Sed, quæ posset esse fructuum emtio, nisi sit res quædam, ex qua fructus naturaliter sperentur. In Romano certe foro nunquam auditum est, *emere* creditorem *fructus* pecuniæ, quam ipse debitori numerauit. Generaliter, nisi *merx* & *pretium* veniant in obligationem, certum est, non contrahi venditionem.

Igitur, cum emtionem redituum, male *emtione fructuum* dici intelligerent, Icti finxerunt; *ius* & *actionem* vendi, dum annui reditus emuntur:

^{d)} FRANZK. I. ref. l. n. 59 sqq.



tur: quod ALEXANDER, DIOCLETIANVS, & IUSTINIANVS permiserunt. l. 3. 7. 9. C. de *hered. vel act. vendit.* Sed illud oppido ineptum est. Nimirum *actio* vendi dicitur, cum iam nata est actio aduersus alium debitorem, vt ius crediti ad emtorem transferatur, l. 9. C. de *hered. vel act. vendit.* Sed in emtione reatuum iam demum nascitur obligatio & ius exigendi annuas praestationes. Enimuero si haec promissio reatuum pro venditione actionis, aut iuris, accipiat; miror, quod non omnia negotia, in quibus nummi interueniunt, *emtiones* appellentur. Quoties enim obligationem contrahimus, datur creditori ius, illa exigendi, quae deducta sunt in obligationem. Nimirum, *ius* emere dicimur, cum aliquid adquirimus pro pecunia numerata, quod non cadit in aliam speciem contractus: vt cum feruitutes emimus. Alias enim etiam *conductio* posset emtio iuris: aut vsus, aut fructuum, appellari. Sed SABINVS illud negat l. 20. D. de *contrah. emt.* Imo miror adhuc magis, quod non *locationis* etiam titulo, contexerint vsurarium hoc negotium Germani; quam & HORATIO d) aliquando, in mentem venerit, vt, dum ridet homines cupidos, qui

Omnia conductis caemant obsonia nummis

nummos mutuos, murmurante Phaebo & Themide, *nummos conductos* appellaret. Imo vero VLPIANO potius, & PAVLLO, itemque DIOCLETIANO obsequamur, qui l. 36. 38. & 55. D. l. 3. & 9. C. de *contrah. emt.* *imaginarium venditionem* non esse omnino venditionem affirmarunt. Igitur *foenus* magis contractum videtur in annuorum reatuum venditione. Illud certe Germani agnouerunt, qui *rec. imp. August.* d. A. 1530. tit. 39. §. 8. quineunces, tantum vsuras, nomine reatuum emi posse, sapientissime constituerunt, & eius rei causam in consuetudine Germanorum quaesuerunt, qui non soleant, nisi quineunces, vsuras permittere ex mutuo. Itaque dubitari non potest, *foenus* contrahi hac emtione. Audiamus verba procerum Germanorum: Und nachdem die Wiederkauff-Gülden allenthalben im Lande gemein sind; so soll hinfürter von hundert nicht mehr, dann fünf, wie gebräuchlich, gegeben und genommen werden. Und hinfürter die Verschreibung auf Wiederkauff, wie Wiederkauff-Recht, beschehen; was darüber gegeben, genommen, und gehandelt, wollen wir dasselbig für wucherlich geachtet und gehalten, und wie obgemeldet, gestrafft haben. Idem fere *augustissimo regi nostro*, iam diuo, quem non sine summae gloriae memoria cogitare possumus, tit. XLII. §. 8. O. P. S. R. placuit, qui *vsuras* ex his *reditibus* solui omnino noluit, quia ipsi hi reditus habent propriam naturam vsurarum. Quod cum intelligeret *ordo ICTorum Vitembergensium*, *mensse Nouembri* huius anni, reditus illos ex lege vsurarum

iu-

d) HOR. l. sat. 2. v. 9.

Fasc. IV.



indicavit; Ob wohl, bewährter Rechts-Lehrer Meinung nach, die Zinsen der wiederkäuflichen Haupt-Stämme, von dem cenore, und denen von einem Darlehn zu entrichtenden Vsuris, merklich unterschieden, und dasjenige, was von denen gemeinen Zinsen in denen Rechten verordnet, auf diese nicht zu erstrecken,

Horn. Cl. II. conf. 89. §. ult.

D. a. D. die in Teutschland aufgebrachte und von denen Päbsten genehm gehaltene Verkauftung solcher Zinsen ohnfehlbar vor ein verkapptes mutuum vsurarium zu achten, immassen nicht allein in denen Päbstl. Rechten, gleich Anfangs,

Extrauag. comm. 1. & 2. de emt. vend.

ob nicht diese Contracte vor wucherlich anzusehen, ein gegründeter Zweifel entstanden, sondern auch in denen Reichs-Gesetzen, absonderlich *rec. imp. August. d. A. 1530. tit. 26. §. 8.* solches ausgemacht, und aus dieser Ursache, daß von hundert nicht mehr, denn fünf Wiederkauffs-Gülden gegeben oder genommen werden sollen, anbefohlen, wie nicht weniger deswegen im Churfürstenthum Sachsen,

tit. 42. §. 8. der E. P. D.

daß von dergleichen Zinsen kein weiterer Zins gegeben werden solle, verordnet worden se.

§. IV.

Annuus reditus leuiores moneta per longissimum soluti. nunc quam pigniori solendi sunt, idem aduersus prius causas locum habet.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, facile iudicabitur, vtrum temporis longissimi vsu imminui possint annui reditus, inuito creditore. Res nihil habet dubitationis, si reditus annuos ex natura vsurarum æstimemus. De his enim supra ex SCAEVOLA & PAVLLO l. 13. pr. & l. 17. §. 1. D. de vsur. itemque ex SEVERO & ANTONINO l. 5. & 8. C. eod. comprobatur, si per longum tempus, aut per certos annos, id est, per TRIENNIVM, interprete ANTONINO, l. 1. C. de fideic. minores acceperit creditor, illam maiores, quamvis promissas, postea petere non posse. Igitur, quidquid multi in contrariam partem disputent, expeditum est, si per multos annos leuiores moneta soluti sint, illi reditus, postea creditorem illud, quod interest, consequi, aut pignorem monetam in futurum petere non posse. Iure tamen Saxonico electorali, tempus longissimum, cum additamento Saxonico, P. II. Const. 2. v. 3. verbis: über Rechte verwahte Zeit, desiderari, omnia negare non auserim: quamvis multam inter sit, inter annuos reditus, qui vsurarum rationem habent, & ceteras annuas præstationes, de quibus constitutione II. & III. P. II. ab Electore Saxone tractatur.

Igitur præscriptione opus est ad reditus annuos imminuendos. Neque tamen exigimus, vt per tempus longissimum, eodem genere leuiores mone-



tae redditus soluti sunt. Sed, si saepius monetæ bonitas, permutatione publica moduli, imminuta sit, sufficiet omnino debitori, si semper illa moneta, quæ tempore solutionis, in loco solutioni destinato, recepta fuerit, quantitatem tempore pinguioris monetæ promissam, sine additamento soluerit. In posterum enim, quamuis adhuc magis corrumpatur internum pretium monetæ, eiusmodi duntaxat nummos, qui, postquam dies reddituum venerit, in regione illa recepti erunt, soluere cogetur. Hoc enim certe debitor præscriptione illa impetrauit, vt nihil teneatur addere ad promissam quantitatem, si nummis quoquo tempore receptis redditus annuos exsoluat, quamuis deprauata fuerit interna bonitas monetæ. Hoc igitur iure etiam in posterum vtetur, futurumque monetæ detrimentum creditori damno erit, qui antea leuiorem pecuniam accepit. Igitur debitor, qui redditus, secundum modulum Imperii, nach Reichs-Guß, promiserit, sed postea, mutata moneta, nummos, iuxta modulum *Zinnensem*, & *Lipsiensem* per tempus longissimum soluerit, in posterum etiam nummos, quicunque in usu erunt, offerre poterit, neque aliquid addere cogetur, ob monetæ imminutionem.

Sed *pias causas*, quas dicunt, paullo liberalius tractamus: quadraginta enim anni conceduntur, priusquam præscriptio locum habeat: restitutionis etiam in integrum beneficio intra quadriennium vti possunt. Postea vero aduersus factum administratorum suorum non omnino audiuntur. Frustra enim ad INNOCENTI III. præsidium confugiunt, quasi indefensa ecclesia fuisset, cuius administrator aliquid neglexit. *arg. c. 1. X. ne sede vacante.* Frustra etiam ex c. 1. X. de *his, quæ fiunt a praelato*, medicinam petunt. Neque enim *indefensa* est, quæ administratorem præfecit rerum suarum procuratori: & multum refert, vtrum quid *neglectum* fuerit oscitantia administratoris, an aliquid *donatum* & abiectum fuerit a piæ causæ curatore. *Donatio* enim vel alienatio administratoris *irrita* videtur: negligentia vero ecclesiæ ipsi imputabitur, quæ proposuit administratorem negligentem; nisi, intra tempus lege definitum, sibi consulat, & negotium retractet. Certe, si interea rationes ab administratore accepit, & quæ ab illo gesta fuerint, intellexit, neque negotium omnino improbavit, ALEXANDER III. c. 2. & 3. X. de *his quæ fiunt a praelato*, ratum esse illud, quod gesserit administrator, iubet, quasi ipsa tacite rem probauerit, dum non contradixit. Res rationibus responsi illustrabitur, quas integras subiicio, cum antea illarum particulas exhibuerim:

Ob wohl, eines Theils, die zu Verwaltung milder Sachen verordnete Administratores ihren Principalen rechts beständiger Weise, nichts vergeben können, vielmehr die Ecclesia in solchem Falle pro indefensa zu achten, und daher wieder in vorigen Stand zu setzen,

arg. c. 1. X. ne quid sede vacante.

L 2

c. 1.



c. 1. X. de his, quæ sunt a prælato.

demnach, daß durch Annahme der abgeführten Zinsen, der *pia causa* kein Schaden zugezogen werden möge, es das Ansehen gewinnet, andern theils, die Zinsen nicht allein, ordentlicher Weise, in eben|solcher Münze, darinnen der Haupt-Stamm bezahlet worden, zu vergnügen,

de Berg. Oec. Jur. III. 8. 9. 2.

sondern auch Klägers Vorfahren in der Haupt-Obligation, welche A. 1659. also zu der Zeit, da der Reichs-Fuß in Teutschland noch bestanden, unterschrieben worden, die Bezahlung in guter tüchtiger Münze, den Gilden zu 12. guten Meißl. Silber Groschen gerechnet, mithin in solchen Münz-Sorten, als damahln gewöhnlich gewesen, ausdrücklich versprochen, überdieß, bewährter Rechts- Lehrer Meinung nach, die Zinsen der wieder-käufflichen Haut-Stämme, von dem Fœnere, und denen von einem Darlehn zu entrichtenden *Vsuris* merklich unterschieden, und dasjenige, was von denen gemeinen Zinsen in denen Rechten verordnet, auff diese nicht zu erstrecken,

Horn C. II. Conf. 89. n. vlt.

folglich auch die in l. 5. & 8. C. de *vsur.* enthaltene Rechts Regul, vermöge deren ein Gläubiger, so geraume Zeit die Zinsen in schlechterer Münze angenommen, auch nachhero sich damit zu begnügen hat, bey dieser Sache um so viel weniger Platz zu finden scheint, als auch, seit Errichtung des Leipziger Münz-Fußes, biß zu der Anno 1728. von Beklagten Principalen erfolgten Contradiction, die zur Verjährung wider die *pia causas*, und der denenselben zustehenden Wiedereinsetzung in vorigen Stand, erforderlichen 44. Jahre noch nicht verstrichen, nechst dem jährliche Einkünfte, denen gemeinen Rechten nach, l. 7. §. vlt. C. de *præscr.* 30 vel 40. ann. überhaupt in der bestimmten Zeit nicht verjähret werden, sondern die Präscription von jeder Post absonderlich zu erweisen; Diemeil aber dennoch aus denen bey dem Beweis angeführten Quittungen n. 36 lqq. daß nach Einführung des Zin-nischen Fußes, von welcher Zeit die dießfalls nöthigen 40. Jahr, nebst dem quadriennio restitutionis in integrum vorlängst verlaufen, und nachhero, wenn gleich die Münze in Teutschland, und absonderlich in Sachsen, verringert worden, die Contrahenten das versprochene Quantum der Zinsen nicht erhöht, sondern Kläger und seine Vorfahren, nach wie vor, einerley Summa abgeführt, deutlich zu erschen, daher dasjenige, was

l. 13. & 17. §. 1. D. de *vsuris* und

l. 5. & 8. C. de *vsuris*.

von Empfang geringerer Zinsen verordnet, Klägern ohnstreitig zu statten kommt, in mehrerer Erwägung, die in Teutschland aufgebracht, und von denen Päbsten genehm gehaltene Verkaufung solcher Zinsen ohnfehlbar vor ein

ein verkapptes mutuum uſurarium zu achten, inmaſſen nicht allein in denen Päbſtl. Rechten gleich anfangs

Extrauag. comm. de emt. & vendit. 1. & 2.

ob nicht dieſe Contraete vor wucherlich anzusehen, ein gegründeter Zweifel entſtanden, ſondern auch in denen Reichs-Gefezen, abſonderlich

Rec. Imp. Aug. d. a. 1530. tit. 26. §. 8.

ſolches ausgemacht, und aus dieſer Urfache, daß von 100. nicht mehr denn 5. Wiederkauffs-Gülben gegeben oder genommen werden ſollen, anbefohlen, wie nicht weniger deswegen im Churfürſtenthum Sachſen

Tit. 42. §. 8. der E. P. D.

daß von dergleichen Zinſen kein weiterer Zinß gegeben werden ſolle, verordnet, v. Leyſ. med. ad ff. ſpec. 257. med. 3.

aufferdem die Verjährung ſolcher Zinſen, worunter auch die wiederkäufflichen begriffen, allerdings beſtätiget, und daß darauff, auch in dem Falle, wenn der Schuldner dieſelben, über Rechts-verwährte Zeit, in geringerer Münze abgeführt, das Abſehen zu richten,

P. II. conſtit. el. 2. & 3.

verordnet, überdieß durch die Facta derer zu Empfang dieſer Zinſen beſtellten Einnehmer, nicht ſo wohl der p̄iæ cauſæ etwas vergeben, als vielmehr obangeregter Contract erkläret, und ſolches alles von Beklagten Principalen, durch Approbation der Rechnungen, genehm gehalten worden, mithin dieſe des beneficii reſtitutionis in integrum nunmehr ſich nicht zu erfreuen haben &c. c. 2. & 3. X. de hiſ, quæ ſunt a prælato.

XXV.

DISSERTATIO

PRIVILEGIUM PECVNIAE

AD CERTVM VSVM CREDITAE

EX ANIMO DANTIS

AESTIMANDVM.

AD LEG. VII. D. DE EXERCIT. ACTIONE.

VITEMBERGAE, D. XV. DEC. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVI.

§. I.

Hæc ſocietas bonorum, extra quam feliciter viuere non poſſumus, Beneficia ex non vi & metu, non ſubtili moroſitate, ſed mutua beneuolentia & commu- animo dan- nibus tiſ aſtiman- tur.

L 3

nibus studiis inprimis continetur. Igitur in æstimandis officiis, non tam quid, & quo successu, sed quo *animo*, qua *voluntate* gestum sit, quærimus: ex hac enim sola, quid quisque mereatur, quo in republica loco sit habendus, intelligitur. Ridet DIO CASSIUS ^{a)} populi Romani levitatem, qui Octavium, cum Cæsaris hereditatem adiisset, primo *audacter & temere*, mox, cum omnia prospere & ex voto evenissent, *caute & prudenter* rem gessisse iudicabat: πολλὰ γὰρ ἤδη τινὲς ἐκ ὁρθῶς ἐπιχειροῦντες, ὅτι ἐπιτυχεῖς αὐτῶν ἐγένοντο, δόξαν εὐβουλέας ἔχον, καὶ ἕτεροι ἀριστα τινὰ προελόμενοι, μαρτυροῦν, ὅτι μὴ κατέτυχον αὐτῶν, ἄφειλον. Enimvero parum absunt a vulgi infania, si PLINIVM *secundum* audiamus ^{b)} qui honesta *consilia* vel turpia, prout prospere aut male cedunt, vel probant, vel subinde reprehendunt: atque eadem facinora modo libertatis, modo furoris nomine, vel damnant, vel collaudant. Quod, cum in aliis ferri non possit, in illis certe, qui de *beneficiorum* acceptorum magnitudine & *referenda* pro illis *gratia* iudicant, tanto minus excusationem inuenit, quanto magis homines ingenui & liberales, commemoratione laudis & significatione grati animi, ad colendas amicitias, & necessitates aliorum subleuandas, prouocandi esse videbantur. Quapropter non solum plurimum debet SENECA ^{c)} amico, qui dedit parua magnifice, qui regum æquauit opes *animo*, qui exiguum tribuit libenter, qui, paupertatis suæ oblitus, respexit amici egestatem; sed ex generaliter etiam, alio loco, beneficium non in eo, quid fiat, sed in ipso facientis *animo* consistere, ^{d)} & tantum quemlibet fecisse, quantum *voluerit*, & totam illam virtutem ad *animum* duntaxat referendam esse, ^{e)} docet. Neque enim ex ambiguis euentis, quæ fortuna in potestate habet, sex iudicii delectu, quo homines sumus & homo hominem superet, aut dedecus, aut accessionem gloriæ & laudis expectamus. Optime DIODORVS SICVLVS Spartanorum, qui ad Thermopylas occubuerunt, casum & calamitatem honestissimis aliorum victoriis illustriorem esset iudicauit. Καὶ γὰρ ἐκ ἐκ τῶν ἀποτελεσμάτων κρῖνεν τὰς ἀγαθὰς ἀνδράς, ἀλλὰ ἐκ τῆς προαίρεσως τὴ μὲν γὰρ ἡ τύχη κυρία, τὴ δὲ ἡ προαίρεσις δοκιμάζεται. ^{f)} Neque inepte Stoici, τὰ ἐκ ἐφ' ἡμῶν, quæ non sunt in nostra potestate: magno animo contemni posse, tradiderunt. Sed ab illis etiam *iureconsulti* acceperunt, vt in lite æstimanda, non quæ per vim maiorem, cui resisti non possit, accidissent, præstanda esse iudicarent, præcipiente GAIUS & NERATIO l. 2. §. 1. D. de *peric. & commod. rei vendit.* & l. 31. de *act. emti*; sed quo *animo*, qua *voluntate* quid factum sit, quærendum arbitrarentur. SENECA certe, cum subtiliter disputasset, vtrum

a) DIO CASS. L. 45. p. 308. edit. Henric. Steph.

c) SENEC. I. de benef. 7.

d) Id. I. benef. 6.

f) DIOD. SIC. L. XI. p. m. 9. edit. Hannov.

b) PLIN. V. ep. 21.

e) Id. II. benef. 31.



utrum, qui filio beneficium dederit, patrem haberet obligatum, tandem ait, altercatione seposita, ut tanquam *iureconsultus* respondeam, *g) mens spectanda est dantis*. Itaque hic mos Iure Consultorum proprius videtur, ut ex *mente dantis* iudicium ferant. Quod quomodo illis successerit, operæ pretium est, ut obseruemus.

§. II.

Nimirum in omnibus negotiis multum interest, quo quid *consilio*, *Etiam in ci-*
quo *animo* geratur. Neque enim locus est dubitationi, quin in factis illi *uili iudicio*
citis, qui *culpa* deliquerint inuiti, veniam errati impetrent, qua seueritas *animus dan-*
pœnæ minuatur: & qui *casu* aliquem læserint, magis fortunam acculent, *tis & facien-*
quam ipsi accusentur. Sane, in maioribus etiam delictis, docente *tis spectatur.*
Nº 1. §. 2. D. de poen. refert, *consulto* aliquid, an *casu* admittatur: ut in
omnibus criminibus, hoc distincto, pœna aut iusta aut temperamentum
pœnæ eligatur.

Sed hæc tamen æquitas habet in *ciuili iudicio* plus difficultatis: in quo,
si de obligationibus contrahendis soluendisque disceptatur, magis, quantum
ex altero factus sim locupletior, & quantum ex re tua ad me peruenerit,
quam, quid alter mihi tribuere *voluerit*, tractatur. Sed non tam inhumani
veteres fuerunt, quin, etiam vilitate accipientis intercepta, *animum* dantis
cogitauerint, & qua *voluntate* aliquid factum sit, æstimauerint in officiis
constituendis. Certe *contra dantem* subinde datur exceptio propter *animum*
quo dedit. Aperte *VLP IANVS* l. 18. D. de r. c. illum, qui *donandi* animo
dederat, cum alter quasi mutuos nummos accepisset, *doli* mali exceptione
repellendum esse monet, si nummos repetat: quia *secundum voluntatem*
eius nummi sunt consumiti. Idem ille alio loco in funeraria actione, l. 14.
§. 7. & 9. D. de relig. non audiendum esse creditorem, ait, qui funeris
sumtus repetit, quos *pietatis* causa fecerit, non hoc *animo*, quasi sumtum
recepturus: æstimandum enim esse, *quo animo* sumtus ab illo factus sit:
utrum negotium defuncti gesserit, vel heredis, vel ipsius humanitatis; an
vero misericordiæ sumtus tribuerit, vel pietati, vel affectioni. Neque
enim *MODESTINO* atque *GORDIANO* l. 27. §. 1. D. & l. 15. C. de neg.
gest. vitricus aut frater recte experiri visus est, qui priuignum aut sororem
pietatis causa aluerint, & sumtus repetant in alimenta erogatos: sed nul-
lam huius erogationis repetitionem esse, censuerunt; cum *animo donandi*
factus ille sumtus videntur. Igitur etiam *LABEONI* atque *IULIANO* vi-
sum est, prædonem, quamuis meum negotium, sed sui lucri causa, ges-
serit, quia improbe ad mea negotia accessisset, si quid impenderit contrari-
am non habiturum esse actionem, sed ex eius *voluntate* rem inprimis æsti-
mandam. Itaque, cum suo lucro potius operam dedisse, & sibi *voluisse*
adqui-

g) *SENEC. V. benef. 18.*

adquirere quam commodo meo studuisse intelligatur, ipsi non dandam esse repetitionem l. 6. §. 3. D. de *neg. gest.* Ex causa non ab simili FLORENTINVS l. 26. D. de *captiu. & postlim. reuers.* *postliminium* illis negat, qui, quamuis corpore reuersi sint, mente tamen alieni videantur: nisi hoc *animo* redierint, ut maneat in patria, in quam sunt reuersi.

Apparet igitur, *contra dantem* subinde, si beneficium retractet & inique repetat, ex *animo* eius atque *voluntate* iudicari. Quæ igitur inuidia est, quo minus etiam *pro dante*, & in fauorem *dantis*, in pretio beneficiis constituendo, *secundum* eius *voluntatem & animum*, decernatur. GAIVS certe illum, qui res tempestate, nauis leuandæ causa, abiicerat, earum dominum manere, tradit, quia non hoc *animo* res abiiciantur, ut ad alios perueniant: neque enim inuito beneficium extorqueri posse l. 9. §. 8. D. de A. R. D. Imo vero idem ille GAIVS l. 2. D. de *neg. gest.* generaliter iustum esse ait, ut, si quis vtiliter quid gesserit, præstetur ei, non quod ad alterum peruenit, sed quod ipsi eo nomine abest, vel abfuturum esse videatur, quamuis dominus negotii careat fructu negotii administrati. Recte igitur LABEO l. 10. §. 1. D. de *neg. gest.* dari actionem ait, quamuis *effectum* non habuerit negotium; adeoque, si quis insulam fulserit, vel seruuum ægrotum curauerit, etiam si insula exusta sit, vel seruus obierit, actione dominum teneri. Quod, ne quis in negotiorum gestorum duntaxat iudicio obtinere credat; audiamus POMPONIUM, qui l. 8. pr. D. de *pignor. act.* idem etiam de impensis iudicauit, quæ *in pignus* a creditore factæ sunt. Finge enim, ait, me medicis, cum ægrotaret seruus pignoratitius, dedisse pecuniam, & seruuum decessisse, item, me insulam fulsisse, vel refecisse, & postea deustam esse, nec habere me, quod possem retinere; pignoratitiam actionem contrariam habebō: quia *hoc animo* impendi, ut res tua tibi seruaretur.

Igitur ex *animo* dantis inprimis iudicatur, quid ipsi debeat, ne vel inuitus cogatur beneficium præstare, vel præmio honestatis spoliatur, qui bono animo præstitit officium, quamuis casus fortunæ abstulerit utilitatem. Non vacat ire per negotiorum omnia exempla. Vnum CELSVS l. 3. §. 8. D. de *condict. caus. dat.* desiderat, ut luculenter, quo quid animo fiat, declaretur; ne alter, qui nihil tale suspicatus est, decipiarur specie illius beneficii. Constat enim, ait CELSVS, eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, vel eum sibi amiciores futurum esse, repetere non posse, opinione falsa deceptum. Sed & POMPONIUS eum, qui sciens indebitum dedit *hac mente*, ut postea repeteret, non repetiturum esse, docet, l. 50. D. de *condict. indeb.* Recte igitur VLPIANVS l. 2. pr. D. *eod.* præcipit, hac lege expressa dandum esse, *ut si apparuisset indebitum, reddatur*, ut locus sit conditioni. Neque tamen, vt

vt verbis semper indicetur, quo animo aliquid datum sit, exigimus, sed sufficiunt interdum coniecturæ, ex quibus de voluntate dantis constare possit. Ita visum est Scabinis Vitembergensibus mense Augusto huius anni. Offerebatur enim eiusmodi species: emtor prædii emphyteutici sub hasta quingentorum solidorum pretium promiserat, hac lege, ne quid præterea ab ipso exigatur: sed omnia quingentis emta sint. Iam dominus directus laudemium ab illo præter illos quingentos exigebat. Emtor se hac lege emisit excipiebat, ne quid præter quingentos solueret: seque illos quingentos hoc animo dedisse, vt laudemium etiam illa summa comprehenderetur. Mouebat. quod laudemium alias ad onera emtoris referatur: &, quod pretium non domino directo, sed creditoribus duntaxat, cum quibus in emtione publica quodammodo contrahitur, promitti videatur, vt ex fundo ipsis satisfiat. Sed Scabinis visum est, pro emtore iudicandum esse. Testabatur enim quidam ex assessoribus iudicii, plerumque illic loci emtores pretio generaliter sub hasta definitio, laudemium etiam comprehendere, vt illud ex pretio soluatur. Igitur non levis erat suspicio, emtorem in illa pactione etiam de laudemio sensisse. Quapropter ad consultationem iudicis I. F. L. responsum est: „Würde C. S. und M. M. vermittelt Endes erhalten, und daß sie, unter denen fol. 47. b. bey dem licito gebrauchten Worten, alle und jede Abgaben, so von einem Käufer zu entrichten, also auch die Lehn-Waare mit verstanden, schweren, so ist das geforderte Kauff-Lehn von denen ins depositum gebrachten Kauff-Geldern nicht unbillig abzuführen. B. N. W. Adiectæ responso rationes: Obwohl C. S. und Consorten fol. 46. b. 500. Thlr. vor das erstandene Guth geborhen, mithin daß die sämtlichen Kauff-Gelder ohne Abzug zur Concurs-Massa zu bringen, es das Ansehen gewinner, dahingegen das Laudemium von dem Käufer selbst, ordentlicher Weise, zu entrichten;

Diemeil aber dennoch die Licitanten laut des fol. 2. von einer Gerichts-Person erteilten Attestats, daß ihnen fernere Abgaben nicht angeschlossen werden mögten, sich ausdrücklich bedungen, auch alle dergleichen Pacta, so einem Kauffe, und überhaupt denen Contractibus bonæ fidei angehängt werden, diesfalls bey Erörterung solcher Streitigkeiten zusehenderst zum Grunde zu setzen, und von denen gemeinen Rechts-Regeln abweichen können, hiernächst der angezogene Gerichts-Drauch, und die attestirte Observanz hierbey nicht gänglich außer Augen zu setzen, folglich die Käuffere, wenn sie oberwehnte Umstände eydlich bekräftigen, mit fernern Abzuge zu verschonen, So ist wie im Urtheil enthalten, diesfalls von uns billig erkannt. Varia de voluntate dantis EMYNDVS MERILLIVS non ineleganter obseruauit. ^{h)}

§. III.

^{h)} EMYND. MERILL. ad l. 18. de R. C. in thes. Otton. III. p. 673.
Fasc. IV.



§. III.

*Quædam cre-
dita ob so-
lum dantis
animum ad-
uersus debi-
torem priui-
legium ha-
bent.*

Ergo in æstimandis debitis maxime quærimus, quo quid animo fa-
ctum sit a creditore: & *plus* debemus creditori ob *causam*, atque *animum*,
quo dedit. Imo vero obtinuit, ut quidam debitores, qui alias non omnino
tenerentur, iubeantur soluere ob *causam*, propter quam pecunia ad ipsos
profecta est a creditore; ut inuitentur homines ad præstanda beneficia, quæ
publice interest præstari. Igitur quorundam creditorum extra ordinem ha-
betur ratio: quod *SENECA* i) *priuilegium* appellat: quo sollicitentur
quidam ad officium, incertam adituri fortunam: quia expedit, illud non
negligi in ciuitate. Eo pertinet, quod, quamuis qui filiofamilias mutuum
dederint, decreto amplissimi ordinis omnino repellantur, tamen, si *in eam*
rem, quæ patris oneribus incumbit, vel *studiorum* aut *legationis causa*
alibi degenti, ad *necessarios* sumtus, quos patris pietas non recusaret, da-
tum sit, *SEVERVS* & *ANTONINVS*, itemque *ALEXANDER*, l. 2. & 5.
C. ad SCt. Maced. Macedoniani SCti auctoritate non impediri repetitio-
nem dicant, ut in patrem etiam actio concedatur. Finge igitur, te *dedisse*
studiorum causa, aut ad sumtus *necessarios*, qui patris oneribus incumbant:
sed porro finge, te, quod sit sæpiuscule, a filiofamilias *deceptum* esse, &
pecuniam perditam, aut nugis & alea consumptam: an tibi denegabitur a-
ctio, qui *eo animo* dederas, ut nummos ex patris voluntate consumeret cum
fructu. Mihi quidem nihilominus videtur locus repetitioni; cum publice
interfit, non decipi aut falli, qui causam studiorum & legationis & necessi-
tatis sua liberalitate & pecunia subleuarunt. Enimuero imperatores l. 2. & 5.
C. ad SCt. Maced. non ut *versa* sit pecunia in rem studiorum aut legationis,
desiderant, sed ut *data* sit *in rem*, quæ patris oneribus incumberet, aut ut
credita sit studiorum & legationis causa; ut *ex animo* dantis, non *ex euen-
tu*, æstimeretur creditoris priuilegium. Vnde *VLPIANVS* l. 7. §. 13. *D. ad
SCtum. Maced.* monet, ne creditor *modum probabilem* in mutuo excedat:
certe eam tamen admittit quantitatem, quam & pater *soleat* subministrare.
Illud igitur prohibet Ictus, ne sit moleste sedulus amicus, ne quid temere
faciat, ne oneret parentem sumtu superuacuo, ne noceat parenti sub ima-
gine amici: sed ut caute circumspeciat, ut credat, quantum ad rem paren-
tis suffecturum videatur, quantum appareat opus esse, ad rem a filio admi-
nistrandam. Quod si a te factum fuerit, nemo exiget, ut institeris filio,
ut comitatus fueris, neque ab ipso ante discesteris, quam nummi in illas
necessitates, ad quas a te datae sunt, infunderentur: sed satis est, te cum
cautione, illo *animo*, ut nummi recte collocentur, ex *caussa probabili* de-
disse.

Non

i) *SENEC. III. benef. 11.*

Non multum absimilem speciem IUSTINIANVS tractat, l. 7. C. ad Sct. Maced. Admittit enim *mutuum*, quod militi datum fuerit, ad castrenses causas; neque locum facit senatus consulto, quamvis sub patris potestate miles esset constitutus: *præsumptione* enim *iuris*, ait, milites non in aliud quidpiam pecuniam accipere & expendere, quam in castrenses causas. Igitur non exigit, ut *sciat* creditor, in quos usus nummi conuertantur: sed excusat creditorem, qui probabili ex causa credidit militi pecuniam ad castrenses usus: quia utilitas exigit, excitari homines beneficos, ad militum necessitates subleuandas.

Quia igitur creditori propter *animum* & beneuolentiam, qua credit, inprimis tribuitur privilegium; VLPIANO placet, etiam de eo, quod quis seruo crediderit, ut *in rem domini verteret*, de in rem verso dominum teneri, l. 3. §. 10. D. de in rem verso. Neque enim postulat, ut sit vere in rem versum, sed ex prudentia & *animo* creditoris rem æstimandam esse censet; ut sufficiat, nummos seruo datos ad vestem comparandam, aut familiam alendam, quamvis non sit comparata vestis, neque aliquid peruenerit ad familiam alendam. Itaque etiam si frumentum periisset, vel corruptum esset in horreo dominico, vel arsisset, aut pecunia seruo excussa esset, aut si insula ruiisset, ad quam fulciendam pecuniam dederis, aut si seruus decessisset, ad quem curandum nummos credideris; dandam esse de in rem verso actionem, ait: quia vertere in rem domini omnino *voluisti* l. 3. §. 7. 8. 10. D. de in rem verso. Recte enim SENECA ^{k)} obseruat, ingratiſſimum esse genus hominum, qui obliuiscantur beneficii, cum primum eius fructus sit consumptus: quasi illud non sit datum, quod cum ad te peruenierit, aliquando potuit consumi. Igitur sola *voluntas* creditoris ipsi sufficit ad de in rem verso actionem. Sed propter calliditatem & malitiam seruorum, cui resistere domini non poterant, VLPIANVS præcepit, ne quis temere & incogitanter seruo crederet pecuniam, quæ in rem domini vertatur: ait enim, si seruus sic acceperit, quasi in rem domini verteret, nec verterit, sed *deceperit* creditorem; dominum de in rem verso non teneri: ne ipsi *credulitas* creditoris aut serui calliditas noceret. Curiosum igitur esse creditorem iubet, quo pecunia vertatur, l. 3. §. 9. D. de in rem verso. Itaque apparet, solam *credulitatem* & negligentiam nocere creditori, ne dominus de in rem verso teneatur. Fac igitur me non fuisse credulum: præsentem necessitatem & utilitatem domini persuasisse, ut seruo crederem pecuniam, quam in rem vertat: non fuisse causam suspicandi: sed seruum tamen eluisse meam diligentiam, & nummos in rem domini omnino non vertisse; non existimo, ex mente VLPIANI, denegandam esse creditori actionem. Enimuero etiam in *negotiorum gestorum* iudicio sufficit, rem utiliter & prudenter coeptam esse, quamvis utilitas sit intercepta. Sed ait VLPIANVS,

M 2

l. 3.

l) SENECA. III. benef. 1. & 3.



l. 3. §. 2. D. *de in rem verso* toties de in rem verso esse actionem, quoties procurator mandati, & negotiorum gestor negotiorum gestorum actione, experiri possit. Nemo vero negat, negotium domini ab illo gestum esse, qui seruo quantitatem probabilem credidit ad praesentem domini vtilitatem.

Sed in Saxoniae electoratu tamen *augustissimo legislatori* placuit, ex famuli negotio, nisi inter mercatores, dominum *quod iussu*, aut de *in rem verso*, non teneri, nisi iussum probetur, aut omnino in rem versum. Ita enim rescriptum est Dresenae d. 21. Decembr. c1010 cc viii.

Ab hac obseruatione non multum abhorret, quod *exercitor* etiam ex mutuo, quod magister nauis contraxit, teneatur, propter beneuolentiam, & *causam*, ob quam dedit creditor pecuniam magistro. *Pegasus* enim ait, apud *VLPIANVM* l. i. §. 8. & 9. D. *de exercit. act.* si ad *usum eius rei*, cui praepositus est ab exercitore, mutuatus fuerit magister, dandam in exercitorem creditori actionem; vt, si ad armandam, instruendamque nauem, aut ad *reficiendam*, aut ad nautas exhibendos, aut, quod *OFILIUS* adiicit, d. l. i. §. 9. *eod. tit.* si quid dedit, vt in nauem impendatur, aut, quod *AFRICANVS* monet l. 7. §. 1. D. *eod.* ad velum comparandum: propter summam negotiationis maritimae vtilitatem: ne timeant creditores, nauigantibus succurrere, si ambiguum fuerit, vitrum teneantur restituere pecuniam exercitores. Habebunt igitur exercitorem sibi obligatum creditores, quamuis alias non recte mutuum contrahant magistri; idque singulari ratione constitutum, vt fructum aliquem habeat creditor suae *voluntatis*, quam in subitariis necessitatibus, propter publicam vtilitatem, studium & animum bene de negotiantibus merendi comprobauit. Sed supina ipsi tamen negligentia nocebit, si perdituro credidit, aut ad velum comparandum illo in loco, in quo velum non possit comparari. Itaque *AFRICANVS* l. 7. §. 1. D. *de exercit. act.* *diligentiam* aliquam debere creditorem ait, ne per eius facilitatem.

nauis Hispanae magister.

Dedecorum pretiosus emptor.

materiam dedecoris & facinorum & adulteriorum, quorum, teste *HORATIO* 1) studiosi erant nauium magistri, exercitore inuito, nanciscatur: ne oneretur dominus beneficio, si multo maior pecunia credatur, quam quae necessaria sit ad refectionem: ne molesta sit domino liberalitas amici. Ceterum non opus est, vt *probet* creditor, pecuniam in refectionem nauis, aut alios vsus necessarios *insuntam*: neque in hoc adstringendus, vt ipse nauis reficiendae curam suscipiat aut negotium domini ipse gerat: quod utique futurum esset, si probare teneretur, pecuniam in illos vsus erogaram. Satis diligens est creditor, qui circumspexit, an sit nauis in ea causa, vt refici deberet, an tanta vis pecuniae necessaria sit ad refectionem: an illo in loco

1) *HORAT.* III. Od. 6. v. 30.

loco possit refici, ubi pecunia creditur, an per mendacium ipsi imponat calliditas magistri. Quod si nihilominus eluserit creditoris diligentiam magister, atque ad reficiendam naudem mutuatus, in suos usus conuerterit pecuniam; aut dedecoris pretium ex illa soluerit, aut alias voluntatem mutauerit magister: ait OFILIUS, dandam esse in exercitorem actionem: illumque secum conqueri debere, quod praeposuerit improbum magistrum, quem eligere cum cura debuisset: paullo secus, atque supra in seruis obseruatum, quos, inprimis vernas, & captiuos, fortuna nanciscimur, & subinde inuiti retinemus. Sed ne tamen postea creditor per iniuriam, si ad perdendum credidit, praetexat *iustam causam* repetitioni; praecipit OFILIUS, ab initio *hac lege dari*, & specialiter caueri, *ut in naudem impendatur*, l. 1. §. 9. D. de exercit. act. Igitur non ex euentu, sed ex consilio suo cum cautione inito, atque ex voluntate satis declarata, actionis aduersus exercitorem creditor privilegium habebit.

Sunt & alia quaedam singularia recepta, ad remunerandam creditorum voluntatem atque fidem, qua in necessitatibus magnis pecunias subministrarunt. Oratione enim DIVI MARCI, quod VLPIANUS l. 52. §. 10. D. pro socio, itemque PHILIPPUS imperator l. 4. C. de aedif. priu. docent, socio, qui communem insulam aut domum refecit, praeter pignus, nisi intra quatuor menses pars sumtum a socio restituatur, dominium rei in solidum conceditur: cum alias, ex Romanorum praeceptis, dominium pignoris a principe duntaxat impetretur. l. 2. & 3. §. 3. C. de iure domini impetr. Immo vero PAVLLUS l. 46. §. 1. D. de damn. infect. si respublica domum dirutam aut ruinofam suo sumtu restituerit, non solum vsuras repeti posse, quamvis non promissas, sed confestim etiam, nisi dominus reddiderit impensas, domum publice distrahendam esse, docet; ne quem poeniteat suae voluntatis, qua publicam in reficienda domo vilitatem procurauit.

Discedam ab hoc loco, si vnum adiecero quod meretur obseruari: in tanto fauore libertatis, qui non permittebat, ut homo liber iure pignoris detineretur, tamen placuisse, ut redemptori ciuis captiui, propter misericordiam, qua usus est, liceat redemptum iure pignoris tenere, donec ipsi pretium restituatur. Ita PAVLLUS l. 19. §. 9. D. de captiu. & postlim. reu. atque VLPIANUS, l. 20. §. 1. D. qui testam. fac. poss. praeeperunt. Quæ res ita GORDIANO l. 2. C. de postlim. reu. placet, ut redemptum dicat iure naturalis pignoris teneri, propter summam æquitatem; cum, qui libertatem reddidit, parentis impleuisse partes videatur. Sed DIOCLETIANUS l. 7. C. eod. voluntatis inprimis habet rationem: ideoque illi, qui puellæ a barbaris redemptæ pudicitiam prostituerat, cum quæstus turpissimi causâ redemisse videatur, non solum ius pignoris non tribuit, sed ne pretium redemptionis quidem repeti permittit. Ceterum, si duntaxat morus mi-



sericordia redemit, nihil obstat iuri pignoris: placuit tamen illud adstringi paulum, ob fauorem libertatis. Quamuis enim alias *partus* rei pignoratæ, quod ALEXANDER ait, l. 1. C. *de partu pign.* in eadem causa, qua mater, esse videatur, adeoque pignoris iure a creditore teneatur: DIOCLETIANVS tamen l. 8. C. *de postlim. rev.* liberauit partum, quem mater enixa est post redemptionem.

§. IV.

*Creditores
priuilegiarii
ob causam
nou inique
aliis præfe-
rantur.*

Accepisti, quid *voluntati animoque* creditoris, quo alterius indigentiam subleuauit,tribuendum sit, si ille aduersus ipsum debitorem in ciuili iudicio experiatur. At vero non ibi substitit iurisprudendum diligentia; sed mirifice laborauit in excitandis hominum studiis, alendaque ciuium inter se beneuolentia, & mutuo amore. Quæ res cum inprimis hominum beneficorum *voluntate* contineatur; illi præmio adficiendi erant, quorum insigne studium eminuît, bene de aliis merendi. Igitur placuit constitui quosdam quasi *ordines & gradus creditorum*: vt quanto quis meliori exemplo, & prouidentia, quanto prolixiori *voluntate* debitoribus subuenerit, tanto facilius creditor debitum recipiat, tanto potiori loco in *concurso* plurium constitutur. Sed illos quidem creditores, qui aliis creditoribus *ob causam* crediti in concurso præferuntur: DIVVS MARCVS & ex illo VLPIANVS l. 10. D. *de pactis*, itemque l. 3. D. *quod cum eo, qui in alien. pot.* omnesque veteres magistri nostræ artis, *creditores priuilegiarios* appellant: posterius vel non intellecta voce, vel certe corrupta, *priuilegiatos* nuncuparunt. Ipsum vero beneficium, vi cuius creditor aliis præfertur, seu ipsum *ius prælationis*, siue quis simpliciter omnibus, sine iure pignoris, præferendus sit, vt l. 17. D. *de rebus auct. iud. possid.* vel, præter ius reale sibi constitutum, alios, quamuis tempore priores, vincat, siue iure pignoris taciti utatur, vt in re certa, quamuis citra conuentionem, præferatur aliis creditoribus, & in summa, si alios vincat in concurso, l. 10. D. *qui pot. in pignor. priuilegium* dixerunt. ^{m)} Inprimis vero, qui ob *animum*, quo crediderunt pecuniam, præferendi sunt, *creditores priuilegiarii* dicuntur. Generaliter enim *priuilegia*, quod PAVLVS ait, l. 32. D. *de rebus auct. iud. possid.* non ex tempore æstimantur, sed *ex causa*, & si eiusdem tituli fuerint, inter se concurrunt. Igitur *ex causa*, id est, *ex animo*, & studio inseruiendi, *priuilegia* creditorum æstimantur. Præterea PAVLLVS l. 18. D. *de reb. auct. iud. reipublicæ* interesse ait, vt *priuilegia* quibusdam tribuantur: DIOCLETIANVS, etiam & MAXIMIANVS, itemque HONORIUS & THEODOSIVS l. 6. & 20. C. *de postlim. rev.* ob communem & *publicam utilitatem* quibusdam creditoribus fauendum esse, docuerunt. Qua re quamuis nihil possit esse honestius, nihil ad prouocandam virtutem alendamque accommodatius;

^{m)} vid. GVILIELM. FORNERIVS sele&. II. c. 7.

datius; dici tamen non potest, quam odiosa quibusdam visa sint creditorum priuilegia, & quam multi conquerantur, his artibus fidem falli, creditores spoliari, nihil tutum, nihil omnino certum esse, si creditores propter priuilegium subinde præferantur. Inprimis illi, quibus *pignus* expresse constitutum est, ferre non possunt, spem certam, & præsentem securitatem, quam sua vigilantia & cautione quæsiuerunt, sibi per alios eripi, nihil tale opinantibus, & quorundam priuilegio eueriti. Plena omnia periculorum esse, aiunt, semper metuendum esse, ne quis lateat in angulo, qui, cum debitor collapsus fuerit, profiliat confestim, & reliquis per *priuilegium* eripiat, quod ipsis debebatur. At vero mihi non videntur creditores, inprimis illi, quibus pignus obligatum est, quamuis *priuilegiarii* creditores, ipsis præferantur, habere iustam causam conquerendi. Nimirum *odiosum* est *ius pignoris expresse*, & plerumque etiam cum debitoris iniuria coniunctum. Multi nunquam conturbassent, nunquam bonis lapsi essent, si res suas libere administrare ipsis licuisset: quam ipsis facultatem creditorum pignoratitiorum avaritia extorsit. Hoc est manu dextra auferre, quid quid ægre porrexeris sinistra: hoc est, debitorem bonis spoliare, captis pignoribus, ob securitatem tuam; cum mutuam pecuniam dare volueris, ad subleuandam eius egestatem. Illud *præses* ⁿ⁾ alio loco obseruauit. Hi quidem non amici, sed pignoris, cui incumbunt, fidem secuti sunt. Recte MARTIALIS. o)

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

Idem, si pro me sponder agellus, habes.

Quod mihi non credis, veteri, Thelesime, sodali,

Credis colliculis arboribusque meis.

Ecce reum Carus te detulit: adsit agellus,

Exilii comitem quæris? agellus ear.

Non creditoris, non amici, sed nundinatoris partes agit, qui credit indigenti, pignore accepto. Quæ igitur inuidia est, his tam avaris creditoribus homines ingenuos & probos, bene de amicis meritos, propter utilitatem publicam præferri. Sed ne reliqui quidem nudi creditores, quos chirographarios appellant, iniuriam accipient ex priuilegiis digniorum creditorum. Optime SENECA ^{p)} facit gradus quosdam beneficiorum. Primo enim, ait, *necessaria* inprimis danda, proxime *utilia*, maxime *mansura*, ut illius rei fructus etiam in posterum prodesse possit indigenti: subinde etiam *iucunda*. Non inique igitur, quid quilibet debitori præstiterit, quaeritur, in creditorum ordine constituendo: cum sint gradus quidam beneficiorum. Præterea publice interest, quosdam creditores singulari studio &

ⁿ⁾ Præses, de periculo & custodia pignoris.

^{p)} SENECA. I. benef. c. 11.

^{o)} MARTIAL. epigr. L. XII. c. 25.

miseriordia defendi, quibus etiam stipem de suo dare deberent nudi creditores. An igitur iuste putas indignari creditorem chirographarium, qui quaestus sui causa, non tam ut amico, quam ut sibi prosit, aut certe negligenter, solo studio pecuniam recipiendi, credidit: an inquam, iuste conqueretur, si *uxor* debitoris, quæ se & sua omnia tradiderat custodiæ mariti, tot eius iniurias tulerat, tot fastidia deuorauerat, si *miles & pupillus*, quibus egentibus, studium virtutis, spes posteritatis, labefactabitur, si *fiscus*, quo locuplete, ciuitas vniuersa non egebit, & ex quo fructus diuitiarum in omnes partes reipublicæ distribuuntur, si *alii*, quos sua merita & reipublicæ utilitas commendant, creditori negligenti præterantur? multum interest, quo quid tempore, & quo consilio, subministratur. Quis dubitet plus mereri hominem amicum, qui in *necessitatibus* subuenit, qui in difficultate *ammonet*, aut hostium incursum, miseratione meæ inopiæ, opem præstitit, ne peream, qui *funus* duxit, ne illud reipublicæ & vicinis & ipsi humanitati molestum sit, qui ægrotum *aluit*, & in summa inopia rerum omnium, ut me mihi restitueret, operam dedit, qui *ædes ruinas refecit*, ne recto & laribus caream, ne vrbs ruinis deformetur, ne liberi mei & nepotes domo auita careant, & turpiter eiciantur, ne omnium creditorum causa & utilitas, propter meam indigentiam, perdat: quis inquam dubitet, hos homines habendos esse loco potiori, quam illos, qui cupiditate lucri sui, magis suum, quam meum, negotium gesserunt. Publice interest, non negligi beneficos & bene meritorios creditores. Sed propter publicam utilitatem quilibet de suo etiam demerso aliquid comparcere debebat, atque in commune conferre; tantum abest, ut causam conquerendi habeat, si carere credito, quod repetit, cogatur, propter utilitatem publicam, propter digniorum merita, & iniquitatem fortunæ, cum qua etiam optime meriti interdum consistantur.

Sapientissimo igitur consilio, in dulcissima hac patria, *augustissimi legislatores*, quamvis mirifice faueant communibus commodis omnium omnino creditorum, illa tamen re in primis fidem & neruam reipublicæ contineri probe intelligant, tamen longum ordinem *creditorum privilegiariorum* tit. 42. O. P. R. reliquis in concursu prætulerunt; imo vero & aliis, quos publica utilitas, & ratio æquitatis commendabat, ius *taciti pignoris & prælationis* quasi postliminio, restituendum censuere.

§. V.

Privilegium Sed Romano quidem iure præcipuo quodam loco inter creditores ha-
illorum, qui bebantur, qui ad rem *ædificandam* atque *instruendam* aut *reficiendam*
ad rem in- crediderunt. DIVI MARCI enim oratione, quod PAPINIANVS l. i. D. in qu.
instruendam crediderunt. *causs. pign. tac. contr.* docet, illi qui ad *restitutionem ædificii exstruendi*
aut reficien- mutuam pecuniam dedit, *pignus tacitum* concessum, ut cuius alios vin-
dam credide- runt.
runt.

cat,



eat, qui sine pignore nummos crediderunt. *VLPIANVS* l. 25. D. de rebus cred. & l. 24. §. 1. D. de rebus auct. iud. possid. addit, creditorem qui ob restitutionem ædificiorum dedit, etiam exigendi privilegium habere: idem *PAVLO* in naui placet, l. 26. D. de reb. auct. iud. possid. vt, qui ad nauem exstruendam instruendamque crediderint, videantur privilegium habere. Magis explicate *MARCIVS* l. 34. D. eiusd. tit. qui, inquit, quomodocunque nauis causa crediderit, privilegium post fiscum habet. Generaliter *VLPIANVS* l. 5. & 6. D. qui pot. in pign. si in rem, quæ alii obligata est, conseruandam aliquid creditum, posteriorem priori potiore esse: vt, si ad nauem armandam, vel reficiendam, vel in cibaria nautarum, sine quibus salua nauis peruenire non poterat: vel in merces, vt saluæ sint, vel vt naulum exsoluatur.

Igitur sufficit ad privilegium, si pecunia ad rem conseruandam credatur. Neque, cui credita fuerit, interest, modo hoc animo sit credita, vt res conseruetur. *PAPINIANVS* l. 1. D. in quib. caus. pign. & l. 24. §. 1. D. de reb. auct. iud. possid. etiam illi privilegium non negat, qui redemptori, id est, conductori operis reficiendi, domino mandante, crediderit, ad rem reficiendam. Idem in magistro nauis supra fuit obseruatum.

Sed mihi quidem hoc privilegium, si quod aliud, videtur habere summam rationem. Quandoquidem enim, quod ex *SENECA* q) adduximus, ista demum beneficia magna sunt, quæ necessaria, aut publice inprimis utilia, & utique mansura videantur; ille quidem certe, qui ad reficiendum dedit, & necessarium & utile & mansurum credidit, & ex omni parte voluit optime mereri. Primo, vt de necessitate videamus, nemo dubitat, quin debitori necessarium sit hoc beneficium, qui, si nauem instruere aut reficere non possit, carebit omni fructu sollicitæ negotiationis; vnde se exhibere possit, omnino non habebit: si domum fulcire & restituere nequeat, rem sartam tectam non habebit, profugiet a laribus paternis, quod veteres non solum durum & acerbum, sed etiam ignominiosum crediderunt: denique a curatoribus reipublicæ compelleretur, aut a præside prouinciæ, qui, docentibus *PAVLO* atque *VLPIANO* l. 46. D. de damn. infect. & l. 7. D. de off. præsid. inspectis ædificiis, causa cognita cogunt dominos, vt reficiant, atque aduersus detrectantes vtuntur acriori remedio, vt deformitati consulatur. Sed, vt restituatur domus etiam vicinorum interest, qui cautionem damni infecti postulabunt, ni restituas confestim, l. 28. D. de damn. inf. denique & creditorum necessitati refectione consulitur, quibus causa pignoris seruatur, & quibus satisfacere debitor non posset, si commerciis prohiberetur, si nauem exercere non posset, si ædibus careret, suffugio & receptaculo tutissimo, ad quæstum faciendum.

Ita-

q) *SENEC.* I. de benef. II.
Fusc. IV.



Itaque propter illam *necessitatem omnium*, merito præfertur, qui credit ad rem conseruandam: aut reficiendam: & præterea etiam propter *publicam utilitatem*, quæ non solum maxima videtur in maritima negotiatione; l. i. §. 20. D. de exerc. actiõn. sed in refectione ædificiorum etiam tanta est, vt imperator LEO l. 22. C. de oper. publ. etiam in publicis operibus plus mereri laudis credat illum, qui vetusta & collapsa restituat, & inchoata perficiat, quam qui noua molitur. Interdum enim si dominus cunctatus fuerit, etiam publico sumtu ædes priuatorum restitutas, ex obseruatione PAVLLI l. 46. pr. & §. i. D. de damn. infect. intelligitur. Itaque & *utile* beneficium præstitit, qui ædes resececit amici indigentis. Denique si & *mansurum* desideras, quid magis immortale est in humanis rebus, quam quod etiam nepotibus & posteritati profuturum esse videatur.

§. VI.

Privilegium pecunie ad reficiendum credite ex animo improbitur sed hic animus probandus est, quid si non refecta sit domus aut refecta non perduret. Igitur creditori merito propter summam æquitatem *pignus tacitum* conceditur, cum privilegio *prælationis*, si credit ad rem conseruandam, aut reficiendam. Neque tamen temere creditur, pecuniam ad reficiendum datam esse. Itaque creditor probabit, *ad quam causam*, & *quo animo*, demis *astima* derit pecuniam. ULPIANVS l. i. §. 9. D. de exerc. act. etiam in pecunia magistro natis data ad *reficiendum*, desiderat, vt specialiter expressum sit, *hac lege* nummos dari, vt adhibeantur ad *refectionem*. Idem igitur necesse erit, si quis aduersus creditores vt velit privilegio refectionis. Non enim minus fauendum est reliquis creditoribus, quibus nihil imputari potest, quam exercitori, præposuit magistrum. Itaque *hac lege* dari debet pecunia, vt ruinosum ædificium reficiatur. Sed vtrum in *chirographo* hoc exprimendum sit, quod ad reficiendum data sit, an sufficiat *per testes* illud comprobare, dubitatum. ULPIANVS quidem tacet de chirographo: vnum postulat, vt *hac lege* detur, & specialiter exprimatur, nummos ad reficiendum dari: sed apparet, de hoc etiam verbis pacisci posse creditorem, quamuis chirographum non fuerit conscriptum. In *Saxonie electoratu* tamen, cum olim locus esset illi privilegio, placuit *chirographum* dari, illique hanc inferi conditionem, §. VI. tit. XLIII. O. P. S. Wenn einer dem andern zu Erbauung, Vesserung, uno Erhaleung eines Hauses oder andern Guts Vorstreckung gethan, und daß es zu dem Ende geschehen, in der obligation ausdrücklich gemeldet hätte, auch erweislich wäre, daß es eine Nothdurfft, und die ædes ruinosæ gewesen, So hat er derowegen auf demselben Guts, neben der stillschweigenden Verpfändung, ein privilegium, daß er denen, welchen des Schuldners Güter zuvor ausdrücklich verpfändet, mit der Zahlung vorgehet 2c. 2c. Hoc igitur *iure scriptura* videtur ad *formam* huius negotii requiri. Vti fere IUSTINIANVS Nouella XCVII. C. 4. illos qui ad *militiam*, & *alias eiusmodi causas* crediderunt, non patitur vxoribus præferri,

ferri, nisi hoc specialiter in *instrumento* sit expressum, & pactus fuerit creditor cum debitore, ut ipse aliis creditoribus in hac causa *præferatur*.

Præter illam conditionem expressam AFRICANVS l. 7. §. 1. D. de *exerc. act.* etiam *diligentiam* præcepit creditori: ne temere maior summa, neque, nisi navis fuerit in illa causa, ut refectio indigeat, neque alio loco, quam ubi refici commodè potuerit, credatur: quod supra a nobis observatum est. Finge igitur te adhibuisse illam diligentiam, sed nummos nihilominus a debitore, in usum alium conuersos: an locum privilegio omnino faciemus? Et mihi quidem videtur, si postea refecta sit navis, aut domus, aut fundus debitoris, quamvis non ex tuis nummis, nihil ob stare creditoris privilegio. Nemo enim cogitur ipse reficiendae curam suscipere, aut negotium domini gerere, dum credit ad reficiendum. Ipse AFRICANVS, etiam in iustitioria actione, non illud a creditore exigendum esse ait, ut ipse curam suscipiat, an pecunia in hanc rem erogetur: l. 7. §. 2. D. de *exerc. act.* Idem fere IUSTINIANO l. ult. C. de *pign.* placuit in illis, qui ad *militiam redimendam* crediderunt. Ait enim *militiam* creditoribus, etiam *non probantibus*, ex pecuniis eorundem debitores militasse, modo contrarium non probatum fuerit, hypothecae iure obligari. Multa de illo argumento LUDOVICVS CHARONDAS observavit *) *augustissimus certe legislator Saxo*, in verbis: quae proxime adduximus, id unum poscit, ut probetur, *aedes ruinosas, & refectioem necessariam* fuisse; Und erweislich wäre, daß es eine Nothdurfft, und die aedes ruinosae gewesen. Quid igitur attinet probare, mea pecunia refectum esse aedificium. Eiusmodi species superiore anno *scabinis Vitembergensibus* oblata est. Crediderat quidam ad *reficiendam* domum: debitor in chirographo illud etiam expresse rat. Res in controuersiam deinde trahebatur. Curator litis aiebat, nummos non in refectioem erogatos, sed aes alienum illis exsolutum esse. In ipso etiam chirographo debitor se pecunia *inprimis*, hauptsächlich, non omni modo, ad refectioem indigere. Acebebat, quod illam pecuniam debitor acceperat intra tempus nundinarum, in quibus aes alienum dissoluerat: ut videretur nummos, ad reficiendum creditos, ad usum nundinarum potius adhibuisse. Sed domus tamen ruinosae fuerat, debitor etiam postea refecerat domum ruinosam. Igitur senatus Goerlicensis hunc creditorem privilegarium iusto loco constituerat, & prætulerat creditoribus pignoratitiis quibusdam. Illi, leutatione interposita, aegre rem ferebant, & senatus sententiae indignabantur. Sed placuit *scabinis Vitemb.* confirmare sententiam senatus, si iuraret creditor, se diligentiam adhibuisse, & iusta opinione credidisse, debitorem pecunia usurum ad refectioem. Igitur mense Octobri c. 10 cc xxxv. pronunciatum: Würde ermeldte N. daß sie gewiß glau-

N 2

be

*) LUDOV. CHAROND. verisimil. l. c. 14. in thes. Ottonis T. I. p. 714 sq.



be und davor halte, daß der Schuldner, Hans G. T. die von ihrem Vater ihm zu Wieder-Aufbauung seines abgebrannten Hauses vorgestreckten 50. Thlr. darzu nöthig gehabt, und anwenden wollen, vermittelt Eydes erhalten, demnach in Supplementum schweren, So bleibet es der eingewandten Leuterung ungeachtet bey vorigem 2c. 2c. Urtheil nochmahls billig V. N. W. Res ex rationibus adiectis apparebit: Obwohl in dem gerichtlichen recessu fol. 46. daß die liquidirten 50. Thlr. dem Schuldner hauptsächlich zu Wieder-Aufbauung des abgebrannten Hauses dargelehnet worden, ausdrücklich enthalten, hiernächst, daß jener kurz darauf solchen Bau vorgenommen, eingeräumt wird, mithin die N. auch ohne Ablegung des zuerkannten Eydes in der 4ten Classe dem Ansehen nach befriediget werden könnte.

D. N. D. das Vorzugs-Recht, so dergleichen Darlehn gegönnet worden, als ein ius singulare, stricte zu erklären, auch aus dem Vorgeben und Geständniß des Schuldners allein, in Ansehung der fol. 217. angeführten Umstände, zum Schaden anderer Gläubiger, obgedachte Qualitat des Darlehens nicht erhardter werden mag, sondern desfalls eine mehrere Gewisheit nöthig, gleichwohl daraus, das angeregtes Haus, nachdem der Schuldner das Capital empfangen, wieder aufgebauet worden, eine starke Vermuthung vor die N. allerdings entsteht, in mehrerer Erwägung, zu Behauptung des dergleichen Schulden gegebenen Privilegii nur so viel, daß das Grund-Stücke, zu dessen Wieder-Aufbauung die Gelder aufgenommen worden, eine reparatur gebraucht, und es wahrscheinlich gewesen, daß die vorgestreckte Summe darzu angewendet werden solle, in den gemeinen und Sächsischen Rechten erfordert wird, l. 7. D. de exerc. act. & §. 6. tit. XLIII. O. P. S. demnach die N. zu dem de credulitate abzulegenden Erfüllung Eyde als Erbin des Gläubigers nicht unbillig gelassen wird 2c. Idem illud in aliis etiam creditis privilegiariis, vt, in eo, quod ad annonam, aut ad sementem faciendam, datum, obtinebit.

Igitur habebis privilegium, si circumspice summam modicam dederis ad *usum probabilem* refectionis. Sed ille nodus est implicatior, si domus quidem sit *refecta*, at *refecta non perduret*; sed nihilominus collapsa sit, aut vnderum, aut incendio perempta: utrum creditori inter privilegiarios adhuc locus concedatur. Age igitur, expediamus. Sed pignoratitiam quidem, & de in rem verso actionem aduersus ipsum debitorem concedi, nemo dubitat, quamuis utilitas intercepta esset, aut seruus decessisset, quem creditor redemerat, vel insula ruiisset, quam fulserat, vel frumentum arsisset, quod comparauerat, vel, pecunia sine culpa perdita fuisset, quam ipse dederat, vt in rem domini erogaretur. Illud enim supra fuit comprobatum. Sed aliam esse causam aiunt, si de obligatione domini, aliam si de praeiudicio & damno reliquorum creditorum disputeretur. Inprimis *VLPIANVM* in partes vocant: qui l. 5. & 6. D. *qui pot. in pign.* ob hanc solam causam

fam



sam creditori, qui ad refectiorem mutuum dederat, privilegium concedit, quia eius pecunia totius pignoris causam saluam fecit: sed illam rationem infirmari dicunt, si res perierit post refectiorem. Certe BARCLAIVS, ¹⁾ uti est subinde lepidus, creditorem anteriorem, posteriori, qui ad reficiendum mutuos nummos dederit, in pignore areæ præferri posse putat, si domus incendio perempta sit: quia cesset ratio, ob quam posterior ab VLPIANO præferatur. Enimvero ingenio suo hoc BARCLAIVS debuit, non disciplinæ artis nostræ. Primus enim ius taciti pignoris mutatione rei non perimitur. MARCIANVS certe, l. 16. 2. D. de pignoribus quamvis ex domo horti facti sint, hypothecam ait perdurare. Sed LABEO etiam, & PAVLLVS l. 35. & 29. §. 2. D. de pign. præcipiunt, pignoris persecutionem perdurare, quamvis domus exusta sit, areamque Titius emerit, & suis sumptibus extruxerit: quamvis bonæ fidei possessores non aliter cogantur ædificium restituere, quam sumtus, quatenus pretiosior res facta est, reciperent. Igitur, cur extorquebis creditori pignus tacitum cum privilegio, quod in domo exusta etiam perdurat. Deinde, ut VLPIANO l. 6. D. qui pot. in pign. respondeamus; non hæc est mens VLPIANI, ut eum, qui ad refectiorem credidit, ob hanc solam rationem præferri aliis creditoribus prioribus existimet, quia saluam causam totius pignoris fecerit. Hanc enim rationem duntaxat consolationis causa creditoribus obiecit. Ipse enim eadem l. 6. pr. & §. 1. D. qui pot. in pign. etiam eum, qui sumtus in cibaria nautarum erogavit, potiores esse docet, quamvis cibaria nautarum, pro voracitate huius generis hominum, confestim consumantur. Igitur conceditur privilegium, quamvis res fuerit consumpta. Præterea privilegia creditorum, quod supra ex PAVLIO monui, non ex euentu, sed ex causâ atque animo, quo nummi dati sunt, inprimis æstimantur. l. 32. D. de reb. auct. iud. possid. ut inuitentur creditores, in magnis necessitatibus, debitori indigenti, ob publicam utilitatem, subuenire. Sed quæ erit illa inuitatio, si ab incertissimis casibus fortunæ pendeat, virum postea recipiant debitum, & creditoribus reliquis in concursu præferantur. Iplas funeris impensas nemo negat, ob privilegium, reliquis debitis præferri, quamvis, postquam suus ductus est, exinde non magis salua sit causa pignorum & creditorum, certe, conditio creditorum per illam procuracionem non sit melior effecta.

Itaque datur privilegium creditori, quamvis res refecta sit perempta. Sed, ut solet quæstio alia ex alia enasci, illud habet plus difficultatis, utrum, si plane domus non refecta sit, ad quam restituendam nummi credebantur, privilegio locum faciamus. BARCLAIVS quidem, quem paullo ante excitaui, itemque BRUNNEMANNVS ²⁾ & alii plerique, ut res vere sit refecta, desiderant, si creditor iure pignoris & privilegii præferri velit. Sed de ipso quidem iure pignoris non sine colore dubitatur; quandoquidem

N 3

VL-

¹⁾ BRUNNEM. de concurs. credit. c. 5. §. 29.²⁾ Id. ibid.

VLPPIANVS l. 5. D. *qui pot. in pign.* quo loco de iure pignoris inprimis disputat, aliquid *impensum* esse in rem conseruandam, postulat, vt creditori pignus tacitum concedatur. Itaque videtur creditor non habere pignus tacitum, nisi res vere sit resecta. Quamuis vero & huic legi VLPPIANI adferri possit medicina, si *impensum* ex parte *creditoris* intelligamus, qui, quantum per ipsum stetit, impendit pecuniam in rem conseruandam, dum ad illam rem reficiendam credidit probabili opinione; tamen, vt dixi, vincimur eruditissimorum hominum censensu. Negant enim pignus dari creditori, nisi res fuerit resecta. Sed ausim tamen affirmare, *pruilegium personale* tribuendum esse creditori, qui ad reficiendum dederit pecuniam, quamuis sedificium non fuerit resectum. Abscisse enim VLPPIANVS, l. 25. D. *de reb. cred.* & l. 24. §. 1. D. *de reb. auct. iud.* qui ob *restitutionem* aedificiorum, inquit, crediderit, in illam pecuniam *pruilegium* exigendi habet. Idem & PAVLLVS l. 26. D. *de reb. auct. iud. poss.* & MARCIANVS l. 34. D. *ead. tit.* affirmant. Leges igitur Romanorum ob voluntatem & causam *pruilegium* creditoribus tribuunt, si ob *restitutionem* & ad *resectionem* aliquid credatur: sed vt res sit restituta & resecta, non desiderant: nec video, cur sine lege difficultates *pruilegiariorum* augeantur.

In Saxonia Electorali quidem, ob insignem abusum, cum alii creditores saepius decepti sint, per prelationem *pruilegiariorum*, iam nunc cessat *pruilegium resectionis*. Sed qui ante publicationem *ordinat. process. recognit.* ad reficiendum crediderunt, etiamnum *pruilegio* vtuntur. Nuper quidem inclusus ordo *ICtorum* Lipsiensium in illo argumento a *Scabinis* Lipsiensibus dissensit, & in causa M. G. H. contra creditorem I. G. G. qui ad illud *pruilegium* prouocabat, litem ita iudicauit: *Daß Klägers Suchen nicht statt hat, Er ist auch Beklagten die Unkosten, so viel Er deren verurtheilt, zu erstatten schuldig.* Huius responsi has reddiderunt rationes: Obwohl Klägere actionem hypothecariam angestellt, und das fundament auf ein stillschweigendes Unterpfand, so sie auf Beklagten's Hauße, wegen 95. Thlr. die ihre Mutter D. G. dem vorigen Besitzer L. I. G. S. zu Wieder-Auf- und Ausbauung desselben geliehen, gesetzt, auch zu deren Behuff auf die alte Chur-Fürstl. Sächsl. Process-Ordnung tit. 43. §. 6. und deren allergnädigste prolongationen sich bezogen, daher sie, daß die Klage beständig wäre, in denen Gedanken stehen D. a. u. D. was in der alten Process-Ordnung an besagten Orte disponiret, durch die erläuterte und verbesserte ad hunc tit. gänzlich aufgehoben, der casus auch von der hypothecca tacita, wenn einer zu Erbauung, Besserung und Erhaltung eines Haußes Geld dargeliehen, in denen Allergnädigsten prolongationibus de ao. 1730. 1732. & 1734. nicht mit exprimiret, die erst indulgirten 6. Jahre auch längstens vorbei, folglich es bey der Verordnung der erläuterten Process-Ordnung

nung



nung ad tit. 43. in verbis: Sehen und ordnen demnach 2c. gelassen worden, Nachst dem derer Klägerer Mutter nach diesem keine gerichtliche Hypothec ihres Darlehns halber bestellen lassen, und also sie keines Unterpfands weiter sich zu erfreuen haben; So ist wie im Urtheil enthalten, von Uns billig erkannt. Sed *scabini*, leutatione interposita, pro privilegio pronunciarunt: Nunmehr aus denen Acten so viel zu befinden, daß, in Ansehung, durch das allergnädigste Mandat de dato den 24. Septembr. 1734. das stillschweigende Unterpfands-Recht bey denjenigen, so dergleichen vor publication der erläuterten Proceß-Ordnung bereits wirklich gehabt, hinführo bis zu anderweitiger gnädigsten Verordnung, bey seinen Kräften annoch verbleibet, und die zu Wieder-Erbauung eines ruinosen Hauses dargeliehenen Gelder dabey nicht ausgenommen, hierüber die Lehn an dem libellirten Hause erst am 11. Nouembr. 1732. also lange nach der gemachten Schuld, M. N. S. gereicht worden, Kläger mit seinem Suchen nicht abzuweisen 2c. 2c. Icti vero Vitembergenses, ad quos causa tandem delata est, secundum verba sapientissimæ legis Saxonicæ, d. 24. Septembr. 1734. promulgatæ, mense Nouembri huius anni, in scabinorum sententiam iuerunt. Ita enim expresse *augustissimus legislator*: Als setzen, ordnen und wollen wir, daß das stillschweigende Unterpfands-Recht nicht allein bey denjenigen, so dergleichen vor Publication mehr angezogener erläuterten Proceß-Ordnung, bereits wirklich gehabt, hinführo bis zu Unserer anderweitigen gnädigsten Verordnung, bey seinem Kräften annoch verbleibe 2c. Igitur ne in *Saxonie electoratu* quidem superuacuum est, quaerere de privilegio pecunie ob refectionem aedificiorum datae.

XXVI.

OBSERVATIONES QVAEDAM FORENSES
DE SENATORIBVS
ET QVATENVS EX EORVM
FACTIS CIVITAS TENEATUR?

VITEMBERGAE, IPSIS KAL. FEBR. A. Q. S. P. E. MDCCXXVII.

Disputationem iuridicam eandemque inauguralem mihi meditantia v. Proentium.
ria obuenerunt argumenta, in quibus discutiendis vires periclitari licuisset.
Quo-



Quoniam vero in munere, quo, per Dei gratiam, quatuor & quod excurrit lustra, functus sum, sæpius de eo, an & quatenus vniuersitas seu ciuitas ex factis atque administratione collegii senatorii vel coniunctim summi vel singulorum membrorum teneatur, disceptandi, & quid de illa causa statuendum, excutiendi ansa fuit; hinc apud animum constitui, de hac materia, pro modulo ingenii & virium mearum, capita quædam & non nullas observationes publici iuris facere, atque in rationes eius inquirere. Monendus autem ante omnia lector beneuolus est, me, in rerum argumentis versantem & a studio theoretiarum subtilitatum per multos annos remotum, illis diu non immoraturum, sed quid usus fori ferat, demonstraturum esse, quod institutum ut Deus T. O. M. felix faustumque esse iubeat, lector autem æqui bonique consulat, enixe ac modeste rogo.

§. I.

*Explicatio
nominalis
venitritur
ad compen-
dia iuris.*

Vt de nominali explicatione verborum ac titulorum in rubro occurrentium multum sollicitus sim, nec instituti mei ratio permittit, nec attinet, cum in omnibus compendiis iuridicis tyronibus iuris hæc omnia satis explicentur, imo per se satis nota ac cognita sint.

§. II.

*Factum ex
quo obliga-
tio resultat,
quotuplex?
& de quo
hoc loco ser-
mo sit?*

Quoniam autem omnis obligatio vel immediate *ex lege* descendit vel *ex facto*, & quidem regulariter proprio oritur, tot, tit. cod. *inter alios act.* & iuxta vulgata, res inter alios acta tertio non præiudicat; de hoc *facto* tantum notari conuenit, quod illud duplex in iure obueniatur, alterum *absolutum* & generale, quod dicitur in specie *actus* l. 19. ff. de V. S. & l. 77. d. R. I. alterum autem *obligatorium*, quo quis alteri obstringitur, & ex quo ei, qui alterum obligatum tenet, ius in personam competit l. 3. & 38. ff. d. O. & A. De hoc igitur postremo in dissertatione nostra sermo erit, & expendendum, an & in quantum *ciuitas* seu vniuersitas *ex factis senatorum & administratorum* ad aliquid agendum vel patiendum *obligetur*.

§. III.

*Ciuitas
quid?*

Vocabulum *ciuitatis* hoc loco non in sensu politico accipiendum, quo sumitur pro iure ciuitatis & iuri pagorum opponitur, & hinc potius ius vr-bis quam ciuitatis nominandum esset. Eo enim sensu ciuitates in imperiales liberas, municipales & mixtas, vel, ratione dignitatis & eminentiæ, velut in Saxonia nostra, in ciuitates des engen und weitem Ausdusses it. in die gemeinen Städte dispesci solent: sed iam ciuitatem intelligo cæctum hominum ad rem publicam & communionem iurium quorundam sub eodem capite auctoritate publica coniunctorum: vel breuius: vniuersitatem, eine Commun, Gemeinde, quæ per alios regitur, & cui per administratorum facta subinde damnum vel præiudicium adfertur.

§. IV.

§. IV.

Notandum porro, nos, quando de factis senatorum vel administratorum, & quatenus ex iis ciuitas seu vniuersitas non nihil detrimenti seu incommodi patitur, sermonem instituimus, nequaquam ea excludere, quæ ex omissione officii senatoribus vel administratoribus incumbentis noxia oriuntur, ipsisque imputantur; cum illa certe, experientia quotidiana id satis loquente, ciuitati seu vniuersitati longe maiora incommoda adferant, quam ea, quæ senatores vel administratores agere solent; dum haud facile aliquid momenti cuiusdam sine circumspectione, quæ ipsos decet; & in consilium adhibitis peritioribus, aggrediuntur.

§. V.

Vocabulum *senatoris*, vt de hac voce paucis dispiciamus, procul dubio a senio deriuatur, quia nimirum senatores ob virtutis præstantiam, quæ regulariter in ætate prouectiores, ob iudicium longo vsu magis exercitatum & confirmatum cadere solet, his muneribus admoueri par est; cum Romani etiam senibus fere eundem honorem quam magistratibus tribuerint l. 5. ff. de iur. immunit. & senes multis prerogatiuis præ iunioribus gaudeant, quarum quinquaginta Theodolius Schöpffer tract. de iure senum in prooemio ex Tiraquell. recenset. Germanice vocantur senatores: Raths-Personen, Raths-Herren, Rathsmann, Raths-Freunde, qui diuersus stylus in tabulis publicis sæpe vsurparus est. Per omnes vero denominationes illas præcipue per vocem: Raths, sine dubio id indigitatur, quod senatores instructi esse debeant prudentia rerumque notitia, vt aliis consilio adesse & rempubl. sapienter regere, atque communicatis inter se consiliis administrare possint: hinc etiam titulo honoris: Hoch- und Wohl-Weise compellantur. Sub senatoribus vero etiam consules, salua eorum eminentia & prerogatiua, nec non assessores comprehendi, expeditum esse, & a nemine in dubium vocari iudico.

§. VI.

Quamquam vero inter nostros consules atque senatores Germanicos & Romanos magna intercedit differentia; quod Dn. KNORR. diss. inaugur. sub præsidio illustris de LVDEWIG. Halæ 1721. habita studiose, ostendit, simulque discrimen inter Decuriones Romanos & hodiernos senatores copiose illustrauit; nihilominus tamen hi cum illis in eo conueniunt, quod consules & senatores nostri æque ac Romani vbique ferme locorum libera electione collegii senatorii, secundum numerum suffragiorum, accedente apud nos principis, cui subsunt, confirmatione, collegio adscribuntur: exinde etiam est, quod hi consules & senatores non facile in consulto principe ab officiis suis summoneri possunt. conf. ZIEGLER. de iur. maj. lib. 1. c. 29. §. 3 seq. B. de BERGER obseru. III. suppl. ad el. crim.

Fasc. IV.

O

§. VII.



§. VII.

*De remotio-
ne & suspen-
sione senato-
rum.*

Notanter autem §. præced. dixi, quod senatores non facile, nec incon-
sulto principe a muneribus suis remoueri soleant. Quid si vero consul vel se-
nator graue delictum depositione & amissione iurium suorum dignum admiserit,
an non inscio principe per sententiam dicasterii cuiusdam statione sua priuari
possint dubitatur. Quod ego quidem affirmare non dubito, de *suspensione* in
primis, ad quam facilius quam ad remotionem progredi licebit, cum per
hanc quidem damnum irreparabile remoto inferatur. Dicasteria scilicet &
collegia iuridica auctoritate publica ad acta pronunciant, inprimis si ab ipso
principe, vel eius iussu consulantur; certe suspensioni plerumque, ob in-
quisitionem ex capite falsi dictatam, locum fieri videas. Hinc cum senatori
cuidam, qui nomine senatus steuras, quas vocant, simul recipiebat, & de
residuo postulabatur, responsio ad articulos inquisitionales iniungeretur Dni
scabini Lipsi. m. Ian. 1709. pronunciabant: *Daß wider ihn mit der Inquisi-
tion gebührend zu verfahren, und er Articuls-Weise zu vernehmen, wird auch
bey dem Raths-Stuhl ab officio nicht unbillig suspendiret.* Sed de ipsa
remotione non facile, nisi iussu principis, sententiam dicasteria ferent. Ne-
mo enim munere, quod a principe ipso, vel per eius confirmationem, im-
petrauit, nisi ipso conscio, exui & priuari posse videtur. Itaque cum con-
sul quidam (quem casum Dn. Præses mihi narrauit,) contra fidem iuris
iurandi ab ipso præstiti, tempore periculi pleno & minime opportuno, e
ciuitate, per dies aliquot, priuati compendii causa, non impetrata venia
aufugisset, Dni ICTi Vitembergenles m. April. 1735. non permiserunt sena-
tui, vt consulem ordine moueret, sed rem ad principem referendam esse
censuerunt: verbis: *Daß er aber von Ihro Hoch-Fürstl. Durchl. zu N.
wegen seines Bürger-Meister-Amtes confirmiret worden; so ist zusehender
in der Sache ein unterthänigster Bericht zu erstatten, und gnädigste Resolu-
tion darauf zu erwarten.* B. R. W.

§. VIII.

*An senator
ad articulos &
inquisit. re-
spondere coa-
ctus & postea
absolutus ad
officium
suum redire
possit?*

An vero talis consul vel senator ob inquisitionem contra se decretam
& post responsionem ad articulos inquisitionales, perpetuo a collegio, cuius
membrum fuit, abesse debeat, & ad illud redire non possit? inquirendum.
Collegio senatorio viros integræ vitæ & honestos assidere debere, qui ciuibus
vita inculpabili præluere, & in peccantes animaduertere possint, res ipsa
loquitur. Romani enim etiam illos, qui flagellorum ictibus, quamuis sine
infamia, subiecti fuerant, in ordinem recipi inhonestum putauerunt. l. 12. ff.
de decur. maxime in eis ciuitatibus, quæ copiam virorum honestorum ha-
bent. Inquisitione autem præcipue ex causis famosis decreta existimatio & fa-
ma non parum sugillatur, auctoritasque minuitur: itaque inquisitione notatus
subinde bene sibi consulat, si sponte officio magistratus se abdicabit, quia
alios

alios delinquentes vel non nisi reclamante conscientia, & cum indignatione virorum grauium punire, vel certe vix sine pudore officio suo defungi potest. Quoniam autem inquisitio sola, vt ictus fustium, per l. 25. ff. de his qui not. infam. non infamat, sed causa, propter quam quis illam meruit; mitius statuendum & tali, finita inquisitione, quæ inculpato infamiam non irrogauit, reditus ad munus suum non denegandus erit: maxime, cum scellis hominum moribus testiumque leuitate sæpe innocenti facinus imputetur, & facile vir honestissimus neglecti officii redargui possit, qui, si se ab inculpatione liberauit, omnino restituendus &, per inquisitionem & suspensionem ab officio eiusque emolumentis, iam satis afflictus, non vltius affligi debet. Quapropter cum collega ordinis senatorii N. Idemque aurifaber corruptæ & imminutæ monetae insimulatus sententia Dnn. scabinorum Lipsi. inquisitione & postmodum territione verbali dignus iudicaretur, adeoque ab officio suspenderetur, defensione vero sua id efficeret, vt sibi purgatorio iuramento ab inculpatione se liberare permitteretur, & hoc iuramento præstito ad officium & dignitatem senatoriam iterum admitti cuperet, reliqui collegæ fluctuabant, & ipsi reditum ad eam negabant: tandem autem laudatum scabinatum de re illa consulebant, qui m. lun. 1680. ita respondebat. Diemeil die bloss Inquisition, ohngeachtet selbige auf genugsame Indicia angeordnet, niemand an seinen Ehren anrichtig machet, S. auch noch zur Zeit keinen Mißhandlung überführet, da er nunmehr vermittlest Endes sich gereinigt, allerdings vor unschuldig zu achten, gestalt er denn auch durch Urtheil und Recht von der Inquisition absolviret, nach mehrerm Inhalt der überschickten Acten und eurer Frage; So wird er bey seinen Ehren- und Raths-Stand nochmahls gelassen, und zu denen Raths-Versammlungen auch Verrichtungen, wie vorhin billig gezogen. B. X. W.

§. IX.

Restarent plura de consulum & senatorum habilitate, requisitis dignitate, iuribus, commodis & oneribus; sed verendum, ne, si his recensendis diu immoremur, opus nimium exerceat, & nos longius iusto a scopo aberremus; vt taceam ea passim a Dd. esse exposita, cum in compendio ea recensuerit B. de BERGER oeconom. iur. lib. I. tit. II. th. 10. not. I. & pro diuersitate locorum, varia esse videantur. Id vero expendi meretur, an non cum fere vbique, præcipue in Saxonia nostra, munera consulum & senatorum annua sint, satius foret, perpetuum senatum, constitui. Laudat, prout fas est, supra citatus Dn. KNOOR, in allegata sua disp. sect. I. diff. 1. potentissimi regis Borussiae decretum, qui Halæ Magdeburgicæ Ao. 1719. perpetuum senatum constitui iussit. Quæstio hæc, nisi fallor magis politica quam Ictorum videtur: interea, si dicendum, quod res est, omnino reip. interdum magis conducere arbitror, si ab vno eodemque senatu, quam si

Annon ciuitati præstet, senatum perpetuum quam alterantem habeat.



ab alternante, ciuitas regatur. Ille enim melius in mente ac memoria retinet res coram se gestas, & a se decreras, & fortius executioni mandat, quam subsequens senatus, qui nonnunquam, pro ingenio humano & studio partium, a quo homines non alieni sunt, eis, quæ a collegio priori facta sunt, aduersatur: & contrarium statuit: quare non res publica solum ipsa, sed & sæpe partes, quarum interest, læduntur, ut impenfas erogatas interdum frustra consumptas esse intelligant: quid, quod consules & senatores constanter fructibus & emolumentis, maiorique auctoritate & obsequio ciuium frui possunt, nec opus habent, aliis negotiis, panis lucrandi causa, operam dare. Sed hæc res, credo, magis optanda quam speranda, ob nimiam multitudinem hominum munera hæc ambientium. Ipse memini, me in actis a senatu Delitiano asseruatis legisse, hunc senatum amplissimum ante hos L. annos & quod excurrit, a principe petisse, ut sibi liceret, vnum ordinum suorum, ein *Mittel*, collegii sui, quorum tunc tres erant, abrogare; principem vero ciuium consensum hanc in rem antea exegisse. Cum autem senatus a populo s. ciuibus, an petitis suis annuere vellent, sciscitaretur, hi respuebant hanc imminutionem membrorum collegii senatorii, causati, quod minuto senatorum ordine ac numero, ipsis spes præcideretur, quo minus vnus vel alter ex ciuibus ordini senatorio adscriberetur. Sunt etiam, qui existimant, munera ambulatoria, quæ dicunt, non omnibus commoditatibus destitui, quod inprimis ius æqualitatis inter collegas optime seruetur, si illi per vices præsent reipublicæ, nec non ciuium intersit, mutari quandoque magistratus, ne perpetuo eundem infensum iudicem experiantur, nec semper eadem chorda oberretur, & ut quandoque corrigantur, quæ a prioribus fuerant neglecta; ut adeo arbitrio principis relinquendum, quid pro re nata & circumstantiis in hoc vel illo collegio statuendum esse videatur.

§. X.

An & quatenus senatorum suorum teneantur? Collegium senatorium, ut alias vniuersitates, non nisi certis, iisque rarissimis casibus mori, in vulgus notum est. Hinc pro-
vos ex factis no alueo fluere existimo, senatores antecessorum suorum facta honesta, li-
antecessorum cita & reipublicæ seu vniuersitati proficua rata habere & defendere, nec
reneantur? non cæpta vltius proseguere atque ad effectum deducere obstrictos esse; quod si negligeretur, verendum esset, ne vniuersitas pessumdaretur, & nemo ciuium vel alius cum collegio senatorio aliquid negotii habere vellet. Sin vero antecessores in administratione sua vel committendo vel omittendo peccauerint, id successores ut luant atque præstent cogendos non esse, obscurum esse nequit; cum non sint eorum heredes, & sanæ rationi iurique diuino con-

con.



conueniat, factum cuique suum, non aliis, obesse, & poenas suos tantum auctores manere. L. 155. ff. d. R. I. L. 21. C. de poenis.

§. XI.

Hoc vt clarius & maioribus argumentis demonstretur, vix opus esse ar- *Præiudicia*
bitror. Nihilominus tamen a senatu Delitiano Ao. 1702. regente exige- *bac de re.*
batur semel iterumque, vt summam haud leuem steurarum, quam recep-
tores ab antecessoribus collegii constituti ab Ao. 1663. interea temporis vita
functi, residuum dedebant, ob imputatam conniuentiam & in expungendis
rationibus negligentiam, propriis sumtibus, vi iuris subcollectandi, sol-
ueret. Quamquam vero senatus plus vice simplici excipiebat, se ex factis
his antecessorum illicitis non teneri; hæc tamen sufficere non videbantur ad
senatum absoluendum. Tandem de illa re consulebatur celeberrima Fac.
iurid. Lips. quæ m. Nou. 1703. sequentem in modum respondit:

Ob nun wohl ihr die Administration derer Quatember-Steuern über euch
gehabt, auch die Einnehmer dererselben vor euch allein bestellet, und da-
hero, daß ihr deren facta gelten müßet, scheinen möchte, euch auch eine
Nachlässigkeit beygemessen werden will, in dergleichen Fall die membra
collegii die Erstattung von ihren eigenen Mitteln zu thun wohl angestrengt
werden mögen: D. a. u. D. dem Verichte nach, der Rath und die
darinnen befindliche Personen einer Nachlässigkeit und Unterschlags nicht
überführet, noch deshalb gnüghen gehört worden, und wenn gleich hier-
bey etwas ungebührliches, davon die Reste aufgewachsen, vorgegangen
wäre, dennoch solches vor der Zeit, als die jetzigen Raths-Perso-
nen ins Raths-Collegium gezogen worden, geschehen, bey wel-
cher Bewandniß diese *ex delicto alieno* nicht belanget werden mö-
gen, So sind die seho im Rath zu D. befindliche Personen zu Abstattung
obbemelten Quatember-Rests nicht anzuhalten. B. A. W.

Quod responsum potentissimo regi cum precibus humillimis oblatum id effe-
cit, vt membra senatus tempore residui collegio nondum admota liberaren-
tur, & præstatio huius debiti antecessorum & receptorum heredibus iniun-
geretur. Idem & Iuris Romanis inprimis *VLPIANO* placuit, qui l. 15.
§. 1. ff. de dolo malo, in municipes non dari actionem de dolo, ait, nisi in
quantum ad eos peruenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant: de
dolo autem decurionum in ipsos decuriones dandam esse actionem. Quam-
uis enim l. 9. §. 1. ff. quot met. caus. si curia vel collegium vel corpus me-
tum intulerit, in illud corpus dandam esse actionem dicatur, pariterque
auth. item nulla communitas C. de Episc. & Cleric. tripli pœna a collegiis
ob iniustas exactiones subinde exigatur; illud tamen non simpliciter de fa-
ctis illicitis administratorum aut antecessorum, sed de illo casu accipiendum
est, si vel omnes collegæ, qui iam viuunt, in illud factum illicitum consen-



ferint, vel id postea ratum habuerint, atque adeo seiplos delicto contamina-
rint, quod copiose b. GUNDELING in diss. *de uniuersitate delinquente* &
illustris LEYSERVS *de delictis collegiorum* interpretati sunt.

§. XII.

*Quomodo
tandem suc-
cessores tene-
antur?*

Præiudicium

Sed hoc modo succedentes senatores plane immunes ab omni præstatio-
ne factorum antecessorum dixeris? Responderur: quoad *facta illicita* id om-
nino ex supra deductis affirmandum esse, nisi eorum facta rata habuerint, &
absque protestatione illa defendere susceperint. Experientia autem & usus
fori subinde testatur, quod indistincte senatus regens nunc iussu superio-
rum nunc Dicasteriorum sententiis, ut de iis, quæ ante sua tempora ab an-
tecessoribus gesta sunt, respondere cogantur: quid, quod sententias con-
demnatorias ex talibus factis in senatum regentem dici videas. Attinet igitur,
ut quo effectu id tandem fieri possit, videamus. Collegium senatori-
um non facile emori supra dictum est; hinc non potest non, lite contra se-
natum mota, etiam contra eundem pronunciari; at non hoc effectu, ut
senatus nunc regens ea, quæ maiores neglexerunt, præstet, sed hoc tantum
consilio, ut de factis eorum illos, quorum interest, ex actis & archiuo insti-
at, & circumstantias aperiat. Plane senatus D. Ao. 1714. & sequenti anno
falces reip. tenens coram præfectura D. in causa quadam condemnabatur,
vim pecuniæ depositæ Ao. 1706. & eodem anno consentientibus ciuibus in
usus publicos, animo restituendi, versæ domino huius restituere: quæ
sententia etiam remediis suspensiuis & deuolutiuis, quæ contra eam interpo-
sita fuerant, posthabitis, confirmabatur. Actor executionem iudicati pe-
tens pro obiecto bona propria senatorum tempore latæ sententiæ definitiue
regentium expetebat, commotus ea ratione, quod senatus ab anno. 1714.
& sequentibus facta antecessorum sine vlla protestatione defendisset, illud-
que facere iure obstrictus fuisset. Sed senatoribus postea contradicentibus,
& se tempore depositæ & aliorum versæ pecuniæ collegio nondum adsedisse,
verum postea demum his muneribus admos esse, deducantibus a sca-
binæ Lips. m. Mai. 1717. pronunciabatur:

Daß Klägers Suchen wegen der Execution in Beslagter wie auch S. M.
und Cons. und deren Principalen priuat-Güter und Vermögen nicht statt
hat. W. R. W. adscitis postmodum ad instantiam actoris ex eodem inely-
to collegio his rationibus decidendi:

Diemeil, wenn gleich der ganze Rath bey dieser Sache in Anspruch ge-
nommen, und in die Bezahlung des von ihnen erhobenen und nachgehends
zu Bezahlung derer Schwedischen Contribution verwendeten Capitals con-
demnirt worden, die Execution wider einige indiuidua aus besagten colle-
gio und in deren priuat-Vermögen, wie sol. gesucht, nicht geschehen
kan, indem selbige nicht als priuati, sondern als eine Commun die Gelder
ein.

eingenommen, dergestalt auch die Execution in deren commun Güther zu suchen, und daß die *Successores* im *Collegio* vor derer *Antecessorum facta* zu stehen schuldig, nur so viel, daß selbige davor Red und Antwort zu geben verbunden, keineswegens aber, daß sie aus ihrem *privat-Vermögen Satisfaction* zu thun gehalten, *inferivet*, So ist zc.

§. XIII.

Non absimilis species mens. Sept. anni præter lapsi 1736. ill. Ictor. Vi-
temberg. ordini oblata est cuius communicationem beneuolentiæ Dn. præsidis
mei acceptam fero. Conueniebatur iudicium quoddam, quod hypothecam
in fundo, qui iurisdictioni eius non subiectus erat, confirmauerat, & hac
re creditorem in damnum induxerat. Damnatus erat iudex, & assessores,
die Gerichte, vt iureiurando affirmarent, se tunc, quum hypotheca con-
firmaretur, in possessione vel quasi huius iuris constitutos fuisse, & sæpius
hypothecas, quibus ille fundus obligatus fuerat, confirmasse. Dies etiam ipsis
indictus erat, quo omnes collegii assessores præstarent ius iurandum: quod
cum ipsi detrectassent, contumacia ipsorum accusata erat: sed responsum est
a ICtis: Daß Klägers Suchen nicht statt hat, sondern es sind der Gerichts-
Halter N. N. und die übrigen Gerichts-Personen, welche als der streitige
Consens ausgefertigt worden, zu denen Gerichten mit gehört, und von
dieser Sache Wissenschaft gehabt, oder, da diese allerseits verstorben,
oder sonst davon keine Nachricht erhalten, oder auch ihrer Gedanken nicht
mehr mächtig, welches zufförderst gebührend beizubringen, der Gerichts-
Halter allein, zu Ablegung des ihnen zu erkannten Erfüllungszendes bil-
lig zuzulassen. W. R. W. Cui responso hae rationes adiectæ sunt:

*Illustratur
ulterius præ-
iudicio.*

Obwohl der im Urthel angeführte Erfüllungszend denen sämtlichen Ge-
richten Rechts-kräftig zu erkannt worden, also wenn solcher von dem Ge-
richts-Actuario allein abgeleget wird, dem iudicaro kein Gnügen zu gesche-
hen scheint, vielmehr Kläger derer übrigen an dem Schwereungs-Termin
nicht erschienenen Gerichts-Personen hierunter begangenen Ungehorsam
accusiret, und daß entweder auf die Desertion des Endes erkannt, oder
doch die jeko vorhandenen Gerichts-Personen zu Ablegung des iuramenti
de credulitate gehalten werden möchten, verlangt. D. a. d. Kläger
die Gerichten, wegen eines facti illiciti und wenigstens culposi, in An-
spruch genommen, dahingegen die *successores* in officio vor ihrer Vorsah-
ren Versehen zu stehen nicht verbunden, sondern lediglich der Gerichts-
Halter nebst denen noch lebenden Gerichts-Personen, so der Ertheilung
des Consensus begewohnet, wegen ihrer eigenen factorum Klägern ge-
recht werden müssen, mithin auch das angezogene Rechts-kräftige Urthel
legaliter und nur von diesen Personen zu verstehen, unnöthige Ende aber
zu vermeiden, gleichwol daß diese Gerichts-Personen entweder gestorben,
oder



ober zu schwehren nicht im Stande, in facto beruhet, und nicht præsumet wird, So ist w.

§. XIV.

Quatenus ciuitas id quod senatores egerunt, præstare teneantur?

Sed vt tandem ad id deueniamus opus est, an & quatenus nimirum ciuitas seu vniuersitas ipsa ex factis seuatorum vel administratorum teneatur, seu quod eodem recidit: an & quatenus senatores vel administratores id, quod nomine publico soluere & erogare necesse habeant, rationibus ciuitatis publicis valide ac iuste inferre possint? Otium mihi hac in re fecit haud paruum consultissimus Dn. IACOB. BRVNNEMANNVS disp. sua inaug. elegantissima sub præsidio b. Sam. STRYCKII Halae 1709. habita *de iure principis circa rationes ciuitatum*, vbi cap. V. materiam hanc multis exemplis per varia expe sarum genera discussit. Pro regula interim tenendum crediderim, ciuitatem s. vniuersitatem, vt ea, quae a senatoribus vel administratoribus, nomine publico & vi officii ipsis concediti, in commodum, conseruationem & decus eius erogauerunt, omnino rata habeat ac inter data & expensa referat, obstrictam esse: quae regula non solum fundatur l. 5. ff. *de decret. ab. ord. fac.* sed etiam, si forte expressa ciuitatis voluntas defuit, ex tacito eius consensu elicitur, quod nimirum ex factis ipsorum, quatenus administrationem rite procuratam respiciunt, teneri velint. conf. Dn. GROSSMANN diff. inaug. *de incauto contrahente cum vniuersitatibus* §. 9 seq. Quis enim, si hoc negaretur, cum his administratoribus aliquid commercii habere vellet? Certe misera ipsius ciuitatis conditio foret, si fidem semper falleret. Neque igitur quae dicta sunt, eo extendere vereor, vt ciuitas administratorum suorum facta & gesta bona mente, & citra illam oscitantiam vel ignorantiam, quae ipsis imputari possit, cæpta approbare debeat, licet euentus optatus intentioni non respondeat. Nunquam enim, vt ICtus l. 1. §. 11. *de magistrat. conu.* ait, magistratus & administratores futuros euentus & fortunam praestare coguntur.

§. XV.

De mutuo a senatoribus nomine ciuitatis contracto.

Hinc, si collegium senatorium pro ciuitate mutuum contraxit, eiusque versio in rem illius doceri potest, illud ex bonis vniuersitatis soluendum esse docet lex famosissima 37. ff. *de reb. cred.* de quo modo probandæ versionis legi meretur disserratio illustr. b. Sam. STRYCKII *de probanda versione crediti.* quem varium cap. 4. ostendit, & tandem deficientibus omnibus aliis mediis in hac probatione valde difficili §. 15 seq. concludit, officium iudicis implorandum esse, vt administratores, quibuscum creditor contraxit, facti sui optime conscii, ipsi assistant, & in quos vsus pecunia erogata sit, aperiant & demonstrent; vel etiam libros & rationes ciuitatis edant, vt res facilius expediatur. Certe hoc vtrumque ordini senatorio D. iniunctum esse, ex actis in causa Scheidings contra den Rath zu D. vidi, dum a senatu appellatio-

num



num m. Aug. 1633. pronunciatum: Daß Appellanten (senatus) Appellaten, bey dem vorbehaltenen Beweis (sc. mutuum in rem ciuitatis versum esse) zu assistiren schuldig, idem curia supr. prou. Lips. ad instantiam actoris cuiusdam senatum m. Nov. d. a. iussit: Die Stadt-Bücher de Ao. 1613 seqq. versiegelt ins Ober-Hof-Gerichte einzuschicken, allegauit prius præiudicium B. CARPZ. resp. libr. VII. resp. 167. Enimvero, præuia litis denunciatione, hoc casu cogi posse administratores, vt creditoribus assistant, Dec. el. Nov. 16. expresse constitutum.

§. XVI.

Dixi hanc probationem difficilem, sed quare? an non licet contra senatum, qui nomine ciuitatis publico chirographum dedit, & hoc instrumentum superscriptione consulis & assessorum, sigilloque ciuitatis, munivit, processu executio valide & hoc effectu, vt e bonis ciuitatis solutio fiat, experiri? Constat iure Sax. el. hunc processum ex documentis guarentigiatis, bey flahren Brieff und Siegel, ex quibus, quid, quale & quantum cui, & a quo debeat, appareat, locum habere: qui modus procedendi in ordin. proc. recogn. nostra in appendice denuo §. 3. verbis: Wenn aber ein Kläger confirmatus, imo haud parum ampliatus & extensus est: illud ipsum multo magis locum habere dixeris forsitan, si chirographo renunciatio exceptionis non versæ in rem ciuitatis inserta sit. Verum enim vero processum executium hic exulare, & officium suum perdere, exceptionemque non versæ in utilitatem ciuitatis pecuniæ opponi posse, palam est. Ciuitas enim, si valide eam obligatam habere volueris, vt ipsa se obstrinxerit, necesse est, adeoque non verba chirographi a senatu dati, sed conditio & qualitas subiecti contrahentis inspicienda. Administratores enim ciuitatem non aliter obligant, quam si reperitur, in utilitatem eius versa pecunia: sed versio altioris indaginis est, & ex sola confessione administratorum non probatur. Igitur ciuitas, de cuius præiudicio agitur, de illa re audienda, & versionis probatio creditori iniungenda erit. Dec. el. Nov. 16. MEY. P. 3. Dec. 228 seq. B. HORN. class. XI. resp. 92. p. 762. & latius B. CARPZ. tract. de asylo debit. §. 46 seq.

§. XVII.

Administratores autem & rectores ipsos ex mutuo ab ipsis contracto teneri expediti iuris est ex allegata l. 27. ff. de reb. cred. quia confessionem & factum suum proprium impugnare nequeunt; imo non meretur auxilium legis, qui se facto proprio in necessitatem coniecit. l. 7. §. 1. ff. qu. satisd. cog. & creditorem pecuniam suam perdere iniquissimum esset. Executionem vero hoc casu non in administratorum bona propria sed collegii senatorii quales communia, si talia possident, fieri æquissimum videtur: quoniam non vt priuati sed vt collegium, nomine publico contraxerunt, & cauendum, ne

fasc. IV.

P

ipsis

An ex chirographo a senatoribus dato contra ciuitatem executioe aagi possit?

Negatur.

Administratores autem ex mutuo ipsi tenentur. Non tamen ex propriis bonis.

ipsis officium, si eo rite & absque dolo vel culpa, quæ ipsis imputari potest, functi sunt, damnosum existat: quod non solum *CAROL. lib. II. resp. 108.* de ipso collegio senatorio D. testatur, sed celeberrimis *scabinis* Lipsi. etiam placuit in causa §. 12. huius diss. allegata m. Augst. 1717. verbis: Daß Klägers Suchen wegen der Execution in Beflagten Syndicen des Raths Principalen privat-Güter nicht Statt hat, vbi in rationibus decidendi: Dieweil, wenn gleich der ganze Rath bey dieser Sache in Anspruch genommen, und in die Bezahlung des von ihm erhobenen Geldes condemniret worden, die Execution wider einige individua aus besagten Collegio und in deren privat-Vermögen, wie gesucht worden, nicht geschehen kan, indem selbige nicht als privati, sondern als eine commun die Gelder eingenommen, dergestalt auch die Execution in deren commun Güter zu suchen ist: quod enunciatur fac. iurid. Lipsi. m. Febr. 1718. confirmavit. conf. etiam B. HORN. resp. supra citato. Ceterum si dolo suo damnum dederint administratores, singulos in solidum teneri, sin culpa, pro rata quemlibet illorum teneri, certum est: ita enim *CELSVS* præcipit l. 7. D. de magistr. com.

§. XVIII.

An in bona senatus publicæ executioni fieri possit? Actor in eadem causa postea executionem in bona senatus publica urgebat, quod, vt antea euici, in congrue non petebatur: cum autem senatus exciperet, sibi quidem esse bona quaedam publica, reliqua autem omnia cum ciuibus communia, laudatus *scabinatus* Lipsi. responsum suum iam recitatum m. Dec. 1728. cum hac ampliatione repetiit: Daß wegen des Capitals derer N. Thlr. nebst dem Interesse moræ und denen Unkosten in die angegebene Raths- und Commun-Grund-Stücke pro rata des dem Rath davon zustehenden Antheils, auch dafern solcher nicht zureicht, in diejenigen Güter, welche selbigen entweder eigenthümlich oder in Ansehung des Nießbrauchs gehören, mit der Execution zu verfahren. Me autem nomine senatus appellationem contra hanc sententiam ad illustre regimen Martisburgense interponente, & simul, quod senatores ex omnibus publicis bonis, etiam iis, quæ ipsius collegii essent, nil nisi salaria sua perciperent, reliquos prouentus autem omnes rationibus publicis inferre cogerentur, hinc bona ista, in præiudicium successorum, ciuium & vniuersitatis imminui non possent, laudatissimum illud collegium desuper consulta fac. iurid. Lipsi. m. Iul. 1729. talem ferebat declaratoriam: Daß in erster Instanz wohl gesprochen, jedoch mit dieser Erklärung: daß die Execution in solche Grund-Stücke, welche der communia eigenthümlich gehören, und woraus Appellantis (Senatus) Principalen von denen Nützungen ein mehrers nicht, als was zu ihrer Besoldung ausgesetzt, erhalten, nicht zu vollstrecken. B. N. W. cui enunciato sequentes rationes adiectæ erant: Daß Appellantis Principalen das beneficium competentiae zustünde, und daher die Execution in diejenigen Güter, davon ihnen

ihnen nicht der völlige Nießbrauch zugehöre, sondern aus deren Nützungen sie nur so viel, als ihnen zur Besoldung ausgesetzt, erhielten, nicht angeordnet werden möge.

Ex quo præiudicio fere confici videas, vix executionem, nisi in ea bona senatus, quæ saluo ipsius competentiae beneficio supersunt, & aliis vsibus certis non destinata sunt, locum habere; quamuis illud durum videatur. Interim hæc lis, quod ex adductis variis sententiis videre est, mira fata experta, tandem transactione amicabili composita, & ne actor suum perderet, solutio consensu ciuium & principis ex ærario publico facta est.

§. XIX.

Quodsi senatus collegium bonis publicis destituatur, vt creditori ex illis satisfieri non possit, administratores vel illorum heredes teneri ex suis opibus præstare id, quod debetur, iubet lex 27. ff. de R. C. sæpius citata verbis: alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non ciuitas, tenebuntur: quod etiam tunc obtinet, cum protestati sunt, se nolle teneri *Mutuum a senatu & ciuibus simul contractum ex bonis publicis soluendum.* MEY. P. II. Dec. 312. n. 5. ne is qui fidem administratorum secutus est, manifestam rei suae iacturam subeat, cum nota non exiguae iniquitatis. Si mutuum a senatoribus & a ciuibus simul, seu iis, qui ciuitatem repræsentant, e. g. tribunis, Viertels-Meistern und Ausschuß-Personen, acceptum sit, tunc executionem non versæ in utilitatem ciuitatis pecuniæ cessare & executionem in bona ciuitatis fieri, processumque executiuum locum habere, vna fere omnium Dd. sententia est, quæ etiam expresse fundata in Dec. el. Nou. XVI. Nihilominus tamen ab illustri BERGERO id eo restringi videas, si ciues potestatem mutuum contrahendi tribunis dederint, *oeconom. iur. lib. III. tit. 2. not. 2.* quod tamen in dicta decisione el. expresse non requiritur, & nouas parere videtur difficultates, adeo vt ex tali instrumento vix executiue experiri liceat, si ex illo non appareat, tribunos & eos, qui ciuitatem repræsentant quique chirographum simul subscripserunt, a populo hanc potestatem impetrasse. Aequius itaque certe videtur præsumi, tribunis atque aliis, qui repræsentant ciuitatem, & ideo constituti sunt, vt nomine ciuitatis contrahant, illiusque consensum declarent, hanc facultatem datam esse, nisi contrarium manifeste appareat. Si autem illud postea probetur, vtiq; serenissimi legislatoris non hæc videtur fuisse sententia, vt ciuitas teneatur ex administratorum aut tribunorum factis, quorum suscipiendorum ipsis potestas ademta fuit. *Et contra eos processus executiuus locum habet.*

§. XX.

Finge vero, mutuum a solo collegio senatorio contractum, chirographumque ab eo duntaxat, non vero simul a ciuibus subscriptum, creditori datum esse, senatum vero vsuras illius sortis per seculum vel longius tempus ex ærario ciuitatis publico soluiffe; annon hoc casu ciuitatem ipsam petente creditore obstrictam dixeris? sane antiquis temporibus ferme omnia *Mutuum, ex quo vsurae diu a ciuitate exsoluuntur, ipsum e bonis publicis ciuium præstandum.*

chirographa a solis senatoribus sub sigillo publico exarata, nec principis nec civium consensum peritum esse videas, quod talia instrumenta in iudiciis producta satis evincunt: nec illis temporibus & antiqua illa fide obtinente, tot solennitates desideratae, nec apices iuris tantopere exquisiti sunt: civitatem itaque hoc casu sortem ex bonis suis subinde solvere obligatam esse, non abnuerim. Fac enim, rationes senatus publicas a civibus vel eorum deputatis simul examinatas, & vsuras ex sorte a senatoribus mutuo sumpta inter expensas semper relatas esse, civitatemque nec non principem, cuius camere, quod in Saxonia nostra moris & necessitatis est, istae rationes exhibitae fuerunt, circa solutionem vsurarum harum nihil monuisse; omnino concludendum esse existimarim, civitati solutionem debitae sortis incumbere. Praesupponunt enim vsurae semper aliquam sortem, cuius respectu fuerunt solutae: sortis enim obligationem principalem, vsurarum vero accessoriam esse constat: non potest itaque accessorium subsistere principali non existente, *CARPZ. P. 2. C. 3. d. 9.* Certe & ex hac tacita conventionione & tam diuturna solutione vsurarum creditori firmum ius contra civitatem acquisitum esse videtur, cum taciti eadem vis sit, atque expressi *l. 4. ff. d. pact.* & tam diuturno tempore & tot actibus repetitis erroris suspicio excludatur. Expediti enim iuris est, non solum versionem in rem civitati manifestis argumentis probari, sed etiam eius consensum interdum ex coniecturis elici a. *L. 4. C. de non. num. pec. L. 152. D. d. R. I. vid. illustr. LEYS. med. ad ff. vol. II. spec. 231. n. 9. & 10. p. 646.*

§. XXI.

An lex 27. ff. de R. C. ad alios senatorum actus extendi possit? Sed satis fortasse de remedio *L. 27. ff. de R. C.* Vnicum adhuc expendi haud abs re erit, an nimirum illud in aliis contractibus administratorum valeat? Negat id *B. de BERGER.* in oeconom. iur. lib. III. tit. 2. th. 2. not. 2. laudatque ibidem praedictum adductam. Nihilominus tamen haud ita pridem sequens casus evenit, ex quo dictam legem ad alios actus extensam esse animadvertes. Senatus *D.* adhibitis etiam tribunis ante quinquennium cum heredibus *M.* qui senatum & ciues actione quadam pulsabant, transegerat, atque iisdem certam quandam summam pro redimenda lite solvere promiserat. Tribuni postea ab hac transactione resilientes illam adimplere renuebant: aduersus quos heredes illi processu executiuo ad implementum transactiones & solutionem summae promissae experiebantur; sed libellus, prout erat propositus, ab illustri regimine Martisb. per sententiam m. Febr. 1733. reiciebatur, pronunciabaturque, processum executivum, contra tribunos, haud sufficientur ad hanc transactionem ineundam a reliquis civibus legitimatos, exulare. Actores leuterationem contra hanc sententiam interponentes m. Iul. 1733. hanc declaratoriam obtinebant: *Daß Klägern die Viertels, Meister und Ausschuß Personen, welche den Ver-*

Vergleich mit geschlossen, absonderlich wegen der andern Hälfte zu belan-
gen, unbenommen. B. R. W. vbi in rationibus decidendi hæc: Alldieweil
der angegebene Mangel des Syndicats in der That gegründet, die Viertels-
Meistern und Ausschuß Personen aber eine Bürger-schafft anderer Gestalt
nicht, als wenn ihnen bey ihrer Bestallung dergleichen Recht wirklich zuge-
standen worden, durch die von ihnen geschlossene Contracte verbinden kön-
nen, gleichwohl die *Contrahenten* selbst im Fall der von ihnen im
Nahmen der Stadt errichtete *Contract* nicht *ratihabiret* wird, vor
ihre eigene Person belanget werden mögen L. 27. ff. de R. C. Co
ist 20. Quod enunciatur, valde desuper grauanti-
bus tribunis, semel ite-
rumque confirmatum est; quod satis innuit, hanc legem famosissimam et-
iam in aliis contractibus administratorum locum habere. Consentit etiam
B. BORN. de condict. certi ex mutuo, & de in rem verso c. 7. §. 1. & ex ve-
teribus ACCURSIVS ad l. I. C. de vend. reb. ciuit. Nihil enim rationi
legis magis conuenit, quam vt illa ad omnes contractus, in quibus ciuitas
ob acceptam pecuniam obligatur, & qui proxime accedunt ad mutuum pro-
feratur. Nam naturalis ratio suadet, neminem citra suum consensum fa-
cto alterius obligari, nisi aliquid in rem eius versum esse intelligatur.

§. XXII.

Quatenus ex deposito ciuitas teneatur, quod administratores recepe-
runt, nunc paucis considerandum. Tribunos haud ita pridem a senatu N. ex deposito
confignationem depositorum exactam sat rigoroſe exegisse memini, com-
motos ea ratione, quod bona ciuitatis dominis pecuniarum iudicialiter de-
positarum tacita hypotheca obligata credebant, ideoque sibi, quomodo hæc
deposita administrantur, inquirere licere arbitrabantur: ast iniustum hoc po-
stulatum, causamque quam allegarant, in iure minus fundatam esse, quis
est, qui non videat? Quamuis enim BEUTHERVVS tract. de iur. præl. part. 2.
c. 14. iuxta testimonium B. LYNKERI in diff. eleganti de priuilegiis depoſiti
§. 42. deposito hypothecæ tacitæ priuilegium tribuat; vnicus tamen fere
est, qui hanc opinionem, nullis adiectis rationibus tuetur, refutatus quo-
que ab ipſo LYNKERO loco citato. Depositu enim vt sua natura est
contractus personalis, sic etiam non alium quam personale effectum at-
que actionem producere potest. L. 18. ff. dep. Enim vero l. 1. §. 14. D.
de magistr. conuen. ne pupillis quidem in bonis magistratuum priuilegium
conceditur, sed illos cum ceteris creditoribus partem habere, id est chiro-
graphariorum iure vt, dicitur, si magistratus conueniant. Hinc certe sta-
tuendum, ciuitatem, si rectores eius in custodiendo & administrando depo-
sita negligentes fuerint, vel aliter, quam par erat, se gesserint, ab omni
periculo immunem esse, tribunosque non habere, quod timeant. conf.
CARPZ. P. 1. c. 28. d. 150. & maxime MEY. P. V. dec. 382. & 385.

An ciuitas
ex deposito
a senatoribus
recepto tene-
atur?



Quamquam enim res deposita, si adhuc extat, concursu creditorum imminente, eo iure praelationis gaudet, ut domino statim reddatur, ita ut non opus habeat, concursum cum reliquis creditoribus subire, quod in ord. proc. el. Sax. recogn. ad tit. XLII. disertis verbis sancitum est; id tamen ob ius domini deponenti saluum, non autem ex tacitæ hypothecæ iure, vel privilegio, concedi, inter omnes constat. Imo vero constitutio el. Sax. 28. P. I. depositum, quod non amplius extat, etiam in concursu creditorum, creditis hypotheca tacita gaudentibus, verbis: Ferner sollen nach denen bezahlt werden, expresse postponit atque depositarios ab hypothecariis distinguit: quamvis illi creditoribus, qui arrestum impetrarunt, præferantur. Quod etiam in ordin. P. S. veteri tit. 49. §. 1. quantum ad iudiciale depositum attinet, confirmatum; cum contra creditori ob depositum voluntarium & extraiudicale privilegium personale duntaxat concedatur.

§. XXIII.

Administratores, si nomine civitatis agunt vel conveniuntur, id sumptibus ærarii publici peragunt.

Officium consulum ac decurionum postulare, ut civitatis commodum omnibus modis promoveant, damnumque auertant, religio iurisiurandi, quod suscipientes hæc munera præstare solent, ipsos monet. Hinc si administratores tuendi iuris cuiusdam, quo civitas hæctenus usa est, verbi gratia, iurisdictionis, iuris venandi, piscandi, pascendi, patronatus causa &c. processum instituunt, possessione vel alio quodam non infirmo fundamento subnixi, sumtus in has lites factos in calculum expensarum rite & absque difficultate recipiendos esse, æquitas ipsa suadet, licet collegium victoriæ litis cadat: illo enim iure etiam tutores utuntur in contraria tutelæ actione L. 1. §. 6. & l. 3. §. 7. D. de contr. tut. act. & l. f. eod. L. 1. §. 9. ff. de tutel. & rat. distr. Sed tutoribus simillimi sunt defensores civitatum. Quis igitur collegium senatorium ad euentum litis plerumque incertum præstandum suis sumptibus obstrictum esse dixerit, contra L. 23. ff. de R. I. Secus si statueretur, & collegio solutio expensarum ex suis opibus iniungeretur; dubitandum non est, quin hi administratores defensionem vel acquisitionem iurium civitatis plane & tuto neglecturi sint.

§. XXIV.

Defendendi sunt etiam sumptibus publicis si fines officii non excedunt.

Pari modo membra senatus in rebus ad officium suum pertinentibus, si fines eius non excedant, sumptibus ærarii publici defendi fas est. Præiudicium legis apud B. HORN, class. II. resp. XXVIII. de senatu Plaviensi, qui turbas & damna a militibus tumultuantibus civitati imminencia impediverat, eius vero rei causa coram commissione facti sui rationem reddere iubebatur, sed defensione sua id efficiebat, ut innocens declararetur, & non nisi expensas defensionis suae soluere condemnaretur: quos sumtus ex ærario publico erogandos censuit ordo Ictorum Vitemb. m. Febr. 1698. similiter cum Ao. 1715. senatui D. imputaretur celatio desertorum militiæ, & multa



multa in contrauentionem 400. thal. iure nostro Sax. el. statuta ad denunciationem inimici exigeretur, senatus autem ita se exculparet, vt a Dnn. Scab. Lips. m. Sept. 1714. pronunciaretur: Daß in Ermangelung gnugsamen Verdachts wider den Rath zu D. nichts vorzunehmen, er ist aber nichts desto weniger die verursachten Unkosten zu erstatten schuldig; hoc casu expensarum rationibus publicis, non improbane camera serenissimi principis nostri, efficaciter & iuste illatae sunt: quod in omnibus aliis causis, quibus senatores innocentiam probant, obtinere ipsa aequitas confirmat. Si enim accusatio, praecipue moribus hodiernis, quibus leuitas hominum accrescit, religio vero iuramentorum & candor ferme consenuit, & magistratus officii sui probe memor quouis die fere inensos sibi reddere quosdam cogitur, sola attenderetur, nemo innocens foret. Quid autem aequius, quam vt hi, qui officio sibi demandato rite defuncti, & quibus merito praesumptio doli & negligentiae exclusiua succurrit, si ob id coram commissione vel superiore causam allegare necesse habent, hoc sumtibus publicis peragant? alias enim ipsis officium vere damnosum esset.

§. XXV.

Supra §. 13. breuibus innui, quinam sumtus senatorum ex aerario publico depromendi. Quid igitur de his expensis sentiendum, quas collegium senatus, qua tale, honoris vel etiam misericordiae causa erogare necesse habet; an hae rationibus publicis iuste inferi poterunt? finge, quod saepius in facto contigisse memini, collegio senatorio munus patrini deferri, vel ipsi libros & disputationes publicas inscribi, vel ab alio quodam collegio senatorio, quod per incendium vel alias calamitates ad incitas redactum est, eleemosynam efflagitari: certe hos sumtus his casibus, si modice & pro ratione circumstantiarum congrue facti, inter idoneos iure meritoque supplicari, rationes in promptu sunt; idque efficaciter fieri quotidiana docet experientia. Non parum quidem, quod patromi contrariae sententiae obiciunt, ob stare videtur, quod ex his rebus nihil utilitatis in ciuitatem redundet, sed haec omnia personas duntaxat senatorum attingere videantur, qui exinde soli aliquid honoris, percipiunt, vel si misericordia in alios uti velint, de suo id largiri debent. Verum cum haec omnia, quod suppono, a collegio coniunctim sumto, non autem ab vno vel altero membro eiusdem exiguntur, intuitu officii quod gerunt; iniquum sane foret, si hos sumtus de suis ferre deberent, officiumque sibi damnosum experirentur. Magis fere dubio hoc caret, si forte, quod quidem raro fit, ob sterilitatem vero emolumentorum pro impossibili non habendum, vir peritus collegio senatorio inuitus addiceretur, ad quod munus publicum subeundum quempiam cogi posse iuris expediti est l. 14. §. 6. D. de mun. & bon. Nec obstat, multum l. 22. ff. de administr. tut. qua PAVLVS donationes a tutore factas pupillo non nocere ait.

Vi-



Videtur enim de donationibus superuacuis & temerariis sentire, vt *VLP. IANVS* interpretatur, l. i. §. 5. *de tut. & rat. distr.* Administratoribus enim ciuitatum etiam illa, quæ ad honorum & dignitatem collegii tuendam pertinent incumbere arg. l. 12. §. 3. ff. *de administ. & per. tut.* euincitur.

§. XXVI.

Utrum legatum consuli scabinis qua talibus, adeoque intuitu officii legatum relinquit, heres autem id vel prætoris præstare renuat, an sumtibus publicis ad illud soluendum cogi possit, quaestio est? Mihi, si quidem testamentum rite sit conditum, nec hi officiales sibi ipsis id legatum adscripserint, quaestio affirmanda videtur. Testatorem enim hoc casu non personæ, sed officio illius, prospicere, & sic etiam successores in officio fructus legati illius percipere voluisse, negari non potest. Cum itaque resolut. grau. el. Sax. de Ao. 1657. tit. Von Consistorial-Sachen No. 30. expresse cautum, vt, si paracho fructus legati relictæ in dubium vocentur, ecclesia suis impensis illos afferat & conseruet; quidni argumento huius legis idem de legatis officio consulis, prætoris vel scabinorum relictis, statuere liceat? At inquis forte, quod officio ecclesiastico maior fauor, quam seculari, debeat. Enim vero licet id certo modo negari nequeat, nihil tamen impedit, quo minus etiam membris collegii senatorii suus fauor constet & honor. Neque enim obstare arbitror, quod nihil utilitatis ex tali legato in ciuitatem redundare, sed res solummodo officiales legato honoratos attingere videatur. Nimirum etiam si membris senatoriis intuitu officii de *precedentia* quam dicunt, lis mouetur, vel si de iniuria, qua senatores afficiuntur, aliquem conueniant, publicis sumtibus causam perorari, & iniuriam vindicari posse, plurima pars Dd. largitur vid. B. HORN tr. de iur. præced. dec. 1. qu. 9. quod etiam præiudicia quam plurima, quæ mihi ad manus sunt, diserte loquuntur. Cur non æque legatum administratoribus hisce relictum impensis ciuitatis defendi poterit? est enim omnino e re ciuitatis, vt membris magistratus sui salariis sufficientibus prospiciatur, & successoribus consulatur, ideoque causam hanc publicam ciuitatis ex ærario eiusdem defendi, par est.

§. XXVII.

Ancinitas id quod indiuiduum senatorio ad munus certum obeundum vel bona quaedam administranda constitutum sit, u. g. si munus prætoris cuidam demandatum sit, & iste negliger hoc hoc fungatur, vel culpa sua ciuitati damnum adferat, an hoc in præiudicium ciuitatis vergere iure statuendum, vel vtrum collegium, quod præiudicium ciuitatis talem hominem muneri illi præfecit, damnum resarcire teneatur? Tetigit hanc quaestionem, sed non decidit, Dn. BRUNNEMANNVS in disp. sua sæpius allegata. *de iure principis circa rationes ciuitatum* cap. V. n. 65. & rationem culpe admittæ habendam arbitrio iudicis commendat. Plures admi-

admi-



administratores non separatis portionibus sed pro indiuiso constitutos damnum datum in solidum præstare teneri ex L. 2. §. 8. l. 3. ff. d. administr. rerum ciuit. & ex facto collegæ, qui administravit, subinde beneficium excussionis habere docet. B. MENCKEN. theor. & prax. pand. ad libr. 50. tit. 8. §. 3. Ex quo confici credo, indistincte negligentiam & culpam hanc collegæ ad certum officium deputati nec ciuitati nec collegio administratorio imputari posse. Fac enim collegam vel prætorem a senatu constitutum ordinis, beneficio ad munus illud peruenire, ut illa administratio ipsi necessario relinqui debuerit, illumque præscitu principis & præuia causæ cognitione, quæ ferme in omnibus collegiis senatoriis electionem noui collegæ a senatu factam, antequam in collegium cooptetur & in illo confirmetur, præcedere solet, huic collegio admotum, & per plures annos illos, quibus ei assedit, diligentiam & peritiam suam abunde comprobasse, postea vero repente in officio suo delinquere damnumque adferre, ut nec ciuitati nec senatui spatium fuerit, collegam vel prætorem admonendi, detrimentumque auertendi; sane hoc casu collegio nihil imputari posse æquitas ipsa loquitur, & ciuitatem damnum hoc, si is, qui illud dedit, non soluendo sit, luere & ferre debere, firmiter credo. Tam subita enim degeneratio collegæ antea communiter pro diligenti & satis rerum perito, ab ipso principe, habiti, & a sanatu non de industria, sed ordine ita iubente, ad id munus obeundum deputati, omnino casui fortuito adscribenda est, quem nemo præstare debet; hinc vergit omnino in detrimentum domini, id est, ciuitatis. l. 18. pr. ff. commod. Enimvero, etiam contutoris factum non aliter collegæ imputatur, quam si potuit, & debuit illum, suspectum facere, aut satisfactionem petere: sed si idoneus subito lapsus est, nihil collegis imputari potest l. 14. D. de administr. & peric. tut. Pius causis etiam alienationem a praelato factam, incio collegio, tanquam ipso iure nullam impugnare licet. C. I. X. de H. quæ fiunt a praelat.

§. XXVIII.

Subsistendum hic nec ulterius excurrendum esse puto, ne nimium excrecant pagellæ hæc. A doctoribus forte hæc materia latius excussa est, casusque obuientes facile ex superioribus decidi possunt. Quæstionem satis arduam ac spinosam addere placet, de iurisdictione magistratus urbici, cui Dd. recentiores non amplius patrimoniale tribuere, sed illam potius præsi collegium diatoriam dicere & a personali & patrimoniali distinguere malunt, quod fecerunt Dn. ab OPPEL diff. de iurisd. patrim. §. 12 seq. Dn. GRÆFF diff. inaug. de iuribus præcipuis & singularibus iurisd. patrim. cap. 2. §. 1. & Dn. THOELDEN diff. inaug. sub præsidio excellentiss. MENKENII habita de iure conueniendi subditos in proprio iudicio §. 8. quæ distinctio num fundata sit, in præsentiarum excutere non attinet: certa illam plerumque in patrimonio

Fasc. IV.

Q

monio



monio ciuitatis esse, & hanc ipsi vel eius nomine collegio senatorio, in quod ciuitas iura sua transtulit, æque ac aliis dominis iurisdictionalibus pari effectu competere ipsi Dd. citati largiuntur. Ponamus igitur casum, collegium senatorium seu administratores ciuitatis iurisdictione adeo abuti, vel plane non inquirendo in delicta vel nimium sæuendo in subditos, vt princeps illis iurisdictionem in totum & plane auferat, an ciuitati ipsi iurdictio videbitur adempta? Negatiuam tueri sententiam non vereor. Etsi enim princeps omnis iurisdictionis fons & autor esse solet, & patrimonialis ab eo subordinate conceditur, & hæc concessio in dubio præsumitur, v. B. MENCENIVS præceptor quondam meus grata mente nunquam satis venerandus, *theor. & prax. pand. ad tit. de iurisd. §. XI.* & hinc ipsi pro re nata magistratui inferiori commissarium adiungere, imo causam aliquam ipsam quandoque auocare licet, quod tamen non nisi ex causis prægnantibus & haud ita frequenter fieri videas v. O. P. S. R. tit. I. §. 9. quoniam tamen iurdictio patrimonialis, vel si mauis, prædiatoria, titulo oneroso, quo plerumque ciuitates illam obtinuerunt, territorio & districtui ciuitatis acquisita, & sumtus ad illam adipiscendam procul dubio ex ærario ciuitatis depromti fuerunt vix statuere licet, iurisdictionem hanc plane interire & districtum illa penitus exui posse. Præsupponit enim hæc priuatio culpam latam vel potius latissimam administratorum, quæ in causis ad patrimonium pertinentibus dolo æquiparatur. l. I. §. 1. ff. *si. mens. fals. mod. dix.* ex quo sane patrimonium seu districtus ciuitatis ipse prægrauari vix potest, sed innocenti ciuitati eiusque posteris non immerito principis gratia succurritur.



XXVII.

D I S S E R T A T I O

DE IVRE MILITIS AVXILIARII
APVD GENTES LIBERAS
ET IN S. R. IMPERIO.

VITEMBERGAE, AD D. XV. FEBR. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVII.

§. I.

Necessitas societatis & auxilii.

Natura quidem studiosius a periculis cauere, quam voluptatem simplicem ac nudam, & commoditates vitæ, appetere videmur. Quæ res omnino habet rationem: quandoquidem, qui in periculis versantur, non solum



lum sensu calamitatis affliguntur, quam fugiunt; sed fructu etiam voluptatis & commoditatum carent, quas desiderant & quaerunt, adeoque duplex incommodum accipiant, dum securitatem perdiderunt. Qua re efficitur, ut omnes quidem metu malorum vehementius, quam spe commodi futuri & desiderio, afficiamur. Igitur, quamvis hominum inter se consuetudo & gratia multas omnino pariat & mirificas iucunditates; tamen non immerito dubites, utrum homines cum hominibus fidem & amicitiam iuncturi essent, nisi ipsa ut necessitatis illorum societas contineretur. Enimuero non minus est, quod homo ab homine timeat, quam quod speret & expectet: ut sit satius subinde, quorundam deserere consuetudinem, propter nocendi facultatem, quam in hominibus suspectam esse intelligimus, quam ad amicitias se adiungere, propter plenam periculi commoditatem. Sed periculorum quidem metum, & suspicionem perfidiae, qua disiunguntur hominum animi, & societates segregantur, tandem superavit & excussit indigentia naturae, & desiderium salutis: quam cum segreges & solitarii inuenire & defendere non possent, aut singuli perire, aut comparare sibi auxilia, fidem & amicitiam colere, in aliorum clientelam se conferre, & homines cum hominibus societatem salutis & periculorum coire debuerunt. Nimirum, cum natura diuiderit atque inter singulos distribuerit copiam illarum rerum, quae ad bene beateque viuendum pertinerent, ut sibi quidem nemo facile sufficeret, sed & singuli tamen haberent, quo aliorum inopiam & calamitatem subleuare possent: denique, cum illorum bonorum, quorum alter egeat, in altero plerumque sit maxima facultas; necesse fuit, hominem homini auxilio esse, & subsidio venire, singulos de suo aliquid promere, atque in commune conferre, alium cum alio connecti atque colligari: ut, quod neuter per se quaerere & tueri posset, id uterque viribus coniunctis assequatur. Ad quam necessitatem cum accederet desiderium coniunctionis, a natura nobis attributum, sensusque maximae dulcissimaeque voluptatis, quam ex ipso studio amicitiae mutuaeque voluntate percipimus; ita conglutinatae & connexae sunt hominum societates, ut fere obscurum esse videatur: utrum illi, qui opem & auxilium ab aliis impetrant, an hi, qui in necessitatibus amicis subueniunt, ipso usu officiorum & amicitiae, blandius afficiantur. Quae res ita animos hominum occupauit, atque ita penitus in illis insedit, ut omnes aetates, omnes nationes, omnes ordines, non solum mature circumspiciant auxilia & sibi adiungant, sed etiam concurrant in necessitatibus ad opem inter se ferendam: utque nemo tutum se existimet, nemo conquiescat, nisi habeat omnino vnum, in quo spem & fiduciam ponere, quem in subsidiis collocare possit, ad quem confugere, cuius fidem aliquando inuocare. Hinc, quod PLAVTUS in *amphitruone* ait, confidentiores sunt

Q 2

pueri



pueri, si ipsis aduersus matris seueritatem sit *auxilium* in patre: hinc matres omnes filiis, quod SYRVS affirmat apud TERENCEM ^{a)}

In peccato adiutrices, auxilio in paterna iniuria.

esse solent: hinc parentes suos liberi defendunt, vicini in calamitatibus concurrunt ad vicinos: hinc gens gentem in periculo appellat.

§. II.

*Sponte etiam
auxilia sub-
mitti possunt*

Igitur a natura, ad iungendam *societatem*, ferendamque *opem* & *auxilia* in necessitatibus amico submittenda inuitamur. Sed *inter gentes* quidem plerumque *auxilia foedere sociali* & *pactione* comparantur, quandoquidem generaliter illa officia, quæ nec semper, neque cuilibet promiscue debentur, vix tuto expectari possunt, nisi & necessitatem tuam alteri ostenderis, & spem feceris, gratiam relatum iri, & fidem pactis atque stipulationibus firmaris. Sed videamus, an non *sponte* etiam offerri possint & submitti *debeant* interdum auxilia, quamuis non petantur, aut quamuis non sint *foedere* promissa. Et GROTIUS ^{b)} quidem optime quatuor habet genera *auxiliorum*: primum illorum, quibus *imperari* potest, vt in necessitatibus succurrant: alterum vero *sociorum*, quorum *fides foedere* nobis est obstricta: tertium *amicorum*, cum quibus consuetudine & gratia coniungimur: quartum denique, quod latissime patet, *omnium hominum*, quos humanæ conditionis misratio, & communis illa omnium societas, ad ferendam *opem* & calamitatem aliorum profligandam, euocare posse videatur. Sed illud quidem PVFFENDORFFIO non placuisse video, qui ^{c)} negat, posse homines liberos ab hominibus defendi, nisi *speciali* quodam *vinculo* societatis coniungantur. Enimuero periculosum exemplo esse, ait, inter homines liberos, si quis audeat litem alienam iudicare, & quasi iudicis sibi partes sumere, cum inter alios armis contenditur de causa: liberam cuique de rebus suis statuendi relinquendam potestatem esse, neque in iure suo quemquem interpellari posse, neque alienam denique iniuriam ad nos omnino pertinere, nisi *foedere* & *pacto* obstringamur.

Sed mihi quidem illa PVFFENDORFFII magis a timore, quam a virtute & cogitatione officii, profecta esse visa sunt. Neque enim intelligo, cur *pactione* liceat in alterius se amicitiam adiungere & *auxilium* laborantibus ex *foedere* præstare; sed idem illud non permitti debeat, si illud a nobis non fuerit promissum. Enimuero si non liceret de aliena iniuria cognoscere, in naturali libertate; ne pactis quidem effici posset, vt ferre *auxilium* liceret. Nemo enim potest, nisi *de re licita*, efficaciter pacisci. Si igitur tunc iniusta sunt auxilia, si *sponte* offeruntur: cur *post sociale foedus* admittuntur: aut, si *foedere* promitti possunt, cur non remitti potest alteri

^{a)} TERENCE. Heaut. V. 2. 39.
FEND. iur. nat. & gent. II. 5. §. 6.

^{b)} GROTIUS. 2. 25. §. 3. 4. 5. 6.

^{c)} PVF-

alteri necessitas petitionis, cur non sponte offerri illud, quod, si promissum esset, deberetur: cur non communi consilio concurrere ad calamitatem aliorum subleuandam, si res & causa opportuna esse videatur. Nisi forte etiam incendium a viatoribus non extinguere potest, nisi ad ferendam opem aduocentur? quia posset incertum esse, an non dominus suae voluptatis & animi causa aedes suas incenderit, & fumum excitaret. Hac fere criminatione ARIOVISTVS aduersus CAESAREM ^{d)} usus est, cum hic ad defendendam Aeduorum iniuriam in Galliam cum exercitu venisset. „Negabat enim Romanis *foedus* esse cum Aeduis, neque in aliis bellis Aeduos a Romanis exercitu „defensos. Simulari ab illo amicitiam, dum Aedui defenderentur., Sed recte quidem CAESAR ^{e)} non pari, respondit, consuetudinem populi Romani, ut socios optime meritos desereret, qui amicos non modo nihil sui deperdere, sed gratia etiam, dignitate, honore auctos esse velit: recte idem etiam alio loco, cum Sueffionibus aduersus Bellouacos subueniret, ad *dignitatem* suam pertinere iudicauit, nullam calamitatem socios optime meritos accipere, & propter exemplum referre, ut exercitu defenderentur, quamuis nec *foedere* obstringeretur, nec Sueffiones & Aedui auxilia a populo Romano petissent. Nimirum omnes omnino homines liberos, quasi *administratos* quosdam *diuinæ voluntatis*, hac lege natos esse nouimus, ut nihil ab ipsis intermitteretur, quod ad sancendam fidem, iniuriam propulsandam, improbos nefariosque coercendos & in officio continendos, pertinere posse videatur. Igitur, si *manifesta* sit iniuria, non solum *licet* succurrere oppresso, sed *ne possumus quidem* quiescere sine igaominia, aut sine prodicionis quadam nota laborantem deserere, ad quem sine periculo & incommodo defendendum copiae & facultates suppetebant. Optime enim TVLLIVS ^{f)} qui non defendit, inquit, nec obstitit, si potest, iniuriae, tam est in vitio, quam si parentes, aut patriam, aut socios deseruisset: idem etiam alio loco ^{g)} gratias egit Deiotaro, qui ad ipsum in prouincia legatos miserat, se cum omnibus suis copiis in castra eius venturum esse. Inepta etiam Ariouisti excusatio, qua aduentum suum in Galliam purgabat: ^{h)} Rhenum se non transiisse sua *sponte*, sed rogatum atque *accitum* a Gallis, quasi non *sponte* liceret auxilium ostendere afflicto. Illud vnum cauendum est, ne quid *temere*, & inconsulto, & causa nondum cognita, non manifesta iniuria, suscipiatur.

Sed in *ciuilibus* societatibus adstrictior est facultas *auxilii* ferendi: esset enim periculum, ne per illam occasionem respublica concursationibus improborum, & tumultibus perturbaretur: & commodius per *iudicem* res illa

Q 3

po-

^{d)} CAES. bell. Gall. l. c. 44.^{e)} Id. l. c. 43. §. 8. & c. 45. §. 1.^{f)} CIC. de

offic. l. 7.

vid. DIOD. SIC. l. 77.

^{g)} CIC. ep. ad fam. XV. 4. §. 9.^{h)} CAESAR bell. Gall. l. 44.

poterit administrari, in quo omnes *commune auxilium* habebunt. In *necessitatibus* tamen *repentinis*, tantum abest, ut scelere contaminentur, qui ad ferendam opem conuenerunt: ut vel inuiti aliquando concurrere, atque ad iniuriam prohibendam vires & studia conferre teneantur. MARCIANVS enim l. 6. D. *ad l. Pompei de parricid.* etiam extraneos, qui cognouissent, matrem parricidium moliri, puniendos esse, ait, quasi parricidas, cum indicare, & prohibere potuissent. Idem & MODESTINO atque ARRIOMENANDRO in militibus placuit, ut, qui praepositum, cum possent, non protexerint, illum occidisse videantur, l. 3. §. 22. & l. 6. §. 8. D. *de R. mil.* Cum contra, qui ciuem aut socium seruasset, quamuis iniussu, corona ciuica donandus esse videretur. i) Illustre est exemplum eiusmodi auxilii apud CAESAREM k) T. PVLFIONIS & L. VARENI, qui cum per multos annos summis similitatibus contendissent, tamen in certamine & *periculo* alter alteri *inimicus auxilio* salutique fuerunt, ut diiudicari non posset, vter vtri virtute antefendus videretur. Imo vero Germanorum etiam militaribus legibus subinde milites, etiam extra praelium, succurrere in rixa & periculo commilitoni, ipsumque cum aduersario reducere in gratiam iubentur. Reuterbest, d. A. 1570. art. 74. Item: Da einer oder mehr mit dem andern uneinig worden, und mit der That an einander wüchsen, so soll ein jeder der solchen Unwillen siehet, oder erfähret, und dabey ist, Fried nehmen, und darauf die vertragene Partheyen denselbigen Frieden stracks unverwiedert zu halten schuldig seyn, so lang die Feldbestallung wehret.

§. III.

Auxiliares milites in Romanorum exercitu olim a sociis seungebantur illi & periculosi reipublice & viles fuerunt.

Sponte igitur subinde ostendi potest *auxilium* amico vel inimico laboranti; sed *precibus* plerumque impetratur: in periculis maxime, in quibus res per vim administratur. Itaque inter *gentes liberas* inprimis frequentissimi de auxiliis tractatus: cum iusta illis sint arma, qui nullam spem, nisi in armis, habent. *Romani* quidem certe, qui non minorem bello, quam pacis artibus, gloriam adquisuerunt, nihil facile sine *auxiliis* tentabant. VEGE- TIVS enim l) *exercitum Romanum* tam *legionum*, quam etiam *auxiliorum*, nec non *equitum*, ad gerendum bellum collectam multitudinem, appellat: ut solae ciuiles copiae nomen *iusti exercitus* non habuisse videantur, nisi *auxiliis* adiunctis. Illud Latini aliquando apud LIVIUM m) Romanis obiecerunt. *Socialis*, inquit, *exercitus* est is, quo adiuncto *duplicatis* vires vestras, quem secernere a se nolunt consules, bellis propriis ponendis sumendisque. Sed VARRO quidem n) *auxilium* ab *auctu* appellari, ait, cum accesserint, qui *adiumento* essent, *alienigenae*. Idem etiam FESTO o) videtur, qui *auxiliares*, inquit,

i) FLIN. hist. nat. 16. 4.

k) CAES. de bello G. V. 44.

l) VEGE. III. l.

m) LIV. 8. c. 4.

n) VARRO de lat. ling. IV. p. m. 24.

o) FESTVS de

verb. sign. v. auxiliares.

inquit, dicuntur, in bello *socii* Romanorum *exterarum nationum*, dicti ex græco vocabulo *ἑταῖροις*, quod nos, *verum crescentium auxilium*, appellamus. Idem M. TULLIUS P) in provincia, ut *iustum* exercitum haberet, se ex SCRO, ait, evocatorum firmam manum, & equitatum satis idoneum, & populorum liberorum regumque *sociorum auxilia* voluntaria comparauisse. Igitur vides, & *socialem exercitum*, *externa auxilia* Romanis copiis adiuncta esse, cum in bellum proficiscerentur. Olim quidem certe *Latinos* imprimis, & *Italiae* gentes, *socialia* ceterum, *socialia* agmina, non *auxilia*, appellarunt. Sed *auxilia* ab *exteris* accipiebantur & postremo loco habebantur. Aperte PLINIUS, q) militi, qui militem *auxiliarium*, imo regem etiam auxiliarium, in praelio seruauit, *coronam ciuicam* non dari, ait; quamvis POLYBIUS r) milites ob *socium* seruatum *ὡσαυτὰς τινὰς πολιτῶν ἢ συμμέχων* coronari affirmer. De qua re deinde locus erit exponendi. Igitur inter *socios*, & *auxilia* discrimen aliquod admissum. Sed postea, cum ciuitas non solum cum Latinis, sed cum Italis etiam communicata est, illi magis inter legiones & ciuilem exercitum recepti; atque ex his fere temporibus vtrumque & sociorum & auxiliorum nomen *externis* tantum copiis tributum, quæ sub Romano auspiciis aduersus hostes ducebantur. Multa de illo argumento SPANHEMIVS, s) quaedam etiam LIPSIVS t) obseruauit, quos exscribere non vacat. Certe ex illo tempore *legionibus auxilia* duntaxat opponuntur; & sociorum copiae *auxilia* subinde appellantur. TULLIUS enim illo, quem supra excitauit loco u) librorum regum, & *sociorum auxilia* laudauit: ut nihil inter *socios*, & *auxiliares* interesse, sed tamen miles *auxiliarius* legionario contempnitor fuisse, videretur. Aut omnia me fallunt, aut eo sensu PLAVTUS x) *auxilia* a *legionibus* seiungit:

Augete auxilia, victis vestris *legionibus* & ASINIVS POLLIO in epistola ad M. Tullium, y) militem, inquit, non solum *legionarium*, sed ne *auxiliarium* quidem vllum, quoquam misi: ut ostenderet, minus momenti in *auxiliis*, quam in legionibus, fuisse. Sed magis explicite VEGETIVS z) legionibus semper *auxilia*, tanquam *leuem armaturam* in acie adiunctam esse, docet, ut exercitus in his magis praeliandi *adminiculum*, quam *principale subsidium*, haberet. TACITVS a) etiam obseruat singulis legionibus certa quædam *externa auxilia* adiecta. Batauorum enim cohortes quartæ decimæ legionis *auxilia* fuisse, ait, quasi ipsis solis non tuto aliquid committi potuisse videretur. Imo vero idem ille VEGETIVS b) *auxiliares* con-

p) CIC. epist. ad fam. L. 15. 4. 4.

q) PLIN. hist. nat. 16. 4.

r) POLYB.

hist. L. 6. p. m. 483.

s) EZECH. SPANH. de orbe Romano, exerc. I. c. 9.

& 10. & exerc. II. 21.

t) LIPS. de re milit. L. I. dial. 7. p. 44 sqq.

u) CIC.

ep. ad fam. XV, 4. §. 7.

x) PLAVT. Cistell. II. 1. 3. 7.

y) CIC. ep. ad

fam. 10. 32. §. 12.

z) VEGET. de re milit. II. 2.

a) TACIT. hist. I. 1.

c. 59.

b) VEGET. l. c.

con-



conduci ad prælium ex diuersis locis, ait, ex muneribus diuersis venientes: nec disciplina inter sese, nec notitia, nec affectione consentire: alia inter illos instituta, alium armorum vsum frequentari: et necesse omnino esse, vt tardius ad victoriam perueniant, qui inter se discrepent, priusquam dimicarent.

Sed LIVIUS c) etiam aliud incommodum in *auxiliis* obseruat, quod, prout præmiis & sollicitationibus & mercede & cupiditate ducerentur, facilius in alterutram partem *inclinarent*. Deserti enim Romani a Celiberis in Hispania, quos Asdrubal seduxerat, triste exemplum pro documento habuerunt, ne ita *externis* credant *auxiliis*, vt non plus *sui roboris suarumque* propriæ virium in castris habeant. Eandem fere notam TACITVS d) Germanorum copiis inussit: quas a Gallis *auxilio* accitas, non solum hostibus, sed etiam fociis imposuisse feruitutem, ait.

Itaque periculosa libertati & suspecta plerumque *auxilia* Romanis videbantur. Sed idem ille TACITVS, alio loco, e) *magnum* ait, *momentum* fuisse in *auxiliis* Batauis inprimis, fortunæ aut secundæ, aut aduersæ, prout illa inclinassent; vt, non frustra in exercitu fuisse *auxilia*, intelligatur. Aliquando etiam Galli, nihil *validum* esse, in exercitu Romano, nisi quod *externum* esset, obseruarunt. f) Et iidem alio loco g) *provincias sanguine* *provinciarum* potius, quam Romano milite deuictas, aiunt. TACITVS, etiam ingens decus victoriæ: Iulii Agricolæ accessisse, credit, quod *citra Romanum sanguinem* bellasset, dum incitatos ruentesque ita disposuit, vt *peditum auxilia* mediam aciem firmarent, equitum tria millia cornubus affunderentur, legiones pro vallo starent, tunc demum affuturæ, si *auxiliares* pellerentur. h) Itaque commodius bellum per *auxilia administrari* credebantur, quia duces, adhibitis auxiliis, Romano sanguini parcebant. Sed *auxiliares* & *virtute* interdum Romanos superabant: non raro etiam fide & constantia gloriam adepti. CAESAR enim aliquando i) castra *diligentius* & *acrius* a Thracibus barbarisque *auxiliis* defensa esse, docet, quam a cohortibus Romanis, quæ ibi præsidio relictæ erant. Certe *extraordinarios* milites, ex *auxiliis* ad præsidium ducis inprimis selectos fuisse, ob virtutem, etiam POLYBIUS k) obseruat, cum illorum se fide Imperatores commodissime defendi arbitrantur. Sed de his deinceps locus erit admonendi. *Augustus* etiam Batauorum *extraordinariam* cohortem *præsidium corporis sui* esse voluit, si DIONEM l) audiamus. Et cum omnia Romæ suspecta essent, NERO Germanis, tanquam *externis* maxime fidebat. Idem fere ab aliis principibus frequentatum, donec Galba Imperator Germanorum cohortem, quod SVETONIUS ait, m) a Cæsaribus olim ad custodiam corporis institutam

c) LIV. l. 25. c. 34.

d) TAC. hist. 4. c. 73.

e) TAC. hist. I. 59.

f) TAC.

CIT. annal. 3. c. 40. f.

g) Id. hist. 4. 17.

h) Id. in vita Iuli Agric. c. 35.

i) CÆSAR de b. ciu. III. c. 15.

k) POLYB. l. 6. hist. p. 472.

l) DIO

CASSIUS l. 55. p. 647. edit. Steph.

m) SVET. in Galba, c. 12.

multisque experimentis fidelissimam, dissoluit, ac, sine ullo commodo, in patriam remisit.

Sed hæc utcumque fuerint, semper quidem robur exercitus, & nervus in legionibus fuit: a quibus *auxilia* contemnebantur. VEGETIVS enim ⁿ⁾ documento esse magnitudinem Romanam, ait, quæ semper cum *legionibus* dimicans, tantum hostium vicerit, quantum vel ipsa voluerit, vel natura rerum permiserit.

Ex hac causa *auxiliarii* non solum gradu militiæ, sed etiam nominibus plerumque a *ciuili* exercitu seiungebantur. *Legionarii* enim milites proprio & domestico nomine in *cohortes* distributi sunt. ^{o)} Sed TULLIVS ^{p)} *auxilia* a *cohortibus* distinguit. *Auxiliorum* enim cætus *alæ* potius, quam *cohortes*, dicebantur. *Cæsar* certe *auxilia*, quæ legionariis militibus opponit, milites *alarios* appellat. ^{q)} LIVIVS etiam *sociorum* equorum *alam* nominavit. ^{r)} Et idem, quem antea adduxi, *Cæsar*, M. Varro nem, delectu habito tota Hispania *cohortes* XXX. *alarias* coegisse. ^{s)} Raro certe *auxiliares* copiæ *cohortium* nomen acceperunt, nisi aliud nomen fuerit adiectum. Apud LIVIVM ^{t)} tamen *extraordinarias* *cohortes* inuenio, quas ex auxiliis delectas, ad præsidium consulis & custodiam corporis, supra fuit obseruatum. TACITVS etiam aliquando *cohortes* *Bataurorum* *auxilia* legionis decimæ quartæ, appellauit. ^{u)} Sed alio loco, apud eundem TACITVM occurrunt *alæ* *Bataurorum*, ^{x)} *alæ* *Britannica*, ^{y)} *Picentina*, ^{z)} *Treuerorum*, ^{a)} *alæ* *Mæsiacæ* & *Pannonicae*, ^{b)} & *Rheticae*, ^{c)} *alares* milites, a legionariis seiuncti ^{d)} *alares* *Pannonii*, robur equitatus ^{e)} equites *alarii*, a legionariis distincti. ^{f)}

Multum igitur intererat inter *auxilia* & legiones. Sed illud attinet monere, extremis temporibus, postquam ciuitas omnibus communicari cæpta, nihil purum, nihil sincerum in exercitu fuisse. Non solum enim *exteri* accepti inter legiones, sed *ciues* etiam subinde in alis *auxiliariorum* militare maluerunt: ut videatur vtriusque militiæ vsus promiscuus fuisse, & *auxilia* a legionibus duntaxat disciplinæ & pugnae genere distincta. GALBA enim, si SVETONIVM audias ^{g)} ex plebe Hispaniæ, & *legiones* & *auxilia* conscripsit. Et VEGETIVS auctor est ^{h)} plerosque in *auxiliis* potius, quam in legionibus, militiæ sacramenta percepisse, quia res commodius in auxiliis administrari videretur. Sed hoc quidem loco & pretio apud Romanos *auxilia* fuerunt.

§. IV.

n) VEG. de re milit. II. 2.

o) Id. ibid. II. 6.

p) CIC. ep. ad fam. XV. 4. 17.

q) CÆS. b. G. I. 51.

r) LIV. 35. 5.

s) CÆS. b. G. II. 18.

t) LIV. 34. c. 47.

u) TACIT. I. 59.

x) Id. IV. 18.

y) Id. hist. III. 51.

z) Id. hist. IV. 62.

a) Id. hist. II. 14.

b) Id. hist. III. 2.

c) Id. hist. I. 68.

d) Id. hist. II. 94.

e) Id. ann. XV. 10.

f) Id. ann. IV. 73. XII. 27.

g) SVEET. in Galb. c. 21.

h) VEG. de re mil. II. c. 3.

§. IV.

*Voluntaria
auxilia pu-
blica & pri-
uata.*

Magnus igitur apud liberas gentes *auxiliorum* vsus in exercitu. Ab inuitis tamen gentibus exigere *auxilia* non possunt, nisi ex *foederis* formula subinde debeantur. Sed de his quidem, quae ex *sociali* *pactione* submituntur, & *necessaria* vocantur, deinceps locus erit disputandi. Iam de *voluntariis* imprimis videamus. Sunt enim illa varii generis, atque in *publica* & *privata* diuiduntur. *Publica*, quae a gente libera vicino *sponte* in repentinis necessitatibus auspiciis publicis mittuntur: de quibus antea a nobis disputatum. Sed *privata* sunt, cum ab exteris principibus milites, in alieno territorio, non quidem auspiciis principis, eius regionis, sed bona tamen *eius cum venia*, conscribuntur. Est & aliud genus auxiliorum, dubiae naturae, & *quasi publicum*, cum ab ipso quidem externo principe, aut eius nomine, apud alias gentes liberas *auxilia* conscribuntur, sed illae gentes tamen, apud quos milites pro exteris leguntur, ex *foedere* tenentur, ut externo principi permittant militem voluntarium in ipsorum ditione scribere. Quae species apud *Heluetios* imprimis subinde frequentatur. Sed de his quidem auxiliis postea monebo. Iam quidem primo de *voluntariis privatis* videamus.

Ipsa certe necessitas gentes docuit, ut, si nec ipsae domesticis copiis valerent, neque vsus amicitiae cum vicinis esset, mitterent legatos, qui *voluntaria auxilia* pararent. Hae sunt *conductitiae* cateruae, quas in *Beotiorum* exercitu *NEPOS* observauit. ^{d)} Enimvero reges Orientis, quod *IUSTINVS* affirmat, ^{k)} nulla omnino bella sine *mercenario* Gallorum exercitu, id est, sine illorum *auxiliis voluntariis* gesserunt. Neque enim facile *privati*, citra regis sui auspicia, nisi *mercede* conducti, alienam militiam subibunt. Quapropter *privata* illa auxilia plerumque *mercenaria* dicuntur. *LIVIVS* observat, ante bellum cum Annibale, Romanos *mercenarium* militem in castris nunquam habuisse, sed tunc in Hispania demum Celtiberos *conductos*. ^{l)} Sed constat non solum ante illud tempus, in primo bello Punico, quod *ZONARAS* ^{m)} testatur, sed etiam postea saepius, *auxilia voluntaria* spe mercedis, vel stipendii, in magnis necessitatibus a Romanis contracta esse. M. etiam *TULLIVS* in provincia se populorum liberorum *auxilia voluntaria* comparasse gloriatur. ⁿ⁾

§. V.

*Voluntaria
Germanorum
auxilia.*

Germanis quidem semper gloriosum fuit, non solum fines tueri, & *parta* virtute militum defendere: sed etiam *sotiis* & amicis *auxilia* mittere, & subsidio venire. Certe *privatis*, a prima gentis origine, permissum, *exte-*

^{d)} *NEPOS* in Chabria sub init.

^{k)} *IUSTIN.* L. 25. c. 2.

^{l)} *LIV.* 24. c. 49. f.

^{m)} *ZONARAS* apud *Lips.* de re milit. L. 1. dial. 7. p. 45.

ⁿ⁾ *CIC.* ad fam.

XV. 414.

exteris etiam virtutem suam commodare, & apud gentes liberas extra patriam in auxiliis militare. Illa enim insignis species Germanicae libertatis appellatur, quod liceat privatis, apud externos, periculum virium suarum facere, & in castris aliarum nationum arma fere: modo gloriae quaerendae & virtutis exercendae causa ad externos commigrent. Non attingam antiquissima tempora, de quibus CAESAR & TACITVS & omnes veteres testantur. Ipsi enim proceres Germaniae in recessu imperii Spirensi d. an. 1570. §. 4. de hac re fidem faciunt: Haben Wir uns zupörderst erinnert, wie es im heiligen Reich Teutscher Nation von Alters her eine löbliche Gestalt Teutscher Freyheit, um Ehre und Ruhm, mit Ritterlichen Thaten, frembden Potentaten, ohn alles Beleydigen des Vaterlandes und dessen Angehörigen zu dienen, gehabt. Item in R. Imp. AVG. d. a. 1582. §. 31. Ferner, ob wohl im H. Reich Teutscher Nation von Alters diese Freyheit gebraucht, frembden Potentaten, um Ehr und Ruhm, mit ritterlichen löblichen Thaten, ohn alles Beleydigen so wohl Unser, als auch, des H. Reichs, dessen angehörigen Ständen, Unterthanen, und Schirms-Verwandten, zu dienen: Etiam nouissime in Capitul. Carol. VI. art. §. und dieweil 2c. *Principes electores* illud luculente affirmarunt; Und dieweil denen frembden Potentaten se zu Zeiten im Reiche ihre Werbungen anzustellen, wohl verstatet wird, auch in dem Instrumento Pacis, und denen Reichs-Constitutionibus vorhin zur Gnüge versehen, wie weit einem Stande, oder Angeseffenen des Reichs, sich bey Auswärtigen in Kriegs-Dienste zu begeben, oder einzulassen, erlaubt; So sollen und wollen Wir 2c. 2c. Neque enim posteri libertatem illam privatis omnino ademerunt: sed abusus tantum, cum incommodo S. R. Imperii coniuncti & laius grassati, sanctissimis constitutionibus coerciti, atque res in ordinem redacta. Itaque placuit hanc libertatem legibus quibusdam continere, ne quis illa licentiosius & cum patriae periculo utatur. De his, operæ pretium est, ut paucis exponamus. In primis vero, ne sua sponte milites confluant, aut, conspiratione facta, vagentur cum tumultu, quasi militaturi, aut a privatis, *seditionis causa*, iniussa magistratus, se legi & in numerum referri patiantur, seuere interdictum: illud enim ad vim spectare videbatur. Ita in R. I. *Vormatiensi*: d. a. 1564. §. 15. studiose cautum: Daß in allen Chur, Fürst, Fürstenthumben, und Gebieten, die Vergaddungen des Kriegs-Volcks, welches sich, selbst eignes Vorhabens, ohne Vorwissen, und Erlaubniß der ordentlichen Obrigkeit, zusammen schlagen möchte 2c. 2c. keines Weges geduldet werden sollen 2c. 2c. So sehen 2c. 2c. Da jemand, wer der auch wäre, sich unterstehen würde, Kriegs-Volk, aufzuwickeln, und zu versamlen, daß derselbe Stand und Obrigkeit, ihres Vermögens, solches unverzüglich abschaffen, und keines Weges gedulden solle.



§. VI.

*Non tamen
legi possunt,
nisi a praefe-
ctis & duci-
bus Germanis*

Deinde placuit, *Germanos*, quamvis *exteris* principibus militaturos, a nemine, nisi a *Germanis praefectis & centurionibus*, conferri. Ignominiosum enim videbatur, illos ab alienigenis in numerum referri: & periculosum, in nostro *exteris* esse aliquam omnino potestatem. Poena etiam grauis-
sima in illos constituta, qui *exteris*, militem legentibus, obtemperent, atque illis nomen dare audeant, nisi praefectus natione *Germanus* huic rei administrandae ab *exteris* adhibeatur. Neque potest deinde inter *Germanos* ad militiam admitti, aut ad vllum eius gradum aspirare, qui *exteris* se venderit, contra militarem disciplinam. Ita constitutum art. 216. der Reuter-
Bestallung, in comitiis Spirensibus d. a. 1570. promulgatae. Nachdem auch den Teutschen Obersten, Rittmeistern und Hauptleuten, vermöge der teutschen hergebrachten Libertät und Freyheit 2c. 2c. zugelassen und frey ist, frembden Potentaten teutsch Kriegs-Volck zu zuführen, und aber jeglicher Zeit, andere, so nicht gebohrne Teutsche sind, sich dessen auch unterstehen, und gebrauchen wollen, daraus allerhand Verkleinerung und Nachtheilung der Teutschen Nation endlich erfolgen mag, So seil hinfürter keiner Person, frembder Nation, die im Reich, oder dessen Schutz und Schirms angehörigen Landen nicht gessen, verstatet werden, Teutsch Kriegs-Volck zu Ross oder Fuß, als ein Obrister, Rittmeister, oder Hauptmann, anzunehmen 2c. 2c. Und da solches von einer frembden Nation Obristen, oder Befehlshalber in Reich sürgenommen würd, soll solches alsbald durch die Kriegs-Obristen, oder Uns selbst abgeschafft, und gewehret werden. Es sollen auch diejenigen, so sich unter frembden Obersten und Befehls-Leuten bestellen liessen, darum von ihrer Obrigkeit, darunter sie gessen, gerechtfertiget, und gestrafft, auch ferner unter keinen teutschen Regiment geduldet und gelitten werden.

§. VII.

*Contra impe-
rium eiusque
status & so-
deratos
cios non per-
missa sunt
auxilia vo-
luntaria.*

Tertio, ex legibus, quas supra recitauimus, apparet, *contra patriam*, id est, contra *Germaniam*, S. R. Imperium eiusque ciues, socios atque foederatos, militare *Germanis* non permissum: sed imprimis patriae, eius sociis & amicis hanc operam nauandam. Expresse enim cautum, vt saluis rebus patriae, ohne alles Veleydigen des Vater-Landes und dessen Angehörigen, in externam militiam concedant. Imo vero placuit, *Germanos*, qui apud *exteros* mereant, expresse hoc pacisci, ne vnuquam contra *Germanos* in aciem ducantur. Reuter-Bestallung d. a. 1570. art. 217. Soll das teutsche Kriegs-Volck, und alle diejenigen, so von frembden Potentaten in Bestallung und Pension, oder Jahr- und Dienst-Geld angenommen werden, in ihren Bestallungen, und Pension-Brieffen, ausdrückl. vorbehalten, daß sie sich wider das H. Reich Teutcher Nation, und das geliebte Vater-Land, oder einigen

einigen Stand dessen, weder *offensive*, noch *defensive*, nicht gebrauchen lassen 2c. 2c. Quod si quis ausus fuerit, hostibus patriæ, vel horum fœderatis, opem ferre, vel in illorum exercitibus militare, ipse uideatur hostis patriæ & perduellis. Ita in capit. Ioseph. art. 15. Und da einer bey einen in comitiis imperii declarirten, oder sonst wißentlichen Reichs-Feinde, oder dessen Bundsgenossen, und Helffers-Helffer Kriegs-Dienste annehmen würde, wollen Wir wider denselben, als einen Reichs-Feind, mit Confscription der Güter, auch sonst nach Anleitung der Execution und Reichs Ordnungen, auch gemeinen Rechten, mit aller Schärffe verfahren, dergestalt, daß selbiger auch an seinen Erb- und Lehnsschaften, Anwartsung und Rechten, auch Haab und Gütern, Aemtern und Dignitäten, oder auch, da man ihn ertappet, an Leib und Leben, die Abwesende aber in ihren Bildniß abgestraft, ihnen und ihren Descendenten ihre Stamm- und sonst erhaltene Wappen ferner zu führen nicht gestattet, noch weniger sie vor Stifft- und Rittermäsig jemahls gehalten, sondern insgemein aller Ehren unfähig erkläret werden. Igitur ne Germani impiis armis & sanguine suorum polluantur, visum est, illos ante omnia in imperii & sociorum amicorum castris militare & socios imperii extraneis præferre. Da auch von Uns, oder andern einiges Kriegs-Volk im Reich, zu Ausländischer Uns und dem Reich wohl zugethanen, zumahl mit Uns alliirten Potentaten Dienst geworben: Cap. Ioseph. art. 15. in Saxonia electorali etiam nouissime constitutum, ne milici honesta missione impetrata, a nostro exercitu digresso, exterorum militiæ se dare liceat, nisi antea legioni, in qua militauit, aut summis ducibus exercitus Saxonici, se, vitam, sanguinem suum obtulerit; cum ipsi sit honestius, pro principe & patria, cuius disciplina imbutus est, & cui omnia debemus viuere & mori, quam aliis se vendere patriæque obliuisci: graui pœna in impios & immemores legis constituta. In mandato enim Augustissimi patris patriæ, Hubertib. d. 26 Sept. 1763. emisso, hæc missionis formula præscripta: Jedoch mit diesen ausdrückl. Vorbehalt, daß wenn Er, nach vorfällender Veränderung derer Umstände, über lang oder kurz, sich freywillig, und aus eigener Bewegung, wieder in Kriegs-Dienste begeben wolte, Er seine Person zusörderst dem Regiment, woben Er bißhero engagirt gewesen, und da dieses ihm nicht annehmen könnte, oder wolte, hiesiger hohen Generalität, zum Dienst zu präsentiren, und anzubieten, auch, bey welchem Regiment man ihn sodenn placiren wird, zu gewarten schuldig seyn soll: Immassen er auch ad protocollum derer Regiments-Berichten sich hierzu verbindlich gemacht, und zusörderst dem Regiment, so dann aber der hiesigen Armee überhaupt, das Vorzugs- und Näher-Recht an seiner Person, vor allen frembden und auswärtigen Diensten, zugestanden.



§. VIII.

Auxilia vo-
luntaria Ger-
manorum
non sine ve-
nua principis
evocari pos-
sunt.

Legi igitur subinde possunt milites in Germania, qui in *auxiliis* exterorum arma ferant. Sed tum natura gentis liberæ, tum studium pacis, & ordinis, quo peruerso, omnes partes reipublicæ conuellantur, tum leges S. R. imperii seuerissime sancitæ, non permittunt, vt, *inuito principe* & republica, ciues in militiam *externam* abstrahantur. Enimvero in *recessu imperii Spirensi* d. an. 1570. §. 7. 8. 14. itemque in *Ratisbonensi* d. a. 1576. §. 39. & in *Augustano* d. an. 1582. §. 32 sq. sollicitè constitutum, ne quis *exterorum* principum in terris imperii militem scribere audeat, nisi venia ab *imperatore* impetrata, Daß hinführo ein jeder fremder Potentat, wer der auch sey, so im H. Reich Kriegs-Leut werben lassen wolle, bey Uns als Römischen Käyser, darum ansuchen soll. Præterea, ne qua fraus legi fiat, & ne quid præfecti, iniussu principis, cui *auxilia* comparantur, sui compendii causâ, moliantur, quod ad vim spectare possit, & generaliter, ne quid patria per illam occasionem detrimenti capiat, placuit, vt *numerus* militum, & præfectorum atque centurionum nomina, antea explicite indicentur. Mit ausdrückl. Vermeldung, wie viel Kriegs-Leute Er bestellen lassen wolle, welche die Obristen, Rittmeister und Haupt-Leute seyn. Ex quibus apparet, *caussa cognita* demum concedi, vt *auxiliares copie* in terris imperii a principe externo conscribantur. Sed in causæ cognitione etiam hoc versatur, ne ipsa aliquando Germania viris fortibus & milite careat, in suis necessitatibus, si nostri liberaliter gentibus externis concedantur. Cuius rei si sit suspicio, interdici potest ciuibus, ne in alienam militiam concedant. Aliquando enim, in communibus patriæ periculis, & cum res ad angustias redacta esset, consensu omnium decreretur, ne omnino *exteris milites* & *auxilia* concedantur, quorum ipsi Germani indigerent, donec patria liberata, pace restituta, virtuti campus latior aperiretur. Ita placuit in R. I. Ratisbonensi d. a. 1598. §. 38. Bey seßigen offenen Kriege, die frembden Werbungen, sie seyn auch angesehen, wohin sie wollen, von Reutern und Knechten, in dem H. Röm. Reich weder heimlich noch öffentlich zu gestalten. Item in R. I. Ratisb. d. a. 1603. §. 12. confirmatum. In capitular. Ioseph. etiam art. 15. conuenit, ne vlli omnino, præterquam S. R. I. eiusque *foederatis*, *auxilia* legendi fieret facultas, auch auff begebene Fälle alles Ernsts verbiethen, daß im H. Röm. Reich jemand vor einen andern, wer der auch seye, als das Vater-Land, und dessen jederzeit Bundesgenosse werbe, oder sich werben lasse &c. &c. Neque habent illo casu ciues, quod *libertatem Germanicam* inuocent, aut de interdicto conquerantur. Omnes enim hac lege in rempublicam se conferunt, atque in illa defenduntur, vt, si qua necessitas ingruat, ipsi etiam reipublicæ & ciuitati gratiam referant, eius salutem & incolumitatem, omni diuina & humana virtute, neruis omnibus



nibus, atque ipso sanguine & spiritu, defendant. *Augustissimus* certe *imperator* in nouissima capitulatione art. IV. §. und dieweil 2c. 2c. se operam daturum promissit, ne quid eiusmodi incommodi Germania accipiat, dum ab *exteris* ius conducendi milites Germanos impetratur. So sollen und wollen wir zufförders dahin sehen, damit das Reich der Mannschafft nicht entblößt werde.

De *statibus* imperii nemo dubitat, quin in ipsorum territoriis omnino, ipsis inuitis, legi milites non possint: cum copiis collectis ne *transire* quidem per illorum terras liceat, nisi venia ab ipsis impetrata. De qua re deinceps exponemus. Imo natura summæ potestatis, quam *superioritatem territorialem* appellamus, *iusque belli & pacis* sanctissima lege ipsis tributum, non permittunt, ut milites & ciues ipsis inuitis extorqueri possint. Ipsos vero *auxilia*, & ius militem legendi, sine cuiusquam incommodo, *exteris* gentibus & sociis largiri posse, expeditum est; cum *ius foederum* inter se cum *exteris* faciendorum, cuius libertas articulo VIII. *instrumenti pacis Westphalicæ* vindicata est, ius mittendi auxilia & concedendi militum in ipsorum terris legendorum facultatem, comprehendat.

§. VIII.

Venia igitur impetranda est, priusquam in terris imperii *auxiliares* *Cautio ab* *copiæ* legantur. Sed non conceditur venia, nisi præstita *cautione*, Germa-*exteris præ-* nos nihil ex illa causa detrimenti accepturos. Primo igitur ipsi *principes* *standa qui* *exteri* cauebunt, hunc militem, quem legant, aduersus imperatorem & *militem in S.* *R. I. legunt.* S. R. Imperium, eiusque status & ordines, non dimicatu- & præterea, cum ex imperio discedent, *transitum innoxium* futurum: Darneben diese Erklärung und Zusage thun, daß solch Kriegs-Volk wider Uns, des H. Reichs Chur-Fürsten, Fürsten und Stände, nicht gebrauchet werden solle, auch in den An-Durch- und Abzügen, Niemand beschweren, was sie ver- brauchen, zahlen, keinen Muster-Platz noch Musterung, kein Abdanken oder Trennen in des H. Reichs und dessen Angehörigen Schirms-Ver- wandten, Grund, Boden und Obrigkeit fürgenommen werden, sondern auß- serhalb desselben solches alles beschehen soll. Itaque nec recen- serferi in terris S. R. I. nec dimitti possunt, ne globus ille hominum gestiat, aut res nouas moliat, aut vis omnino fiat, per occasionem. Eadem fere cautio a præ- fectis & centurionibus exigitur, qui auxilia legenda susceperunt. R. I. d. a. 1570. §. 8. Supremo etiam præfecto circuli illius, in quo milites le- guntur, aut per quem transeunt, eiusque collegio, dominoque territorii, in- dicandum est consilium, & fides facienda, & securitas præstanda. Und dann, daß Sie gnugsam verbürgte Cautio den Obristen, Zu- und Nachgeord- neten, in dem Creyß und Landen, darinnen geworben, oder der An- und Durchzug fürgehen möchte, zufförderst thun wollen 2c. 2c. §. 8. d. R. I. *Fide-* *iussores*

iussuores etiam desiderantur. Sed non videntur idonei, nisi ex ipsis ordinibus imperii accipiantur, & qui omnia bona sua iure pignoris obligent. Dar- zu gnugsame Caution mit Ständen im Reich gesehen, erstatten sollen 2c. Ipse Præfectus, eiusque fideiussores, si quid damni datum fuerit, tanquam debitores principales simpliciter, atque in solidum tenentur. §. 10. & 12. de R. I. Eadem fere art. XVII. §. 9. instr. pac. Westph. cum cura reperuntur. Imperatores etiam, vi capitulationis Ioseph. art. 15. & nouissimæ art. 4. §. Und diemell 2c. 2c. prospicere tenentur, vt his promissis satisfiat, auch die Versü- gung thun, daß die Chur-Fürsten, Fürsten und Stände des Reichs, sammt allen dessen Angehörigen, bey obbemeldter Werbung, mit Versammlung, Durchfuhr, Einquartierungen, Muster-Plätzen, oder sonst in einige an- dere Wege, wider die Reichs-Constitutiones und das Instrumentum Pacis, nicht beschweret, oder darwider verfahren werde.

§. X.

*Pœna illo-
rum qui ne-
glectis impe-
rii legibus
militem in
R. I. legunt.*

Habes igitur leges & conditiones, quibus parere debent qui auxilia voluntaria & priuata in terris imperii conscribunt. Si quid secus & contra illa factum fuerit, ille, qui clanculum, vel aperte, pro exteris auxilia con- duxerit & copias contraxerit, hostis iudicatur, in bannum imperii ipso iure incidit, a summis præfectis circulatorum capitur, discedere prohibetur, secun- dum leges imperii in illum animaduertitur, copiae dissipantur milites segre- gantur, omnia ad vim prohibendam comparantur. Audiamus legem Ger- manicam §. 15. R. I. de a. 1570. expressam. Da aber einiger Oberster 2c. 2c. oder Befehls-Mann, ehe und bevor Er solche Anzeig Uns und den Creyß-Obersten Zu- und Nachgeordneten, neben der Versprechniß und Lei- stung der Caution, gethan, Kriegs-Leut heimlich oder öffentlich frembden Potentaten zu werben und in Anzug zu bringen sich unterstehen würde, soll derselbig nicht allein mit der That, ohne weitere Erklärung, in der Acht seyn, sondern auch alsbald in Bestrickung genommen, ihm seine Werbung niedergeleget, das Kriegs-Volk, da es allbereit fürhanden, getrennet, und sonsten weiters, was des Reichs Execution in solchen Fällen vermag, für- genommen werden. Eadem pœna illi, qui dissimulato auctore, unter blin- den Mäshmen, auli sunt, copias in Germania conscribere, tanquam fractæ pacis publicæ rei & hostes patriæ tenentur, R. I. Vormatiensi d. a. 1564. §. 5. Neque illud nouum, cum & MARCIANVS l. 3. D. ad L. Iul. Mai. illum capite punire doceat, qui iniussu principis delectum habuit, aut ex- ercitus comparauit. Præterea priuari, qui inuitos ciues rapiunt, crimine plagii, & fractæ pacis publicæ se polluant, exteri principes pro hostibus habentur.

§. XI.

§. XL.

Accepisti, quo iure apud Germanos exteris priuata *auxilia* parentur. *Germani qui*
 Nunc de ipso *iure militum*, qui in castra exterorum concesserunt, atque ab *apud exte-*
 illis in numerum relati sunt, operæ prærium est, ut videamus. Sed *Germani* *legibus no-*
nis quidem ad tuendam nominis gloriam accommodatius visum est, si ci-*stris viuunt*
 ues nostri, etiam apud exteros, *militaribus Germanorum legibus* obtempe-*pro vo-*
 rent & uiuant, nihil turpitudinis, nihil ignominie, admittant, sed virtutis *untarie ab-*
 famam, a maioribus acceptam, pulchris facinoribus refineant atque ad *sentibus ha-*
 posteros propagent. Hac enim lege generaliter Germani milites tenentur.
 art. 218. der Reuter-Bestallung, de a. 1570. Daß das teutsche Kriegs-Volk,
 und alle desselben Obersten und Befehlighaber bey frembden Potenta-
 ten und in ihren Kriegs-Diensten sich unser und des Reichs auffgerichteten
 Bestallung und Reuter-Rechten, auch Articuls-Brieffen, so viel das
 Kriegs-Regiment und Ordnung belanget, gemäß zu verhalten, schuldig
 und pflichtig seyn sollen. Quæ res, ut diligentius custodiretur, placuit,
 in duces & gregarios, qui indignius quid in militia admiserint, quamuis im-
 puniti ad nos reuertantur, etiam ex officio inquiri, & ex iure *Germanorum*
militari in illos animaduerti, art. 219. Der Reuter-Bestall. Da ein
 Oberster und ingemein alle Kriegs-Leut bey frembden Potentaten und
 in ihren Kriegs-Diensten seziger Bestallung, Reuter-Rechten, und Arti-
 culs-Brieffen, so viel das Kriegs-Regiment und Ordnung betrifft zuwie-
 der thäten, oder in andere Wege sich ihrer Ehren vergessen 2c. 2c. ob sie
 gleich an demselbigen ungestraft entkommen, so sollen sie doch vor ihrer or-
 dentlichen Obrigkeit gerechtfertiget 2c. 2c. auch vermöge Unser und des S.
 Reichs-Bestallung, Reuter-Rechtens und Articuls-Brieffe gegen den
 Verwürcker zu gebühlicher Straffe procediret und verfahren werden 2c. 2c.

Præterea nemo dubitet, illos *iura ciuitatis* in patria, quamuis in ex-
 terorum castris & militia versentur, retinere: quandoquidem etiam *pro*
eu lvs l. 7. pr. D. de captiu. & postlim. reuers. ait, non indigere *postli-*
minio, qui apud liberos populos & *amicos* nostros aliquamdiu versentur: &
 præterea voluntaria illa *auxilia* magis commodata exteris, quam vendita,
 adeoque magis nostri, quam exterorum milites, videntur. Sed *reipublicæ*
caussa absens tamen non videretur, qui, quamuis bona Germanorum princi-
 pum cum venia, sua se *voluntate* passus est *in externam militiam* referri.
 Alia enim est ratio illorum, qui nostra cum *venia*, quam, qui nostro *iussu*,
 discesserunt. Enimuero illi, quibus *permissum* est, ut in exterorum castris
 virtutem experiri possint, non dissimiles sunt militi, qui *in comœatu* agit,
 & veniam profectionis impetrauit. Sed *VLPIANVS* l. 1. D. de re milit.
 negat, *reipublicæ causâ* militem *abesse*, qui in comœatu agat. Item *IA-*
VOLENVS l. 34. pr. D. ex q. c. mai. militem, qui, comœatu accepto, id est,
Fasc. IV. S cum

cum nostra *venia*, dimissus, discesserit, reipublicæ causa abesse negat. Et generaliter, qui sui lucri aut compendii causa abierunt, reipublicæ causa abesse non videntur. Sed, qui *publicis auspiciis* a principe exteris subsidio mittuntur, nemo dubitat, quin & necessario, & propter rempublicam, abesse videantur.

§. XII.

Auxilia necessaria ex foedere inæquali inprimis.

Satis credo exposuimus de voluntariis auxiliis, quæ priuata magis appellari possunt, quia bona quidem cum *venia* reipublicæ, sed *non publicis auspiciis* mittuntur. Restat ut de *necessariis auxiliis* tradamus. Illa fere sunt, quæ *ex foedere publico* debentur. Constat enim, *pactionem*, quamuis libera vtriusque partis voluntate fiat, tamen vtrumque contrahentem *necessitate* aliqua promissi officii obstringere, ne alterutra, inani spe delusa, partis deficientis culpa, in damnum & periculum inducatur. Sed de foederum *conditionibus diuersis* alii cum cura tradiderunt. Nos quædam duntaxat monebimus, in transcurso, ut illa, quæ de auxiliis dicenda sunt, commodius, intelligantur.

Plerumque quidem *societas* & *foedus æquationem iuris* videntur continere. Illud Latini Romanis obiecerunt, ut *foedus* esse, *societatem æquationem iuris* esse, reminiscerentur. ^{o)} Sed pauci quidem *æquo foedere* in Romanorum amicitiam venerunt. Plerumque enim adiecerunt, ut foederatus populus *in ditione* populi Romani esset; aut certe, quod PROCVLVVS ait l. 7. §. 1. D. de captiu. & postlim. reuers. ut is populus alterius populi *maiestatem cômitem seruaret*, aut imperium maiestatemque P. R. conseruaret sine dolo malo. Sic Romanis cum gente Aetolorum, teste LIVIO ^{p)} conuenit. Hoc enim pacto, quod PROCVLVVS d. l. 7. monuit, indicatur, alterum populum superiorem esse, quamuis salua vtriusque libertate. Igitur gentes vel æquo vel *inæquali foedere* amicitiam contrahunt.

Sed his quidem certe, qui in ditione populi Romani essent, *imperari auxilia* solebant, cum victi & subiecti victorum voluntati & imperio *debeant* obtemperare. Eo etiam iure in Latinos utebantur. L. QVINTIVS certe focis & nomini Latino *milites imperauerat*, quos cum consule in prouinciam ire oportebat. ^{q)} Diserte POLYBIVS ^{r)} consules sociorum, in Italia, ciuitatibus, ex quibus *auxilia* desiderent, *παράγγελεν*, *denunciare*, ait, quo numero, ad quod tempus, in quem locum, *auxilia* mittantur. Quapropter Britannii, apud TACITVM, ^{s)} queruntur, abstrahi liberos, *iniungi* delectus, tanquam mori pro patria tantum nescientibus. *Thraces* certe, cum *patri delectus* & validissimum quemque militiæ Romanæ dare aspernarentur, Romani armis coercere inuitos laborarunt. ^{t)} CAESAR etiam trans Rhenum in Germania, ab illis ciuitatibus, quas ipse armis antea placauerat equites *accessit*,

o) LIV. VIII. 4.

p) Id. 38. II.

q) Id. 26. 3.

r) POLYB. VI. p. 468.

s) TACIT. in vita Agric. c. 15.

t) Id. annal. IV. 46.

cessit, quorum opera aduersus hostes vteretur. ^{u)} Vt intelligatur, illos, qui subiecti populo Romano essent, iussu reipublicæ ad mittenda auxilia obstringi. A populis liberis peti, impetrari, comparari auxilia solebant.

Sed in S. R. imperio imperator ab ordinibus subinde, tanquam caput imperii a membris, in bello imperii solenni, aduersus illos, qui hostes iudicati essent, auxilia, necessaria in comitiis impetrat; modo bellum consensu omnium ordinum in comitiis decreuit, aut, in casu necessitatis communicato cum principibus electoribus consilio, illorumque adhibito consensu, fuerit susceptum. art. VIII. instr. P. Vestph. §. 2. capitul. Carol. VI. art. IV. §. Wir wollen und sollen auch 2c. Quo facto totus exercitus imperatori & S. R. imperio iurisiurandi vinculo obstringitur, so wohl das ganze Kriegs-Heer in Unsere und des Reichs Pflichten genommen werden soll. Sed de his auxiliis alii diligenter tractauerunt: ^{x)} hoc autem loco illa persequi, quæ ab aliis obseruata sunt, non est nostri instituti: ordines enim in bello imperii non tam auxilia præstare, quam hostem potius communis patriæ coniunctis viribus profligare, arque copiis suis exercitum imperii totius instruere, tenentur. Vnum non superuacuum fuerit monere: auxilia ab ordinibus ad defensionem patriæ comparata, non facile extra imperii fines deduci, nec bellis externis adhiberi posse, sine comitali ordinum consensu; illud enim Iosephus imperator art. XV. capit. Ioseph. principibus electoribus promisit: Wir gereden und versprechen auch, wenn ins künftige auf vorgehabten Rath mit denen sieben Chur-Fürsten, und deren darauf gefolgter Bewilligung und Consens, die Nothdurfft erfordern würde, daß Wir zu des Reichs Defension einige Kriegs-Röcker werben solten, dieselbe ohne Chur-Fürsten, Fürsten und Stände Vorwissen und Bewilligung außserhalb des Reichs nicht führen, sondern zu desselben Defension, und Rettung der bedrängten Stände, gebrauchen und anwenden zu lassen.

§. XIII.

Actum igitur de his, qui ex inæquali foedere ad mittenda auxilia tenentur. Sed æquo quidem foedere de auxiliis mittendis, inter liberas gentes, nullo ciuili vinculo inter se connexas, amicitia contrahitur; vt, in qualis periculis, aduersus vim ingruentem & machinationes hostium, coniunctis viribus vtantur. Quod officium quousque porrigatur ex formula cuiusque foederis, partium libero consensu definita, æstimatur. Itaque vix refert, de diuersis speciebus foederum æqualium hoc loco disputare: non enim de iure foederum socialium, sed de iure militis auxiliarii, ex formula socialis foederis submissi, præcipue tractamus. Sed, vt de hoc rectius fiat iudicium, attinet, quasdam species digito & in transcurso indicare. A ple-
Auxilia ex foedere æ-
Fœdera so-
cialia impe-
ratoris cum
exteris.

S 2

^{u)} CÆSAR bell. Gall. VII. c. 65.

^{x)} vid. MASCOV. de bello imperii solenni.

HENNIGES ad capit. Ioseph. art. XV. n. b. Europäischer Herold, T. I. p. 933 199.

risque in *generalia* & *specialia* subinde diuiduntur. Illa dicimus, cum conuenit, vt *uterque populus eisdem hostes* habeat, & arma in illos ferat, *pariterque bellum administret*. Est apud LIVIVM ¹⁾ formula foederis eiusmodi, quod Romani cum Aetolis pepigerunt. GROTIUS quidem arguitur & dubitat, vtrum haec foedera etiam *ad iniusta bella* vtriusque gentis commode trahantur. ²⁾ Sed certius est, gentes de iustitia factorum alterius gentis liberae sententiam dicere vix posse, nisi *manifesta iniuria* appareat. Hoc enim si liceret, nunquam non inuenirentur probabiles fortasse causae, propter quas socius socio, pessimo exemplo, auxilia submittere tergiuersaretur. *Specialia* foedera de certis duntaxat bellis, communi consilio & sociali exercitu, administrandis, ineuntur. Vtraque vel *infinita* vel *definita* esse constat. In illis consilium ex re capitur, & numerus auxiliorum, ex grauitate periculi & necessitate praesenti, aestimatur: in his de certo numero conuenit. Porro in *mutua* seu reciproca, & *unilateralia* ab interpretibus diuiduntur. In his altera duntaxat alteri se subsidio venturam, in illis, vtraque se alterius causam & necessitates subleuaturam, sponder.

Imperator Germanorum, quantum ad terras eius hereditarias attinet, iure foederum & libertate iuris gentium vitur: sed operam se daturum promisit, ne quid per illam occasionem Germania detrimenti capiat, aut ne quid fiat, quo instrumentum pacis conuellatur, art. VI. *Capit. nouiss.* Wenn Wir auch inskünftige Unserer eigenen Lande halber einige Bündniß machen würden, so soll solches anderer Gestalt nicht geschehen, als unbeschädiget des Reichs, und des Inhalt des instrumenti pacis. Item alio loco generaliter se exteris auxilia non daturum sponder, ex quibus aliquid periculi ad Germanos peruenire posse videatur, art. IV. §. Wir sollen und wollen 2c. *Capit. Carol. VI.* weniger das Reich in frembde Kriege impliciren, sondern Uns aller *Assistenz*, daraus dem Reich Gefahr und Schaden entstehet, gänzlich enthalten. Quandoque etiam, cum bellum aduersus Turcas appareant, ordinibus in comitiis imperatores indicarunt, se *cum exteris*, si possent, societatem coituros. Illud enim a *Ferdinando* in R. I. de a. 1529. §. 26. a *Rudolpho* II. in R. I. Ratishonensi de a. 1603. a *Matthia* in R. I. Ratisb. de a. 1613. §. 5. factum esse obseruamus.

Sed in foederibus, quae ad S. R. imperium pertinent, & nomine eius ineuntur, ius liberi suffragii ordinibus imperii in instr. Pac. Vestph. art. VI. I. §. 2. sollicitè conseruatur. „Gaudeant sine contradictione iure suffragii in omnibus deliberationibus etc. Vbi pax aut foedera facienda etc. *nihil horum*; aut quidquam simile, fiat & admittatur, nisi ad *comitali* liberoque omnium imperii statuum suffragio & *consensu*., Imo iam olim *Maximilianus* in R. I. *Vormatiensi* de a. 1495. tit. 5. cauit ordinibus

1) LIV. 38. II.

2) GROTI. II. 25. 3. 4.

bus, sc. foedus non facturum esse, Wir sollen auch ohne Wissen und Wissen der jährlichen Versammlung kein Bündniß noch Einigung mit fremdden Nationen und Gewalten machen, die dem Reiche zu Schaden, Nachtheil, oder zuwider seyn möchten. Sed explicatius cum Carolo V. ordines pacti sunt, ne *auxilia* exterorum in terras imperii inducat, art. XI. capit. Carol. V. Noch einig fremdd Kriegs-Volk ins Reich führen, ohne Vorwissen, Rath und Verwilligung der Reichs-Stände, zum wenigsten der sechs Churfürsten. Ad quam legem faciendam quid Germanos permouerit, SLEIDANVS ^{a)} & SABINVS ^{b)} docuerunt. Eadem fere formula imperatores posterius se obstrinxerunt. In capit. Caroli VI. art. 6. diligentius definitum, ipsum, in casu necessitatis: aut utilitatis insignis, si res moram omnino non admittat, subinde, in foederibus iungendis, interim principum *electorum* consensu, nec tamen a singulis elicitio, sed in collegii electoralis conuentu ab vniuersis declarato, vsurum esse, donec comitia institui & ab omnibus ordinibus de illa re deliberari possit, da aber publica salus & vtilitas eine mehrere Beschleunigung erforderte, da sollen und wollen Wir aller Churfürsten sämtliche Einwilligung zu gelegener Zeit und Wahlstatt, und zwar auf einer Collegial Zusammenkunft, und nicht durch absonderliche Erklärung, biß man zu einer gemeinen Reichs-Versammlung kommen kan, wie sonst in allen andern des Reichs Sicherheit concernirenden Sachen, also auch in dieser, erlangen; Si tamen ipse imperator, ab hostibus patriæ, imperii causa, vim repentinam passus fuerit; placuit, illum *quibuscunque auxiliis*, imperio non periculosis, ad illam repellendam vti posse, capit. Caroli VI. art. 4. §. Wir sollen 2c. 2c. circa finem. Wo wir aber des Reichs wegen angegriffen würden, mögen Wir Uns aller dem Reiche unnachtheiliger Hülffe gebrauchen 2c. 2c.

De ordinibus imperii nemo dubitat, quin recte *foedus sociale*, inter se & cum exteris, *de auxiliis mittendis*, vel accipiendis, saluis tamen pacis publicæ & Westphalicae legibus, saluo iureiurando, quo imperatori & S. R. imperio obstringuntur, contrahant: modo nihil patriæ communis ex re incommodi sentiat. Illud & art. 8. Pac. Westph. & art. 6. capit. Caroli VI. definitum, Daß auch die von fremdden Potentaten begehrende Hülffe also, und nicht anders, gethan sey, noch begehret werde, dann daß dadurch dem Reich keine Gefahr zuwachsen möge.

§. XIII.

Ceterum, vt supra diximus, ex *formula foederis* constituendum est, *Numerus auxiliorum* quid focii sociis præstare teneantur. Plerumque vero de *numero auxilio-xiliorum* conuenit inter foederatos. Qui, quamuis vtrique in foedere definitus

S 3

fit;

^{a)} SLEID. L. I. de stat. imp. & reipubl. p. 17. ^{b)} SABIN. hist. elect. & Coron. Caroli V. apud Goldastum in polit. imper. P. I. tr. 7. p. 129.



fit; solent tamen partes casus repentinos, & *pericula improuisa* excipere: ut numerus *pro re nata* augeatur. Illud electoribus & principibus quorundam circularum S. R. I. in vnione a. 1658. contracta, § VI. sub finem, c) placuit, vt, quamuis numerum constituissent, tamen, communi consilio, in magnis necessitatibus, subinde maior multitudo submittatur: Auch auff dem Fall, die andringende Gefahr einen größern *Succurs* erfordern sollte, man sich, nach erwognen Umständen, entschliessen wolle, ob und wie derselbe, nach erstbemeldter *Proportion*, zu vergrößern. Romani quidem sociis, quos *inæquali* foedere sibi coniunxerant, *imperabant numerum*, quem mitti oporteret: vti res & necessitas suadere videbantur. Hoc LIVIUS d) & POLYBIUS e) obseruant. Illud tamen, postquam a Celtiberis in Hispania deserti, illaque prodicione in magnum periculum adducti erant, exemplo didicerunt, cauendum esse Romanis ducibus, ne ita crederent *externis auxiliis*, vt non plus sui roboris suarumque proprie virium in castris haberent. f) VEGETIVS certe g) illam rationem seruata esse, ait, ne vnquam *amplior* multitudo *sociorum auxiliariumque* esset in castris, quam ciuium Romanorum. Sed expeditum est, deceptum esse VEGETIVM in illo argumento. Nullam enim necessitates bellorum legem admiserunt. Constat, saepius exercitum Romanum duas aut tres partes auxiliorum habuisse. Illud inprimis, in Carthaginensi bello h) & aliis interdum i) vsu venit. Cæsar se subinde *magnum numerum* auxiliorum ex finitimis ciuitatibus coegisse, k) ait, illamque rem sibi & populo R. prosperrime euenisse. Sed aliquando, contractis legionibus, & *modica* auxiliorum manu, feliciter pugnatum; quod Agricola accidisse, TACITVS testatur. l) POLYBIUS plerumque Romanos *peditum* numerum *parem* Romanis legionibus, sed æquitum *duplo maiorem*, a sociis accepisse, ait. m) Sed, vt dixi, res, vt opportunitas, & causa postulauit, varie administrata.

§. XV.

Expeditiones auxiliorum & quo loco illa in acie constituantur. *Auxilia* igitur, pro modo periculi & vsu belli, comparantur. Ducis est arbitrium, quo loco illis vti, quibus *necessitatibus* administrandis adhibere, velit militem auxiliarem. Interdum tamen pactione efficitur, ne quouis in loco militent, aut in quodlibet periculum coniciantur, auxiliares copiae ab exteris acceptae. *Heluetii* plerumque stipulari solent, ne facile *distrahantur* ipsorum copiae, sed vt in eodem loco omnes dimicent: aut certe milites singuli a cohorte, cui quilibet adscriptus est, in præsidiis in primis, ne diuellantur. Ita inter ipsos & Venetorum rempubl. an. 1706. §. 6.

c) in corp. iur. milit. LVNIGII p. 390. d) LIV. l. 36. c. 3. e) POLYB. l. VI. p. 468. f) LIV. l. 25. 33. g) VEGET. III. l. f. h) LIV. l. 30. c. 5. i) Id. 37. c. 50. & l. 3. c. 5. k) CAES. bell. G. VI. c. 43. l) TACIT. in vita Agric. c. 18. m) POLYB. l. VI. p. 471.

§. 6. publica sponſione interpoſita, conuenit. ⁿ⁾ Wenn ein Feld-Lager formiret wird, mögen die Regimenter, nach heutiger Kriegs-Manier, in Bataillons zwar wohlgetheilet werden. So aber der beyden Stände Volk in Befagung und Schlöſſer gelegt würde, könnten denn die Regimenter wohl in Compagnien zertheilet, die Soldaten aber von ihren Compagnien nicht geſondert werden, ſondern ſollen beyſammen bleiben. Inprimis, ne foederati in *oppugnationibus*, aut expeditione *maritima*, auxiliariis Heluetiorum copiis utantur, cauere ſolent. Ita enim in eodem foedere, §. 2. ſtipulati ſunt. Und ſoll vorbemeldter Stände Volk weder zu Stürmen, noch auff dem Meer zu kriegen, nicht ſchuldig ſeyn. ^{o)} Item *catholici Heluetiorum* ordines in foedere a. 1715. cum rege *Gallorum* facto, §. 4. *maritimam* expeditionem expreſſe exceperunt. Die Schweizeriſchen Truppen ſollen auch nicht zu Waſſer, ſondern zu Lande, können gebraucht werden. ^{p)} Sed hoc quidem durum atque cum incommodo coniunctum, auxiliares copias non ad quemcunque caſum in ducis eſſe poteſtate. Vtilius & æquitati conuenientius in foedere ſociali inter *Ruffos Suecosque* an. 1724. inito d. 22. Febr. ^{q)} §. 11. definitum, vt *par iuſtusque* ex *utriusque* partis exercitu *numerus* expeditionibus periculosis & belli laboribus, adhibeatur. Damit auch die Auxiliair-Truppen nicht mehr, als die andern, bey denen Kriegs-Operationen, oder ſonſt fatigiret, und exponiret, ſondern zwiſchen ſelbigen eine vollkommene æqualität obſerviret werden möge, So ſoll der en Chef commandirende General gehalten ſeyn, bey allen Commandirungen eine billige und genaue Proportion derſelben, nach der Stärcke der ganzen Armee, in Acht zu nehmen. Cetera, prout commodum videtur, auxiliis imperantur.

Apud Romanos, ſi *VEGETIVM* audiamus, ^{r)} auxilia, vt *leuis armatura*, quod ſupra diximus, exercitui adiungebantur. *LIVIUS*, ^{s)} *ſingulis legionibus* ſubinde *adiuncta* eſſe externa auxilia, obſeruat: quia diuiſa magis, quam inter ſe coniuncta, vſui futura eſſe videbantur. Ex *TACITO* etiam ^{t)} ſupra monuimus, *Bataurorum* cohortes XIV. legioni, auxiliorum loco, adiectas eſſe, vt perpetuo cum illa legione militarent. Plerumque tamen in illum *locum*, qui ipſorum ingenio & *virtuti* maxime *conuenire* viſus erat, mittebantur. Illud enim ducis prudentiæ relictum. *CAESAR* aliquando in ſummo *iugo montis* auxilia collocauit, ^{u)} & legiones auxiliis ſubiunxit. Cum alia eſſet opportunitas, auxilia in *mediam aciem* coniecit: ^{x)} quod fere etiam *Agricolæ*, in Britannia, placuit, qui *peditum* auxilia in *media acie* collocauit, equites cornubus affudit. ^{y)} *LIVIUS* tamen monet, in conſulum

exer-

ⁿ⁾ apud SCHMAUSS. in corp. iuris gent. T. II. pag. 1187. ^{o)} Ib. pag. 1106.
^{p)} Ibid. p. 1499. ^{q)} Ibid. l. c. p. 1973. ^{r)} VEG. II. 2. ^{s)} LIV. 27.
c. 8. f. ^{t)} TACIT. hiſt. l. 59. IV. 62. ^{u)} CÆS. b. G. l. 24. ^{x)} Id.
b. Gall. III. 24. ^{y)} TAC. in vita Agric. c. 35.

exercitu interdum *alus sociorum* in *prima acie* pugnasse. ²⁾ Quandoque auxiliares, si in illis spes magna haberetur, *extra ordinem* in acie locati, ut conspectior illorum virtus esset. ^{a)} Imo vero, si raptim, & cum imperu, res administraretur, auxilia sibi ipsis locum elegerunt. ^{b)} Adeo frustra laborant, qui in tanta varietate, *certum & perpetuum locum*, in Romano exercitu & acie, auxiliis assignant.

Sed, ut de loco in acie, ita de *expeditione*, in quam mittenda erant auxilia, nihil certi affirmare aulam. CAESAR enim *auxiliis* modo ad *insequendum* ^{c)} modo ad *pugnandum*, modo ad *castra munienda*, ^{d)} modo, si ipsis diffideret, ad *speciem* atque opinionem *pugnantium praebandam* ^{e)} usus est. POLYBIUS, ex omni coetu sociorum, tertiam partem equitum, & quintam peditum ad *praesidium* consulum delectam esse, ait, quæ extraordinariæ *cohortes* dicebantur: Ceteram multitudinem, in duas partes distributam, quarum altera, sinistra, altera, dextra *ala*, appellaretur. ^{f)} Sed, ut dixi, illud non semper observatum.

Muneribus, tamen obeundis rarius adhibebantur. Hernicos certe *operum militarium immunes* esse placuit, ^{g)} ut in unum pugnae locum reservati, plus pro virili parte annitendum esse, scirent. CAESAR etiam observat, *auxiliarium* corpora *insueta* fuisse ad onera portanda. ^{h)} Et generatim VEGETIVS, *minorem* in auxiliis *sudorem* esse, dicit: ⁱ⁾ hinc plurimos in auxiliis militare maluisse. Erant enim *militaria munera*, quæ, ut VARRO docet, ^{k)} *muniendi* causa fiebant, ut: lapides cespitesque comportare, aut aggerem facere cum magno labore & incommodo coniuncta, ut, nisi ab adfuetis, vix administrari posse viderentur. Quare MODESTINVS l. 3. §. 1. *de re milit. munerum indictionem* inter militum *poenas* retulit, qua praefecti ad coercendos immorigeros, utantur. Sed illis quidem sustinendis Romanorum corpora longa exercitatione assuefacta: donec & ipsi, luxu & voluptatibus effoeminati, laborem defugere coeperunt.

Non his iuventus orta parentibus
Infecit equor sanguine Punico,
Pyrrhumque & ingentem cecidit
Antiochum, Hannibalemque dirum;
Sed rusticorum mascula militum
Proles, Sabellis docta ligonibus
Versare glebas, & recisos
Matris ad arbitrium severae
Portare fustes l)

Con-

- 2) LIV. 35. c. 5. & 31. 25. a) Id. 7. c. 7. b) TACIT. hist. III. 22. c) CAES.
bell. G. VIII. 5. d) Id. b. civ. III. 93. e) Id. b. G. 25. f) POLYB.
L. VI. p. 472. g) LIV. 7. c. 7. h) CAES. bell. civ. I. 78. i) VEGET.
II. 3. k) VARRO de l. lat. IV. p. 42. l) HORAT. III. od. 6. v. 34.



Contra *auxiliares*, plerumque rudes rerum omnium, in castra veniebant, ut adhiberi operibus non possent. Interdum tamen illud aliter observatum est. Caesar enim *Rhemorum* auxilia *fungendis muneribus* adhibuit. ^{m)} Aliquando lapides & tela subministrarunt, cespites comportarunt, aggerem fecerunt, ⁿ⁾ fossas compleverunt: ut non semper, neque ab omnibus *muneribus*, vacationem habuisse videantur.

§. XVI.

Igitur in bello *auxiliares copiae*, nisi aliter convenit, iussa accipere, & *Duces auxiliorum* imperata, sine discrimine negotii, *facere* tenentur. Sed, quid in praelio & expeditione cuius parti suscipiendum sit, a *supremo duce coniuncti* & sociati exercitus imperari solet. Apud gentes moratas quidem ille, cui auxilia, ex *unilateralis foedere*, mittuntur, & cuius auspiciis bellum suscipitur, solet exercitui uniuerso, ex suis copiis & externis auxiliis, collecto, *ducem* communem praeficere, *cum suprema potestate*. Sed in *bilateralibus* & *reciprocis*, placuit, *ducem communem* utrique exercitui ab illo praefici, in cuius territorio, aut propter cuius commoda, bellum maxime administratur: quod habet rationem, cum naturae sit conveniens, reliquos illius, cuius maxime interest, obtemperare voluntati. Sed *consilia* inter utriusque exercitus duces, si quid praeter spem incidat, antea communicantur. Si in *tertio loco*, qui ad neutrum foederatorum pertineat, utriusque copiae consistant, ille interdum praeesse solet exercitui, qui inter duces utriusque partis *dignitate*, aut numero stipendiorum, *ducem* sociorum antecellat. Illud enim aequalitas iurium utriusque gentis suadet. Inter pares enim nulla alia praerogativa, propter quam alius ali praeferi possit. Igitur solent foederati ante expeditionem alter alteri indicare, quo, & cuius dignitatis, *duce*, in suo exercitu, sit usus. Res luculentius ex recentioribus foederibus apparebit. Ita certe *Helvetii* suos milites in foedere cum *Venetis* a. 1706. inito ^{o)} §. 7. Venetorum duci in expeditione & praesidiis subiecerunt. Der Oberste und die Hauptleute sollen im Felde, in Kriegs-Sachen, zu gehorsamen schuldig seyn der Herrschaft General-Obersten etc. Aber in denen Besatzungen sollen die Soldaten dem Gubernatorn gehorsamen, wie bey der Durchlauchtigen Herrschaft bräuchlich. Idem & in foedere *regis M. Britanniae* & *ordin. Batavi* general. a. 1678. placuit, ut is, cui auxilia mittuntur, exercitui sociali imperare possit. Ita enim art. III. separato: Le secours, qui sera envoyé, sera entièrement soumis au commandement & ordre de celui, auquel il sera envoyé. ^{p)} Non secus in foedere *unilateralis* inter *regem M. Britanniae* & *ducem Hasso-Cassellanum* de a. 1726. art. V. convenit, ut auxilia *regis M. Brit-*

m) c. 8. s. b. Gall. VIII 12. 3.
iur. gent. T. II. p. 1187.
Fasc. IV.

n) Id. III. 25.
p) Ibid. T. I. p. 1015.
T

o) apud schmauss. corp.

Britanniae imperio regantur. Lorsque les dits troupes entreront au service de S. M. le Roy de la G. Bretagne, elles feront sous son commandement, & entierement a sa disposition etc. 1) In eandem fere sententiam *Russi cum Suecis* in foedere de 22. Febr. 1724. inito, eoque *reciproco*, sed speciali §. 9. & 10. inter se pacti sunt. Das General Commando im Felde und andern Kriegs-Operationen gehöret ohnstreitig demjenigen, welchem der *Requirit* dasselbige aufgetragen, jedoch dergestalt, daß nichts Hauptsächliches vorgenommen werde, ohne daß die Sache vorher im Kriegs-Rath, und in Beyseyn des von dem requirirten Theil geschickten Generals, überleget und resolviret worden. Damit auch wegen des Characters bey Commandirungen kein Miß-verstand entstehen möge, so soll der requirirende Theil bey Zeiten anzeigen, was er für einen Chef zum General-Commando gebrauchen wolle, damit Requisitus den Character desjenigen, der die Hülfss-Trouppen commandiren soll, darnach einrichten und proportioniren möge. 2) Optime res illa in *unione quorundam pr. electorum* de a. 1658. §. 13. definita; 3) So soll der Chur-Fürst, oder Fürst, in dessen Landen die zusammen geführten Defensions-Wölfer stehen, oder dessen General, das Ober-Commando haben. Item §. 10. & 11. Daß derjenige Landes-Fürst, welchem die Hülfße geleistet wird, und so lange in dessen Landen agiret wird, Ober-Commando oder Generalat, bey den militaribus actionibus, mit Zuziehung des Kriegs-Raths, führen oder an seine Stelle ein qualificirtes Haupt verordnen soll. Wenn in loco tertio agiret wird, soll derjenige Chur- oder Fürst, aus dessen Landen man gehet, das Ober-Commando so lange führen, bis die coniungirte Wölfer wieder in ihre Lande kommen. Im Fall auch die assistirende Stände die Wölfer aus ihren eignen Landen in locum tertium zusammen schicken, soll der höhere und in der Charge ältere Officier, mit Zuziehung der Rätze, das Directorium führen. Sed hæc talia, vti partibus visum est, varie definiuntur. Aliquando etiam placuit, vt auxilia, illi principi, cui submituntur, iureiurando obligentur. Ita inter *Heluetios* Catholicos, & statum *Mediolanensem* a. 1634. in formula foederis §. 9. convenit. 4) Sed frequentius illud in foederibus *unilateralibus*, aut inæqualibus, vsu venit. Romanorum quidem auxiliares copias ab ipsis ciuitatibus, a quibus mittebantur, iureiurando obligatas esse, *POLYBIUS* testatur. 5) Sed *LIPSIUS* *auxilia* Romanis non iurasse, tradit. 6) Certe tamen posterioribus temporibus, teste *VEGETIO* 7) sacramenta in auxiliis præstabantur. Ceterum Romano consuli in expeditionibus & *focii* & *auxilia* parebant. Neque potuisset vaga multitudo coer-

1) apud *SCHMAUSS.* l.c. p. 2018.

2) Ibid. p. 1973.

3) corp. iur. milit.

LUNIG. p. 391.

4) apud *SCHMAUSS.* corp. iur. gent. p. 499.5) *POLYB.*

hist. IV. p. 468.

6) *LIPS.* de re milit. dial. 7. p. 46.7) *VEGET.*

II. 2.

coerceri, nisi vnius imperio obtemperasset. *Thracæ* fere soli, si mitterent auxilia, suos *ductores* præficere, nec permisceri aliis nationibus, volebant. Sed, teste *TACITO*, ²⁾ Romanis ad officium reducti sunt.

§. XVII.

Romanorum quidem socii *præfectos* a suis ciuitatibus accipiebant: *Præfecti & quos LIVIUS a) prætores* sociorum appellauit. *POLYBIUS* etiam *quæ-magistratus* ^{auxiliorum.} *stores* illis adiunctos esse, ait. ^{b)} Inter liberas gentes fere obtinuit, vt *auxilia* in caussis priuatis, & quæ non ad administrationem totius belli pertinent, *suis propriis magistratibus* regantur, atque *legibus domesticis* plerumque iudicentur. *Heluetii* certe hoc more solenni, in omni militia, vtuntur. Ita cum *Batauis* pagus *Bernensis* pactus est, a. 1714. ^{c)} „Les troupes du louable „canton auront leur propre justice, comme la nation Heluetique en jouit „par tout. Idem etiam inter *Russos & Suecos* a. 1724. §. 10. pactioe definitum est. ^{d)} Sollen die Auxiliar-Trouppen nach keinen andern Gesetzen, Kriegs-Articuln und Verordnungen, als ihrer Herren eigenen, und von keinen, als ihren eigenen Officiers, geurtheilet werden. *Germanis* quidem, qui apud exteros militant, ex suis legibus, & a suæ nationis centurionibus & præfectis duntaxat, ius reddi posse, supra fuit obseruatum. ^{e)} In primis sententia, a iudicio equestri, von *Neuter-Rechten*, more maiorum, aduersus nostros milites, qui apud exteros militant, in frembder Potentaten Diensten, legitime pronunciata, in patria etiam rata est, & ab imperatore defenditur, *Neuter-Vestallung* de a. 1570. §. 48. Sed & externis auxiliis, in Germanorum exercitu, idem honos haberi solet, vt suos magistratus habeant, illorumque iurisdictioni subsint. Hinc etiam de rixa, si qua forte inter nostros & auxiliares milites orta est, a iudice, cui reus subest, in exercitu cognoscitur. Alea etiam & ludendi cum auxiliariis familiaritas & consuetudo, mater rixarum & dissensionum, nostris seuerè interdicta. *Neuter-Vestallung* de a. 1570. art. 184. Und da mehr denn eine Nation in dieser Kriegs-Versammlung seyn solten, soll keiner mit derselben Auffruhr machen, noch sich rotiren, auch nicht mit ihnen spielen, damit grosser Unwillen vermieden werde, bey Leibes-Estraffe: sondern, da einige Irrung oder Mangel gegen sie vorfiel, so sollen sie solches ihrer Obrigkeit anzeigen, die soll sie bey Zug und Recht handhaben. Idem etiam *electoribus & principibus* vnitris in foedere de a. 1658. §. 9. placuit. ^{f)} Wie es mit administration der Iustiz zu halten, wenn es zu der Coniunction gelanget, darüber ist folgende Abrede genommen: daß nemlich in solchen delictis, welche der Generalität Commando und

T 2

die

2) *TAC.* annal. IV. 46. a) *LIV.* 23. c. 19. circa fin. b) *POLYB.* VI. p. 468.
c) apud *SCHMAUSS.* l. c. p. 1282. d) *Ibid.* p. 1973. e) vid. *Neuter-B.*
de a. 1570. art. 216. 218. & 219. it. art. 41. f) *SCHMAUSS.* corp. iur. mil.
p. 390.



die davon dependirende Sachen nicht angehen, eines jeden Chur- und Fürsten Ober-Commendant die Iustiz, unter denen ihm untergebenen Völkern, ohne einigen Eingriff oder Verhinderung administriren solle 2c. 2c. Inter alias gentes socias aliquando visum est, mixto iudicio ex utroque exercitu, quibusdam assessoribus adscitis, controuersiam, inter milites foederati exercitus exortam, definiri. Ita in foedere *Russo-Sueuico* de a. 1724. conuenit: g) Sollten aber zwischen Officiers oder Gemeinen des Requirerenten selbst eignen und denen Auxiliar-Trouppen einige Streitigkeiten entstehen, so sollen dieselben durch, aus beyderseits Trouppen darzu bestellte, Commissarios untersucht und geurtheilet werden 2c. 2c. Hoc quidem iure in sociali exercitu *externa* auxilia vtuntur. Sed iure Quiritium, ex ciuitatibus foederatis, rei *apud Romanos* fiebant, & in eos damnatos animaduertebatur, quod *PROCVLVS* docet l. 7. §. 2. D. *de captiu. & postlim. reuers.* Illis igitur non semper videntur ius dicere potuisse proprii domesticique magistratus.

§. XVIII.

*Ius sacro-
rum armo-
rum simili-
tudo.*

Sed, cum, sine metu Dei immortalis, compesci in castris milites non possint, neque vera omnino virtus in ipsorum animis accendi, nisi spe diuini praesidii, in quo summum victoriae momentum versari scimus, confirmetur; non solum in primo articulo legum militarium Germaniae, a. 1570. propositarum, vsus sacrorum atque pietatis studium ipsis sollicitè iniungitur: sed omnes etiam gentes, *de libertate sacrorum* militibus prospiciendum esse, intellexerunt. Quo iure autem ordinum imperii milites in exercitu imperii vtantur, admonere, non est nostri instituti, qui de *externis* maxime *auxiliis* tractamus. Sed foederati plerumque, quamuis & sine stipulatione illud merito intelligatur, solent de *vsu sacrorum* suis militibus libere permittendo, inter se pacisci. Illud a. 1724. in foedere *Russo-Sueuico* diligenter cautum. Sollen die Auxiliar-Trouppen ihre eignen Priester und ihren eignen Gottesdienst frey und ungehindert haben. h) Idem, in foedere *Venetorum*, cum quibusdam *Heluetiorum* pagis a. 1706. inito §. 10. & 11. placuit, Und damit soll auch denen Feld-Predigern ihrer Nation, ohne einige Hinderniß, erlaubt seyn, die Kranken zu besuchen und zu trösten, und Niemand verwilliget werden, dieselbigen, einiger Gestalt, ihrer Religion abwendig zu machen. i) Sed vii iam dicere occupauit, quamuis nihil conuenienter, animis militum in *sacris* omnino vis fieri non debet. Quod enim esse potest studium pugnae, aut decoris cum periculo mortis expetendi, in milite, qui timeret, ne, *propter sacrorum difficultatem*, cum sanguine, etiam futurae felicitatis iacturam patiatur.

His igitur diuinis incitamentis animi militum aduersus hostem praeparantur. Sed praeterea *armis* opus est ad dimicandum. Olim quidem certe *le-*

gio-

g) SCHMAUSS. corp. iur. mil. p. 1973.

h) Id. l. c. ibid.

i) Ibid. p. 1188.



giones Romanæ grauioribus armis utebantur, quod VEGETIVS obseruat, ^{k)} maxime scutis, gladiis & pilis. Contra *auxiliares*, tanquam leuis armatura, *hastis & spathis*, si TACITVM audias, ^{l)} maxime pugnabant. LIVIVS ^{m)} tamen, & VEGETIVS ⁿ⁾ testantur, plerumque *auxilia*, exercitatione & vsu, ad Romanorum disciplinam instituta, atque assuefacta esse. Hodie prope modum, apud plerasque gentes moratiores, *idem usus armorum* est, eadem militaris disciplina. Interdum tamen foederatis e re esse visum, de armis etiam, quibus utantur auxiliarii milites, pacisci. Interdum etiam arma a requirente suppeditantur. Ita *Veneti* cum *Heluetiis* pacti sunt a. 1706. §. 9. ^{o)} Plerumque tamen socii suas copias, *armis propriis* instructas, mittunt, ut nihil ipsis desit ad usum militiæ, & bellum in quibuscunque casibus administrandum. Ita rex *M. Britanniae* cum *ordinibus generalibus* a. 1677. ^{p)} art. separat. I. & *Russi* cum *Suecis* a. 1724. art. 5. ^{q)} pacti sunt. Atque eadem plerorumque foederum formula.

§. XIX.

Solent plerumque foederati exipere, ne in propriis & domesticis necessitatibus, quibus ipsi affigantur, ut carere milite non possint, *promissa auxilia submittere cogantur*, aut etiam, ut in repentinis casibus *reuocare auxilia liceat*. Imo vero, si de illa re non conuenerit, natura foederis socialis illud habet, ut quilibet suas necessitates ante omnia curare debeat: cum & ipse collapsurus sit, & socio inutilis futurus, qui primo omnium securitati suæ non prospexerit. *Heluetii* certe a *Venetis* a. 1706. §. 8. ^{r)} id sibi stipulati sunt, ut, si bello domestico laborent, *auxiliares copiae reuocari* possint. Im Fall beyde Stände von ihren Feinden angefochten würden, oder in anscheinender Kriegs-Gefahr wären &c. &c. so mögen beyde Stände, oder einer besonders, ihr Volk in ihren eignen Nothen zu gebrauchen, wohl abfordern &c. &c. Sed in eiusmodi quidem foederibus non illud actum esse intelligitur, ut temere & sponte, & confestim, atque iniussu supremi ducis bellici, sed, ut *communicato antea consilio*, causisque expositis, *auxilia discedant*; ne omnes belli rationes subitaneo discessu perturbentur. Hæc Celtiberorum erat leuitas, qui Romanos in Hispania, ab hostibus corrupti, deserebant, nihil aliud Romanis, causam quærentibus obtestantibusque, respondentes, quam, domestico se auocari bello. ^{s)} Eadem perfidia Treuiri etiam aliquando, cum desperatam rem Romanam crederent, domum redierunt. ^{t)} Idem facinus Dumnorix ausus est, qui cum equitibus Aeduorum, insciente Cæsare, domum discedere parauit. ^{u)} Notum est, quas turbas dederit HENR. LEO, cum FRIDERICVM I. in Italia, flentem, atque ad genua eius procumbentem,

T 3

nihil

k) VEGET. II. 3. l) TAC. XII. annal. 35. m) LIV. 24. 48. n) VEG. II. 2.
o) apud SCHMAUSS. l. c. p. 1187. p) ibid. p. 1015. q) ibid. p. 1972.
r) ibid. p. 1187. s) LIV. 25. 34. t) CÆS. b. Gall. I. 25. u) ib. V. 7.

nihil precibus, nihil obtestationibus permotus, desereret, atque ab exercitu cum suis copiis discederet. Notum etiam, quæ rerum conuersio sit subsecuta. ^{x)}

§. XX.

*Stipendia
auxiliorum.*

Sed in bellorum administratione cura quidem præcipua, ut ne quid de exercitui rerum necessariarum, quibus si milites careant, nec satis animorum habituri sint, neque ad dimicandum facultatem. Igitur de stipendiis & sumtu superest, ut videamus. Et voluntaria quidem, eaque priuata auxilia, nemo dubitat, quin stipendium ab illo accipiant, ad quem defendendum conscribuntur. Qua de causa illas copias subinde conductitias & mercenarias appellatas esse, supra est a nobis obseruatum. Idem etiam in publicis, iisque necessariis, auxiliis unilateralibus, quæ ex æquali foedere debentur, itemque in quasi publicis, obtinet, ut sumtibus requirentis auxiliarii milites alantur. Nihil enim magis habet rationem, quam, ut ad illum cura impensarum pertineat, pro cuius commodis & emolumentis militat: ita in instrumento inuestituræ Senensis a PHILIPPO II. concessæ COSMO II. Florentiæ duci, de a. 1577. conuenit. ^{y)} Inprimis Heluetii solliciti suo militi, de stipendiis a foederato exsoluendis, cauent: quod omnia illorum foedera testantur. Sed in bilateralibus & reciprocis interdum variatum: quandoquidem pars utraque eodem iure apud alterum vitur, quo ipsa alterius auxilia accepit. Igitur interdum etiam sumtibus mittentis stipendia præbentur. Foenum tamen & pabula equis plerumque ab illo exhibenda sunt, cui auxilia mittuntur: illa enim in suis terris paullo commodius subministrare potest. Ita inter regem M. Britannicæ, & ordines general. art. separat. I. a. 1677. ^{z)} in foedere Russo-Sueuico de a. 1724. art. 6. ^{a)} & in foedere inuictissimi imperatoris cum augustissimo Poloniarum rege & r. M. Britannicæ, a. 1719. d. 5. Iunii inito §. 3. ^{b)} conuenit. Idem etiam electoribus & principibus Germaniæ in foedere unionis a. 1658. inito placuit. ^{c)} Ita enim §. 14. pacti sunt. Es unterhält und bezahlt ein jeder alliirter seine Völker. Hyberna etiam plerumque, & ut victus ordinario pretio redimi possit, nullo discrimine inter ciues & auxilia admissio, promittuntur. ^{d)}

Sed in foederibus inæqualibus subinde focii, qui mittunt auxilia, stipendium soluere tenentur, si illud in formula foederis promissum. Romani quidem, socios non omnino eodem iure uti patiebantur. Quædam ciuitates & militem & pecuniam mittere debebant: ideoque suos quæstores in exercitu

^{x)} SIGON. R. Ital. L. 14. p. 327. URSPERG. chron. p. 206. vid. FABER. Staats-Consley, T. 21. p. 746. ^{y)} SCHMAUSS. l. c. p. 307. ^{z)} Ibid. l. c. p. 1105. ^{a)} Ibid. p. 1972. ^{b)} Ibid. p. 1759. ^{c)} corp. iur. milit. LUNIG. p. 391. ^{d)} vid. fœdus inter Star. General. & Helvet. de a. 1712. art. 30. apud SCHMAUSS. p. 1283. & fœdus inter imperat. reg. Brit. & reg. Pol. de an. 1719. §. 3. ap. SCHMAUSS. p. 1759.



citu habebant. e) Hinc focii aliquando apud LIVIVM f) se stipendiis exhaustos, neque esse, vnde militem pecuniamque darent, conqueruntur. Frumentum tamen ad ipsos a Romanis gratis deportandum erat. Sed aliis quidem, & in primis auxiliis externis, & frumentum, & stipendium, dede-
runt. g)

§. XXI.

Sed tunc demum militibus corpus vile est, & mors contemnitur, si aut *Præmia* magnam gloriam vident, aut *spe* futuræ commoditatis accenduntur. Igitur, *xiliorum*. ne virtus algeat præter stipendia, *præmiis* etiam *militaribus* ad certamen laudis excitantur. Qua re in *auxiliario milite* tanto magis opus est, quanto difficilius homines aliorum necessitates, cum suo periculo, defendunt, nisi rem illam sibi fructuosam fore sperent. Sed hoc fere arbitrio ducis & victoris permittitur: qui suo se modulo metitur, & rationem liberalitatis ex re constituit. Interdum *Helvetios* copiis auxiliariis, quas mittunt, *præmium pugnae*, et *nen Schlacht-Sold*, stipulatos esse, video: si res prospere evenisset. Plerumque *duplex stipendium menstruum* paciscuntur. Ita inter ipsos & Venetos a. 1706. §. 5. convenit: h) Und so eine Schlacht beschähe, darinnen durch Gottes Hülff der Sieg erhalten würde, solle die Durchlauchtige Herrschafft Venedig den Obersten, auch allen und jeden Befehls-Leuten und gemeinen Soldaten, einen Monath Schlacht-Sold zu erlegen schuldig seyn.

Apud Romanos quidem *VEGETIVS*, in *auxiliis* minus sudoris, sed maturioria, seu, quod alii malunt, *maiora præmia* fuisse, ait. i) *PLINIVS* certe, *auxiliares aureis* torquibus, sed *legionarios argenteis* duntaxat donatos esse, docet; contra, *ciuibz armillas* dari solitas, quibus careant *auxiliarii*. k) *Prænestinis* aliquando, ob virtutem, *duplex stipendium* datum esse *LIVIVS* testatur. l) *CAESAR* etiam aliquando *militibus*, pro magno labore & patientia, *duenos sestertios* donavit, m) nec videtur, inter legiones & auxilia discrimen admisisse. Ceterum potiori loco in castris legionarios fuisse, certum est. *POLYBIUS* observat, equitibus *sociorum minus frumenti* datum esse, quam Romanis, cum illi deterioribus equis uterentur. n) Supra etiam monitum fuit, ob ciues & socios servatos duntaxat, non ob *auxiliarem militem* defensum, coronam civicam servatori datam. o) Tandem cum Romæ nullum superesset discrimen dignitatis, etiam *auxiliarii* ad dignitates militares gradumque altiorum promiscue admissi. p)

Hæc de *iure militis auxiliarii* in mentem venerunt. Venia nobis expetenda est, in difficili argumento, de quo, non memini, quenquam de industria commentatum esse. Primas enim lineas duntaxat ducere constituimus.

Con-

e) POLYB. L. VI. p. 483.

f) LIV. 27. 9.

g) LIV. 30. 37. & L. 39. c. 50.

h) apud SCHMAUSS. p. 1187.

i) VEGET. II. 3.

k) PLIN. hist. nat. 33.

2. in fin.

l) LIV. 23. 20.

m) CÆS. b. Gall. VIII. 4.

n) POLYB. VI.

p. 484

o) PLIN. hist. nat. 16. 4.

p) vid. SPANHEM in orbe Rom. p. 349.

Ceterum gratulamur ætati nostræ, quod *fides auxiliorum sociorumque* certissimis documentis haud ita pridem comprobata est, & quod illa coniunctio Germaniæ prosperrime euenit. Deum precamur, vt, dum *augustissimus imperator* ad referendam gratiam accingitur, *res ex omnium bonorum voto & sententia felicissime succedat.*

XXVIII.

QUANDO
CVRATOR ABSENTIS
HEREDES AEQVE PROPINQVOS
A SVCCESIONE EXCLVDAT.

VITEMBERGAE, AD D. VI APRIL. A Q. S. P. E. MDCCXXXVII.

§. I.

*Occasio insti-
tuti.*

*P*lerumque magis homines *spe* commoditatis *futurae*, quam *fructu* *praesentis voluptatis*, commouentur. Dulce enim bellum inexpertis: & quanto longius ab usu rerum remoti sumus, tanto facilius decipimur specie externa, quæ nobis mirifice blanditur, & quæ illa, quæ intus latent, occultantur. Ipsa vero *spes* commodi futuri non per se nobis grata est, sed quia *imaginem* quandam *boni* continet, ad quod consequendum adspiramus. Quare efficitur, vt, quod PLINIVS ait, ^{a)} quo proprius accesserimus *ad spem fruendi*, eo impatientius cupidiusque *rem* desideremus.

Vix tamen unquam acrius incenduntur homines cupidi, quam vbi ad *spem* proximam *hereditatis* eriguntur. Illa enim tanto efficacius animos concitat, quanto dulcius videri potest, sine iniuria, falcem immittere in messem, quam nobis aliorum industria parauit, & in qua quærenda defunctorum diligentia nos incommodo culturae & sementis faciendæ liberauit. Igitur frequentissimæ in foro contentiones non solum de *hereditate praesenti*, sed etiam, & propemodum frequentiores, de *remota spe hereditatis*: in primis, dum de *reditu absentium*, illorumque *vita*, dubitatur. Quandoquidem enim homines, quod audissimè cupiunt, illud facillime credunt, & interdum fingunt; solet euenire, vt, si quis *dintius absuerit*, & peregrinetur, plerumque, qui ipsi

a) PLIN. L. VI. ep. I.

ipsi proxime sanguine coniuncti sunt, *absentis*, quasi *mortui*, bonis inhihent, &, quem nunquam rediturum sperant, eius hereditatem ad se pertinere arbitrentur. Hinc orta est *cura absentium*, introducta a Germanis, sed hodie fere vsu Europæ vniuersæ frequentata, quam illi ambiunt, qui, si absentem illum *decessisse* constaret, propter sanguinis coniunctionem, ipsi *proximi heredes* essent. Malunt enim *occupare ambiguam hereditatem*, & *fructu præsentis* animum pascere, quam expectare dubios euentus. Sed, quamuis *spes* illa sit *incerta*, atque ideo *cautio* a curatoribus præstanda sit, de restituenda hereditate, si absens reuertatur; tamen, vti dixi, vehementius propemodum, maiorque sumtu interdum, de *cura absentium*, quam de ipsa hereditate defunctorum, litigatur.

Nuper *ICtis Vitembergensibus* oblata est eiusmodi species, quæ non exiguam difficultatem habere videbatur: absens *Titius*, dum peregre abirer, *sororem* unam *Tulliam*, & ex altera *sorore*, iam tunc mortua, *duas neptes*, *Meuiam* & *Seiam*, reliquerat. Cum *Titius* diutius abesset, de *cura absentis*, & spe hereditatis, quærebatur. Dubio carebat, *Titio*, si mortuus esset, non solum *sororem Tulliam*, sed etiam *neptes* ex mortua *sorore*, *Meuiam* & *Seiam*, *heredes legitimos* fuisse: quandoquidem iure communi, & *Hennebergico*, ex quo lis iudicanda erat, *fratrum & sororum liberi*, in locum *fratrum demortuorum*, propter ius *repræsentationis*, succedunt, &, cum *fratribus* aut *sororibus*, simul ad hereditatem admittuntur. Sed *Meuia* & *Seia*, soli *Tullia*, *absentis sorori* *superstiti*, curam *absentis* permiserant, quam *Tullia* maritus, a magistratu confirmatus, susceperat, ideoque bona *absentis*, sub cautione, possidebat. Paulo post *Meuia* & *Seia* *decesserant*, antequam de morte *absentis* penitus constaret. *Meuia* filium reliquerat *Iauolenum*: *Seia* cælebs mortua patrem suum *Caium* reliquerat heredem. Iam & *Caius* & *Iauolenus* *absentis Titii hereditatem*, ex parte, sibi delatam esse, arbitrabantur, & simul, cum *Tullia* marito, ad curam *absentis* admitti, partemque bonorum sibi administrandam dari, postulabant. *ICti Lipsienses* solum *Iauolenum*, excluso *Caio*, admittendum esse censuerunt. Sed, leutatione interposita, *Vitembergenses* a iudice consulti, non solum *Caium*, sed etiam *Iauolenum* excluderunt, solumque *Tullia* maritum, *absentis legitimum curatorem* esse, arbitrati sunt.

Digna res visa est, quæ luculenta commentatione illustretur. Quod fiet commodius, si antea de *cura absentis* generatim breuiterque exponamus: deinde enim facilius erit, de illa controuersia iudicium.

§. II.

Nimirum duo in primis obstat videntur, ne hereditas *absentis*, de cuius morte nondum constat, inter legitimos eius heredes diuidatur. Primo enim superuacuum videtur, de hereditate *nondum delata* litem exercere.

Fasc. IV.

V

Sed

Non prorsus
odiosa est he-
reditas vi-
nentis sed



*magis ta-
men fauor
absentium.*

Sed constat, hereditatem non deferri, nisi *post mortem* eius, de cuius successione quæritur: quamvis dubiteretur, ne vita sit defunctus. DIOCLETIANVS enim & MAXIM. l. 3. & 4. C. de *postlim. reuers. ius successionis* tunc demum adquiri, aiunt, cum *cognoscitur*, illos esse *mortuos*, de quorum hereditate disputatur: & ne filium quidem matris hereditatem adquirere, antequam *constet*, illam mortuam fuisse. Imo vero IVSTINIANVS l. 30. C. de *pact. odiosum* esse censet, & *plenissimum tristissimi euentus*, si successores proximi, de *hereditate cognati viuentis* atque ignorantis, litigent, aut de *spe hereditatis* paciscantur. Præterea PAPINIANVS l. 29. §. 2. D. de *donat.* non solum litem de spe hereditatis damnat; sed etiam *donationem* bonorum cognatæ viuentis ipso iure nullam, donatorem vero postea hereditate indignum esse, ait, quia, *aduersus bonos mores & ius gentium*, ad hereditatem *viuentis* festinasset.

Igitur non solum *inepta & præmatura*, sed etiam *cum periculo iacturæ coniuncta*, videtur disceptatio heredum, de *successione & cura absentis*, de cuius morte nondum constat. Sed frustra PAPINIANVS *ius gentium & bonos mores* inuocauit, quibus hereditas viuentis eiusque occupatio intempestiua aduerferur. Illud unum quidem *æquitas* videtur postulare, ne per illam occupationem domino viuenti aliquod incommodum omnino afferatur. Sed, si de illa re fuerit prospectum, non video, quid heredes eius, de *cuius vita iuste dubitatur*, prohibeat, quo minus bona potius inter se diuidant, quam expectent incertum & non probabilem redditum absentis. Generaliter enim naturalis ratio permittit, vt in causis dubiis, de quibus non facile certis argumentis aliquid cognosci potest, illud sequamur, quod magis ad fidem probabile esse videatur. Cur igitur heredibus hanc opportunitatem fortunæ inuidemus, si *ipsi* potius, dum res & ætas permittit absque dominorum periculo, *fruantur bonis absentium*, quam, sine cuiusquam commodo & fructu, *curatoribus extraneis* bona, quæ probabiliter ad ipsos pertinent, administranda permittunt. Aut, quid refert, administrari bona ab extraneis, redditus multorum annorum conferri in arcam, atque annis singulis augeri, sed nemini prodesse, sita interim squalescere, & *absenti incerto* asseruari, sollicite cauere, ne quisquam aliquid attingat, omnes alios excludi, sed heredes proximos interea fame & inedia perire. Rerum natura quidem omnia non *colligendi*, sed *fructus capiendi* causa, comparauit. Hæc hominum *auarorum* est infania, nummos contemplari, acervos facere, omnia in unum conferre, nihil attingere, *propter incertos & non probabiles euentus*. Merito igitur *Germani* ceteræque gentes, quæ illos imitatæ sunt, *curam absentis*, & fructum bonorum, interim ad *heredes proximos absentis* pertinere voluerunt, si de *reditu absentis iuste dubitetur*. Nostro quidem iure, non solum præmatura illa successio, sed pacta etiam de hereditate absentis, admittuntur.

Ita



Ita haud pridem *ICti Lipsienses* responderunt: Obwohl Beklagte und Intervenienten anzuführen wissen, daß wider die Natur eines Vergleichs de re certa, besonders de hereditate tertii præsumtive adhuc superstitis, sed incii, adquirenda, zu Recht beständiger Weise nicht transigiret werden könne, D. a. D. dergleichen pacta adquisitiva & conservativa de hereditate personæ viventis certæ, sed incie, moribus Germaniæ, ex veriore sententia, auch inter privatos und ohne eyndliche Bestärkung, vor bündig und kräftig zu halten, und hierwider die mere subsidaria dispositio iuris Romani nicht anzuziehen 2c.

Sed præter illa, quæ adhuc observata sunt, in primis *favor absentium* videtur dissuadere, ne facile *heredes absentis* admittantur, priusquam de eius morte fuerit probatum. Enimvero illud misratio humanæ conditionis, a qua nemo alienus est, imperat, vt consulamus necessitatibus illorum, quos, suspicio est, periculo aut infortunio quodam detineri, ne ad lares patrios & fortunas suas reuertantur. *Publice enim interest*, quod *VLPIANVS* l. 33. §. 2. D. de procurator. monuit, *absentes defendi* ab iniuria, illorumque causas & fortunas intactas conservari. Quapropter idem ille *VLPIANVS*, edictum de *negotiis gestis* necessarium esse, arbitratur: quoniam *magna utilitas absentium* in illa re versetur, ne, indefensi, rerum possessionem aut venditionem patiantur, aut iniuria rem suam amittant, l. 1. D. de negot. gest. Sed, periculum est, ne illud accadat, si bona absentium inter heredes diuidantur. Ideoque, Romano quidem iure, placuit, potius *curatorem extraneum* dari absentibus, qui idonee caueret, quam *heredes* admitti ad successionem, qui, pietatis obliti, bonis alienis cum indignitate inhiare videantur. l. 22. §. 1. D. de reb. auct. iud. possid. & l. 3. C. de postlim. reu. Sed quamvis illa ad speciem non inepte disputentur; tamen certius est, maiorem *heredum præsentium certorumque* habendam esse rationem, quam *absentis domini*, de quo *incertum* est, & iuste dubitatur, vtrum viuat, & reuerti possit ad fortunas suas. Illa esset *crudelitas* aduersus *certos* & præsentis successores, si a fructu bonorum arcerentur, propter *intempestiuam* erga *incertos* absentes *misericordiam*, quos nemo facile sperat redituros. Neque enim admittuntur curatores absentium, nisi hi *diutius absuerint*, vt de vita ipsorum *cum ratione* dubitetur. In tanta incertitudine, sufficit, *cauere* curatores, de restituendis bonis hereditariis & fructibus bonorum, si absens aliquando reuertatur, aut appareat, hereditatem ad alios meliori iure pertinere. Satis igitur solícite absentibus consulitur a magistratu, qui omnes casus circumspicit, & etiam de reditu absentium, qui sperari vix potest, cogitat, ideoque cautionem exigit, ne illi ab heredibus aliquid detrimenti patiantur.



§. III.

*Cura absen-
tis est occu-
pacio heredi-
tatis.*

Neque igitur bonis moribus nocebit, neque habebunt absentes, de quo conquerantur, si bona ipsorum hereditibus sub cautione committantur. Placuit enim, propter summam æquitatem, heredes proximos, qui sperent probabiliter, hereditatem sibi delatam esse illamque ad se pertinere, ad curam absentium admitti. Quapropter cura absentis praematura, sed non illicita, occupatio hereditatis, appellatur, cum proximi successores absentis, de cuius vita iuste dubitatur, eius bona, cautione praestita, auctoritate magistratus, nanciscuntur, hac conditione, ut illa restituant, si postea appareat, hereditatem sibi non delatam esse. Ita ANTONIO FABRO ^{b)} CARPZOVIO ^{c)} SCHILTERO ^{d)} BEYERO ^{e)} & BOEHMERO etiam, ^{f)} visum est. Igitur pro hereditibus habentur curatores absentium, donec contrarium probetur: sed, sub conditione tamen, bonis hereditariis fruuntur. Quapropter omnino assentior SCHILTERO ^{g)} qui negat, hanc administrationem, vel hereditatis civilis aditionem esse, vel bonorum possessionem praetoriam, quorum neutra, nisi cum vere delata sit hereditas & defuncti mors probetur, iure Romano admitti potest. Sed illud tamen expeditum est, non naturaliter duntaxat bona possideri a curatore absentis, ut ab extraneis curatoribus bonorum, neque hanc curam nudae detentioni & custodiae recte comparari, quæ auctore FLORENTINO l. 17. §. 1. D. deposit. administratoribus rei alienæ tribuitur; sed curatorem bona absentis civiliter possidere, id est, animo rem retinendi, & sibi habendi, nisi vel defunctus redeat, vel ab alio herede ius melius probetur. GAIUS enim l. 13. §. 1. de publ. in rem. act. hanc veram & civilem possessionem appellat, si quis credat dominum esse, & rem ad se, iusta ex causa, pertinere. Nemo vero dubitat, curatores absentium ideo bona occupare, quia credant, se heredes esse. Ut mirer SCHILTERVM, qui bona a curatore absentis naturaliter possidere, tradit. ^{h)} Illi enim duntaxat rem naturaliter possident qui sciunt, rem alienam esse, sed propter aliud ius quoddam reale, aut alia ex iusta causa, rei incumbunt: quales sunt pignoratitiae & praecariae possessiones: l. 13. §. 1. D. de publ. in rem. act. cum quibus nihil commune habet possessio bonorum absentis.

Absentium igitur curatores credunt hereditatem sibi delatam esse, & quodammodo cum conditione, civiliter tamen, illam possident: donec contrarium probetur. Itaque, dum de cura absentis disceptatur, verius de hereditate absentium agitur, ut illi admittantur, quos, certum esset, absenti successuros, si de morte eius liquido constaret.

Sed

^{b)} Cod. FABR. L. III. tit. 25. def. 5. & tit. 22. def. 13. ^{c)} CARPZ. P. III. const. 15. def. 84. n. 5. ^{d)} SCHILTER exerc. ad ff. XV. 73. ^{e)} BEYER iure Germ. l. 27. 46. ^{f)} BOEHMER respons. DCXXII. T. II. P. I. ^{g)} SCHILTER. exerc. ad ff. XV. 74. ^{h)} Ibid. eod.

Sed *legitima hereditas* non solum illis, qui rebus suis superesse possunt, sed etiam *infantibus*, & *impuberibus*, & *foeminis*, & *furiis*, denique, omnibus, qui sanguine sunt *proximi*, quamvis res ipsorum ab aliis administratoribus regantur, propter solam coniunctionem sanguinis, defertur. Quandoquidem igitur *curatores absentium*, sub conditione *heredes* designantur, nemo dubitat, quin ad *illam curam* etiam *impuberes*, & *foeminae*, & *furiis*, recte admittantur: ut *res absentium* subinde per *curatorum curatores* non incommode administrantur. Hoc & CARPZOVIVS ⁱ⁾ & SCHILTERVS ^{k)} & BEYERVS ^{l)} obseruarunt. Nuper certe *ICTi Vtembergenses* curam absentis etiam *foeminae* delatam, a marito eius, tanquam *legitimo proxima cognatae curatore*, administrari posse, responderunt: Ob wohl zu der cura absentis auch Kinder und Unmündige zugelassen werden zc. zc. mithin Interuenientin und Beklagter, als des Abwesenden leiblicher und annoch lebender Schwester Ehemann, und legitimus administrator ihres Vermögens, welcher diese curam ohne Widerspruch derer übrigen Anverwandten, wegen seines Eheweibes, übernommen, nunmehr hierbey vor jenen ohnstreitig den Vorzug haben zc. zc.

Ad quemcunque igitur *proxima spes hereditatis* pertinet, illi magistratus *curam absentium* commendat: &, quamvis proximus successor ad tutelam vel curam aliorum suscipiendam natura non idoneus esse videatur; tamen receptum est, ut per *curatorem eius* possit cura absentis suscipi, illiusque hereditas per *vicarium* administrari. Sed finge, Titium, *proximum* absentis Tullii *cognatum*, pariter *absentem* esse, ut de vita eius dubitetur: & Sempronium, Titii proximum heredem, curam Titii absentis impetrare: an Sempronius non solum ad Titii, sed etiam ad Tullii hereditatem, sub cautione, administrandam, adeoque ad curam utriusque absentis, admitti possit, videamus. Erat locus dubitationi, quandoquidem tutores infantis & curatores furiosi, nomine furiosi & pupilli, qui & ipsi pro *absentibus* habentur, *curam absentium* recte suscipiunt, illorumque bona administrant. Sed certius est, *cognatum proximum, absentem*, non posse, per curatorem suum, curam alterius absentis postulare. Supra enim obseruatum fuit, *curam absentium* heredibus deferri, ut ipsi potius, quam extranei, bonis hereditariis fruantur, quæ ad se peruentura esse sperant. Sed cum de Titii, cognati proximi, pariter absentis, vita non minus, quam de ipsius Tullii vita, dubitetur; ineptum esset Titio absentis curam Tullii permitti: quandoquidem æque incertum est, an ex illa hereditate fructus quidam ad Titium sit peruenturus. Igitur in illa specie non Titii proximus successor & curator, sed ille, qui, post Titium, proximus est Tullio, ad Tullii absentis

V 3

curam

i) CARPZ. P. III. const. 15. def. 48.

l) BEYER I. 27. 48.

k) SCHILT. exercit. ad ff. XV. §. 73.



curam admittetur. Illud etiam SCHILTERVS observauit. ^{m)} Sed, si Sempronius, Titii curator, etiam Tullium coniunctione sanguinis proxime attingat, aut si Titio, priusquam & ipse abesse coeperit, adhuc praesenti, a magistratu imposita fuerit cura Tullii absentis; expeditum est, curatorem Titii ad utriusque absentis curam pariter admitti.

§. IV.

*Cura absen-
tis etiam ad
heredes cu-
ratoris
transmit-
titur.*

Curator absentis igitur *heres absentis* designatur, sub conditione: nisi postea appareat, hereditatem ad ipsam non omnino pertinere. Igitur, si non probetur, *quo tempore* absens vita sit defunctus, post annum ætatis eius septuagesimum, de vita ipsius redituque desperatur: hinc & cautio reuocatur, & fingitur defunctus, non post annum demum septuagesimum, sed statim, cum de vita eius dubitari coeptum & curator constitutus est, humanis rebus excessisse. Illud enim omnino habet rationem: quandoquidem absens ille, non tam propter ætatem suam exactumque annum septuagesimum ætatis, qui plerumque humanæ vitæ terminus est extremus, sed propter diuturnam absentiam, per quam nihil certi de ipso compertum est, pro mortuo habetur. Confestim igitur & ab initio, cum diutius abesset, de vita eius dubitari coeptum: ideoque proximi eius successores ad curam & hereditatem absentis, quasi iam tunc mortui, sub conditione sunt admissi: sed cautionis necessitate tamen onerati sunt, usque ad annum septuagesimum, cum possibile esset, illum adhuc viuere ad tempus illud; quamuis iam tum ab initio non facile sperari potuerit, illum adhuc viuere aut reuersurum esse. Hac igitur cautione post annum septuagesimum liberandus est curator, non, quasi absens nunc demum mortuus esse videatur; sed, quia elapsus terminus humanæ vitæ, intra quem adhuc dubitari poterat, liquido ostendit, illum statim ab initio, cum curator constitueretur, recte & iuste pro mortuo habitum fuisse. Quæ cum ita sint, necesse est, fingi post annum septuagesimum, quasi retro facta fuerit successio, & illo tempore, quo primum de vita & reditu absentis dubitatum, hereditas proximis absentis successoribus pure fuerit delata: quod & SCHILTERVS ⁿ⁾ & BEYERVS ^{o)} docuerunt. Quibus consequens est illud, ut interea cura absentis etiam ad heredes curatorum, id est, heredes heredum, ab initio designatorum, quasi adita esset ab illis hereditas, efficaciter transmittatur. Finge igitur, quod in specie, quam supra §pho I. adduximus, acciderat; finge, inquam, post annum septuagesimum, non solum sororem defuncti hereditatem possidere, sed cum illa etiam defunctorum sororum nepotes, quarum auia aut parentes tempore curæ constitutæ adhuc vixerant, concurrere. Dubitari non potest, quin nepotes sororum mortuarum, cum sorore superstite, absentis legi-

^{m)} SCHILT. exerc. ad ff. XXXVII. §. 244.

^{o)} BEYER. iur. Germ. I. 27. §1.

ⁿ⁾ Ibid. exerc. ad ff. XV. 73. & 76.

legitimi heredes habeantur. Quamvis enim ius repræsentationis, in linea transversa, ultra fratrum liberos non extendatur, ideoque soror sororum nepotes excludere ab hereditate absentis posse videretur, si absens nunc demum pro mortuo habendus esset; tamen sufficit, tempore curae constitutæ, sorores, aut sororum mortuarum liberos, cum sorore superstite, iure repræsentationis, ad hereditatem absentis pervenisse. Fingitur enim, iam tum illo tempore hereditas adita fuisse, adeoque etiam ad sororum nepotes postea potuit transmitti. Sed faciamus porro, cum *nepotibus* illius *sororis*, quæ curam absentis impetrauit, post annum septuagesimum, *alios cognatos* hereditatem petere, qui in *eodem gradu*, quo sororum nepotes continentur, constituti sint. Expeditum esset, omnes cognatos eiusdem gradus absentis successores esse, si ille iam demum, post annum septuagesimum, mortuus esse fingeretur. Sed, quia certius est, absentem statim illo tempore, quo de vita eius iuste dubitari cœptum est, pro mortuo habitum fuisse, donec contrarium probetur; sororum nepotes iam non iure proprio, sed iure ab aviis & parentibus qui hereditatem absentis cum conditione adierunt, ad se transmissio, hereditatem possident, ideoque illos, qui iam quidem in eodem gradu cum ipsis constituti sunt, excludunt. In eandem sententiam CARPZOVIVS^{p)} & BEYERVS^{q)} responderunt. Imo nuperrime in illa specie, quam supra adduximus, *ICI* *Vitembergenses* cum *Lipsiensibus* in illo argumento consenserunt. Ita enim *Lipsienses*: D. a. u. d. vermöge derer teutschen Rechte und Gewohnheiten, denen die cura absentium ihren Ursprung und Verfassung schuldig ist, bey dieser zweyerley Vermuthungen eingeführet und statt finden, deren die eine præsumptio vitæ ist, und dahin gehet, daß der Abwesende, biß zu überstiegernen 70sten Jahre seines Alters, pro viuo in der Absicht und Wirkung, damit vor solcher Zeit denen nächsten Anverwandten und Erbnehmen, dessen Vermögen nicht ohne Caution vertrauet und übergeben werden möge, zu achten, die andere hingegen in præsumptione mortis und darauf gesetzt ist, daß von dem Abwesenden, so nunmehr das 70ste Jahr überschritten, geglaubet wird, daß er zu eben der Zeit, als ihm ein oder mehr Vormunden bestätigt worden, das Zeitliche geseegnet habe, damit diejenigen, so tempore constitutæ curae dessen nächste Bluts-Verwandte und in solcher qualität auch die nächsten zur Vormundschaft gewesen, die nächsten Erben so lange seyn und bleiben mögen, biß von denen, so, wegen mittler Zeit erfolgter Veränderung derer Personen, ihren Nachkommen in proximitate gradus vortreten könnten, ein besseres Recht ausgeführet worden, ferner unstrittig, daß zur Zeit der Beklagten gerichtlich aufgetragenen Vormundschaft, und des nachgehends fol. Act. errichteten Erb-Recesses, obbenannte beyde Kinder, Krafft des nach Hennebergischen Rechten in linea

col-

p) CARPZOV. P. III. const. 15. def. 49.

q) BEYER iure Germ. l. 27. §4.



collateralii üblichen iuris repräsentationis, in ihrer verstorbenen Mutter Stelle und Recht getreten, und hierdurch mit dieser überlebenden Schwester der intervenirenden N. ad successionem & curam absentis zu ihrem Antheil mit concurrirer, nicht weniger ausgemacht, daß wenn die N. dazumahl, wie ihr freygestanden die curam absentis zu ihren 4ten Theil mit übernommen hätte, sie, solche nebst dem iure hereditario, auf ihren überlebenden Sohn transmittiret haben würde. Idem mense Februario huius anni, Vitembergensis, de eadem causa consultis, placuit:

Obwohl nach teutschen Rechten und Gewohnheiten denen Abwesenden diejenigen Personen, welche, wenn jene zu der Zeit, als man an ihrer Wiederkunft und Leben zu zweiffeln angefangen, wirklich Todes verblichen, ihre nächsten Erben wären, zu Vormündern bestellet, diese auch nachhero, wenn die Abwesenden nicht wiederkommen, noch die eigentliche Zeit ihres erfolgten Ablebens, nach Verlauff des 70sten Jahres ihres Alters bescheiniget werden kann, zur Erbfolge gelassen werden, und daferne sie immittelst Todes verfahren, die Vormundschaft nebst dem einmahl erlangten Erb-Rechte auf ihre nächsten Erben, wenn gleich nachhero andere, so dem Abwesenden mit denen letztern in gleichen Grade verwandt sind, noch vorhanden, wohl verfallen mögen,

Carpz. P. III. Const. 15. def. 58 sqq.

Beyer Iur. Germ. L. I. c. 27. §. 49. 53. & 54.

Derowegen bey gegenwärtigem Falle nicht sowohl darauf, wer dem ausländischen N. voriezo am nächsten, als vielmehr, wer damahl, als man demselben einen Vormund verordnet, die unmittelbare Anwartschaft auf dessen Erbschaft gehabt, das Absehen zu richten zu seyn scheint, auch kein Zweifel, daß zu der Zeit, als Beklagten die Vormundschaft aufgetragen worden, die beyden N. N. Kinder, welche vermöge des in denen gemeinen und Hennebergischen Rechten festgestellten iuris repräsentationis, an ihrer Verstorbenen Mutter, als des Abwesenden N. Schwester, Stelle getreten, mit der Intervenientin ein gleiches Erbrecht gehabt, mithin dieselben die Vormundschaft zum Theil ebenfalls zu verlangen, dem Ansehen nach, um so viel mehr befugt gewesen, als zu der cura absentis auch Kinder und Unmündige zugelassen werden.

Schilt. exerc. ad ff. XV. §. 71-77.

Und die succession denen N. N. Kindern in dem Erb-Recess fol. ausdrücklich zugestanden worden, daher, nachdem diese das Zeitliche gesegnet, nicht allein Mit-Klägers Sohn, als ein descendente der einen N. Tochter, und des Abwesenden N. verstorbenen Schwester Enkel, sondern auch Kläger als natürlicher Erbe seiner verstorbenen Tochter, welche obgedachter maassen, an der Erbschaft des Abwesenden, als dessen verstorbener Schwester-

Toch-



Tochter, iure repræsentationis, gleichfalls Antheil gehabt, und mit der Intervenientin darbey concurrirte, auf das von ihren Erb-Lasern erlangte Erbschaffts-Recht an des Ausländischen Vermögen, und die damit verknüpfte curam absentis, nicht ohne ziemlichen Schein des Rechts Anspruch machen ze.

§. V.

Curatori itaque absentis, dum de huius vita dubitatur, hereditas defertur: sed, vt supra observatum est, non pure, & simpliciter, sed sub cautione, & hac lege expressa, vt restituar hereditatem, si postea appareat, hereditatem non ad ipsum pertinere. Igitur disputatione non indiget, si absens postea redierit, hereditatem cum fructibus restituendam esse.

Sed videamus, quid dicendum sit, si postea liquido probetur, absentem non illo tempore, quo curator constitutus est, sed aliquot annis post, de vita decessisse. Finge enim, anno 1000. de vita absentis dubitatum, illoque tempore sororem eius ad curam absentis admissam esse: illam vero mortuam, an. 1002. ad curam absentis filiae suæ, & hanc defunctam an. 1003. nepoti, hunc an. 1005. pronepoti, reliquisse. Sed finge porro, an. 1007. patruum absentis hereditatem petere, & probare an. 1006. demum absentem mortuum fuisse. At vero non est locus dubitationi, pronepote sororis præferendum esse patruo, si absens statim ab initio an. 1000. defunctus esse fingeretur. Cum enim illo anno soror superstes absenti proxima fuerit, iure sanguinis, & hereditatem adierit, potuisset omnino ius quæsitum ad omnes heredes suos transmittere in infinitum. Sed, cum iam probetur, absentem an. 1006. demum diem obiisse, fortior est veritas præsumptionibus, neque potuit sorori, antequam frater moreretur, hereditas deferri, aut ab ipsa ad heredes alios transmitti, l. 3. & 4. C. de postlim. reuers. Itaque patruus admitteretur ad hereditatem, qui tempore mortui absentis, an. 1006. pronepote sororis propinquitate gradus superavit. In illam sententiam *ICti Vtembergenses* mense Februario huius anni responderant: Diweil aber dennoch bey Bestätigung eines Curatoris absentis zwar auf das ius succedendi vornehmlich gesehen, jedoch der bestellte Curator nicht schlechterdings vor des Abwesenden unstreitigen Erben dadurch erklärt, sondern nichts destoweniger nachhero, wenn von des Abwesenden Tode gewisse Nachricht zu erlangen, die Erbschafft denen, so zur Zeit seines Ablebens die Nächsten gewesen, wenn sie gleich die Vormundschaft nicht verwaltet, überlassen wird,

Beyer. iure Germ. l. cap. 27. §. 54. in f. &c.

Absens igitur mortuus esse creditur, cum curator absentis constituitur; sed audiuntur tamen illi, qui tempus mortis certum, argumentis liquidis, se probare posse credunt. In dubio autem curatori, qui possidet hereditatem, non debet restituere.

Fasc. IV.

X

redi-



reditatem, bona relinquuntur: quod & HERTIVS ^{r)} observavit. Itaque, vii dixi, *liquidis argumentis comprobandum* est, absentem, *post* curam hereditibus delatam, decessisse. Recte enim FINCKELTHAUSIVS, ^{s)} ANTONIVS FABER ^{t)} & SCHILTERVS ^{u)} monuerunt, non admitti probationem per *præsumptiones*, aduersus absentis curatorem: quandoquidem ipse curator fortissima præsumptione, quæ ex diuturna absentia desumpta est, & quam magistratus, curatorem constituens, expresse approbavit, defenditur, aduersus alias præsumptiones.

Sunt plures eiusmodi species, in quibus curatori hereditas absentis occupata extorquetur. Fac enim, ab initio magistratum absentis curam heredi non *proximo*, sed *remotiori*, contulisse, aut quosdam, qui ab initio æque propinqui erant, iniuria, aut per errorem, a cura absentis exclusisse. Faciamus etiam, quod supra observatum est, cognatum Tullii absentis proximum, pariter absentem fuisse, cum Tullio curator constitueretur: sed hunc cognatum postea reuerti & petere Tullii hereditatem. Constat inter omnes, hereditatem a curatore interim iniuste occupatam, legitimis heredibus, qui illo tempore, quo de vita absentis dubitari coeptum, ipsi proxime coniuncti fuerant, restituendam esse, & facto magistratus, tertio, in primis ignorant, ius quæsitum non omnino auferri potuisse. BOEHMERVS certe ^{x)} illo casu, non solum, post annum septuagesimum, curatori hereditatem auferri posse, posse, sed etiam, ante illud tempus, curam a remotiori in proximam transferendam esset, credit. Ita enim ille:

D. a. d. Die cura absentis nichts anders, als eine præmatura successio-
nis occupatio ist, mithin denen proximioribus, exclusis remotioribus, zu-
stehet,

Meuius ad ius Lubec. P. II. tit. 2. art. 4. n. 13.

Berlich. P. III. concl. 21. n. 74 sq.

und also, nach diesen principiis, die S. Brüder dadurch ihr Recht nicht ver-
lohren, daß die Obrigkeit einem remotiori die curatel aufgetragen zc. zc. über
dem die transmissio & continuatio curatelæ alsdenn nur statt findet, quando
ab initio semel proximiori est delata &c.

Sed de illa re deinceps locus erit exponendi.

§. VI.

*Cura absen-
tis ad extra-
neos heredes
non trans-
mittitur.*

In tanta igitur incertitudine, *non omnino heres est absentis curator*
a magistratu constitutus. Multa enim interueniunt, quæ prohibent, quo-
minus ipse retineat hereditatem. Ex illa fere causa placuit, a curatore qui-
dem absentis hereditatem quodammodo adquiri, & semel sub conditione ad-
qui-

^{r)} HERTIVS respons. T. II. dec. 771.

^{t)} FABER in Cod. L. IV. tit. 7. def. 2.

BOEHMER resp. 622. T. II. P. I. p. 619.

^{s)} FINCKELTH. obs. 100. n. 9. & 26.

^{u)} exerc. ad ff. XV. 77.

^{x)} BOEH-

quisitam ad heredes eius etiam transmitti; sed, si, ante absentis annum septuagesimum ætatis, curator proximus absentis moriatur, *ad eius heredes extraneos* absentis curam non transferri: adeoque tunc demum admitti heredes curatoris, si & ipsi cum absente fuerint *sanguine coniuncti*. Nullus enim absentium, nisi *cognatus*, constituitur curator.

Nuper certe *ICti Lipsienses* negauerunt, mortuo filio, curatore absentis, ad quem cura a matre, iam defuncta, absentis cognata, iure sanguinis transmissa erat, *patrem*, filii heredem, absentis curam, quasi a filio ad se transmissam, postulare posse; quia pater affinitate duntaxat, non cognatione, absentem attingebat. Cuius responsi has rationes attulerunt:

D. a. d. Klägern, wenn schon seines verstorbenen Sohnes Antheil auf ihn verfällt, dennoch die Cognatio in Ansehung des Ausländischen ermangelt, diese aber bey denen, so als nächste Erben zur cura absentis gelangen, als ein wesentlich Stück zugleich mit erfordert wird.

In eandem sententiam olim etiam CARPZ. OVIVS y) & HERTIVS z) responderunt: vt *consuetudine* receptum esse videatur, curam absentis non ad curatoris heredes extraneos transmitti.

Vt tamen verum fatear, nullam video causam satis idoneam afferri cur cura absentis, per quam hereditas sub conditione semel acquisita est, antequam ab alio cognato ius melius probetur, tantum in heredes absenti cognatos, non vero in affines & extraneos, transmitti possit. Enimvero, certum est, curatorem plene adquisivisse hereditatem, nisi ab alio ius melius probetur: unde sequitur, excludi reliquos absentis cognatos, & quoscunque curatoris heredes petere posse bona absentis, semel a defuncto curatore acquisita, donec cognati reliqui ius melius probarint. Interim excusari potest illa consuetudo, quamdiu incertum est, an non vivant & reuersuri sint absentes. Sed illud tamen caret dubitatione, post annum septuagesimum, a cognatis interim ad curam admissis, hereditatem curatoris primi heredibus etiam extraneis restituendam esse; cum ius successionis a primo curatore sub conditione acquisitum, & post annum septuagesimum, non existente conditione, pure & simpliciter confirmatum, heredibus eius etiam extraneis, inuitis, non extorqueri posse videatur. Constat enim, hereditatem aditam transmitti ad quoscunque etiam extraneos heredes. Sed, post annum septuagesimum, curator primus fingitur hereditatem pure adiisse.

§. VII.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, apparet, fingi, absentem illo tempore, quo de reditu eius dubitari coeptum, & curator absentis constitutus est, mortuum fuisse. Ex quo consequitur, illos admitti ad hereditatem eius, qui *tempore curatoris constituti*, quo absens mortuus esse fingitur, gradu

Heredes qui a cura absentis abstinent non renunciant hereditati.

X 2

y) CARPZ. P. III. conf. 15. def. 50. & 51.

z) HERTIVS resp. 192. T. I. p. 377.



proximi fuerunt. Sed, quid fiet, si non omnes absentis cognati, qui in eodem gradu constituti erant, curam absentis petierunt; sed vnum duntaxat æque propinquum, passi sunt, solum curam absentis & administrationem hereditatis obtinere. CARPZOVIVS ^{a)} enim testatur, non omnes in eodem gradu constitutos necessario curatores absentis constitui a magistratu; sed illos duntaxat, qui petierint, admittendos esse. An igitur illos, qui curam absentis petere omnino neglexerunt, sed alium æque propinquum admiserunt, renunciassse hereditati absentis arbitremur? Certius est renunciationes non præsumi. Enim vero cognatis proximis absentis, hoc beneficii datum est, vt ipsis etiam ante annum septuagesimum, præmatura occupatione hereditatis, sibi prospicere, & interim sub conditione adire hereditatem, permittatur. Sed nemo cogitur vti illo beneficio. Neque igitur sua modestia nocebit heredibus, qui curam absentis & administrationem bonorum postulare noluerunt. Nimirum, post annum septuagesimum ætatis, absens fingitur illo statim tempore, quo curator ipsi constituebatur, mortuus fuisse; sed ante illud tempus non potuit pure eius hereditas peti & adiri. Qua propter dici non potest, illos repudiassse absentis hereditatem, quam, ante annum septuagesimum, pure omnino adire nequiverunt. ULPIANVS enim, l. 5. D. de *adq. vel omitt. hered.* docet, illum non repudiare hereditatem, qui *non potuit adire*. Igitur iuste heredes expectare poterunt tempus, quo certo constaret, absentem non esse rediturum. Quapropter illi omnes, qui tempore curatoris constituti, gradu æque propinqui fuerunt, iure successionis vti possunt, & coheredem suum, qui curam absentis suscepit, pro suis portionibus, etiam ad reddendas rationes obligatum habent. Hoc quidem acciderat in illa specie quam s^{pho} I. enarraui. Absens vnam reliquerat sororem, & ex altera soror duas filias, quæ, iure repræsentationis extra Saxoniam, in matris suæ locum succedebant. Sed hæc quidem neglexerant curam absentis petere, quia forte cautionis difficultatem subterfugiendam esse existimarant: & solam sororem absentis superstitem admiserant ad curam absentis. Dubitabatur, an filiae sororis, quæ curam absentis petere omiserant, aliquando, post annum septuagesimum, ad hereditatem admittendæ esse videantur. *Acti Vitembergenses*, mense Februario huius anni, responderunt: admittendas esse filias sororis:

D. a. b. Kläger und Mitklägers Sohn hierdurch an ihrem Erbschafts-Rechte keinen Abbruch leyden, in mehrerer Erwegung bey Bestetigung des curatoris absentis zwar auf das ius succedendi vörnehmlich gesehen, jedoch der bestellte Curator nicht schlechterdings vor des Abwesenden einigen und un-streitigen Erben erkläret, sondern nichts desto weniger nachhero, wenn von des Abwesenden Tode gewisse Nachricht zu erlangen, die Erbschaft denen, so zur Zeit

^{a)} CARPZ. P. III. const. 15. def. 49.

Zeit seines Ablebens die Nächsten gewesen, wenn sie gleich die Vormundschaft nicht verwaltet, oder auch, wenn davon keine gewisse Nachricht vorhanden, und der Abwesende das 80ste Jahr seines Alters überschritten, also vor todt zu achten, denenjenigen, so zur Zeit der angeordneten Curatel das nächste Erb-Recht gehabt, ohnerachtet sie sich der Vormundschaft verziehen, überlassen wird.

Beyer iure Germ. l. 27. §. 56 sq. &c.

Itaque certum est, etiam illos cognatos admitti posse, qui curam absentis nunquam petierunt. Sed plus habet difficultatis, an proximi cognati, qui curam petere neglexerunt, & ante quam absens annum septuagesimum superasset, ipsi etiam mortui sunt, hereditatem absentis nondum aditam ad heredes alios transmittant: ut hi post annum septuagesimum, quasi ab initio adita esset hereditas a proximis cognatis, absentis acquirerent hereditatem. Est omnino locus dubitationi, quum cognati absentis, qui curam bonorum neglexerunt, ipsi nondum peruenerint ad hereditatem, adeoque illam ad heredes alios transmittere non potuisse videantur. Qui enim decessit, antequam sciret, an sibi delata esset hereditas: non potuit hereditatem transmittere ad alios heredes: quod DIOCLETIANVS l. 7. C. de iure delib. & THEODOSIUS l. 18. §. 3. C. eod. tradiderunt.

Sed magis est, ut credamus, etiam illos cognatos, qui curam absentis nunquam petierunt, hereditatem quasi aditam transmittere ad heredes suos. Enimvero, quod supra observatum fuit, fingitur absens illo tempore decessisse, quo ipsi curator constituebatur. Igitur omnibus, qui tempore illo proximi absentis cognati & legitimi heredes erant, tunc delata est hereditas. Sed hereditas absentis tamen pure, nisi post annum septuagesimum, non potuit adiri. Quapropter illi, qui tunc curam absentis petere neglexerunt, & postea mortui sunt ante annum septuagesimum, quodammodo similes sunt illis qui intra annum deliberandi decesserunt. Sed constat, illos, qui intra spatium deliberandi moriuntur, ad heredes etiam transmittere ius deliberandi: quod IUSTINIANVS præcipit l. 19. C. de iure delib. Sed spatium deliberandi in hac specie ante annum septuagesimum decurrere non potest, cum antea non possit pure hereditas adiri.

Imo vero, ne quidem opus est, ut ad ius deliberandi confugiamus. Etiam alia ratione tuti sunt heredes illi. Scilicet, ante annum septuagesimum ignorabatur, an absens decesserit, & an vere proximis cognatis delata sit hereditas illo tempore, quo curator constituebatur. Sed DIVVS PIVS præcepit, si heres decedat, antequam sciret, sibi delatam esse hereditatem, stricto iure quidem hereditatem, nondum aditam, non transmitti ad heredes eius: sed heredibus tamen, ex persona heredis defuncti, restitutionem in integrum dan-



dandam esse, vt admittantur ad hereditatem, quasi defunctus hereditatem adiisset. Quod PAPINIANVS, l. 86. pr. D. de *adqu. vel omitt. hered. humanitatis causa* obtinere, ait.

Itaque non dubito Meuiam & Seiam, quas in §pho I. commemorauimus, ius successionis etiam in Caium & Iauolenum transmississe, vt hi ex persona matris suæ, post annum septuagesimum, vi restitutionis in integrum, ad absentis hereditatem admittantur.

§. VIII.

*Ad curam
absentis vni
cognatorum
concessam re-
liqui æque
propinqui
postea non
admittun-
tur.*

Igitur certi sunt, de hereditate obtinenda, omnes cognati, qui tempore curæ constitutæ proximi absentis heredes erant, quamuis ipsi administrationem bonorum & curam absentis non petierint a magistratu. Ex quo apparet, non opus esse, vt cognati, qui curam absentis primo neglexerunt, aut heredes ipsorum, postea ad curam absentis admitti postulent, hereditatis conseruandæ causa. Enimvero *ius successionis* ipsis saluum est, quamuis nunquam obtinuerint curam absentis.

Sed CAIUS atque IAVOLENVS, de quibus antea §pho I. diximus, finxerant sibi hunc timorem, ne postea ab hereditate absentis penitus excludantur, quia curam absentis nunquam petiissent. Itaque anxie desiderabant vt adhuc ad curam illam, ante annum septuagesimum, admitterentur. Et *ICti* quidem *Lipsienses Iauolenum* admiserant, vt ius hereditatis conseruaret, & interea susciperet curam absentis, solum vero *Caium*, absentis affinem, excluderant; quia cura absentis *ad extraneos* non pertineret. Ita enim responderunt:

Daß Mißklägers Sohne (Iavoleno) des Ausländischen Vermögen zum vierdten Theile, gegen Bestellung hinlänglicher Caution zu überlassen, Klägers (Caii) Suchen aber hat nicht statt, B. R. W.

Sed certius est, si semel cura bonorum *vni* duntaxat *cognatorum*, ab initio, reliquis consentientibus commissa, reliquos heredes æque propinquos postea ad curam non admitti. Ius enim hereditatis & successionis in bonis absentis, post annum septuagesimum, illis integrum seruator, quamuis nunquam sint curatores constituti. Contra vero, non solum *curatoris* ab initio constituti, interest, ne postea, aliis curatoribus adiunctis, rationes eius perturbentur, & ius quæsitum ipsi, sine suo facto, a cognatis reliquis eripiat: sed, *ipsius* etiam *absentis* causa, cuius adhuc reditus sperari potest, merito cauendum est, ne bona eius inter plures distrahantur. Sibi igitur, imputent, qui ab initio curam absentis neglexerunt. Ille enim, qui curam solus petit, sibi vigilauit. Optime CARPZOVIVS: *b)* „semel, inquit, „commissa cura vel custodia bonorum absentis, *reliqui in pari licet gradu constituti non admittendi* erunt. Quod video olim etiam BEYERO *c)* placu-

b) CARPZ. P. III. const. 15. def. 49. n. 4.

c) BEYER iur. Germ. I. cap. 27. §. 56.



cuiffe. Igitur, cum non solum Caius, sed etiam Tulliae maritus, absentis curator, a magistratu constitutus, leuteratione interposita, *Lipsiensium* sententiam impugnarent; *ICTIS Vitembergensibus* visum est, non solum Caium, sed etiam *Iavolenum*, a cura absentis excludendum esse, & solum manere curatorem, qui ab initio constitutus esset. Ita enim *mensē Februarii huius* anni responderunt: Nunmehr, was Intervenientens Leuterung anlanget, aus denen Acten und derer Partheyen rechtlichen Einbringen so viel zu befinden, daß Mitklägers Sohne (Iavoleno) des ausländischen N. Vermögen zum vierdten Theile gegen Bestellung hinlänglicher Caution nicht zu überlassen, sondern dessen Suchen nicht statt hat, dahingegen es im übrigen der von Klägern (Caio) und Mit-Klägern, eingewandten Leuterung ungeachtet, bey vorigem am 21. Aug. des abgewichenen 1736. Jahres eröffneten sol. befindlichen Urtheil nochmahls billig bleibet, W. R. W.

Operae pretium erit, rationes decidendi integras adscribere, ut de tota causa cognoscatur:

Obwohl, nach teutschen Rechten und Gewohnheiten, denen Abwesenden diejenigen Personen, welche, wenn jene zu der Zeit, als man an ihrer Wiederkunft und Leben zu zweifeln angefangen, wirklich Todes verblieben ihre nächsten Erben wären, zu Vormunden bestellt, diese auch nachhero, wenn die Abwesenden nicht wiederkommen, noch die eigentliche Zeit ihres erfolgten Ablebens, nach Verlauff des 70sten Jahres ihres Alters, bescheiniget werden kann, zur Erbfolge gelassen werden, und daferne sie inmittelst Todes verfahren, die Vormundschaft, nebst dem einmahl erlangten Erb-Rechte, auf ihre nächsten Erben, wenn gleich andere, so dem Abwesenden mit denen lehtern in gleichen Grade verwandt sind, noch vorhanden, wohl verfallen mögen.

Carpz. P. III. C. 15. d. 58 fgg.

Beyer Iur. Germ. L. I. c. 27 §. 49. 53. & 54.

Derowegen bey gegenwärtigen Falle nicht sowohl darauf, wer dem ausländischen N. verjeko am nächsten, als vielmehr, wer damahln, als man demselben einen Vormunden verordnet, die unmittelbare Auwartschaft auf dessen Erbschaft gehabt, das Abschen zu richten zu seyn scheint, auch kein Zweifel, daß zu der Zeit, als Beklagten (Tulliae marito) die Vormundschaft aufgetragen worden, die beyden N. N. Kinder, (Meuia & Seia) welche, vermöge des in denen gemeinen und Hennebergischen Rechten festgestellten iuris repræsentationis, an ihrer verstorbenen Mutter, als des abwesenden N. Schwester Stelle getreten, mit der Intervenientin (Tullia) ein gleiches Erb-Recht gehabt, mithin dieselben, die Vormundschaft zum Theil ebenfalls zu verlangen, dem Ansehen nach, um so viel mehr befugt gewesen, als zu der cura absentis auch Kinder und Unmündige zugelassen werden,

Schil-



Schilter exerc. ad ff. XV. §. 71-77.

Und die successio denen N. N. Kindern in dem Erb-Recessse fol. ausdrücklich zugestanden worden, daher, nachdem diese das Zeitliche gesegnet, nicht allein Mitklägers Sohn, (Iavolenus) als ein descendente der einen N. Tochter und des abwesenden N. verstorbenen Schwester Enkel, sondern auch Kläger, (Caius) als natürlicher Erbe seiner verstorbenen Tochter, (Sejae) welche obgedachtermaassen an der Erbschaft des Abwesenden, als dessen verstorbener Schwester Tochter, iure repraesentationis, gleichfalls Antheil gehabt, und mit der Intervenientin dabey concurrirte, auf das von ihren Erb-Lassern erlangte Erbschafts-Recht an des Ausländischen Vermögen, und die damit verknüpfte curam absentis, nicht ohne ziemlichen Schein des Rechts, Anspruch machen, demnach, daß Klägers und Mitklägers Leuterungs-Gravamina erheblich, sowohl die gesuchte declaration nöthig, der Intervenientin und Beklagten Einwenden hingegen ungegründet, es das Ansehen gewinnen möchte.

D. a. D. Diejenigen Anverwandten, so bey Bestellung eines curatoris absentis sich nicht gemeldet, sondern des ihnen diesfalls zustehenden Rechts sich begeben, den einmahl verordneten Curatorem nachhero nicht verdrängen mögen.

Carpz. P. III. C. 15. d. 49. n. 4.

Mithin Intervenientin, und Beklagter, als des Abwesenden leiblichen und annoch lebenden Schwester Ehemann, und legitimus administrator ihres Vermögens, welcher diese curam ohne Widerspruch derer übrigen Anverwandten wegen seines Eheweibes übernommen, nunmehr hierbey vor jenen unstreitig den Vorzug haben, Kläger und Mitklägers Sohn aber hierdurch an ihren vermeynten Erbschafts-Rechte keinen Abbruch leyden, in mehrerer Erwägung, bey Bestätigung eines curatoris absentis zwar auf das ius succedendi vornehmlich gesehen, jedoch der bestellte curator nicht schlechterdings vor des abwesenden unstreitigen Erben dadurch erkläret, sondern nichts destoweniger nachhero, wenn von des Abwesenden Tode gewisse Nachricht zu erlangen, die Erbschaft denen, so zur Zeit seines Ablebens die nächsten gewesen, wenn sie gleich die Vormundschaft nicht verwaltet,

Beyer l. c. §. 54. in fin.

oder auch, wenn davon keine Gewisheit vorhanden, und der Abwesende das 70ste Jahr seines Alters überschritten, also vor todt zu achten, denselben, so zur Zeit der angerodneten curatel das nächste Erbschafts-Recht gehabt, ohngeachtet sie sich der Vormundschaft verziehen, überlassen wird.

Beyer l. c. §. 56.

Dahingegen, der Abwesende, biß zu Einlangung der Nachricht von seinem Tode, oder dem 70sten Jahre seines Alters, vor lebendig zu halten, dem

dennach, wer dessen Erbe seyn werde, biß dahin ungewiß bleibet, folglich, wenn die cura bereits einem der Anverwandten aufgetragen worden, der Streit wegen der noch unausgemachten Erbfolge, biß von des Abwesenden Todes-Tage gewisse Nachricht angeschafft, oder sein Ableben wegen seines Alters vermuthet wird, billig auszusehen, daher Klägers und Mitklägers auf die Erbschaft gerichtetes Suchen noch zu frühzeitig, so wohl der auf die dem Beklagten, als der Intervenientin Ehemanne, bereits aufgetragene curam absentis von denenselben gemachte Anspruch ungegründet, und bey solcher Bewandnis die gesuchte Declaration nicht statt hat, So ist wie im Urtheil enthalten, von uns billig erkannt.

XXIX.

OBSERVATIONES

DE ANIMO NOVANDI
FACTIS EXPRESSO.

AD L. 8. C. DE NOVAT.

VITEMBERGAE, AD D. XXIV. APRIL. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVII.

§. I.

Quamvis omnis societas hominum *fide mutua* & benevolentia continetur; tam negligenter tamen colitur id officium humanitatis, ut vix quisquam fidem habeat suo debitori, nisi ipsum fere manibus & utroque pede atque ipso etiam collo *vinctum* & *obligatum* teneat, ut evadere ne possit. Hinc plerisque obligationibus etiam *fideiussores* & *pignora* accedunt, quæ quasi in subsidiis collocantur, ut, si difficilis, aut inanis, in ipsum debitorem, cui diffidimus, sit actio, incumbamus pignori & a fideiussoribus creditum recuperemus. Nostri, præter *fideiussores* & *pignora*, etiam *cambium* desiderant a debitore; ut non solum res eius & fortunas, sed ipsum etiam corpus & vitam & illum, quem trahit, spiritum obstrictum habeant, ne spes recuperandi crediti interuatur. Ita sunt hi nostri diuites.

Sed non favent leges nostræ huic incontinentiæ & aviditati creditorum.

Odiosa sunt illa *vincula accessoria* conventionum, & omnis *cumulatio* obligationum *restringitur interpretatione*. Hinc CELSVS l. 99. D. de V. O. itemque PAVLLVS l. 73. D. de fideiuss. *strictè* accipiendam esse *fideiussio-*

sionem, aiunt, ut, quæ *palam verbis non expressa* sunt, *omissa* videantur. Satis est creditori, debitorem principalem arctius teneri: neque ipse potest conqueri, si fideiussor *laxius* omnino adstringatur. Per se dura est fideiussorium conditio, qui propter alienam culpam & negligentiam tenentur; ut merito *remissius* humaniusque teneantur.

Idem in *pignoribus* obtinet, de quorum odio plura *præses* commentatione singulari ^{a)} observauit. *VLPIANVS* certe atque *PAVLVS* l. 6. 7. & 8. D. de pignor. & *hypoth. generalem* hypothecam *strictius* accipiendam esse docuerunt, ut ea, quæ verisimile est, debitorem *specialiter* obligatum non fuisse, *generali pignore* non contineantur. Inhumanus enim videbatur, creditorem *cumulare* pignora securitatis, propter *unam* simplicemque *obligationem*. *SEVERVS* etiam atque *ANTONINVS* l. 2. C. de pign. alienum esse ab humanitate censuerunt, si creditor, cui *specialiter* quædam bona obligata erant, nondum adquiescat in illo pignore, quod ab initio accepit, sed præterea aliud *vinculum* desideret, quo obstringat debitorem, atque, præter *specialem* hypothecam, *generaliter uniuersa bona* debitoris pignori accipiat, ut *ius æquale* in bonis omnibus haberet: igitur iurisdictione *temperandam* esse *auiditatem* creditoris, præceperunt, ut interim bonis omnibus incumbere non possit, priusquam tentauerit, an ex pignore *specialiter* obligato possit creditam pecuniam recuperare. Generaliter etiam *GAIVS* l. 125. D. de R. I. & omnes iuris nostri interpretes magis de *liberando* reo, quam de *obligando* atque condemnando, laborandum esse censuerunt. Tantum abest, ut fauendum sit cupiditati creditoris, qui ob idem debitum eundem debitorem *multis diuersisque vinculis* obstringit.

§. II.

Non tamen præsumitur debitum, *cumulatio*, & *interpretatione restringendum* atque iurisdictione *nouatio nisi temperandum* videtur, quidquid *noui* ad obligationem *veterem accedit*. Sed, *specialiter* cum nota sit cupiditas humanæ mentis; ut satiari facile non possit: nemo omnino creditur, *obligationis veteris* vinculum debitori *remississe*, quamuis *expressa, sed noua obligatio* ipsum *obligatione* obstrinxerit. Non enim solent illum ex cauea *deberi coniungi* mittere, quem semel captum & deuinctum tenent; sed inhiant plerumque & insistunt, & aliis post alias catenis onerant, ut elabi penitus non possit.

De qua re cum subinde dubitatum esset inter veteres, qui benignius cum debitoribus agebant, & si noua obligatione obstringerentur, vinculo priori illos liberabant; tandem *IUSTINIANO* l. 8. C. de nouat. placuit, *non præsumi animum nouandi*: nisi *specialiter* priorem obligationem *remiserit* creditor, & *expresserit, quod secundam magis pro anterioribus elegerit obligationem*.

Ope-

a) Præses in diss. de custodia & periculo pignoris. §. 3. sqq.



Operæ pretium est, adscribere Iustiniani verba, vt commodius de illis disputemus. Ita vero ille: „*nouationum* nocentia corrigentes volumina, „& *veteres iuris ambiguitates* corrigentes, sancimus: si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutauerit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam, vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteres nouationem inducebant; nihil penitus cautionis veteris in-nouari, sed *antiora stare* & posteriora *incrementum illis accedere*: nisi ipsi *specialiter remiserint* quidem priorem obligationem: & hoc *expresse-rint*, quod *secundam magis pro anterioribus elegerint*: & generaliter definimus, *voluntate*, non *lege* esse innouandum: etsi non verbis exprima-tur, vt sine nouatione causa procedat &c.

Sed verba imperatoris tam luculenta & aperta, dici non potest, quantas peperint dissensiones: & quibus tenebris illa inuoluerint *prudentum responsa*. Igitur, vt ex re perplexa nos extricemus, hæc quinque velim obseruari: *primo* imperatorem, quicquid de *nouationibus non præsumendis* præcepit, ad veteris iuris *ambiguitates*, quod ipse ait, rescandas, constituisse; vt non videatur de *manifestis nouationibus*, de quibus nemo dubitat, sed duntaxat de *ambiguis* sentire: quod ANTONIVS FABER eleganter obseruauit. *b)* Deinde, attendas velim, quod noluerit *ex factis præsumi nouationem*, quamvis creditor, quæ sunt Iustiniani verba, *aliquid fecerit*, ex quo veteris iuris conditores nouationem introducebant. *Tertio*, quod prohibuerit, præsumi nouationem, *nisi creditor specialiter remiserit* priorem obligationem: *quarto*, quod velit *exprimi* a creditore, quod *secundam magis obligationem pro anterioribus elegerit*: *quinto* denique, quod iusserit, in dubio, *posteriorem obligationem cum anterioribus coniungi*, & alteram ex altera *incrementum* capere, citra aliquam nouationem. Ex his capitibus quid imperator senserit, facile definiemus.

§. III.

Enimuero, sæpius miratus sum Ictos, qui, in tanta luce verborum, *Quid sit specialiter expressum, & an factis indicetur animus nouandi.* difficultatem quandam quæsiuerunt, &, obloquente IUSTINIANO, *factis etiam, non verbis expressis* duntaxat, fieri *nouationem* crediderunt. Sed magis mirum est illud, quod, dum ita eludunt IUSTINIANVM, ad ipsam legem 8. C. de nouat. prouocant, quasi legem eius, bona ipsius cum venia, euertant. Certe plerique omnes existimant, *factis luculentis & di-indubitis* indicari *animum nouandi*. GAILIVS *c)* inprimis admittit *verisimiles & urgentes coniecturas*, ex quibus *perspicuum* sit, partes a prima obligatione recedere, illamque in secundam transformare voluisse: ait enim, per illas coniecturas satisfactum esse legi 8. C. de nouat. quæ *expressam*

Y 2

par-

b) ANTON. FABER in Cod. L. II. tit. 4. defini. I.

c) GAIL. II. obs. 30. n. 3.

partium voluntatem desideret; quandoquidem *tacitum idem operetur, quod expressum*. Ita quidem GAILIO videtur. Sed & HERTIVS in eandem sententiam respondit: d) „Ob nun wohl Rechtens ist, nouationem ex coniecturis non induci, sed *verbis expressis* esse declarandam; So nimmt doch solches seinen Abfall, vbi *facto ipso* fit nouatio: nam *voluntate*, non lege fit nouatio, vt est in l. 8. C. de nouat. Voluntas vero non tantum *verbis* sed & *factis* declaratur. Imo vero idem ille alio loco luculentius, e) in *delegatione*, inquit, si *noua persona* interuenerit, *satis patet animus nouandi*: nec ad illam vllibi *verba* praecise requiruntur. Nouissime BOEHMERVS f) „Dieweil aus allen Umständen deutlich erhellet, daß der Creditor bloß auf Sempronium sehen, Caium aber ex nexu dimittere wollen, welches auch sonst *ex coniecturis manifestissimis & indubitatis* geschlossen werden kan, als welches vornehmlich in lege vltima C. de nouat. erfordert wird &c.,

Idem propemodum aliis plerisque placuit: vt videantur imperatorem & legem suo consensu vincere. Solus fere CARPZOVIVS g) in lege pertinaciter perseverat, & *expressa verba* desiderat in nouatione.

At vero, vt ingenue fatear, quid senserim, videbantur IUSTINIANO iniuriam fecisse Icti, dum *factis* fieri nouationem illamque intelligi ex coniecturis, docuerunt. Nimirum aperte IUSTINIANVS d. l. 8. C. de nouat. prohibet, praesumere nouationem *ex factis*, ex quibus veteres iuris conditores nouationes introduxerint. Sed veteres non nisi *ex factis probabilibus & coniecturis manifestis* praesumserunt *animum nouandi*. Igitur IUSTINIANVS, dum damnat veteres praesumptiones, omnino negat, imitandum esse Ictis hoc exemplum, vt ex solis coniecturis, quamuis non ineptis, *praesumerent* *animum nouandi*.

Certe non video, quomodo illis apertius contradicere potuisset imperator: non solum enim *facta* non admittit, vt ex illis nouatio probetur; sed praeterea etiam postulat, vt *specialiter remissa sit* prior obligatio, & *expressum* in nouatione, quod secundam obligationem, praeter anterioribus, elegerint partes contrahentes. His enim verbis penitus excludit *coniecturas*.

Neque apparet, quid adduxerit GAILIUM, vt etiam in nouationibus obtinere, credat regulam iuris: *quod tacitum idem operetur quod expressum*: quandoquidem constat inter omnes, si *expressa voluntas*, vt in nouatione, ad *formam negotii* desideretur, tunc *tacita* non *idem operari quod expressa*: certe in easdem difficultates & *ambiguitates iuris*, quibus IUSTINIANVS mederi voluit, incidemus, si *coniecturis* in nouatione locum faciemus. Equidem non ignoro, quod PAVLLVS l. 4. pr. D. de pactis, ad quem illi pro-

uo-

d) HERTIVS T. I. resp. 246. n. 4.
consil. T. II. decif. 393. p. 594.

e) Id. T. II. dec. 567. f) BOEHM.
g) CARPZOV. Part. II. const. 19. defin. 14.



uocant, conuentiones tacite valere dixerit, *etiamsi nihil nominatim sit expressum*. Sed & illud scio, quod idem ille PAVLLVS d.l. 4. §. 1. D. de pactis expressum opponat illi, quod tacite accipitur, *quasi hoc expressum esset*: & Ictum in his negotiis duntaxat, quae consensu solo continentur, non in illis, quae expressam voluntatem ad formam desiderant, *consensum tacitum expresso comparare*. Neque enim me mouet, quod IVSTINIANVS d.l. 8. D. de nouat. non lege, sed voluntate, nouandum esse dicat: quandoquidem non nudam voluntatem, sed specialiter expressam, desiderat in nouatione. Certe consensus factis expressus non videtur specialiter expressus; & ubi prohibetur, *ne ex factis nouatio praesumi possit*, sed ut specialiter exprimitur animus nouandi, consensus tacitus non idem operatur, quod expressus. Enimuero quod specialiter remitti debet, videtur nominatim remittendum esse.

§. IV.

Itaque non videmur assentiri posse magnis Ictis, qui ex factis, aut Nou tamen certis atque indubitatis indiciis praesumunt animum nouandi, quod abscisse ^{semper verba} imperator interdicit: inprimis, cum illi, qui admittunt praesumptam ^{desiderat nouationem si noua obligatio} quam nouationem, non adiciant, quae sint illa facta aut certa & indubitata signa, ex quibus constare possit de animo nouandi. Enimuero, si hoc cum veteri admitteretur, frustra tulisset legem sapientissimam IVSTINIANVS. Sem- consistere non possit. per enim aliquid excogitabitur, ex quo oriri possit aliqua suspicio, quasi creditor discessisse a priori obligatione & nouam praetulisse videatur, si suspicionibus & coniecturis locum damus. Itaque si hoc fiat, renascitur iuris ambiguitas, quam IVSTINIANVS l. 8. C. de nouat. rescare laborauit.

Sed, ut dicamus, quod res est, nunquam praesumitur creditor vinculum prioris obligationis laxauisse, quamuis noua obligatione debitorem adstrinxerit, nisi specialiter remiserit priorem obligationem, & expresserit, quod posterius vinculum praetulerit anteriori. Nunquam igitur facta sola, aut indicia & coniecturae sufficiunt, ad fingendam nouationem obligationis; quandoquidem hoc expresse negauit imperator. Nunquam, per facta sola & indicia duntaxat, specialiter ius prius remittitur, aut exprimitur dimissio prioris obligationis: quod ut fiat desiderat IVSTINIANVS in nouatione.

Sed videamus tamen, an possimus in gratiam redire cum optimis & clarissimis Ictis. In re enim cum illis conuenimus, quamuis ipsi, quid sentiant, obscurius remissiusque tradidisse videantur. Nimirum per facta sola nunquam ostenditur animus nouandi, nisi aliud quiddam accesserit, per quod IVSTINIANO satisfiat. Sed desiderauit imperator, ut, nisi aliud expresse actum fuerit, coniungatur noua obligatio cum anteriori, & prior illa accipiat ex posteriori incrementum: ut puta: si antea hypothecam obligaueris pro debito, nunc etiam cambium dederis, non solum res tuae iure

re pignoris, sed etiam *caput tuum* & corpus iure *arrestis personalis* creditori tenebuntur, & ius utrumque, si creditori visum erit, coniungeretur. Sed si non possit noua obligatio cum veteri coniungi; tentandum est, an citra expressa verba, praesumatur animus nouandi. Et non dubito, quin illo casu, etiam *sine verbis*, facta esse nouatio intelligatur. Enim vero IUSTINIANVS vult obligationem nouam cum veteri coniungi: sed, si non possit coniungi, non videtur *impossibilia & absurda* praecipisse, quod CELSVS monet, l. 185. D. de reg. iur. Tunc igitur necessario dimittenda est, alterutra illarum obligationum, si illae inter se pugnant, & *sine contradictione*, utraque simul consistere non possunt. Quodsi igitur alterutra necessario dimittitur; nemini potest esse obscurum, quod prior potius, quam posterior dimissa esse videatur: quandoquidem, hoc casu, plane *superuacua* fuisset obligatio posterior, nisi a priori discedere voluissent contrahentes. Sed nunquam creduntur partes negotium *superuacuum* inter sese contraxisse; & expeditum est, in negotiis, quae vtriusque voluntate continentur, illud, quod postea actum est, & cum priori consistere non potest, priori derogare: adeoque illud recipiendum esse, in quo partes extremo perstiterunt. Ausim igitur affirmare, quod in eiusmodi speciebus imperator voluerit admitti & intelligi animum nouandi: non, quod illi aiunt, quia hoc casu ex manifestis indiciis duntaxat appareat animus nouandi; sed quia posterior coniungi non potest cum priori: quod, ut fiat, desiderat IUSTINIANVS. Haec igitur consentio viris clarissimis, a quibus antea discessi, ut credam ex *indiciis certis atque manifestis* probari animum nouandi, si praeterea noua obligatio cum veteri consistere non possit. Hoc & VOETIVS ^{h)} & MEVIUS ⁱ⁾ admonuerunt. Vacat ire per exempla, & ostendere, quod nunquam hodie probetur nouatio per coniecturas, nisi, cum utraque obligatio simul consistere non possit.

§. V.

Nulla igitur praesumitur nouatio, nisi posterior cum priori nequeat coniungi. Sed impossibilis est coniunctio, quando posterior speciem delicti contineret, si cum priori iungeretur. Quae enim legibus & bonis moribus aduersantur, ne facere quidem posse existimandi sumus, quod PAPINIANVS praecipit, l. 15. D. de condit. institut. & impossibile habetur illud, quod, *salua honestate*, a nobis non committi posse videatur. Haud ita pridem oblata est eiusmodi species *Pitemberg. ICTis*. Gellius creditor, Tullio, emtori praedii cuiusdam, sex millia Ioachimicorum *mutua* dederat, quae venditori soluerentur: venditor etiam *hypothecae iudicialis*, cum *privilegio* pretii emtionis, sciente & rogante debitore, creditori cesserat, ut Gellius non solum *ius reale*, sed etiam *praerogatiuam*, vi cuius aliis creditoribus praerendus esset, impetrare posset. Praeterea uterque, debitor & emtor, Gellio mandauit.

h) VOET. comment. ad ff. tit. de nou. §. 3.

i) MEVIUS P.V. D. 304. n. 5.

Potius nouatio quam delictum praesumitur & admittitur posterior sine delicto cum priori nequeat coniungi.

dauerant, vt suo nomine a iudice peteret *confirmationem cessionis*. Sed Gellius cunctatus, & forte *spe lucri*, cuiusdam inductus, *praeter ius reale*, quod ex cessione habere poterat, non petita confirmatione cessionis, *cambium* acceperat a debitore, in quo ipsi *usuræ sextantes*, id est, ex singulis centenis sex loachimici annui, promittebantur, quas *ex credito pignoratitio* accipere non licet. Exegerat etiam & acceperat per annos aliquot *usuras sextantes*: & interea neglexerat petere confirmationem cessionis. Hæc dum agerentur, debitor Tullius conturbabat, & bonis labeatur. Gellius creditor, id subodoratus, paucis diebus, antequam creditores ad concursum conuocarentur, omisso & dissimulato cambio, a iudice petebat, vt *ius reale*, ab emtore sibi cessum, confirmaret: & impetrabat etiam confirmationem. Deinde in termino liquidationis allegebat creditum suum, & inter creditores, propter cessionem *iuris realis* & *prælationis*, *potiori loco* constitui desiderabat. Iam vero reliqui creditores Gellio *litem* mouebant *de loco* inter creditores. Nunquam in foro acta est lepidior fabula. Monebant enim creditores, ipsi duntaxat *inter chirographarios* locum esse, cum *ius reale*, nondum a iudice confirmatum, amiserit per *nouationem*: ideoque ius semel amissum postea a iudice, cui ipse cambium dissimulauerat, non potuisse confirmari. Sed negabat debitor *nouationem*: & se cambium, *saluo iure reali*, accepisse, & *nouationes non præsumi*, respondebat. Creditores eleganter replicabant, obligationem cambii, in quo *usuræ sextantes* promissæ erant, *non potuisse consistere* cum iure reali hypothecæ: quandoquidem illa sit *species delicti*, si quis, *ex debito pignoratitio*, *usuras sextantes* exigeret a debitore: at vero *delicta non præsumi*: creditores nosse Gellium illum *virum bonum* & ingenuum esse: se nolle suspicari, quod ipse *delictum* commiserit, & *saluo iure reali*, ex debito pignoratitio, sextantes exegerit *usuras*. Itaque *nouationem* manifestam esse, cum *noua obligatio cum veteri consistere non possit*. Sed festiue Gellius se ipsum accusabat, & repudiabat illos defensores. Aiebat enim, creditores male secum agere, quod ipsum crederent ab illo delicto alienum esse: se fateri, quod illud commiserit: se etiam ad quamcunque penam subeundam paratum esse; illud vnum se rogare, *ne se innocentem crederent*, & *ne nouationem* fingerent, quæ ipsi in mentem non venisset. Iam porro creditores perseverabant in illo studio Gellii purgandi atque defendendi: &, quidquid ille de delicto affirmaret, credi omnino non posse, regerebant, neque, cum damno aliorum, credi debere *propriam alleganti turpitudinem*: se potius existimare, quod *nouare* voluerit, & dimisso iure reali, cambium acceperit, ex quo, *salua hypotheca*, *usuras sextantes* exigere non potuisset. Igitur accidebat Gellio, quod catulo apud Aesopum ^{k)}

Qui

k) PHÆDR. I. fab. 4.

*Qui, per flumen carnem dum ferret, natans,
 Lympharum in speculo vidit simulacrum suum,
 Aliamque prædam ab alio ferri putans,
 Eripere voluit: verum decepta auiditas
 Et quem tenebat ore dimisit cibum,
 Nec, quem petebat, potuit adeo attingere.*

Placuit enim, *obligationem usurarum sextantium*, cum *spe iuris realis*, quod ne quidem confirmatum fuerit *consistere non potuisse*, quandoquidem *delicta* inter bonos *impossibilia* esse videantur; itaque *novationem* factam esse, dum Gellius ex cambio *usuras sextantes* accepisset: hinc *spem iuris realis* penitus amissam: ideoque *inter chirographios*, sine *spe vlla recuperandi crediti*, Gellio locum assignandum esse. Huius responsi hæ rationes redduntur:

Obwohl N. vermöge der fol. Act. in Abschrift befindlichen Cession, wegen derer liquidirten 6000. Thlr. in derer von N. N. Recht zu treten, mithin der denen unbezahlten Kauff-Geldern in der Erl. Pr. Ordn. gegönneten prärogativ zu genießen, also vor andern Gläubigern befriediget zu werden, verlangt, auch dieserhalb auf die fol. befindliche Confirmationes der Hypothek, und der Cession sich beruft, überdieß wenigstens am 9. Maii des 1735. Jahres, laut des fol. befindlichen Documents, ein dinglich Recht, krafft dessen er andern Gläubigern, so kein älter und besser Recht haben, vorgezogen werden möchte, erlanget zu haben vermenet; Diweil aber dennoch die am 14. Oct. 1730. von denen von N. N. ausgestellte Cession anfänglich nicht confirmiret, vielmehr von denen letztern, laut der Documenten fol. und fol. wegen der Kauff-Gelder völlige Verzicht geleistet, und die dießfalls reservirte Hypothek, ohne Erwähnung derer an N. cedirten 6000. Thlr. cassiret, also dem Schuldner die Güter A. und B. ohne einige verconsentirte Schulden frey überlassen worden, nechst dem N. nicht allein nachhero die fol. befindlich Wechsel-Verschreibung, sondern auch 6. von 100. an Zinssen angenommen, mithin, daß er des ihm vermeintlich cedirten Rechts, der geschehenen Protestation ungeachtet, ipso facto sich begeben, umb so viel weniger gezweifelt werden kan, als N. ausser dem von einer versicherten Post die Zinsen zu 6. pro cent zu heben nicht frey gestanden, auch ein delictum bey zweifelhaften Fällen nicht zu präsumiren, sondern dergleichen facta, wo möglich, also auszudeuten, daß Niemanden dadurch etwas unzulässliches aufgebürdet werde, demnach dieses Negorium vor eine Novation zu achten, folglich N. am 9. Maii 1735. ohne des Schuldners Einwilligung, da die vorige, wegen erfolgter Novation, hinweg gefallen, an dessen Gütern ein dinglich Recht nicht erlangen mögen. etc.

§. VI.



§. VI.

Quotiescunque igitur noua obligatio cum veteri consistere non potest, ^{facta} si ex noua t^{rans}factum videtur legi 8. C. de nou. & certus est animus nouandi. Sunt ^{contractu} plures eiusmodi species, ex quibus quasdam obseruabo. Inprimis si rei alie-^{dominium} n^{ost}ræ restitutio ex priori contractu debeatur, & post nouam obligationem, ^{traditione} breui manu dominium ^{brevi manu} translaturum fuerit in debitorem, nemo dubitat, sub-^{transferatur} latam esse priorem obligationem: quod generaliter obtinet, quoties titulus ^{factus est} nouus substituitur & causa possessionis immutatur, sed noua cum priori con-^{uatio idem} sistere non potest. Est elegans eiusmodi exemplum apud ULP^{IANUM} l. 15. D. de R. C. Ait enim, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, ^{obtinere si ti-} & postea conuenerit, ut ^{tulus muta-} crediti nomine eam retineas, videri mihi datam pe-^{tur & nouus} cuniam, & a me tibi redditam, ut iam ex mutuo mihi obligatus sis, cum ^{consistere} antea mandati tenereris. Et habet illud omnino rationem: cum mandati ^{non possit.} actione mandans suam pecuniam, a procuratore mandantis nomine acceptam, repetat; quam non potest tanquam suam repetere, posteaquam permisit procuratori, ut crediti nomine illam retineret; cum constet, hac conuentio-
ne breui manu dominium transferri.

Non absimilis species nuper *Scabinis Vitembergensibus* obueniebat, de qua breuiter exponam. *Aufidius Iauoleno* prædium vendiderat: sed postea filiam suam *Seiam* ipsi in matrimonium dederat, iusseratque *Iauolenum*, partem pretii nomine dotis retinere. Iam *Iauolenus* bonis labeatur. In concursu creditorum *Seia*, *Iauoleni* vxor, dotem illam repebat, non tamen ut dotem, sed ut partem pretii venditionis, ab *Aufidio* parente suo sibi assignatam: ut, vi prærogatiuæ, quæ pretio emtionis tributa est, creditoribus aliis anteferreretur. Sed *Scabini*, mense *Martio* huius anni, responderunt: pecuniam, quam dotis nomine retinere iussus esset *Iauolenus*, amisisse naturam pretii venditionis, & brevis manus traditione, dotem factam videri, cum *VLPIANVS* dotem, etiam per acceptilationem constitui permittat. l. 43. pr. D. de iure dotium. Neque enim poterat eadem pecunia tanquam dos ad maritum pertinere, & simul tanquam pretium venditionis venditori *Aufidio* deberi. Igitur huic pecuniæ non prærogatiua pretii emtionis, sed ius hypothecæ tacitæ, cum iure prælationis, quod doti debetur, inter creditores attribuebatur.

§. VII.

In deposito quidem singularia quædam recepta sunt; inprimis, quod *In deposito* maneat *depositum*, etiamsi *ab initio* conuenerit, non, ut necessario ipsa cor- *irregulari*
pora deposita restituerentur, sed ut *tantundem* redderetur. Quamuis *nonatio sub-*
enim hæc conuentio egrediatur notissimos depositi terminos; tamen placuit, *inde late*
esse *depositum*, quod propter pactum contractui adiectum a regula depositi *item si ex*
discedat, modo appareat, ab initio magis deponentis causa, ut eius pecu- *negotio gra-*
tuito *usufr-*
accipiantur.

Fasc. IV.

Z

ના



nia in tuto esset, quam *accipientis* gratia, ut ille pecunia mea vteretur, nummos depositos fuisse. Ita enim PAPINIANVS atque SCÆVOLA atque etiam PAULVS responderunt l. 24. l. 28. l. 26. §. 1. D. depositi. Idem placuit, si *ab initio* non simpliciter, sed *cum conditione*, permillum fuerit accipienti, ut pecunia deposita, si *voluisset*, vteretur. VLPPIANVS enim l. 10. D. de reb. cred. & l. 1. §. 34. D. depositi præcepit, accipientem, priusquam pecunia vtatur, *depositi* teneri. Sed, si *postea vtatur* accipiens, qua vti ab initio ipsi fuerat permillum, tunc, ait VLPPIANVS, pecuniam *non depositam*, sed *creditam*, videri d. l. 10. D. de R. C. Igitur apparet, ipso usu pecuniæ, cum accipiens declarat, se in conditionem consensisse, dominio per brevis, manus traditionem translatam, *novationem* factam esse; cum non possit manere *deposita* pecunia, cuius dominium, ex conditionali conventionem, per ipsum vsum, in accipientem fuerit translaturum. Neque enim *consistere* potest obligatio *depositi*, cum illa, quæ ex *mutuo* descendit: quandoquidem in deposito *ne quidem possessio*, sed in mutuo etiam *dominium*, transfertur. Itaque multo magis, si *ab initio simpliciter* pecuniam *depositam* accepit, sed *postea* rogauit, ut mihi vti pecunia liceret, tuque permiseris, ut vterer; *novatione* facta, confestim *quasi mutua* condici poterit, etiam antequam nummi moueantur. Recte enim NERVA PROCVLVS & MARCELLVS l. 9. §. 9. D. de reb. cred. obseruarunt, accipientem coepisse animo possidere pecuniam, postquam ipsi usus est permillum: hinc & periculum ad illum, qui rogauit, ut sibi vti pecunia deposita liceat, transisse: ideoque illum, qui antea *depositi* actione conueniri debuisset, postea *conditione ex mutuo* teneri.

Eodem fere iure vtimur, si *in negotio gratuito & liberali*, quod *non admittit* solutionem vsurarum, postea conuenit, ut *vsuræ exsoluantur*. Postquam enim fœnus exsolutum est, necessario expirat illa prior obligatio, quæ vsuras respicebat. Igitur, quamuis, si nummularii foro cedunt, depositariorum ratio ante omnes creditores priuilegiarios debeat haberi; tamen VLPPIANVS ait, l. 7. §. 2. D. depositi. non habendam illorum esse rationem, si *vsuras* acceperint: *quasi renunciauerint deposito*: quandoquidem in deposito non locus est *vsuris*, sed, docente PAPINIANO, l. 24. D. depositi. *contra bonam fidem* est, ante moram, vsuras desiderari a depositario, qui beneficium dederit, in pecunia suscipienda.

Ita etiam *in Saxonie electoratu* de *pecunia hereditaria* visum est: ut, si ex illa *vsuræ* soluantur creditori, aut debitor illam *postea* ut mutuam retineat, quasi *novatione facta*, priuilegium amittat, Decis. El. VII. Wann aber der Schuldner solche Erbe-Geldere dem Gläubiger jährlichen verzinsset, oder sie mit dessen Beliebung gegen eine Handschrift als ein mutuum um Verzinsung bey sich behält, so haben sie auch dadurch die Natur und Eigenschaft, benebenst dem Recht und Privilegio der Erbe-Gelder verloren, und

und wird die Frau wegen ihres eingebrachten Ehe-Geldes, krafft dieser Eatzung, in der Zahlung demselben billig vorgezogen.

Discedam ab hoc loco, si illud vnum adiecero quod etiam *transigendo* a priori obligatione discedi & obligatio *nouari* videatur. Enimuero, de *re dubia* & *lite incerta* atque nondum finita *transigimus*, hoc animo, *ut a lite discidatur*. Ita enim *VLP IANVS* l. 1. D. de *transact.* rem definiuit. Igitur *extinguitur* transactione *caussa illa dubia*, ex qua antea res petebatur: *vt iam ex certa conuentione* debeatur. Imo vero ineptum esset requirere *causam veterem* debendi, & *resuscitare litem* dubiam atque incertam, cuius sopiendae causae partes *transegerunt*, *CELSVS* enim l. 12. D. de *transact.* & *PHILIPPVS* l. 10. C. *eod.* prohibent *litem* retractare, post legitimam transactionem. Itaque apparet, *veterem obligationem* omnino subsistere non posse *cum transactione*. Quod ubi accidit, *nouationem* factam intelligi, supra fuit obseruatum. Video illud, etiam *HERTIO* & *ANTONIO FABRO* m) placuisse: *vt in transactione sit nouatio*, nisi expresse actum fuerit, ne nouatio fieret per transactionem.

§. VIII.

In Saxonia quidem electoratu sapientissimis legibus diligentius de *nouationis iure* constitutum. Inprimis, *inter mercatores*, si noui debitoris persona interueniat, & creditori *alius debitor*, in *vim dationis in solutum*, *delegetur*, non solum, *vt hoc nominatim* exprimatur, sed *scriptura* etiam & *apocha*, qua creditor priorem debitorem penitus dimittat, & animum nouandi *specialiter* indicet, desideratur; *vt ne quidem probationi* per testes aut delationi iurisiurandi, locus relinquatur. Ita enim in clementissimo edicto d. 23. Dec. anno 1699. emissio §. 3. definitum, & sola datio in solutum *per scontro*, quam appellant, ab hac necessitate est, excepta. Audiamus verba Augustissimi legislatoris: Damit aber, was vor ein *Negotium* eigentlich celebriret worden, so gleich klar und offenbar seyn möge: So verordnen wir hiermit, daß, wenn jemand in *vim dationis in solutum* & *delegationis*, zu assigniren gemeynet, solches in *Schriften* zu verfassen, auch von demjenigen, an welchen er die *Assignment* thut, eine *Quittung* zu nehmen, schuldig seyn, oder da dieses nicht geschiehet, daß die *Assignatio* bloß per modum *mandati* ergangen, davor gehalten werden solle, also und dergestalt, daß, wenn die assignirte und überwiesene *Post* nicht bezahlet wird, der assignirende Theil solche wieder zurück zu nehmen, oder wann sie böse wird, den Verlust über sich gehen zu lassen, gehalten, ihme auch, daß es mit der *Assignment* eine andere Meinung gehabt, weder durch Zeugen auszuführen, noch den *End* hierüber zu deferiren, zu verstaten; Doch nehmen Wir hierbey den Fall aus,

Z 2

wann

D) *HERTIVS* T. II. decif. 906. n. 3. p. 870. & T. I. Dec. 246. n. 5. & 8. p. 450.
m) *ANT. FABER* cod. II. def. 2.



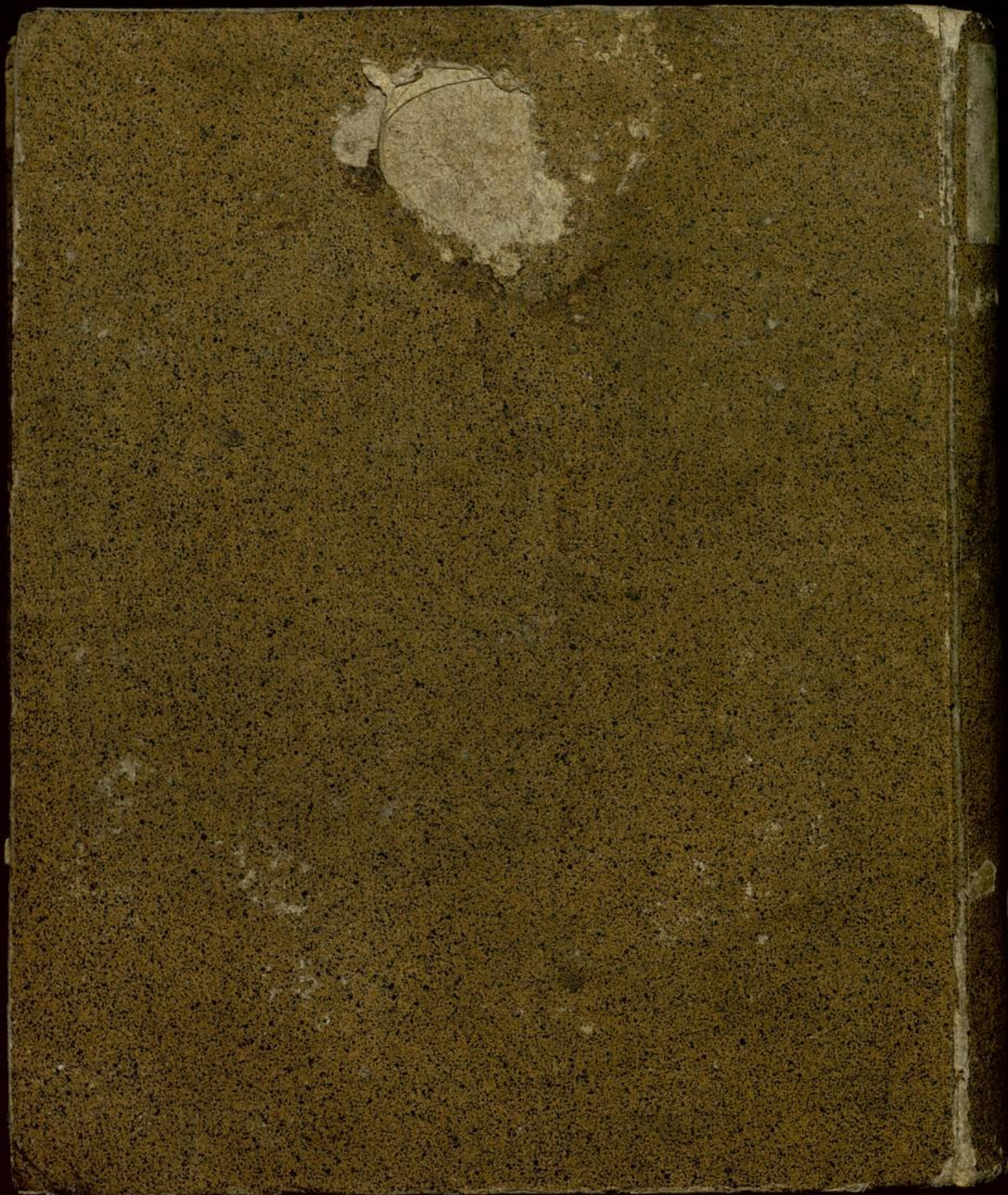
wann die Assignment in vim dationis in solutum per Scontro geschehen, also, daß dießfalls genung seyn soll, wann, daß dieses also wirklich vorgegangen, durch die Scontro-Bücher darzuthun, ungeachtet sonst nichts schriftliches darüber aufgerichtet, auch keine Quittung ausgestellt.

Imo vero generatim delegationes & omnes omnino *nouationes* verbis expressis, quibus specialiter prior obligatio remittatur, concipi placuit. Decis. el. 66. Nachdem aber andere mit bessern Rechts-Gründen behaupten, daß bey der Anweisung nicht allein der Novation, sondern auch, daß vorige Obligation, hypotheec, oder Bürgschaft-Verschreibung mit ausdrücklichen Worten cassiret und aufgehoben worden, gedacht werden solle, allermaßen dieses in delegationibus so wohl, als andern *Nouationibus*, wofern dieselben Kräftig seyn sollen, nothwendig geschehen muß, Als wollen wir diese letztere Meinung hiermit allerdings approbiret haben 2c. 2c.

Igitur poterat dubitari, an non simpliciter, illo iure, *verba expressa* desiderentur ad *nouationem*, quamuis noua obligatio cum priori consistere non possit. Sed certius est, sapientissimum legislatorem hac lege *non ius nouum constituere* voluisse, sed in interpretatione iuris Iustiniani fuisse occupatum. Hoc enim verbis: Nachdem aber andere mit bessern Rechts-Gründen behaupten 2c. 2c. luculenter indicatur. Igitur, etiam in Saxonia, iure communi vtimur in ceteris *nouationibus*. Supra vero comprobatum fuit, salua lege Iustiniani, admittendam esse speciem aliquam *nouationis*, si posterior cum priori obligatione nequeat coniungi. Neque enim ignorat ius Saxonie electoralis eiusmodi *nouationes*. Dum enim ex pecunia hereditaria vsuræ exiguntur, etiam apud Saxones *nouatio* intelligitur, quamuis verbis non expressa: quod antea ex decis. El. 7. est obseruatum.







Landesbibliothek Oldenburg

Jur A 7 d
266
135: 1