

Landesbibliothek Oldenburg

Digitalisierung von Drucken

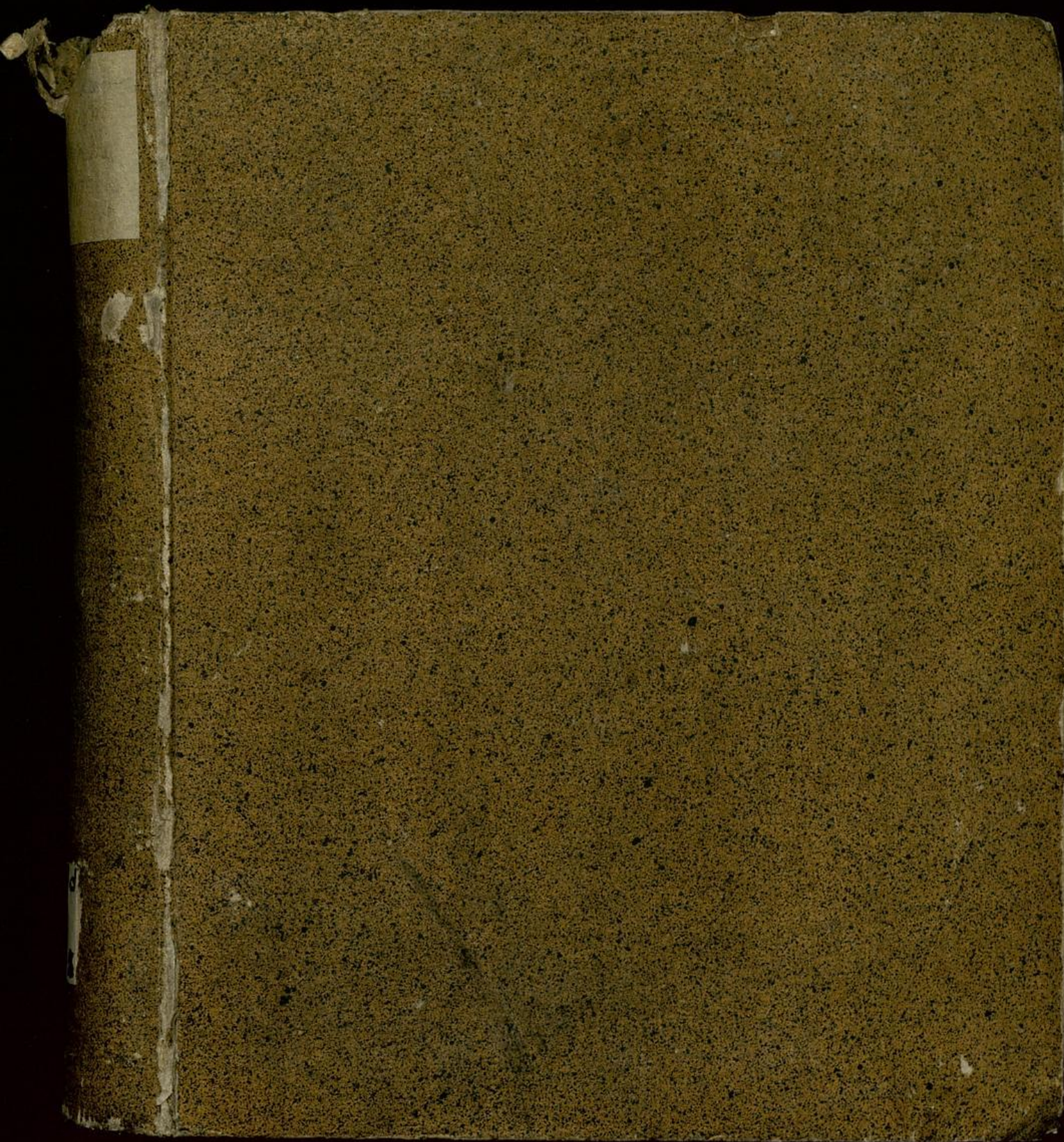
Dissertationvm Atqve Programmatvm Crellianorvm

Hendel, Johann Christian Hendel, Johann Christian

Halae ad Salam, 1776

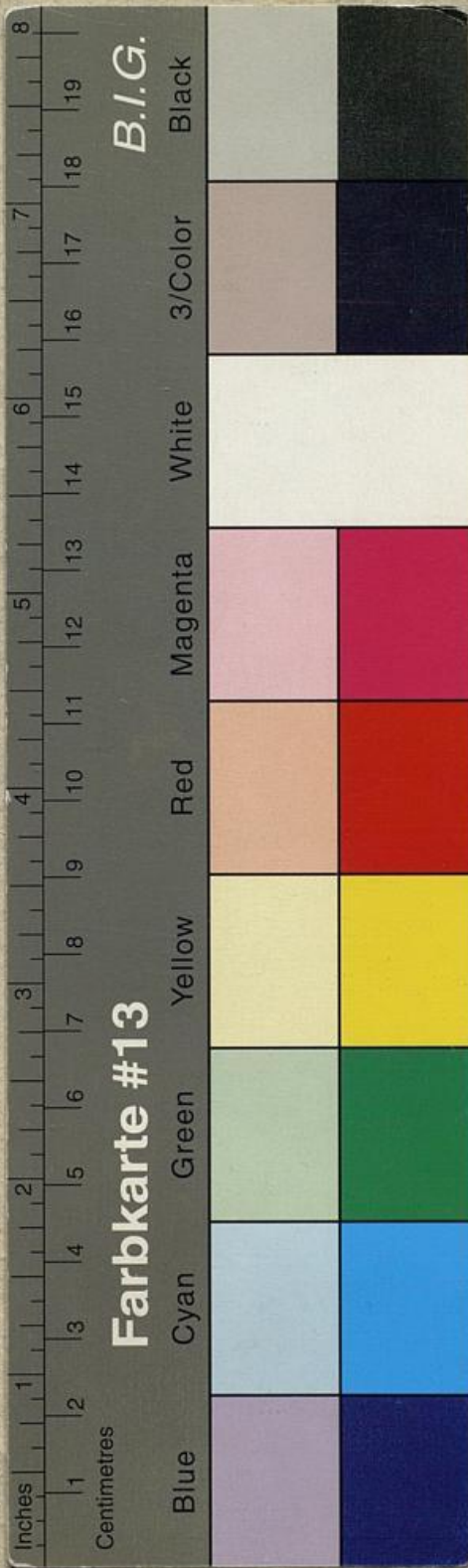
VD18 90544277

urn:nbn:de:gbv:45:1-13878



Surisfund
A. 7 d. 2 bl

135



DISSERTATIONVM
ATQVE
PROGRAMMATVM
CRELLIANORVM
FASCICVLVS V.



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



Index diss. huius fasc.

- XXX. *De bonis receptitiis uxori testamento paterno constitutis*; disputab. Ioan. Henr. HOFFMANN, Harradæ-Thuringus. Vitemb. d. Iun. 1737. pag. 719
- XXXI. *Obseruatt. de probatione sanæ mentis*; ad L. 27. D. de condit. institut. defend. Iac. Ernest. Frider. CRELLIVS, Meinunga-Francus. Vit. d. 5. Dec. 1737. 731
- XXXII. *De vasallo ad impensas in funus decessoris faciendas in subsidium obligato* disputab. auctor Ludov. MAGEN, Lips. Vit. d. 17 Dec. 1737. 747
- XXXIII. *De fide instrumentorum inprimis publicorum*; diss. Christoph. Dan. WEIGEL, Norimberg. Vit. d. 6. Iun. 1738. 778
- XXXIV. *De mutuo femine aliis credituræ dato, ad leg. 11. & 12. D. ad SCtum Vellejanum*, disput. Christ. Henr. Lebrecht KLOPFER, Waldenb. Schœn. Vit. d. Iun. 1738. 790
- XXXV. Progr., *ex iure naturæ nat. & gent. bonorum immobilium possessionem saltem non item dominium tribui, nisi magistratus inuestitura accedat*, summos vtr. iur. hon. Io. Aug. DOERINGI, Torgau., Vit. d. 19. Aug. 1738. conferendos indic. 808
- XXXVI. *De clerico ob pactionem cum patrono factam sacerdotio se abdicante*, defend. auct. Woldemar Aug. FISCHER, Dresena-Misn. Vit. d. Aug. 1738. 813
- XXXVII. *De præscriptione petitionis hereditatis paternæ & auitæ*, defend. auct. Gottlob ERDMANN, Mansfeld. Vit. d. 17 Oct. 1738. 843
- XXXVIII. *Utrum liberi actione quasi Caluissiana venditiones parentum inofficiosas reuocare possint*, ad Leg. ult. D. de rebus in fraud. patron. disp. Valentina. Sigism. SITTIG, Lissa-Delitiensis. Vit. d. 21 Mart. 1738. 854
- XXXIX. *Obseruatt. de origine & virtute iuris non scripti*, defend. auct. Christ. Guil. USWALD, Voigtsberga-Variscus. Vit. d. Iul. 1738. 873
- XL. *Obseruatt. de sermone maritali cum uxore testamenti faciendi causa, ad L. 3. D. si quis aliquem testari probib.* defend. Theod. Goth. BAHRDT, Lubbena-Lufatus. Vit. d. Iul. 1738. 882

EX BIBLIOTHECA
OLDENBURGENSI.



XXX.

D E

BONIS RECEPTITIIS VXORI TESTAMENTO PATERNO CONSTITVTIS.

VITEMBERGAE, AD D. . IVNII. A Q. S. P. E. MDCCXXXVII.

§. I.

Vt augeantur incommoda matrimoniorum, etiam *lucris cupiditas* in-Occasio insti-
teruenit: postquam placuit, ex bonis vxoris aliquem fructum pertinere ad tui.
maritum. Ausim enim affirmare, plerasque vxores melioribus vsuras viris,
& maritum aliquando vxore obsequentiori, quæ illi, cui fors corpus dederit,
facile etiam animum datura esset, nisi *lucra* quædam *matrimoniorum* atque
rei vxoriæ inuenta essent, & *dotes* in primis constitutæ. Enimvero per se
fatis dura est conditio coniugum, quam multi, vt ipsum matrimonium subin-
de, plus iusto reformidant. Inprimis feracissima dissensionum dicitur *con-*
iugum societas: & subit mirari, cur conglutinari penitus animi atque arctius
coniungi vix possint, nisi antea aliquid rixarum atque simultatum inter illos
oriatur; vt, cum illarum difficultatem superauerint, tunc demum prisca Ve-
nus redeat,

Diductosque iugo cogat aheneo. a)

Nimirum, quod Parmeno, apud P. TERENTIUM ait *b)*

*In amore hæc omnia insunt vitia: iniuriæ,
Suspiciones, inimicitie, induciæ,
Bellum, pax rursus:*

Et, quod Ioui videtur apud PLAUTUM *c)*

*Inter eos rursus si reuentum est in gratiam,
Bis tanto amici sunt inter se, quam prius.*

Quapropter, cum amor sit *periculiosus*, & vix vnquam sine rixa, ad iras
molliendas tædiumque huius rei mitigandum, *commoda rei vxoriæ* permessa
sunt maritis; vt cogitent, vxorem sibi non solum *iucundam*. sed etiam *uti-*
lem futuram. Si enim *Saturioni* apud PLAUTUM *d)* fides est,

Dum dos sit, nullum vitium vitio vertitur.

Certe facilius a quibusdam feruntur iniuriæ, si cogitent, quam multas pecu-
nia & quam mirificas pariat iucunditates. Sed, næ, illi non satis norunt
mu-

a) HORAT. L. III. Od. IX. v. 18.

b) TERENT. in Eunuch. act. 1. sc. 1. v. 14.

c) PLAUT. Amphit. III. 2. 61.

d) Ibid. in Pessa III. 1. v. 59.



muliebre ingenium, qui his artibus gratiam inter coniuges conciliari crediderunt. Quanquam enim, quod imperatores aiunt, l. 8. C. *de pact. conuen. bonum erat*, mulierem, quæ se ipsam merito tradit, etiam *res suas* eius arbitrio permittere; tamen nihil efficacius odia mulierum accendit, quam si intelligant, maritum aliquid lucri & commoditatis ex bonis suis aucupari. Hæc est illa pestis, quæ omnes delicias iucundissimæ coniunctionis pessime corrumpit: hæc materia irarum & dissensionum, quibus coniugum illa societas, per se mater rixarum atque iniuriæ, plerumque perturbatur. Enimvero constitutæ sunt dotes & commoditates rei vxoriæ, ut ne desit occasio altercationum, inter coniuges, quam ipsa natura facile suppeditasset. Audiamus *Demenetum*, senem, apud PLAUTVM ^{e)} qui

Argentum accepit, dote imperium vendidit.

Rara est inter illos gratia qui de lucro inter se contendunt. Obuenit nuper *ICtis Vitembergensibus* eiusmodi species, quæ animum incitauit ad scribendum. Fuerat aliquamdiu fribusculum inter coniuges & postea odium ex gratia ortum erat. Socer, ut animum generi emolliret, *testamento* constituerat, ut filia sibi quidem heres esset, sed *usumfructum portionis legitimæ* duntaxat, permetteret marito: reliqua tanquam *bona receptitia* haberet; donec maritus cum vxore in gratiam fuerit reuersus. Doch soll ihr Ehemann von ihrer Erbportion den usumfructum oder Nießbrauch entweder gar nicht, oder im Fall es die Rechte nicht zulassen sollten, weiter nicht, als nur von der legitima, oder den Pflichttheil, wenn sie selbigem zu ihrer und ihrer Kinder sustentation nicht selbst bedarff, haben, und davon nur so viel, als solcher Pflichttheil beträgt, pro paraphernalibus gehalten werden, von ihren übrigen aus meiner Verlassenschaft herrührenden Antheilen und Vermögen aber soll Er, ihr Ehemann, den usumfructum keinesweges, sondern dasselbe *vim & effectum bonorum receptitiorum* haben. Wie ich denn meiner Tochter, ihm den usumfructum von ihren Vermögen ausser den Pflichttheil zu kommen zu lassen, ernstlich verbiethe etc.

Quo iure cum vxor videretur, tunc demum *accensi sunt animi utrinque*. Maritus impugnabat soceri testamentum: & *bona receptitia* non vltima voluntate, sed *pacto* duntaxat, constitui, sibi *ius quæsitum*, *ius mariti* eripi non posse, causabatur. Digna res visa est, de qua copiosius tractemus.

§. II.

*Recipere, recipatio,
dos receptitia.*

Sed ut res commodius intelligatur, primo, de *bonis receptitiis* generatim exponemus. Nimirum, si *ICtos* audias, *recipere* dicuntur, qui *promittunt* aliquid alteri *consentienti*, & de re insolita, quæ, citra conuentionem, peti non posset ab inuitis, paciscuntur. Ita nautæ, caupones & stabularii

^{e)} PLAUT. *Asinar.* l. i. v. 74.



larii dicuntur *recipere* custodiam illarum rerum, quæ ad illos inferuntur l. 1. §. 8. D. *naut. caup. & stapul. ut recept. rest.* Ideoque, ut *prætor* interpretatur, de eo, quod cuiusque saluum fore, *receperint*, tenentur l. 1. pr. D. *eod.* Eadem forma apud *VLPIANUM* arbiter videtur arbitrium *recipere*, dum iudicis partes suscipit, finemque se sua sententia controuersis impositurum, *pollicetur* l. 3. §. 1. l. 13. §. 2. l. 21. §. 9. D. *de recept. & qui arbitr.* Imo vero *IUSTINIANVS* l. 14. pr. C. *de iudiis* ideo confundit *receptum* atque *compromissum*; quia vis utriusque *conuentione* quadam continetur: quamuis alias *partes* duntaxat *compromittant*, sed *arbitri recipiant* arbitrium l. 1. C. *de recept. arbit.* adeoque aliquid intersit inter *receptum* atque *compromissum*. Eleganter illud *GERARDVS NOODT*, vir summus, obseruauit. f) Illud expeditum est, nunquam apud Romanos *receptitium*, aut *receptum*, appellari, nisi cum aliquid *singulare*, præter formam iuris, fuerit *conuentione*, aut alia declaratione voluntatis, definitum. In primis *receptum*, dicitur, quod in *uenditione* ædium & vniuersitatis *excipimus*, ne cum rebus reliquis veneat, & venditori *reseruamus*. M. *TULLIVS* g) accusat venditorem quendam: qui, cum ædes venderet, ne in ruti quidem & cæsis solum paternum *recepisset*. Est etiam apud *PLAUTUM*. h) adolescens, qui, posticulum aliquod *recepit*, cum ædes venderet, id est, quod *BVDÆVS* i) interpretatur, qui pactus est, ne posticulum cum ædibus, quibus cohærebat, ad emptorem perueniret.

Recipiunt igitur, qui aliquid insoliti *promittunt*, aut sibi *paciscuntur*; ut fere nunquam possit aliquid *receptum* dici, *sine pacto*. Certe *MARCIVS* l. 1. D. *de receptat.* illos, qui latrones, cum possint apprehendere, pecunia accepta vel mercede constituta, dimiserunt, *receptatores* dici, ait, quia suffugium latronibus, atque facultatem elabendi & spem veniæ *promittant*. Imo vero etiam iure publico *Quiritium*, cum controuersia gentium *conuentione* dirimuntur, ut *res reddantur*, læsisque *satisfiat*, quod *SERVIUS* ait k) bellum *reciperatione præuerti* dicitur, quod indicendum esset per *Fetiales*, si *res repetentibus* non redderentur. l) Ita enim *FOMPEIVS FESTVS* m) ex *ÆLIO GALLO*: *reciperatio* est, inquit, cum inter populum & reges, nationesque & ciuitates peregrinas, *lex conuenit*, quomodo reddantur res, ipsique res priuatas inter se persequantur. Ut appareat a *pactione* solenni, quam *clarigationem* vocant, *reciperationis* nomen maxime profectum. *GAIVS* etiam l. 31. §. 1. D. *de donat. mort. caus.* *dotes receptitias* commemorat, id est aduentitias, quum ille, qui dotem dedit, *stipulatur* a ma-

A 2 rito

f) *GERARD NOODT* comment. ad L. IV. Digest. tit. 8. p. 135. g) *CIC.* lib. II. de orat. h) *PLAUT.* Trinum. l. 2. v. 157. i) *BVDÆVS* ad h. l. *Plauti.* k) *SERVIUS* ad *Virg. Aen.* X. v. 14. l) *BRISSE* de formul. L. IV. 12. p. m. 321. m) *FESTVS* in voce: *reciperatio* p. m. 205.



rito, in mortem vxoris, vt dos sibi redderetur: quod cum accidit, dos *mortis causa capi* aut *recipi*, videtur *d. l. 31.* Enimvero, cum dotes aduentitiæ, quod *VLPIANVS* ait, *l. 22. pr. D. solut. matrim.* pertineant ad vxorem, aut ipsa mortua, ad mulieris heredes, aut maneant apud maritum, nisi aliter pacti sint illi, qui dotem mulieri dederunt; conueniens erat, dotem *receptitiam* appellari, si, *præter iuris formam*, extraneus, qui dotem dedit, pactus sit expresse & *receperit*, vt dos sibi redderetur. Ita enim *VLPIANVS* alio loco in *fragment. tit. VI. §. 5.* Aduentitia dos semper penes maritum manet, præterquam, si is, qui dedit, vt sibi redderetur, *stipulatus* fuit: quæ dos specialiter *receptitia* appellatur.

Itaque apparet, *receptitium* videri, de quo quis *specialiter*, contra regulam iuris, pactus est, aut voluntatem suam declarauit. *MARCUS CATO*, legem *Voconiam* suadensⁿ⁾ inducit mulierem, quæ marito magnam dotem adtulit, sed magnam etiam pecuniam *recepit*, quam in viri potestatem non commisit: deinde vero, ubi irata erat, *seruum receptitium* immisit in maritum, qui ipsum sectaretur atque flagitaret, vt pecuniam *receptitiam*, quam ab vxore mutuam acceperat, restitueret vxori. Neque potest esse obscurum, quin pecunia, quam mulier *recepit*, aut, quod *GELLIUS* interpretatur^{o)} *retinuit*, sit illa portio bonorum, quam pactis dotalibus *excepit* mulier, ne illa ad maritum perueniret: item *seruus receptitius*, quem, cum pecunia reliqua, *recepit* mulier, nec in dotem dederat, sed *retinuerat* & suis vñibus propriis destinauerat duntaxat, excluso penitus marito. Inepte enim *VERRIUS FLACCUS* p) & cum illo *POMPEIUS FESTUS* q) *seruum receptitium*, *seruum*, qui ob vitium *redhibitus* fuerit ab emtore, pessimum in familia mancipium, interpretati sunt. Enimvero irata illa vxor non potuisset seruo *receptitio* imperare, vt maritum flagitaret, nisi ipse fuisset seruus proprius vxoris. Adhuc inficetius *DOUZA* philosophatus est r) qui *seruum receptitium* prorsus eundem cum *dotali seruo* esse ait, quem mulier adduxit ad maritum. Hoc enim oppido ineptum est.

§. III.

Bona receptitia an sint tertia species bonorum vxoriorum.

Satis credo intelligitur, illud demum receptum & *receptitium* videri, quod contra regulam iuris formamque consuetam, *pactione singulari*, aut declaratione quadam voluntatis, fact exceptum atque definitum. Nunc operæ pretium est, vt de *receptitiis vxorum bonis* speciatim videamus. Neque tamen est locus dubitationi, quin *receptitia* bona non intelligantur, nisi inter virum & vxorem *illud actum fuerit*, vt quædam bona a rationibus mariti separentur. Certe *THEODOS & VALENT. Impp. l. 8. C. de pact. conu.*

n) *GELLIUS* not. Attic. XVII. c. 6.

o) Id. l. c. de obscuris Catonis apud Gellium 17. 6.

r) *DOUZA* ad Plaut. Asin. l. 1. 72.

p) Id. l. c.

q) *VERRIUS FLACCUS*

v. *receptitius*.



conu. prohibitionem uxoris desiderant, ut maritus a paraphernis, illorumque usu, excludatur: nolunt etiam necessitatem aliquam vxoribus imponi, ut in communionem paraphernorum maritus admittatur. Sed facti magis questio est, quam iuris, an vxor prohibuerit maritum, ne se immisceat omnino paraphernis. VLPIANVS quidem l. 9. §. 3. D. de iure dotium, haud dubie pactionem desiderat in paraphernis: & quid actum sit inter virum & vxorem, respiciendum esse, docet. Ait enim, si res dentur marito in ea, quae Graeci παρόψερα dicunt, tunc demum res illas effici mariti, si hoc animo dentur, ut mariti fiant; & illas quidem soluto matrimonio non vindicari nec dotis actione peti, sed condici: adeoque esse in arbitrio vxoris, qua forma & quo animo res velit tradere marito. Plane interdum vxores libellum illarum rerum maritis dare, ait, atque res, quas solent in usu habere in domo mariti, si illas in dotem dare nolint, in scripturam conferre, illumque libellum maritis offerre, ut subscribant, quasi res acceperint, sed hunc libellum velut chirographum aliquod ab vxoribus retineri, ut intelligatur, se res illas, quae libello continentur, in domum maritorum intulisse. Atvero, dato hoc chirographo, non id actum videri inter virum & vxorem, ut dominium transferatur, sed magis, ut certum sit, res in mariti domum illatas esse: ne, si quandoque separatio fiat, hoc negetur a marito. Nemo igitur dubitat, ab initio esse penes coniuges, quo iure uti velint in bonis paraphernis, & pacto definiri, utrum dominium illarum rerum apud vxorem manere debeat, dato chirographo, an vero transferri ad maritum. Imo vero, etiam si conuenerit, ut dominium paraphernorum retineatur ab vxore, adeoque certum sit, res non effici mariti; nondum tamen expeditum est, quid iuris marito competat in his rebus vxoris, quas noluit in dotem dare, nec mariti efficere; sed in domum mariti duntaxat inferre, atque in usu habere in laribus mariti. Iam igitur porro in arbitrio est vxoris, quid in illis rebus velit permittere marito. VLPIANVS enim d. l. 9. §. 3. D. de iure dotium testatur, maritum plerumque repromittere custodiam illarum rerum, quarum vxor dominium sibi quidem seruauerit, sed quas tamen commiserit marito: quod si factum fuerit, maritum, si res non reddantur, vel mandati vel etiam depositi teneri: interdum vero aliter obseruari, ait, ut res illae potius vxori committantur, quam marito: quae res & ipsa desiderat declarationem voluntatis. Hae igitur, quarum custodia marito non permissa, vel actione rerum amotarum, vel, si non amouentis animo maritus illas retineat, actione ad exhibendum repetuntur. d. l. 9. §. 3. in fine D. de iure dotium.

Quae cum ita sint, nemo non videt, varie de paraphernis agi & tractari posse inter virum & vxorem; ut res illae vel mariti fiant, vel maneat vxoris; & si maritus a dominio exclusus fuerit, ut vel custodia ipsi committatur, vel vxor retineat custodiam rerum illatarum: quod extremum



neceſſe eſt euenire, ſi vxor maritum *prohibeat* omnino, ne ſe immiſceat in parapherniſ. Sed, quamuis *paſſione* plerumque de hiſ rebus conueniat inter virum & vxorem; tamen attinet monere, quod vxor, marito etiam inuito, retinere poſſit cuſtodiam rerum illatarum, & cogi non poſſit, vt conſentiat marito, qui illarum cuſtodiam poſtulat. *VLPIANVS* enim d. l. 9. §. 3. *D. de iure dotium*, contractum *mandati*, aut *depositi* deſiderat, ſi parapherna cuſtodix mariti committantur. Sed eiſmodi negotia *conſenſu* contrahuntur. Præterea *imperatores* l. 8. C. de *paſt. conuent.* docent, *prohibitionem* vxoris ſufficere, vt parapherniſ ſe immiſcere nequeat maritus. Maritus igitur ſola *voluntate* vxoris excluditur a cuſtodia & adminiſtratione rerum illatarum. Hanc vero ſpeciem bonorum, *quorum vxor ſibi cuſtodiam*, declaratione voluntatis *ſingulari atque inſolita*, reſeruat, & a quibus maritum prohibet omnino, *bona receptitia* dicimus. Hoc genere continetur magna illa pecunia, apud *CATONEM* ^{s)} quam vxor *recepit*, ſed in mariti poteſtatem non commiſit, & poſtea mutuam ipſi dedit, & reſlagitauit per *ſeruum receptitium*, quem & ipſum, *GELLIO* interprete ^{t)} cum pecunia *recepit*, nec dori dederat, ſed *cuſtodiendum* ſuiſque uſibus adhibendum *retinuerat*, & ſeparauerat a rationibus mariti.

Ex hiſ, quæ adhuc diſputata ſunt, facile erit iudicare, an *res illæ receptitiæ*, de quibus actum eſt, commode haberi poſſint pro *tertia ſpecie* bonorum, a dote & bonis parapherniſ penitus ſeiuncta, an potius paraphernorum appellatione etiam *receptitiæ* contineantur. Magnam de illo argumento litem *SCHILTERVS* cum *WEHNERO* exercuit. ^{u)} Mihi quidem certius videtur, *receptitiæ* etiam *contineri parapherniſ*. *VLPIANVS* enim l. 9. §. 3. *D. de iure dotium* itemque *imperatores* l. 8. C. de *paſt. conuent. parapherna* duntaxat a dote ſeiunxerunt; ſed de *parapherniſ* varie *pacifci* poſſe virum & vxorem, docuerunt. Quodſi igitur *ſpecialiter* conuenerit, vt *ne quidem illorum cuſtodia marito committatur*, aut, ſi vxor maritum *prohibuerit*, ne ſe rebus illis immiſceat; ſingularis quædam *ſpecies paraphernorum* enaſcitur, quam *bona receptitiæ* ſolemus appellare.

Ita quidem de *bonis receptitiis iure Quiritium* habendum. }

§. IV.

Bona receptitiæ etiam receptitiæ vxori committantur, excluſo penitus marito. Sed, *quo tempore durante matrimonio* de illis rebus conueniat inter virum & vxorem, fere non reſert. Cum enim *ipſæ etiam dotes & propter nuptias donationes* conſtante matrimonio augeri poſſint, quod *IUSTINVS* l. 19. C. de *donat. ante nupt.* & *IUSTINIANVS* Nou. 97. c. 2. præceperunt; diſputatione non indiget, etiam de reliquis

si vxor post nuptias aliquid adquisi-

s) *GELL.* l. 17. c. 6.

t) *Ibid.* l. c. circa finem.
Webneri obſeru. v. *Minshandgutere*, p. 10. b. & 11. a.

u) *SCHILT.* in not. ad



quis bonis coniuges post nuptias efficaciter pacisci. IAVOLENVS enim l. 1. pr. D. de pact. dotal. itemque PAVLLVS l. 12. §. 1. D. eod. & SCÆVO-
LA l. 29. pr. D. eod. coniugibus post nuptias pacisci, quamuis antea nihil
conuenerit, permittunt. Vnum enim illud coniuges cauebunt, ne vel caus-
sa dotis fiat deterior, vel simplex donatio conuentione illa occultetur.

Igitur inter consentientes etiam post nuptias ius receptitiorum enascetur,
quamuis uxori suadeat BERGERVS *) vt re potius integra, id est, ante
contracta sponsalia, in ipsis tractatibus, recipiat partem aliquam bonorum.
Sed illud quidem consilium magis ad uxorem Saxonicam videtur pertinere,
quod deinceps apparebit. Imo vero, si quis dixerit, iure Romano, vxo-
rem, inuito etiam marito, post nuptias repetere posse rerum suarum custo-
diam, vt illas, tanquam receptitias postea possideat, quamuis antea ma-
rito illas commiserit; non multum obluetabor. Enimuero VLPIANVS
l. 9. §. 3. D. de iure dotium testatur, maritum, cui vxor rerum suarum
custodiam tradiderit. Mandati aut depositi teneri. Sed constat, mandatum
& depositum, re integra, quodcumque posse reuocari, quod VLPIANVS
atque PAVLLVS l. 12. §. 16. & l. 15. D. mandat. itemque l. 1. §. 45. D. deposit.
docuerunt. Cum igitur illud negotium, quo vxor marito rerum suarum
custodiam permittit, depositi, aut si administrationem etiam ipsi concedit,
mandati naturam habeat, nihil omnino obstat, quo minus illud vxor, iu-
re Quiritium, inuito etiam marito possit reuocare.

Vtrum vero vxor post nuptias, si quas res, liberalitate fortunæ inpri-
mis, nouiter acquirit, illas tanquam receptitias possit retinere & maritum
ab illis excludere, a quibusdam dubitatur. Sed nihil habet illa res difficul-
tatis. Enimuero, si ex legibus Romanorum disputes, erit penes uxorem,
quid iuris ipso marito velit permittere in bonis nouiter quæsitis. Generali-
ter enim imperatores l. 8. C. de pact. conuent. præceperunt, ne uxori pro-
hibente maritus se immisceat in paraphernis. Igitur vxor prohibere pote-
rit maritum, maxime si res nondum intulit in mariti domum, illasque non-
dum eius custodiæ permittit. Abscisse VLPIANVS l. 9. §. 3. D. de iure
dotium, ex vxoris voluntate rem æstimandam, esse, ait, & quid ab illa
actum sit & quo animo res intulerit, respiciendum. Priusquam igitur res
fuerint illatæ, potest sibi illarum rerum custodiam seruare, vt tanquam
receptitiæ potius in vxoris, quam in mariti, potestate sint. Neque habebit
facile maritus, de quo conqueratur; cum nihil ipsi iuris competat, in re-
bus vxoris ipsi non commissis. Itaque, quæcumque ab vxore non illata sunt
in mariti domum, bona propria vxoris videbuntur, aut si illas intulerit, sed
cum marito pacta fuerit, vt suæ custodiæ, excluso penitus marito, refer-
uantur. ipsumue prohibuerit ab illarum usu, recte etiam post nuptias bona
receptitia constituentur.

Ex

*) de BERG. æc. iur. I. 3. 10.



Ex his, quæ dicta sunt apparet, iure Romano totum hoc negotium *uxoris voluntate* inprimis regi atque contineri, & maritum cogi posse, ut consentiat uxori, quæ rerum suarum custodiam velit *recipere*, & maritum prohibere, ne se immisceat in paraphernis.

§. V.

*Iure Saxoni-
co vxor ma-
ritum inui-
tum non po-
test exclude-
re a para-
phernis.*

Sed Saxonica uxores quidem ætiori maritorum potestate coercentur. Dum enim thorum conscendunt, curam omnium bonorum suorum, cum fructibus illorum, confestim maritis committere, itemque mobilia post mortem illis relinquere, tenentur, nihil illorum interuenerere, nihil ad alios transferre possunt. Luculenter enim veteres: Stirbt aber das Weib, bey des Mannes Leben, sie erbet keine fahrende Habe, denn allein Gerade und Eigen, als sie das hat, an ihren Nehesten: kein Weib mag auch ihres Guts nichts vergeben, ohne ihres Mannes Willen, daß er durch Recht leyden dörfse. Wenn ein Mann ein Weib nimmit, so nimmit er sie in sein Gewehr, und alles ihr Gut, zu rechter Vormundschaft I. Land-R. 31. Neque quisquam facile dubitet, quin omnium bonorum appellatione, etiam futura, & quæ nouiter uxori obueniunt, contineantur. Igitur nisi vxor ab initio, antequam accederet ad mariti thorum, exceperit bonorum quandam partem, de bonis receptitiis deinde, marito obluclante, frustra cogitabit. Nihil enim postea in rebus suis habebit iuris atque facultatis. Neque voluntate sua inter viuos neque mortis causa marito ius per legem ipsi attributum extorquebit. Luculenter enim IUSTINIANVS Nou. 22. c. 33. ne lucra, quæ ex lege data sunt, cuiquam a priuatis vlllo modo auferantur, interdixit. Adhuc clarius in Saxonie electoratu res constitutione principis est definita: Wie denn auch hinwiederum dem Weibe nicht nachgelassen wird, dasjenige was dem überlebenden Ehe-Manne aus ihren Gütern zustehet, durch ein Testament oder andern letztem Willen zu vermindern, 2c. P. III. Const. VII. Igitur inter Saxones bona receptitia, post nuptias, ab vxore, non nisi bona mariti cum venia, constituuntur: sed, ne ipso consentiente quidem, si speciem illicitæ donationis contineat concessio receptitorum. Itaque ex iusta causa, veluti, ut se ipsam vxor alat, aut ut liberos commodius educet, aut, ut se dignius exhibere possit, & quæ sunt aliæ eiusmodi commoditates, recte a marito, etiam in Saxonia, constante matrimonio, bona receptitia uxori concedentur. Ceterum, ipso inuito, nihil agitur post nuptias contrahatis. Ita certe nuper ICtis Vitembergenfis. visum est, qui in hanc fere sententiam mense Maio huius anni responderunt: Obwohl denenienigen, welchen vermöge derer beschriebenen und anderer Rechte, gewisse Vortheile zustehen, das dadurch erlangte ius quæsitum, vermittelst des letzten Willens eines andern, dessen Erbschaft sie sich nicht angemasset, ohne ihre Einwilligung nicht entzogen werden mag.

Nou.



Nou. 22. c. 33. in fine,

Solches auch besonders unter Eheleuten in dieser Maasse statt findet, daß ein Ehegatte dem überlebenden, die nach den Statuten jedes Orts ihm ausgesetzte Portion durch ein Testament, oder sonst auf den Todes-Fall, zu vererben nicht befugt,

Gail. 2. obs. 86. & 87.

Hartm. Pistor. q. 31. n. 7. lib. 1.

Rittersh. ad nouell. P. 7. c. 17. n. 15. p. 433.

Ueberdieß in der Chursächsl. Constit. VII. P. III. daß dem Ehe-Weibe nicht gestattet werde, dasjenige, so dem Ehe-Manne aus ihren Gütern gebühret, durch ein Testament oder andern letzten Willen zu vermindern, ausdrücklich enthalten, demnach des Ehe-Manns statutarische Portion dießfalls auch durch ein Fideicommiss oder Vermächtniß nicht geschwächt oder beschweret werden mag,

Carpz. P. III. Const. VII. def. 2.

Hiernächst die Güter eines Ehe-Weibes ordentlicher Weise pro paraphernalibus geachtet werden, dahingegen die qualitas bonorum receptitiorum, wenn nicht diesfalls deutliche Ehe-Pacta vorhanden, daran es in gegenwärtigem Falle ermangelt, nach Sachsen-Rechte nicht vermutet wird, und bey solcher Bewandniß, daß Beklagte Klägern die Administration und den Nießbrauch der Erb-Portion, so ihr von ihrem Vater zugewendet worden, allerdings überlassen müsse, es das Ansehen gewinnt.

§. VI.

Sola igitur vxor nihil immutabit, in Saxonia, circa parapherna, nihil marito subtrahet suarum rerum, quas non ab initio recepit. Sed inter- *Testamenta & liberali-*
dum Deus ex machina rem perturbatam restituit, & miseratione attingitur *tate tum pa-*
uxoria illius seruitutis. Neque enim dubito, quin ex honesta liberalitate *rentum tum*
aliorum vxor, etiam constante matrimonio, bona receptitia, quamuis marito *extranei bo-*
obloquente, efficaciter adquirat. Enimuero generaliter quilibet *na receptitia*
se profecto, quamcunque voluerit, legem dicit, quam mariti inuidia & cu- *constituuntur*
piditas euertere non potest. Ipsi etiam *parenti*, cuius tamen potestas sancti- *etur inuito*
or est, & naturæ conuenientior, quam durum illud imperium maritorum in *etiam mari-*
vxores, ipsi inquam parenti, tum a matre & auia, tum, quod expresse ad- *to.*
dit imperator, etiam ab extraneis personis, ususfructus rerum, quæ ab ip-
sis profecta sunt, adimitur subinde; quamuis iure patrio usumfructum bo-
norum, quæ ab aliis ad liberos peruenerunt, vindicare posset, nisi hæc con-
ditio donationi adiecta esset. Nou. 117. c. 1. Neque vero poterit ratio satis
 idonea adferri, cur non idem illud, quod contra *ius patris* matri & extraneo
 permissum, locum non inueniat aduersus *ius mariti*.

Fasc. V.

B

Enim-



Enimuero, subtiliter in illa specie, quam sub initium dissertationis enarrauimus philosophabatur maritus, cui ususfructus bonorum vxoriorum a focero profectorum, præter legitimam, testamento fuerat ademptus. Nimirum ius illud, quod aduersus parentem obtinet, vt illi aliquando efficaciter ususfructus adimatur, aiebat, discedere a *iuris forma*: ipsum peculium illud filii, a cuius usufructu pater fuerit exclusus, *extraordinarium & irregulare* appellari: hinc totum illud argumentum *strictè* accipiendum, & proferri aduersus maritum non debere; alias esse rationes *parentis ac mariti*: ius publicum voluntate priuatorum non perueri: maritum a *IUSTINIANO* in nou. 117. c. 1. non nominatum esse: legem *Saxonicam omnia vxoris bona*, quæ non pactis dotalibus excepta sint, marito committere: nulla vxoris, inuito marito, esse *bona receptitia*: vxorem heredem a parente scriptam, hinc usufructum ipso iure pertinere ad maritum: sibi ius quæsitum adimi non posse contendebat. Sed profecto ille oppido deceptus est, dum negat in hac caussa duci posse argumentum a parente ad maritum. Primo enim, quod supra obseruatum est, omnino sanctior videtur potestas parentis, quam mariti: vt appareat, quod *contra ius parentis* obtinet, multo magis obtinere contra ius mariti. Solemus certe hanc interpretationem etiam in *odiosis* sequi, vt, quod ille, qui *plus* potest, nequit impedire, multo magis ille, cuius est *infirmior potestas*, admittere cogatur. Itaque, cum patri possit ususfructus adimi bonorum, quæ, ultra legitimam, ad liberos peruenerunt, multo magis ille marito a testatore aut donatore, qui hanc specialiter conditionem addidit, omnino adimetur. Deinde, quod præcipue me mouet, nego, hoc ius *singulare* esse, quod pater excludi possit ab usufructu bonorum, quæ liberis *non necessario* debentur. Ipsa enim *vox naturæ* atque *æquitatis* iubet, vt tum pater tum maritus admittere cogantur conditionem illam, qua ab usufructu liberalitatis, in liberos vel vxores ab aliis collatæ excluduntur. Quid enim efficeretur, si dissentirent parentes & mariti. *Noceret* liberis aut vxoribus dissensus ille, sed patri & marito *non prodesset*. Ipsi profecto liberi & vxores liberalitatem aliorum, cui hæc lex adiecta est, vt patri aut marito usufructus adimatur, ne acquirere quidem possent, nisi conditioni adiectæ ante omnia obtemperarent; quæ nisi fuerit impleta, necesse esset, plane nihil ad liberos & vxorem peruenire. Aut, si *pro non adiecta* haberetur illa conditio; certe testatores atque donatores, cum intelligerent suam prohibitionem non attendi, interdum ipsos potius liberos excluderent suo beneficio, quam permetterent, vt usufructus *ipsis inuitis*, parenti aut marito concedatur. Itaque, si faueremus parentum atque maritorum inuidiæ, qui conditionem admittere tergiuersarentur, nec ipsi quidquam lucrari possent, nec a liberis & vxore aliquid adquiri, sed *totum negotium infirmaretur*. At vero *natura* non permittit, vt quisquam aliquid, *quod alii noceat & sibi non pro-*



profit, moliatur. Ideoque merito coguntur, usufructu suo cedere potius parentes & mariti, ne & liberi atque vxores beneficiis aliorum simul exuantur, & ipsi parentes & mariti spem usufructus & omnis commodi amittant: quam necessario amitterent, si sua pertinacia possent efficere, ut totum illud liberale negotium peruerteretur. Ex quibus rebus apparet, iustissimam IUSTINIANI legem non solum *ad parentes* pertinere, sed multo magis *ad maritos*. Neque vero nos mouebat, quod illa conditio *in fraudem* mariti duntaxat adiecta esse videretur, cum parens filiae quidem hereditatem vniuersam, sed bona præter legitimam, sub hac lege, ut marito adimeretur usufructus, reliquisset. Enimuero nulla potest *fraus fieri* marito in bonis, in quibus nec ipsi, nec uxori, antea omnino fuit ius *quæsitum*, & quæ tuto utriusque illorum *adimi* omnino potuissent. Igitur placuit, *repellendum esse actorem*, qui testamentum soceri, quo usufructus bonorum ab illo profectorum, præter legitimam, marito ademptus erat, impugnabat. Dicta enim est sententia in hunc fere modum: Daß Klägers Suchen nicht statt hat, sondern es ist derselbe mit dem Nießbrauch des Pflicht-Theils, so Beklagten Principalin aus der väterlichen Verlassenschaft erhalten, sich zu begnügen, so wohl die verursachten Unkosten, Beklagten und Mitbeklagten zu erstatten schuldig B. N. W.

Res erit apertior, si responsi huius rationes adscribemus:

Obwohl denenjenigen, welchen vermöge derer beschriebenen und andern Rechte gewisse Vortheile zustehen, das dadurch erlangte ius quæsitum vermittelst des letzten Willens eines andern, dessen Erbschaft sie sich nicht angemasset, ohne ihre Einwilligung, nicht entzogen werden mag,

Nou. 22. c. 33. in fine.

Solches auch besonders unter Ehe-Leuten in dieser Maasse statt findet, daß ein Ehe-Gatte dem Überlebenden die nach denen Statuten jedes Orts ihm ausgesetzte Portion durch ein Testament, oder sonst auf den Todes-Fall zu verkürzen nicht befugt,

Gail. 2. obseru. 86. & 87. n. 1.

Hartm. Pistor. qu. 31. n. 7. lib. 1.

Rittersh. ad nouell. P. 7. c. 17. n. 15. p. 433.

Überdies in der Churfürstl. Sächsl. Const. VII. P. II. daß dem Eheweibe nicht gestattet werde, dasjenige, so dem Ehemanne aus ihren Gütern gebühret, durch ein Testament oder andern letzten Willen zu vermindern, ausdrücklich verordnet, demnach des Ehemanns statutarische Portion dießfalls auch durch ein fideicommiss oder Vermächtniß nicht geschwächet oder beschweret werden mag,

Carpz. P. II. constit. VII. def. 2.

B 2

Nou.



ausserdem der Mutter und Groß-Mutter

Nou. 117. c. 1.

Zwar nachgelassen, den Nießbrauch von dem Vermögen, so sie ihren descendenten über das Pflicht-Theil zu wenden, denen Vätern dererselben zu entziehen, gleichwohl dergleichen außerordentliche Disposition der Rechte sonst stricke anzunehmen, und auf andere Fälle, absonderlich auf den Nießbrauch des Ehemanns nicht erstreckt werden zu können scheint, hiernächst die Güter eines Ehe-Weibs, ordentlicher Weise, nach Sachsen-Rechte pro paraphernalibus geachtet werden, dahingegen die qualitas bonorum receptitiorum, wenn nicht diesfalls deutliche Ehe-Pacta vorhanden, daran es in gegenwärtigen Falle ermangelt, nicht vermuthet wird, und bey solcher Verwandniß, daß Beklagtin Klägern die administration und den Nießbrauch der Erb-Portion, so ihr von ihren Vater zugefallen, allerdings überlassen müsse, sowohl das angezogene Testament und die darinne enthaltene fideicommissarische Verordnung, vermöge deren Kläger nach der Beklagtin und ihrer Kinder Tode, von der ihm sonst gebührenden succession in gewisser Maasse ausgeschloffen worden, in so weit zu Recht nicht bestehen möge, es das Ansehen gewinnt, D. a. d. denen Eltern nach Abzug des Pflicht-Theils über ihr Vermögen die freye Disposition allerdings zustehet.

L. 6. C. de inoff. testam.

Demnach dieselben ihre übrigen Güter entweder Fremden, oder auch denen Kindern, nach ihren Gefallen, allenfalls mit Bedingung und gewisser Vorschrift, wie sie solches gebrauchen sollen, zuzuwenden, und dieselben mit fideicommissis zu beschwehren, wohl befugt, hiernächst in erwehnter Nou. 117. c. 1. dasjenige was der Mutter und Groß-Mutter gestattet, auch andern Personen ausdrücklich nachgelassen worden, überdieß, zumahl nach denen Römischen Rechten, die Väterliche Gewalt denen Gerechtsamen der Ehe-Männer ohnstreitig vorzuziehen, mithin da ein Testator auch so gar dem Vater seines Erbens den Nießbrauch seiner Verlassenschaft entziehen kan, solches die Ehe-Männer sich noch vielmehr gefallen lassen müssen, in mehrerer Erwägung weder die Kinder noch ihre Ehe-Männer bey Lebzeiten der Eltern und Schwieger-Eltern ein Recht an dererselben Vermögen behaupten mögen,

L. 1. D. de hered. vel act. vendit.

Carpz. P. II. const. 13. def. 36. n. 2.

Sondern den Todes-Fall zu erwarten, und derer Eltern Disposition, außer dem Pflicht-Theile, nachzugehen schuldig,

L. 25. & 26. C. fam. hercisc.

Da



Dahero Kläger, daß ihm ein ius quæsitum entzogen worden, nicht vorwenden kan, vielmehr dessen Suchen wiederrechtlich, mithin derselbe auch der Erstattung der Unkosten sich nicht entbrechen mag,

So ist, wie im Urtheil enthalten von Uns billig erkannt.

COROLLARIUM.

Cum hæc iam scripta essent, *præsidi* alia species obuenit, quæ non multum ab illa abhorret, quam in dissertatione excussimus. Nimirum *matrî*, ex statutis loci cuiusdam, *ususfructus* bonorum, quæ ad liberos perueniant, vsque ad ætatem illorum maiorem, competebat. Sed *pater* in testamento præceperat, vt bona a tutoribus, matre ab usufructu penitus exclusa, administrarentur. Mater ius ex statuto quæsitum inuocabat. Sed placuit, subsistere parentis voluntatem, quoad bona illa, quæ, *ultra legitimam*, filio reliquerat. Ita enim Icri Vitembergenses responderunt, & has rationes adiecerunt:

Dieweilen aber, wenn auch der Klägerin der Nießbrauch, denen Statuten nach, gegönnet wird, dennoch ein jeder Testator, den Vsumfructum so gar dem leiblichen Vater seines Erben, welchem derselbe sonst schlechterdings gebühret, ausser dem Pflichtheil, zu entziehen wohl befugt,

Nou. 117. c. 1.

folglich Klägerin mit der vorbehaltenen Succession, so viel das Pflichtheil betrifft, sich zu begnügen hat &c.

XXXI.

OBSERVATIONES
DE

PROBATIONE SANÆ MENTIS.

AD L. XXVII. D. DE CONDIT. INSTITVT.

VITEMBERGAE, AD D. IV. DEC. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVII.

§. I.

*N*on solum flere, sed ægrotare etiam, imo desipere & insanire, si *Dulcis* inter quosdam audias, interdum *dulce* est, & cum voluptate aliqua coniunctum. *nam* est in Ridemus *mulierculas*, quæ, quod *comicus* ait, *febrim in potestate habent: sania.*

B 3

quan-



quandocunque visum est, ægrotant, erubescunt, *pallent*, *valent*: & non solum *utilitatis*, ubi res postulat, sed *voluptatis* etiam & *ostentationis* causa, cum in mentem venit, capite, vtero, pedibus, toto corpore laborant atque infirmantur. Sed hæc inter alias ineptias ferri posset in *mulierculis* insania. Illud vero durius, quod aliquando *viris*. *a)*

INSANIRE LIBET

& sapientes interdum, si *venustum* audiamus *b)*

Miscet stultitiam consilis breuem:

Dulce est delipere in loco.

Certe poeta aliquando, ut res commodius succedat, quasi bene meriturus, dat operam, & *totum populum* conuocat ut illum *doceat* secundum regulas artis *insanire*. *c)* Imo vero ANACREON noster *d)*

Θέλει θέλει μανῆναι.

Cupit, gestit, insanire & furere & quiescere non potest, donec animo concipiat *furorem*. Facile credideris, illum furere & insanire, qui desiderat & optat, ut furore quodam perturbetur. Sed quibusdam aut *utilitas* & *pudor* hoc suffugium, aut *necessitas* hoc telum præbet, ut vel *furoris* & *insaniæ* obtentu scelus a se commissum purgent & diluant, aut, quæ recte constituta sunt, illo titulo infirmare studeant, atque impugnent, quasi ab *insanis* & *dementibus* profecta. Illa nimirum sola excusatione OVIDIUS NASO utebatur, cum puellam verberasset: *e)*

Nam furor in dominam temeraria brachia mouit,

Flet mea vesana læsa puella manu.

Nullum etiam hodie in foris nostris facinorosi atque nebulones caussarum defensoribus paratius telum subministrant, quo scindant nodum gordium, atque ex laqueis, in quos inciderunt, ipsos expediant, quam *miserationem furoris*, quem simulant, & veniam mereri arbitrantur. Ipsi principes, TEODOSIUS, ARCADIUS & HONORIUS I. VN. C. si quis imperat. *maledix.* obrectationes improborum hominum & maledicta, quibus *principis* nomen læssatur, ideo contemnenda esse censuerunt, quia, si ab *insania*, quod plerumque fit, profecta sint, *miseratione* dignissima esse videantur. Igitur pauci peccant hodie, qui non titulo *furoris* & *insaniæ* vtantur, quam suæ nequitiae prætexant. Iam olim *diuos fratres*, si VLPIANVM audiamus l. 13. §. I. D. d. *offic. præsid.* illud exercuit, quod plerique *simulato furore* facinus excusent. Ideoque *excutiendum* esse putauerunt, in persona eius, qui parricidium admiserat, *utrum simulato furore* scelus admisisset,

an

a) VIRGIL. eclog. 3. v. 36. HORAT. III. od. 19. v. 18.

od. 12. v. 27.

c) Ibid. II. ferm. 3. v. 63.

b) HORAT. IV.

d) ANACREON. od. 28.

e) OVID. am. eleg. 7. v. 3.



an vero reuera non compos mentis fuisse videatur: vt, si simulasset, plecteretur, sin fureret, in carcere detineretur.

Sed nulla magis perplexa est disputatio in foro, quam cum de *furore* cognoscendum. Plerumque ad *medicorum* oracula confugiunt illi, qui malint insanire, quam sibi conscii omnino sui facinoris haberi. Et facile inueniunt, qui testes sint *furores*, atque homini sano furias iniiciant. Recordatur præles, cum, ante quatuordecim abhinc annos, causas Lipsiæ peroraret, & reum, qui parenti suo manus intulerat, defenderet, in foro, facillime sibi successisse, vt parricida mentis compos & recte animatus pro *furioso* haberetur. Enimvero *medicum* quendam adducebat ad inquisitum, qui de hominis *furore* testaretur. Ostendebat ipsi reum, capillis prolaxis crispisque horridum, squalore carceris confectum, insigniter sordidum, & toto habitu corporis iniucundum, quales esse solent, qui diu in vinculis hæserunt. Confestim medicus spem iniiciebat, fore, vt res eueniret ex voto: se ex ipso vultu, quod ille homo insaniat & furiis quibusdam agitur, colligere, ostendebat. Accedebant testes duo, qui se audiuisse affirmabant, hunc hominem noctu quondam e lecto surrexisse cum *tumultu*, & inquilinos, qui infra ipsum habitabant, expergefactos, tota illa nocte obdormiscere non potuisse. Tunc vero plaudebat medicus defensori, & rem confectam esse, liberandum esse hunc reum supplicio, & penitus *insanum* esse, clamitabat, quia e lecto exsiluisset cum *tumultu*. Res etiam non caruit euentu. Reus enim facile absoluebatur. Sed postea apparuit, hunc hominem nihil vitii aut *furores* contraxisse. Pater enim indicabat: filium aliquando matulam subuertisse, cum e lecto surgeret, illaque re expergefactos inquilinos. Sed profecto sapiebat reus, & patrem falsum esse, medicum rectius sentire, se omnino furere & insanum esse, affirmabat: haud multo secus: ac Menæchmus ille apud PLAVTVM, f) qui quid mihi melius est, inquit, „quam, quando „illi me insanire, prædicant, ego me *in simulo* insanire, vt illos a me absterre- „am., Enimvero reus ille, de quo antea monui, impetrabat a iudice, vt magis faueret sententiæ, quæ ipsum absoluebat, & hominem sanum atque integrum *insanire* affirmaret.

Tam varie & sapienter interdum homines *sani* de *furore* constituunt.

§. II.

Sed hi quidem, de quibus adhuc disputauimus, cum *voluptate*, atque *Furores* *cri-* aliquando *utiliter*, insaniant. Illud vero acerbius, homini *sano* interdum *minatio* in obici furias *inuito*, & *dementem insanumque fingi*, ab illis, qui ipsius *int-* *uitis obiecta*. gri & intelligentis fidem & consilia sibi periculosa esse arbitrantur. Id quidem fere Menæchmo cuidam accidebat apud PLAVTVM, g) in quem serui

&

f) PLAVT. in Menæchm. act. 5. sc. 2. v. 78.

g) Ibid. Menæchm. act. 5. sc. 7.



& lorarii immittebantur, ut raperent sublimem, & sanum integrumque, obtestantem Deum atque hominum fidem, toto iugere ellebori occidendum, ad medicos deferrent. Illa Tyndari erat nequitia, qui, ne ab Aristophante proderetur manifesto indicio, illum *furiosum* esse comminiscabatur. ^{h)} Ita enim illi:

Hic homo rabiosus habitus est in Alide.

Ne tu, quid iste fabuletur, aures immittas tuas.

Nam istic hastis insectatus est domi matrem & patrem,

Et illic isti, qui sputatur, morbus interdum venit,

Proin tu ab isto procul recedas.

Eadem fabula sæpius agitur in foro, inprimis si de fide *testium*, aut *testatorum* voluntate infirmenda, disceptatur. Ipsi *ICti*, quod MARCIANVS ait, l. 2. D. d. *inoff. test.* hoc colore testamentum, quod non ex officio pietatis factum est, impugnant, quasi *non sanæ mentis* fuerit, qui testamentum ordinasset. CHRISTIANVS THOMASIVS, ⁱ⁾ cuius cuidam ingenuo & probro, sed qui popinas & coetus hominum strepitumque fugeret, ad suggestionem improbi rabulæ, datum esse narrata prætoris Lipsiensis curatorem quasi *mente capto*; sed hunc eidem mox ademptum, cum ostenderetur, illum aliquando apte & ingeniose talis, atque chartis gallicis lusisse.

Tam facile interdum homines vel furere vel resipiscere creduntur. Sed *de viuis* quidem, quos obseruare & tentare aliquando, quorum ingenio, quod poeta ait, lene tormentum adhibere, e quibus salem per ambages elicere possumus & clanculum subinde expiscari, facilius iudicium ferimus. Plus videtur difficultatis res habere, si de *mortuorum* ingenio & *sana mente* dubitatur, inprimis, si de spe hereditatis, & vltima defuncti voluntate, controuersia in foro exercetur. De mortuis enim silent medici plerumque, cum venas tentare nequeant, e quibus multi alias vaticinantur, nec spem ellebori infumendi habeant, aut lucri & vtilitatis aucupandæ. Neque vero *ICti* veteres omnino satis sibi constant in hoc argumento. Sæpe enim *manifestæ insanix* veniam dederunt, ut subsistat vltima voluntas: aliquando *leuiori suspitione* adducti sunt, ut de *sana mente* testatoris dubitarent. Eo inprimis pertinet, quod MODESTINVS l. 27. D. d. *condit. instit.* veritus est, ne *compos mentis* non fuerit testator, qui, *sepulturam auersatus*, heredi *ut reliquias suas in mare abiiciat*, præcepit. Operæ præmium videtur, ut de illa suspitione curiosius tradamus.

§. III.

Nimirum ineptiis & subtilitate *Stoicorum* inprimis effectum est, ut *ICti insaniam* de natura fororis & insanix, imo vero de ipsa voce & appellatione vitii *am furorem* *dementiam* *promiscue* *appellant.* vtrius-

^{h)} PLAUT. captiu. act. 3. sc. 4. v. 15.
dementiæ. §. XXIX.

ⁱ⁾ THOMAS, *de præsumpt. furoris &*



utriusque inter *sapientes* non satis conueniret. Enimuero acute TULLIUS, ^{k)} ex *stoicorum* disciplina, omnes *insipientes* etiam *insanos* esse, dixit, & mentem vacuum constantia & tranquillitate, *insaniam*, contra *furorem*, mentis ad omnia *cæcitatem*, porro *amentiam* itemque *dementiam*, affectionem mentis, *lumine carentem*, appellauit: ideoque non omnem *insanum*, *furiosum* esse, sed ex *decemuirorum* præceptis, *furiosos* duntaxat, non omnes *insanos*: desinere dominos esse rerum suarum, obseruauit. Quod adduxit RÆVARDVM, ^{l)} ut *insaniam* genus omnium inep-tiarum, *furorem* contra, speciem aliquam insanix & mentis alienationem ac tenebras esse, arbitretur. Sed nihil obscurius & tenebrosius est illis verbis, quibus *furorem* mentis *cæcitatem* & tenebras appellant. Neque enim definiunt, quæ sit illa *cæcitas*, quæ *furorem* ab *insania* seiungat.

Non multo luculentius POMPEIUS FESTVS ^{m)} *furiosos* esse, ait, qui parum sint animati, & suæ mentis non sint, & quos *piari* conueniat, ut per bona quædam verba illo incommodo confestim liberentur. Constat enim ex PLAVTO ⁿ⁾ *furiosos* porcis sacris & precationibus quibusdam expiatis. In eundem fere modum PAPINIANVS l. 39. D. de iud. *furiosum* illi qui suæ mentis est, opponit: ut appareat, etiam *ICtis furiosum* dici, qui non suæ mentis sit, sed a se ipso alienus.

In tanta obscuritate inualuit, ut, quamuis *stoici* subtiliter distinguerent, tamen *insani*, *dementes*, *furiosi* promiscue appellarentur. Certe *furiosi* & *dementes* nunquam fere seiunguntur. Ita VLPIANVS l. 13. §. 1. D. de offic. præf. inspiciendum esse, ait, utrum quis *simulatio furore* facinus admiserit, an reuera non compos mentis, id est, *demens* esse videatur. Imo aperte PROCULVS l. 48. §. 1. D. de leg. 2. curatorem *dementis* appellauit illum, qui constitutus est a iudice, ut defendat *furiosum*: ex quo loco intelligitur, nihil inter *furiosum* & *dementem* discriminis admitti. Idem & DIOCLETIANO & MAXIMIANO l. 5. C. de condic. itemque IUSTINIANO §. 2. I. q. test. tutor. dar. poss. placuit, ut *furiosos* esse videatur, quem non *compotem* suæ mentis, id est, *dementem* esse, fuerit probatum. Eosdem igitur *dementes* & non *compotes* mentis dicimus, qui *furiosi* appellantur: sed utrique subinde etiam *insani* dicti sunt: ut nihil intersit inter *dementem*, *furiosum* & *insanum*. Certe MARCIANVS l. 2. D. de inoff. test. illum *furiosum* & *dementem* esse ait, qui non *sanæ mentis*, id est, *insanus* fuerit, cum testaretur. Et VLPIANVS l. 4. §. 1. D. de aedil. edict. describit *furiosum*, qui loquatur deridenda, per vicos, more *insanorum*. Item CATVLLVS aliquando, ^{o)} cum puellæ illepidæ & ineleganti, & nasum turpiculum habenti,

k) CIC. Tusc. quæst. III. p. m. 209. & 210.

l) RÆVARD. coniect. III. c. 18.

m) FESTVS de verb. sign. v. *Piari*.

n) PLAVTVS, Menachm. act. 2. sc. 1.

o) CATVLL. Carm. 38.



irascere, & suaderet, *curatorem* quasi *furiosæ* dari, quia decem millia osculorum poposcerat, puellam *non sanam* appellavit, quam furiosam aut dementem dicere noluit:

*Tota millia me decem poposcit,
Ista turpiculo puella naso,
Decostoris amica Formiani.
Propinqui, quibus est puella curæ,
Amicos medicosque conuocate.
Non est sana puella.*

Item TULLIVS p) Verrem suum, ait, *insanire & furere*, nullo discrimine utriusque vocis: ut intelligatur, eosdem & *dementes*, & *furiosos*, & *insanos* appellatos esse. Illud tamen attinet monere, *veterem grammaticum*, q) MARIUM SERVIVM HONORATVM, *furiatos* omnino seiungere a *furiosis*: ut *furiosi* sint, a quibus nunquam penitus recedat furor, *furiati*, qui interdum ex causa furiis quibusdam agitentur.

§. IV.

Furor cum morbo corporis coniunctus est & a simplicitate distinguitur. Frustra igitur *stoici*, & TULLIVS aliquando, ex illorum disciplina, *insaniam* a *furore* seiunxerunt: postquam a ICtis aliisque *insani* atque *furiosi* eodem nomine coeperunt appellari. Nimirum, cum intelligi non posset, quæ sit illa *mentis cæcitas*, quæ *furorem* ab *insania* discernat; non solum *vocabula*, sed ipsa etiam vitia inter se permixta sunt: ut, quæ magis ad *generalem* illam *insaniam* & *perurbationem* mentis, ex *usu stoicorum*, pertinent, *furoris* nota aliquando comprehenderentur.

Illud tamen studiosius a ICtis observatum est, ut non omnem *simplicitatem* ingenii erroremque mentis perturbatæ, sed illum duntaxat, qui *cum morbo* quodam *corporis coniunctus* sit, & a causa quadam pendeat, quæ ipsam *facultatem cogitandi* impediat, atque infirmet, *furorem* appellarent. Igitur PAVLLVS quidem l. 5. & l. 125. D. de reg. iur. itemque l. 9. D. de adquir. vel omitt. hered. *furiosum absentibus & pupillis* comparavit, sed agnovit tamen discrimen inter *pupillos* atque *furiosum*, illisque & contrahere negotia & hereditatem cum tutoris auctoritate acquirere permisit, quod *furiosis* non concessit; quamvis non magis *pupillus* scire & discernere de rebus possit, quam *demens* atque *furiosus*. Ex quo loco intelligitur, non omnem illum, qui non *sapit*, atque, ut cum *stoicis* loquar, *generaliter insanit*, quod etiam in *pupillum* cadere nemo dubitat, videri *furiosum*, sed illum duntaxat, qui propter sanguinis & viæ huius machinæ vitium in cogitando ita perturbatur, ut ne possit quidem *naturaliter* vires mentis intendere, & de illis, quæ sensu percepta sunt, cum fructu & successu iudicare. Quæ facultas cum non desit *pupillo*, quamvis tenera sit & fragilitate ætatis infirme.

p) c. c. in Verr. orat. VI.
Gothofredi p. 1366.

q) SERVIVS in v. furiosus in collectione Dionysii



metur, sed crescat tamen quotidie, & perueniat ad maturitatem; non inepte, inter *furiosum* & *pupillum*, constitutum est discrimen. Eleganter VIVIANVS apud VLPIANVM l. 1. §. 9. & 10. & l. 4. D. de *ædil. ed.* ubi de *dementia* & *furore*, propter quem seruus redhiberi possit, disputat, non omne, ait, *vitium animi* officere, vt quis *minus sanus* dici possit; alioquin futurum, vt in *infinito* multos sanos esse negaremus, vt puta, leuem, superstitiosum, iracundum, contumaces, quos omnes stoici *insanos* appellarunt: sed tunc seruus demum videri *furiosum* & dementem & *insanum*, cum *vitium corporis usque ad animum perueniat*, illumque vitiet, vt accidit in *phrenia*, id est, *mente capto*, quia id e *febris* solet euenire. Imo vero generaliter VLPIANVS l. 1. & 4. D. de *ædil. ed.* si quis permaneat in quodam vitio animi, vt puta, si semper circa fana bacchari soleat, & *quasi demens* responsa dare, tunc certe, si non redhibitoriam, quæ propter morbum aut vitium corporis competit, certe ex emto dari actionem: forte, quia suspicio sit, illud vitium mentis, quod immotum maneat, & corrigi non possit, quamuis non sit manifestus furor, tamen a vitio corporis omnino proficisci, & furori proximum haberi: vt certe seruus inutilis futurus videatur.

Abscisse etiam PAULLVS l. 17. D. *qui test. fac. poss.* dum tractat de *furore*, qui impedimento sit, ne voluntas vltima subsistat, hunc demum, qui in *aduersa corporis valetudine* mente captus fuerit, illo tempore, ait, testamentum facere non posse. Neque multo secus LABEO l. 2. D. *qui test. fac. poss.* non quidem sanitatem corporis desiderat in illo, qui testamentum facit, sed eam tamen confirmationem virium, quæ non prohibeat, quo minus *mentis integritas* constet testatori: vt vix sit locus dubitationi, quin ICI *furorem* fere ex *corporis vitio* & imbecillitate enasci, arbitrati sint.

Igitur male VALERIUS MAXIMVS 7) accusat centumuiros, qui *Tuditani* tabulas ratas esse voluerunt, quamuis homo esset *notæ insanæ*, vt pote qui populo nummos sparserit, togamque velut tragicam vestem trahens in foro cum maximo hominum risu conspectus sit, & multa his consentanea fecerit, quæ deridenda viderentur. Male, inquam, ille accusat centumuiros, quasi testamentum *furiosi* probauissent. Enimuero ICI insaniam non ex omnibus ineptiis, & simplicitate quauis, quæ risum conspicientibus mouere possit, sed ex corruptione animi, quæ ipsam facultatem cogitandi impediatur, & a corporis vitio aut morbo ad animum deriuata sit, *furorem* meriuntur: cuius rei indicium in *Tuditano* nullum apparebat.

Non magis commode idem ille VALERIUS Aebucæ, quæ L. Menenii Agrippæ vxor fuerat, testamentum criminatur, & *plenas furoris* tabulas appellat, quia ex duabus simillimæ probitatis filiabus vnâ duntaxat scripserit

7) VAL. MAX. L. VII. c. §. n. 1.



heredem. Hæc enim ex sententia vulgi Romani dicebantur, qui solebat omne illud, quod non ex maturo consilio profectum, aut cum cogitatione officii susceptum esse videretur, insaniam & *furorem* appellare. Ita CATVLLVS, quod supra observatum est, puellam turpiculam & cupidiorum, *insanam* appellavit, medicis & curatoribus tradendam. ^{s)} Neque multo aprius VARRO, ^{t)} colonum illum, qui priusquam sementem faceret, impenlarum rationem non habuerit, aut salubritatem loci non inuestigauerit, mente captum, atque ad agnatos & gentiles remittendum esse, quasi insanum, arbitratur. Denique etiam liberalius HORATIVVS FLACCVS ^{u)} ellebori partem maximam Staberio propinat, qui summam patrimonii sepulchro & monumento incidere iusserat, ut, quas viuis occultauerat, diuitias, mortuus viatori ostentaret. Enim vero hæc est stoicorum illa *insania*, qui simplicitatem intellectus & animi quaecunque offensionem, denique quidquid non ex consilio prudenti & constanti enatum est, *furorem* & *insaniam* dicebant.

§. V.

*Furor non
presumitur
in ultimis
voluntatibus
inprimis &
interdum to-
leratur ma-
nifesta insa-
nia.*

Igitur furor & insania in *ICtorum* scholis *morbum* aliquem significat, cum corporis contagio facultas cogitandi ita perturbatur, ut per tempus ali- quod mens *sensu communi* omnino uti, & vires suas cum successu intendere, non possit. Ex quo apparet, *furorem* in dubio non *presumi*, sed ab al- legante luculentis indiciis *probandum* esse. Aperte enim DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS l. 5. C. de *codic.* asseuerationem eius, qui, testatorem *compotem suæ mentis* fuisse neget, idonee *probandam* esse, censuerunt. Enimvero, qui mentis suæ *compotem* fuisse, *neget* testatorem, *morbo* il- lum laborasse, ait: &, quamvis *negare* videatur usum sanæ mentis, magis tamen *affirmat* de morbo testatoris.

Nimirum res ipsa loquitur, *morbum* generaliter, & inprimis illum, qui tantum vi sua creuerit, ut etiam ad animum peruenerit, eiusque faculta- tem infirmauerit, omnino *non presumi*. Audiamus MODESTINVM l. 101. §. 2. D. de *V. S.* itemque SABINVM atque VLPIANVM l. 1. §. 7. D. de *ædil. ed.* qui, *morbum*, aiunt, esse *habitum corporis contra naturam*, qui usum eius ad id deteriore faciat, cuius causa nobis natura eius corporis sanitatem dedit.

Igitur furor, quem *morbum* esse intelleximus, *contra naturam* ir- repit, & perturbat ingenium humanum. Sed constat *naturalia* *presumi*: & quæ *contra naturam* accidunt, *probanda* esse ab illo, qui affirmet, ali- quid contra naturam euenisse. Illud enim PAVLLVS etiam præcipit l. 2. D. de *prob. & præsumpt.*

Ita

s) CATVLL. epig. 38.
l. 2. v. 84. & 89.

t) VARRO de re rust. l. 1. c. 2.

u) HORAT. serm.



Itaque, nisi *probatum* fuerit, furore aliquem correptum esse, nemo in dubio censetur fuisse furiosus. Inprimis ultimarum voluntatum *fauor* effecit, ut testatorem omnino *sanum* fuisse, & testamentum, quamvis ambiguum & difficile, valere iudicemus: quod & IULIANO placuit, l. 12. D. d. *reb. dub.* Etsi enim, teste LABEONE, & PAVLO l. 2. & l. 17. D. *qui test. fac. poss.* in eo, qui testatur, eius temporis, quo testamentum facit, *integritatem mentis* maxime desideramus; tamen inualuit, ut multa ignoscamus testatoribus, quæ non omnino a recto consilio profecta esse videantur.

Imo vero interdum *manifesta insania* in testatore toleratur. Quis enim dubiter, non sanæ mentis esse illum, qui, cum filiam nunquam habuerit, tamen illam non solum certo nomine appellet, sed heredem extraneum etiam sub hac conditione, si Fulvia, filia mea, viuet, quam ille nunquam habuit, instituat in testamento. Solent enim homines sani meminisse, utrum habuerint uxorem, & ex illa filiam susceperint, quæ Fulvia dicatur: nisi forte incertam sementem fecerint, inter lupos, ut dubitent, an sibi ignorantibus aliquando filia fuerit prognata. Sed SERVIVS atque ALFENVVS l. 45. D. de *hered. instit.* seruauerunt testamentum, in quo scripserat testator: *si Fulvia filia mea viuet*, Lucius Titius heres esto; quamvis nunquam filiam habuerit testator.

Enimuero Titium heredem fore responderunt, quia id, quod impossibile in testamentis scriptum esset, nullam vim haberet, & *fauendum* esset voluntati defunctorum, ne temere infirmaretur.

Sed ut dicam, quod sentio, mihi non placet ille *fauor* ultimarum voluntatum: neque mihi satisfaciunt, qui caussantur, supremum illud, quod nunquam rediturum sit, iudicium mereri, ut omnino conseruetur. Enimuero, non credo, omne illud, quod nunquam rediturum est, *fauore* quodam commendari. Ineptum est plerumque, sollicite cauere, ad quem bona nostra perueniant post mortem; cum nostra mortuorum *non intersit*, quem heredem aliquando nanciscamur. *Simplicitati* hominum hoc indulgemus, quod voluntatem ipsorum ratam esse patimur, ut diligentius bona sua custodiant & colant, amore heredum in primis, quos suo arbitrio designant. Illa vero *simplicitas* veniam quidem facile impetrat, sed tam *fauorabilis* mihi non videtur, ut illius causa voluntatem oppido ineptam, & insanæ notas non obscuras luculento indicio prodentem, intempestiua benignitata conseruemus.

§. VI.

Sed, uti diximus, hoc iure utimur, ut mirifice simplicitati testatorum *Ineptiæ* *te-* *fau* *eamus*. Ex eodem fonte deriuatur, quod *simpliciter* & *inepte* constituta *testatorum* *ro-* *magis* *pro non scriptis* habeamus, quam ut testatorem non fuisse sanæ men- *lerantur sub-* *inde aut* *is* *suspiciemur*, totumque testamentum infirmemus. Luculenter enim PAPI- *pro non* *NIA-*



*seripis ha-
bentur.*

NIANVS, & ex illo MARCIANVS l. 113. §. 5. D. d. leg. r. responderunt, *ineptas* voluntates defunctorum, circa sepulturam inprimis, veluti, vt vestes aut alia quædam superuacua impendantur, non valere, salvo ceteroquin iure testamenti. Idem etiam VLPIANO placuit l. 14. §. 5. D. de *relig.* vt ne facile obtemperemus voluntati, si quid homines *simpliciores* præcipiant in testamentis, quod inutile & ineptum esse videatur. Paulo explicatius SCÆVOLA l. 40. §. 2. D. de *aur. arg. mund.* rem definit, in non absimili specie, cum mulier ornamenta vniuersa Seix legasset, sed præcepisset, vt lineæ duæ ex margaritis, & viriolæ ex smaragdis sepulchro suo inferrentur. Responsum est: ornamenta illa sepulchro inferenda non videri: duas vero illas lineas margaritarum, & viriolas ex smaragdis, non quidem ad heredem, sed ad legatarium omnino pertinere, cui vniuersa ornamenta fuerunt legata: vt intelligatur, non totam illam orationem, cui aliquid ineptiarum fuerit adiectum, vim suam perdere & impugnari; sed detractis ineptiis: cetera valere, & legatum subsistere, ridiculis conditionibus reiectis. A qua specie non est alienum, quod VLPIANVS l. 3. §. 3. D. de *admin. & peric. tut.* in tanto fauore testamentariæ tutelæ, ne tutorem quidem *minus penso consilio* a parente constitutum, a iudice admittendum esse credat, sed ab illo recedi posse, si minus recte electus esse videatur: quamuis constet parentem in reliquis recte & ex officio testatum.

Itaque negliguntur *ineptiæ*, salvo ceteroquin iure testamenti. Neque multum abhorret *Lex Miscella*, quæ viduæ secundas nuptias permittebat contra tabulas mariti, si iuraret, se liberorum procreandorum causa iterum nubendi consilium cepisse: neque enim vxor tunc amittebat legatum, quod sub conditione ipsi relictum erat, ne ad secundas nuptias transiret. Sed iussit IVSTINIANVS nou. 22. c. 43. vxorem iterum nubentem restituere, quod sub illa conditione negatiua acceperat: egregia ex causa, ne vidua occasionem, defunctum ineptissimum maritum *contristandi*, nanciscatur. Credo enim fere, maritum vix lacrymas post obitum tenere, si audiat, viduam alii nupsisse, & conditionem a se impositam omnino neglexisse. Longe sapientius *Lex Miscella* conseruabat legatum, conditione inepta & incongrua penitus reiecta. Vix attinet monere, quod, eadem ex causa, VLPIANVS atque MARCIANVS l. 3. D. de *condit. & dem.* & l. 6. & 14. D. de *cond. instit.* præceperunt, *impossibiles* etiam, & *turpes*, & *derisorias* conditiones, vim testamenti non infringere, sed illas quidem pro *nullis & non adiectis*, ipsam vero vltimam voluntatem quasi puram & perfectam accipi, quamuis eiusmodi conditio ab homine *sano* adici vix potuisse & suspicionem deliramenti continere videatur.



§. VII.

Igitur toleramus tantisper quasdam *ineptias* testatorum & superuacua ^{Interdum furoris suspicio oritur ex inepta voluntate.} illa, quæ homines *simpliciores* præcipiunt, aut *minus penso consilio* ordi-
nant in tabulis supremis; vt ipsa quidem plerumque pro nullis & non scri-
ptis habeamus, sed voluntatem tamen defunctorum, in quibus partibus *sana* voluntate
est, sequamur. Non enim confestim *furorem* comminiscimur, nisi lucu-
lentiore indicio se prodatur. Plures eiusmodi *ineptias*, quæ in testamentis ex-
citantur, MARQVARDVS FREHERVS x) obseruauit. Huc pertinet,
quod orationem *imperfectam* & *obscuram* benignius interpretatur; quam-
uis homines sani & integri plenius & intelligentius loquantur. Ita enim
VLPIANVS definiuit l. 1. §. 5. 6. 7. D. de hered. instit. Sed interdum tamen ipsa
orationis series ostendit testatorem animo perturbatum & morbo impeditum
esse, ne recte cogitaret & constitueret in suprema voluntate. Quo casu videtur
furor artificialiter probari. Illo in primis refero, quod *perplexam ora-*
tionem, & quæ intelligi prorsus non possit, IULIANVS non admittit l. 16.
D. de condit. instit. Illam enim institutionem: si Titius heres erit, Seius
heres esto, si Seius heres erit, Titius heres esto, *inutilem* esse ait, ideoque
totum testamentum infirmari. Videtur enim, quod PAVLLVS ait l. 17. D.
qui test. fac. poss. testator mente captus *aduersa valetudine* fuisse. Occur-
runt & aliæ quædam institutiones, quæ sunt indicio, testatorem *sane men-*
tis non fuisse. Certe VLPIANVS l. 9. §. 8. D. de hered. instit. auctor est, non
valere institutionem, in qua heres illo nomine, *quod contumeliæ causa ad-*
di solet, fuerit appellatus: adeoque tunc corrumpere tabulas supremæ volunta-
tis. Et credo recte sensisse VLPIANVM. Quandoquidem enim ideo do-
minis permittimus testari, vt iudicio suo & amore deligant heredes, quos
dignos successores fore intellexerint; erat conueniens, non admitti institu-
tionem cum heredis contumelia coniunctam. Sibi enim *contradicit* testator,
qui heredem ex amore elegisse vult videri, & heredem tamen contumeliosi-
us appellat. Qua contradictione non obscure furor indicatur.

Huc & merito referimus institutionem heredis cum *maledicto*: vt, vi-
cinus meus *impiissimus* heres esto. Manifestam enim contumeliam conti-
net. Neque MARCIANVS me perturbat qui l. 48. §. 1. D. de hered. instit.
omnes eiusmodi institutiones, quibus *maledictum* adiectum esse, receptas
esse ait. Enimuero MARCIANVS tractat de *parente*, qui *filium impiissi-*
imum, *male de se meritum*, cum hoc maledicto scripserat heredem. Paren-
tes vero *admonendi* atque *corrigendi* gratia videntur maledictum addidisse.
Itaque in persona parentum, secundum mentem MARCIANI, omnes eius-
modi institutiones receptæ sunt. Contra in extraneis, quod VLPIANVS
d. l. 9. §. 8. D. de her. instit. obseruauerat, ne *contumelia* quidem toleratur,
mul-

x) MARQV. FREHER. veris. l. I. c. 26. in thes. Eberh. Outon. T. I. p. 898.



to minus *maledictum*. Ita enim MARCIANVS cum VLPIANO videtur in gratiam reducendus esse.

§. VIII.

*Auerfatio
sepulturæ
est indicium
furoris.*

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, intelligitur, *furorem* aliquando, ex serie orationis, quæ a sensu communi recedit, & in qua testator sibi ipsi contradicit, artificialiter probari. Eo pertinet, si quis illa auerfetur, quæ omnes alii quibus saluum est syncipit, votis omnibus expetenda esse arbitrentur. Sed inter hæc sepultura maxime & quies ossium non sine nota insanie repudiari visa est. Quæ res efficit, ut Icti in persona illius testatoris, qui reliquias in mare abiici voluerat, regulam iuris defererent, & *furorem*, qui alias ab allegante probandus est, præsumerent, nisi perspicuis probationibus illa suspicio amoueretur. Audiamus MODESTINVM, qui l. 27. D. de *condit. instit.* eiusmodi speciem proponit: „Quidam in suo testamento heredem scripsit, sub tali conditione, si reliquias eius in mare abiiciat. Quærebatur, cum heres conditioni non paruisset, an expellendus est ab hereditate? MODESTINVS respondit: laudandus est magis quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non secundum voluntatem eius in mare abiecit: sed memoria humanæ conditionis sepulturæ tradidit. Sed hoc prius inspiciendum, ne homo, qui talem conditionem posuit, non compos mentis esset. Igitur, si perspicuis rationibus hæc suspicio amoueri potest, nullo modo legitimus heres controuersiam de hereditate faciet heredi scripto.”

Dici non potest, quantum torserit interpretes, quod, cum aliæ non leuiiores, & insanabiles ineptiæ in testamentis tolerentur, sepulturæ auerfatio tam suspecta MODESTINO visa fuerit, ut furoris pepererit præsumptionem. Enimuero nihil quidem, quod penitus a communi sensu alienum esse videatur, constituisse aiunt testatorem, qui reliquias in mare abiici præcepit. Neque enim sine exemplo hoc ab ipso factum esse. Certe ARISTOCRATES apud PLUTARCHVM 1) refert, quod LYCURGVS, qui Sparta discedens, ciues, ne rempublicam mutarent, donec ipse reuersus esset, iureiurando obstrinxerat, hospitibus suis Cretensibus præceperit, καῦσαι τὸ σῶμα, καὶ διασπείρειν τὴν τέφραν εἰς τὴν θάλασσαν, ut comburant corpus eius & cineres in mare abiiciant; ne si forte reliquiæ eius Spartam relatæ fuerint, ciues se religione solutos arbitrentur. Sed nemo ideo Lycurgum *dementiae* & *furoris* accusauit. Idem & Herculis comites, si OVIDIO NASONI 2) fides est, expetierant, ut in Tyberim abiicerentur reliquiæ. Ita enim ille:

Atque aliquis moriens hoc breue mandat opus:
Mittite me Tyberi: Tyberinis veltus ut undis.

Lit.

1) PLUTARCH. in vita Lycurg. circa finem p. 59.

2) OVID. Fast. V. v. 655 sqq.



*Latus ad Inachium pulvis inanis eam.
 Displicet heredi mandati cura sepulchri,
 Mortuus Ansonia conditur hospes humo.
 Scirpea pro domino Tyberi iactatur imago.*

Igitur apparet, aliquando per *imaginem* ad minimum testatori satisfactum, qui sepulturam erat auersatus: quod non fuisset factum, si illud hominis insani esse desiderium existimassent.

Sed, quidquid illorum fuerit, facio cum *MODESTINO*, qui furorem ex illa conditione suspicatus est, nisi rationibus perspicuis suspicio amoveatur. Nimirum, ut reliqua mittamus, illud expeditum est, quisquis a communi hominum consuetudine sine *caussa idonea* discedit, eum aut mirifice deprauatum esse, aut ipsa facultate mentis, specie quadam *insania*, corruptum, aliquid vitii omnino contraxisse. In illa ambiguitate non immerito *ICIUS* illud credidit, quod maxime innoxium fuit, donec contrarium ab herede doceretur. Supra enim a nobis comprobatum, non mereri ultimas voluntates defunctorum, ut *ineptiis* ipsorum faueamus. Neque vero cogitari potest idonea ratio, quae testatorem permouerit, ut curauerit reliquias in mare ab heredibus abiiciendas. *Neque testatoris interest*, quo ritu & loco post mortem reliquiae & condantur; ut interfuit *Lycurgi*, ne *Lacedaemonem* cineres ipsius referrentur. Sed, qui tam sollicitus cauet de negotiis, quæ quomodo perficiantur, *ipsius non interest*, & præterea a communibus hominum moribus, & studiis discedit, illum omnino parum sibi constitisse, atque *animo perturbatum* esse, nisi aliud perspicuis rationibus fuerit probatum, recte suspicamur.

Romanos quidem certe illa *insania* tanto magis offendere potuit, quando funestius illud esse iudicabant, & a commercio humanæ sortis alienius, si reliquiis sepultura negaretur & corpora defunctorum vndis agitata quiescere non possent. Illud *TACITVS* ^{a)} testatur, qui in strage amicorum *Seiani* a *Tiberio* quondam facta, cum corpora necatorum in *Tyberim* abiecta essent, miratur, quod cadauera, *fluitantia* aut ripis adpulsa, non contingere, non cremare quisquam ausus sit, sed vi metus interciderit *commercium humanæ sortis*. Certe constat, miseratione illorum, qui *naufragio* perierant, & fortuito casu prohibiti humana sepultura, vndis iactabantur, *cenotaphia* constituta & tumulos inanes excitatos, in quorum possessionem dii manes solennibus precibus inuitarentur, ad quietem ossibus conciliandum: cuius rei *VIRGILIUS* in locis sexcentis testis est. ^{b)} Tantum abest, ut credi potuerit, quemquam *sanum* hanc sortem sibi expetere, & in tabulis supremis cauere, ut illa ignominia afficiatur. Quo loco obiter obseruare attinet, ita *MARCIANVM*

l. 6.

a) *TACIT.* annal. VI. c. 19. in fine.
 & v. 500.

b) *VIRGIL.* Aeneid. VI. v. 380.



l. 6. §. 5. D. de *diuis. rer.* atque VLPIANVM l. 6. D. de *relig.* in illo argumento conciliandos esse, vt cenotaphium, in honorem naufragi, quietis causa, constitutum, & Diis manibus solenni prece dedicatum, *religiosum* esse videatur, sed alia, futura sepultura duntaxat destinata, secundum mentem VLPIANI, omnino careant religione.

Nostra certe ætate Britannus quidam, inter alia lepida, laud ita pridem cauit testamento, ne suæ reliquiæ sepelirentur, sed detractis carnibus *crates osses*, medici *σκελετον* appellant, in vsum & disciplinam pullorum Hippocratis asseruaretur. Nec memini, an eius voluntati obtemperauerint heredes.

§. VIII.

*Rationes
perspicuæ
quibus sana
mens probatur.*

Non potest igitur esse obscurum, quod furor aliquando *artificialiter* probetur, atque præsumatur, donec perspicuis rationibus doceri possit, *sana mentis* fuisse testatorem. Frigide enim CHRISTIANVS THOMASIVS ^{c)} MODESTINVM in l. 27. D. de *cond. instit.* interpretatur, quasi ex mente huius ICTI tam diu sanus fuisse testator, qui reliquias in mare abiici iusserit, credendus sit, donec alia furoris indicia accedant. Ausim enim affirmare, quod THOMASIVS non inspexerit legem MODESTINI. Hic enim manifeste furiosum esse censet illud testatorem nisi hæc *suspicio* rationibus perspicuis amoueat. Neque vero mouere aliquem possit, quod MARCIANVS d. l. 27. de *condit. instit.* *suspicionem* duntaxat furoris nasci dicat, ex infano illo de abiiciendis reliquiis præcepto. Enimuero constat, *suspicionem legitimam præsumtionem iuris* in scholis iuridicis notare, cui tamdiu creditur, donec contrarium probetur. Ita TRYPHONINVS l. 41. §. 1. D. de *test. milit.* mulierem, in quam cadat turpis *suspicio*, ex rescripto diui Hadriani, ne quidem ex testamento militis aliquid capere posse, ait; neque tamen quamcunque *suspicionem* vulpi intelligit, sed illam, quæ semipleenam probationem contineat, vt credi possit, mulierem turpem esse, donec contrarium probetur.

Furor itaque in illa, quam supra adduximus, specie præsumitur donec *perspicuis rationibus* probetur, testatorem mentis compotem fuisse. Sed quæ sint illæ *rationes perspicuæ*, operæ pretium est, vt videamus. Nimirum furor, quod supra comprobatum est, videtur esse *morbis* quidam, qui a corpore ad animum peruenit. ipsamque *facultatem cogitandi* perturbauit: igitur rectissime, si fieri id possit, *medicos* adhibemus in consilium, qui scientes & periti rerum. ex rationibus idoneis, ipsam *causam* furoris nouerint, & ex illa de effectibus testentur. Hos enim tutissime sequimur in hoc argumento: & recte iudicat THOMASIVS, incerta esse di-

luci-

c) THOMAS. de præf. fur. §. XLVI.



lucida illa intervalla: ut difficile sit iudicatu, utrum ille, qui semel furore correptus fuerit, postea resipuerit, cum accederet ad testamenti factionem.

Sed si *causas* medici ignorent, quod sæpius accidit, ad *ICtos* pertinet, ut, ex effectibus, de causa & *insania* cognoscant: in qua cognitione, certum est, ipsas tabulas testamenti ante omnia inspiciendas, ut ex illis iudicemus. Enimvero cum furor ipsam *facultatem cogitandi* impediat, & frangat; caret dubitatione, quin illa facile *cohærere* non possint, quæ a furiosis & dementibus constituuntur. Ideoque *perplexæ* oratio, & institutio heredis cum *contumelia*, inutilis videtur, quia non *cohæret*, ut, quem heredem ex multis aliis eligimus, illum *contumelia* afficiamus: quod supra ex l. 9. & 48. D. de *hered. instit.* observatum est. Igitur, si qua pars testamenti insana atque inepta esse videatur, ex reliquis capitibus commodissime de furore iudicium feremus: cum sit probabile ad fidem, dementem atque furiosum, cum in vna parte delirare cæperit, nec in reliquis capitibus intelligenter testatum esse. Contra, cum reliqua *sana* sint & a sensu communi non aherrent, *ineptiæ* quæ in vnum duntaxat caput testamenti irreperunt, nisi *manifestam contradictionem* contineant, benignitate interpretationis potius habentur pro non scriptis; ut reliqua, quæ nihil vitii habent, & vtiliter ordinata sunt, tanquam pura & perfecta conferuentur. Nimirum, ut recte CATVLLVS noster: d)

— Idem omnes fallimur, neque est quisquam
Quem non in aliqua re videre Sufferum
Possis. Suus cuique attributus est error.

Quapropter vnam aliquam offensionem & simplicitatem, quamvis insignem & stuporis plenam, testatori remittimus, si reliqua incorrupta esse videantur.

Hæc igitur videtur mens fuisse MARCIANI: ut ex reliquis testamenti capitibus iudicetur, utrum ineptiæ testatoris & conditio de reliquiis abiicendis, tolerari, & pro *non scriptis* accipi debeant, an certius sit, testatorem omnino *sue mentis non compotem fuisse*.

Sed illi quidem interpretes oppido falluntur, qui, quamvis ipsæ testamenti tabulæ notam furoris animique perturbati & non intelligentis vestigia manifesta contineant, ex illis, quæ *post conditum testamentum*, a testatore recte & ordine suscepta sunt, iudicant, ipsum ne quidem illo tempore, cum testaretur, furore laborasse. Illi potius LABEONEM audiant, qui, in eo, qui testatur, *eius temporis*, quo testamentum facit, integritatem mentis desiderari monet l. 2. D. *qui. test. fac. poss.*

Nemo igitur testatorem, ex cuius tabulis supremis, ipsum eo tempore mentem suam non in potestate habuisse, intelligatur, suspicione furoris & insaniæ absoluet, quamvis fuerit probatum, *postea* ab illo res omnino re-

D 2

Etius

d) CATVLL. carm. 22. v. 20.



Etius & ordinatius administratas esse. Illud tamen non dissimulem, si *dubia* sit & *incerta* suspicio, quæ ex serie orationis & toto testamenti ordine enata est, ut benignitate interpretantium possit excusari, tunc ex illis, quæ a testatore alias dicta aut facta sunt, constituendum esset, utrum sanus & integer, an per furorem & insaniam, testatus esse videatur. Modo illud cogitur, *testium iudicio*, in illo argumento facile non credendum esse. Non enim, ut *iudicent*, sed ut factorum & rei gestæ nobis fidem faciant, testes audiuntur. Itaque facta quidem narrabunt, sed utrum ex illis furor colligi possit, an potius testator mentis integræ fuisse videatur, non ad testes, sed ad *iudicem* pertinet, qui ipse in hac causa non exiguum inueniet difficultatem.

Ante biennium *ICtiis Vitembergensibus* oblata est eiusmodi species, in qua partes de furore testatoris disceptabant. Auditi erant *testes*, qui testatorem ante & post testamentum conditum multa recte & prudenter fecisse affirmarant. Sed ipsæ tabulæ testamenti non satis coherere videbantur. Enimvero iudex annotauerat, testatorem fere in omnibus testamenti capitibus ancipitem fuisse: cum interrogaretur, utrum *Titius* & *Seius* ipsi heredes essent, illum, capite quassato, negauisse, quod illi omnino sibi heredes sint; sed paullo post respondisse: illi quidem non *sunt* heredes, sed ego illos *facio* heredes: porro, cum prælegeretur ipsi legatum, quod ancillæ reliquerat, eum mirifice commoritur, serio admonuisse, ut deleatur hoc legatum: nunquam sibi in mentem venisse, ut ancillæ relinqueret legatum, quod sine turpitudine fieri non posset: sed mox, cum ipsa ancilla accederet, clamitasse alta voce: heus ancilla, tibi etiam reliqui aliquid legatum: & confestim iussisse iudicem, ut restitueret, quæ delecta erant, & quæ ipse antea legauerat ancillæ. Ex hac titubatione atque incertitudine iudicatum mense Februario anni 1736. *nullum esse testamentum*. Res ex rationibus adiectis apparebit: Ob wohl das streitige Testament wegen derer in der Registratur fol. 9. Act. sub O. n. 30. angeführten Umstände vor beständig nicht zu achten, in mehrerer Erwägung, der Testator nicht allein wegen der Vermächtnisse, sondern auch wegen derer eingesetzten Erben selbst, variiret, und sich dabey auf ganz ungewöhnliche Art bezeigt, dahero des sechsten Zeugen ad art. prob. 39 erstatteten Aussage nicht unbillig Glauben beyzumessen, und daß der Erblasser, als ein hochbetagter Mann, seiner Sinne nicht mehr mächtig, und wegen seines letzten Willens nicht schlußig gewesen, zur Gnüge abzunehmen, dahingegen auf dasjenige, so die übrigen Zeugen, nach dem Inhalt der bey vorigen Urtheilen angeführten rationum decidendi, ausgesaget, da die Umstände der Sache selbst Ihnen widersprechen, das Absehen dießfalls nicht zu richten etc.

Ita quidem de probatione sanæ mentis habendum esse arbitramur.



XXXII.

DE VASALLO

A D

IMPENSAS IN FUNVS DECESSORIS
FACIENDAS IN SVBSIDIVM OBLIGATO.

VITEMBERGAE, AD D. XVII. DEC. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVII.

§. I.

*F*unerum curam & sepulchralis pompæ solennia inter necessaria se- *Funerum cu- ra necessaria*
gum ciuiliū argumenta fuisse relata, omnis aui memoria nos docet. Id.
que summam omnino habere rationem, ipsa rei indeles euincit. Non dis-
quiremus, an sepulture officium ex voluntario gentium iure, quod GRO-
TIO ^{a)} placuit, deriuandum sit; nec illorum sententiam sub examen reuo-
cābimus, qui ex iure non scripto, sed nobiscum nato, & ab ipsa diuina po-
tentia definito, probari asserunt, nefas esse, ut exuiæ hominis, quo, teste
SENECA ^{b)} *inter maxima rerum suarum, nihil habet natura, quo magis*
glorietur, animantibus reliquis in escam & prædam promiscue obiciantur.
Nec memoranda nobis videtur quarundam gentium superstitio, ^{c)} quæ in-
felicem defunctorum statum insepulto corpore, & teste MODESTINO
l. 27. D. de *condit. institut.* eum a furore parum abesse existimabat, qui sepul-
turam contemneret, & reliquias in mare abiici iuberet. Nobis sufficit, cum
VLPIANO, in l. 43. D. de *Rel. & S. F.* rem omnem ad publicam utilitatem,
quæ in legum humanarum æstimatione primas partes tenet, referre, cui ad-
uersum videtur, ut corpora, humana sepultura careant. Accedit pietatis
honestatisque ratio quæ sanguine iunctis humum exhibere, & virtutis ex-
citandæ causa, quomodocunque supremum iis testari amorem iubet, quos
virtus cultu, aut diuturnæ consuetudinis memoria amore dignos reddit.
Gratum enim societati hominum videtur, si in exemplo intueantur, non fa-
cile superstites amicorum obliuisci, sed, qua possunt ratione, etiam mor-
tuis officium præstare. His rationibus excitati sunt gentium rectores, ut
legibus imperarent, quod natura suadet, & mortalitatis sensus vrget, deni-
que ut luctus & sepulturæ modum ad decori publici & prudentiæ regulas
concinnius efformarent.

D 3

§. II.

^{a)} de iur. bell. & pac. l. II. c. 19.
seru. l. 2. c. 2.^{b)} de benef. l. VI. c. 22.^{c)} NOODT. ob-

§. II.

*Causae im-
pensarum fu-
nebrum.*

Varii porro in statu civili inualuerunt ritus & insignis ceremoniarum apparatus, quibus homines, naturalis simplicitatis obliti, vel in mortalitatis solatium, vel decori causa, adueuerunt, utur plerisque luxus & effusa in vanitates ambitio verum pretium constituat. Nota apud veteres Romanos corporum vntio, vestitus, & coronae sepulchrales, cupressus, conclamatio, lectica, funeris indictio & sollemnis elatio, ornamenta, honorum insignia, laudationes, monumenta aere & marmore conspicua, & complura alia, quae fufius persequi ab instituto alienum. Vera haec & prima sumtuum funebrium causa, quibus complures fortuna & generis nobilitate florentes, quos mors omnibus aequat, distinguere suorum funera cupiunt: accedit & altera, ratione non minus, quam legibus subnixta. Suadet prudentia, eius generis negotiis decus & boni ordinis gratiam conciliare. Hinc factum, ut funerum & sepulchrorum cura certis demandaretur personis, quorum opera vterentur, ad quos funus pertinebat, quorum quaestui fauere, aequitas postulabat. Tali apud Romanos veteres munere fungebantur Libitinarii, a Dea Libitina nomen sortiti, qui graece *νεκροδατταί* dicebantur, & quorum meminit *VLPIANVS* in lege §. D. de *inst. act.* Idem quoque officium a *CONSTANTINO* & *IUSTINIANO* in nou. LIX. decanis collegiorum asceteriis, acoluthis iniunctum, ut curarent aegrotos, exequias instruerent, & cadauera ad locum sepulturae deferrent, assignato ipsis, ut sumtibus subleuarentur cum primis pauperes, publico stipendio. Imo vero etiam publice interest, vulgus, in funebribus benemeritorum, ipsa pompa & ceremonia admoneri, magno pretio virtutem, etiam sublatam ex oculis, haberi, & memoria studiis posteritatis assidue ornari. Porro, ex quo maiores Christo nomen dederunt, religionis causa inualuit, ut, adhibita in funerum elationibus liturgia, ad quaestum & redditus clericales traheretur sepultura, quo iure & nos utimur, *d)* refragantibus nequaquam *e)* conciliorum pontificumque decretis.

§. III.

*Sententia
iuris civilis
de sumtibus
funerum.*

Natae inde leges & fori disceptatio de sumtibus funerariis, eorumque modo & iure singulari. Opera me pretium facturum credo, si sententiam iuris Romani, a *IUSTINIANO* restaurati, quo in subsidium vitur Germania, paucis praemittam. Ita vero praetor, referente *VLPIANO* in l. 12. D. de *rel. & sumt. fun.* edixit: *quod funeris causa sumtus factus fuerit, eius recuperandi nomine in eum, ad quem res ea pertinet, iudicium dabo.* Defendit hoc edictum *ICtus* duplici aequitatis ratione, altera, *ne insepulta corpora iacerent*, altera, *ne quis de alieno funiretur.* Illam religionis fauor, qui

Ro-

d) *BOEHMERI* ius par. sect. VII. c. 11. §. VI.
& 42. X. de sum. c. 13. X. de sepult.

e) c. 14. caus. XIII. q. 2. c. 9.



Romae summos erat, hanc ratio tuetur, ne alieno onere grauatus, damno adficiatur inuitus. Aliter ergo iudicandum, si quis *pietatis* causa alienum funus executus est. *Aestimandum erit*, inquit Ictus, l. 14. §. 7. *arbitro, quo animo sumtus factus sit, utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerat, vel ipsius humanitatis: addit: an misericordiae vel pietati tribuens, vel affectioni, quid impenderit, videndum.* Probandum autem, funerantem ex causa pietatis id fecisse, cum motus pietate & misericordia, ipso momento VLPIANO, *magis humanitatis rationem, & ne insepultum maneret cadaver, quam sumtuum praestandorum finem praesumatur* habuisse. Inde actio funeraria c. l. §. 6. *ex bono & aequo* oriri dicitur. Sumtus vero funeris causa factos eos censet Ictus l. c. qui ideo fiunt, *ut funus ducatur.* Funeris hoc loco nomine pompam funeralem intelligi certum est. Subiungit rerum species varias & distinguit, ut facili inde coniectura edicti sententiam colligere queas. Pergit Ictus, quantitatem sumtuum ex *dignitate eius qui funeratus est, ex causa, ex tempore & bona fide, aestimandam*; adeo, ut & facultatum ratio habeatur, ne sumtus fiat immodicus, nec repeti queat nimis modice in contumeliam defuncti erogatus. Porro ait praetor, *se iudicium daturum, in eum, ad quem res pertinet.* Sed quis ille? Respondet VLPIANVS l. 12. §. 4. *funus eum facere oportet, quem decedens elegit*, qui, si officium recusauerit, excidet emolumento, quod ipsi supremis tabulis relictum. De hoc si testator non cauit impensa & cura funeris ad onera hereditatis pertinet. Imo vero eleganter monet SCAEVOLA l. 42. de leg. 3. si vel vni heredum testator iniunxerit procuracionem illarum rerum, quae circa funus versantur; tamen, nisi aliud appareat, singulos heredes pro portionibus hereditariis teneri ad sumtum faciendum. Et eo sensu interpret ille boni & aequi VLPIANVS in l. 1. D. de rel. & S. F. docet: *qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede.* Supponit enim casum hereditatis nondum aditae, quae iacens personae vicem sustinet. At suscepta hereditate, docente Icto in l. 14. §. f. eod. aduersus heredem, bonorumque possessorem, ceteroque successores, funeraria datur actio. Sed qui ceteri successores? crucem haec interpretibus figere possent, nisi lex legi lumen adferret. Sic in l. 31. D. eod. de filiofamilias peculium castrense habente scriptum est: *successores eius teneri, & sic deinde ad patrem venire.* Et in l. 2. D. eod. CELSVS scribit: *Quoties mulier decedit, ex dote, quae penes virum remanet, & ceteris mulieris bonis, pro portione funeranda.* Facta ergo est successorum mentio, ut declararet Ictus, expensas funerarias ex bonis defuncti soluendas, adeoque hoc onere teneri quemuis, qui ex defuncti successione, quocunque demum titulo delata, lucratus est. Inprimis vero heredes ab intestato videntur successorum nomine contineri, quoties heredes successoribus opponuntur. Ita enim

VL-



VERIANVS l. 12. §. 4 de rel. & S. F. scriptos heredes ea res contingit; si nemo scriptus est, *legitimos*, vel *cognatos* quosque suo ordine, quo *succedunt*. Et cum his conspirat, quod MARCIANVS habet in l. 45. D. cod. *impensa funeris semper ex hereditate deducitur.*

§. IV.

*Privilegium
impense fu-
nerariae ex-
plicatur.*

Et hactenus ius Romanum seruat æquitatis naturalis vestigia, quæ omnino iubet, ut de suo potius, quam alieno, funeretur defunctus. Est ergo impensa funeris onus hereditarium. Quid si vero æri alieno dispungendo non sufficiat hereditas, aut post bona iam possessa a creditoribus debitor decesserit? Respondet *ICtius in l. 45. D. de rel. & S. F.* quem paulo ante in partes vocauimus, *impensam funeris omne creditum præcedere, cum bona soluendo non sint*: vocat hoc privilegium *SCÆVOLA l. f. §. 2. D. eod. funerarium*, eiusque mentionem iniectam legimus a *PAVLO l. 1. sent. tit. f.* ubi ait: quicquid in funus erogatur, inter æs alienum primo loco deducitur. Multa hic mouent interpretes, quæ ad privilegii funerarii indolem spectant, & cum primis dubitant, an debitis hypotheca munitis sumtus funeris anteponendus: quæ uti parum ad scopum nostrum faciunt, ita ex ipsis Maeciani verbis refelluntur dissentientes, quibus omne creditum præcedere dicuntur funeris impensæ. Nemo enim dubitat etiam illud debitum, quod obligatione accessoria pignoris munitum est: nomine crediti venire. Nec est, cur ab hac regula recedamus, siue ante, siue post mortem creditorum concursum mortuus fuerit debitor. In utroque enim casu par sepulturae fauor firmat ius singulare, funeri expressa legum sanctione indultum, nequicquam dissentiente *STRYCKIO f)* qui forte *MEVIVS g)* auctoritatem secutus, debitore, post flebile cessionis beneficium, fatis concedente, funeris impensam magistratui imponit. Nisi forte quis dixerit, post cessionem bonorum nihil in debitoris patrimonio manere: ideoque, si funus eius postea ducatur, non repeti impensas ex massa concursus, quæ iam ad creditores pertinet. Hoc enim omnino verius videtur. *Præses* certe mihi indicauit, nuper in proximo termino Michaelis huius anni, curiam prouincialem Virembergensem, repulisse debitoris viduam, quæ impensas, in funus mariti, post cessionem bonorum defuncti, factas, reperebat. Ita enim pronunciatum est: daß Klägers Suchen gestallten Sachen nach, und in Ansehung, daß der angegebene Todes-Fall nach entstandenen Concursse sich begeben, nicht statt hat, Es bleibt ihm aber, wenn von der Concurs-Masse etwas übrig bleibt, ihre Befriedigung davon zu suchen, unbenommen. *R. A. W.* Denique, si qui decessit, omni peculio destituatur, nec tantum relinquat unde efferri honeste queat, quis feret funeris impensam? Crederes superfluum & inanem quaestionem, cum lex humanitatis pauperi gratis humum concedere

iu-

f) in vl. mod. D. §. f. ad tit. de R. & S. F.

g) MEVIVS p. 2. D. 222.



iubeat; nisi experientia edocti sciremus, eos, qui ex sportulis funerariis viuunt, emolumenta sua tenacius tueri: legibus licet ^{h)} ecclesiasticis hanc duritiem temperantibus. Solent pragmatici in hac causa peroranda ad iuris analogiam confugere, ducto ab onere alendi ad necessitatem funerandi argumento; nesciunt quoque personarum seriem, quibus doctrina hac suffulti, onus funerationis imponunt, suffragante fori & praxeos auctoritate: cui quantum sit tribuendum, aliorum esto iudicium. Probabilem reddit hanc sententiam & cordatioribus commendat sanguinis aut reuerentiae vinculum, cui innititur. Si nec haec sumtus funebres expediendi ratio procedit, publica demum succedit pietas, cui incumbit, ut non solum alimentis subleuet egestate & aduersa fortuna pressos, sed etiam sepulturae eorum curam gerat.

§. V.

Patet ergo, quis ferre teneatur funebrem sumtum. Sed eamus nunc *Argumentum*
in rem praesentem. Disquirendum hoc opusculo, *an vasallus successione* ^{tum propo-}
potitus feudi, sumtus in funerationem decessoris, iuxta honestatis regulas ^{nitur allega-}
impensos, soluere teneatur. Si principiis iure civili proditis utendum, ^{to ICtorum}
cilio questionis nullis ferme difficultatibus implicata videtur: quandoquidem ^{disensu.}
quod supra obseruatum est, ex *aquo & bono* datur funeraria actio, aduersus illum, ad quem defuncti bona peruenerunt. Sed effecit distinctissima feudi & allodii natura, quoad successionem cum primis conspicua, nec minus dubia & varia feudorum indoles, ut insignes de obligatione vasalli successoris dissensiones, ICtorum ingenia, siue ad legum interpretationem, siue ad ipsa rerum argumenta respicias, exercere soleant. Accedit his & auget difficultates iurisprudentiae Germanicae conditio, maxime in causis clientelariis sese exserens, quae legum satis incertarum multitudine, varietate, obscuritate premitur, & opinionum diuersitate, ferme obruitur. Dabit adfert huius luculentum specimen, haec, quam expediendam suscepi, tractatio. Occurrunt in causa hac tres sibi inuicem contrariae sententiae, quas sigillatim commemorare instituti ratio exposcit. Prima, quae successorem feudalem ab omni onere expensarum funebrium liberat, CARPZOVIUM ⁱ⁾ defensorem nacta est. Ita vero ille: *non facile reperiuntur agnati adeo tenaces, ut impensas funebres in exequias vasalli defuncti factas in subsidium ex feudo soluere recusent, & famam vasalli commaculati patiantur. Atamen nullo iure inuiti ad hoc cogi possunt. Quis enim dicere ausit, debitum feudale, quod ad funus vasalli celebrandum contractum fuit? Vix namque aliud debitum personae ita inhæret, quam quod in eius sepultura factum est.* Conspirant cum traditis Carpzouianis, quae habet GEORGIVS

BAY-

h) CARPZOV. iurispr. eccl. l. 2. D. 374.

i) P. II. const. XLVII. D. 36.



BAYERVS, *k)* cuius eo redit suffragium, expensas funebres ex censu debitorum feudaliū excludendas. Nec est, quod his obiciās, nisi æquitatem stricto iuri præferre placeat. Alteram, quæ referri meretur, opinionem FINCKELTHYSIO *l)* adscribimus: qui diuisione inter *feudum antiquum* in quo successio agnatorum prouisione primi acquirentis, & inde orta deuolutione nititur, & *nouum* supposita, in illo successorem a solutione aeris alieni funebris absoluit, in hoc simpliciter obligatum adserit, ducto argumento, a contratio sensu, vt in scholis loqui solent, & sententiæ iuris Longobardici l. 2. f. 45. innixo, quo agnato, beneficium, si *paternum* fuerit, retinere permittitur, nec ille ad debita hereditaria soluenda compellitur. Sed adeo a principiis iuris, quibus successio feudalis regitur, hæc abludit opinio, vt nulla ratione eidem calculum addere queamus. Certe in feudo nouo non nisi pacto & eventuali inuestitura defertur ius succedendi, & adeo singulari titulo feudum successorī addicitur; cui consequens, eundem, æri alieno, quo premitur hereditas, nullatenus subiiciendum: de quo suo loco explicatius videbimus. Qui tertium locum in hac dissentientium turba merentur, ita temperant sententias reliquorum, vt non nisi subsidiaria obligatione deuinctum putent successorem. Tuetur hanc hypothesin STRUVIUS, *m)* qui præter æquitatis rationem, sumtus hos commendantem, ad argumentum a filia demortui vasalli prouocat; quæ, vt ex feudo alenda, aut doranda in subsidium, ita & funeranda. Sequitur tradita Struuii MEYERVS, *n)* in eo Carpouio subscribens, expensas in funus vasalli factas, ad onera feudi non pertinere iure absoluto, vsu tamen fori comprobari, & æquitatem suadere, adferens, vt hereditate his ferendis non sufficiente, successor hoc onus in se recipiat. Quorum sententia cum summo mihi iure adprobanda videatur, non inutilem me operam in eiusdem rationibus excutiendis collocaturum credidi.

§. VI.

Successio *Quod* vt rite exequar, duo mihi sub examen reuocanda videntur: alterum, quænam sit successionis feudalis, indeque determinandæ obligationis, quæ successorem stringit, indoles: alterum; vt debitorum feudaliū rationes excutiamus. His perspectis atque exploratis, facili negotio intelligemus, quo iure censi debent impensæ funerariæ. Quodsi ergo ad primas instituti clientelaris origines descendamus, feuda ex fisci patrimonio militari aut curiali seruitio deuinctis stipendii loco concessa nouimus. Inde *militiæ*, *ministeria*, *fisci* dicta, & ab allodiis autis, aut bonis proprio attractu comparatis, distincta: quæ sententia *o)* dudum ICtorum industria adserta, & fide antiquorum monumentorum penitus euicta. Patet inde,

va-

k) in delineat. iur. feud.*l)* de iur. sepult. conclus. LXXI.*m)* synt. I. F. p. 521.*n)* P. II. dec. 124.*o)* STRUV disp. de allodiis imperii. Du. a LUDWIG

de iur. client. c. 3.



vasallos olim non alio quam usufructus *p)* & precario iure hæc beneficia possedisse. Nulla olim in illa successio, nisi ex gratia domini, & quamuis, gressu temporis, masculorum descendantium successio, indulgentia *q)* caesarum, inualuerit, eaque in feudis antiquis, postquam per plures stirpes vasalli acquirentis progenies diuisa, agnatica dici cæperit, non alio tamen fundamento constat, quam concessione domini, vasalli posteros primæ inuestituræ formula comprehendentis. Porro, quod adscendentes & collaterales vasalli feudum acquirentis attinet, eis non alia ad clientelam via patebat, quam simultanea, ut vocant, inuestitura, *r)* quam rectius euentualem diceret, a pura distinctam, qua illis, qui a successione feudali legitima exclusi erant, in casum aperturæ, seu successoria quadam conuentione, prospici consuevit, explosa testamentaria dispositione de feudo, quam Romani inter præcipuas ciuium prærogatiuas referebant. Distincta ergo fuit clientelarium bonorum in posteros translatio, etiam quoad modum & effectum, ab hereditaria successione, quam siue gentium, siue Romano iure hinc inde recepto, stabilitam, deprehendimus. Constituit enim feudum, concessio licet vasallis eius domino utili, separatam bonorum speciem nec eosdem utrumque admittit semper successores, nec qui feudum caput, ex hac causa in vniuersum ius defuncti succedit, nisi alius titulus ipsum etiam heredem faciat, nec eiusdem personam repræsentat, quod in herede obtinere nouimus. Hoc enim institutum a maioribus non sine ratione receptum. nostra quoque ætas seruare censetur, nisi probetur, aliud lege vel moribus inualuisse. Seruandum erat feudum, tum, ut familiarum nobiliorum splendori consuleretur, tum ut spes consolidationis domino maneret illibata, nec eidem inuito vasallus obtruderetur.

§. VII.

Confirmat singularem successionis feudalis indolem *simultanea* Saxonum *Singularis cum primis est Saxonum successio ex simultanea inuestitura.* *inuestitura*, quam olim Germaniæ vniuersæ fuisse vsitatam, quidam, non sine veritatis specie, adsejunt. Sed, recepto demum iure Longobardico, *q)* soli Saxoniae, quæ sua instituta contra dominatum iuris exotici fortius tuita est, hæc ferme propria relictæ videtur. Natales *r)* eiusdem non aliunde quam ex vestigiis antiqui iuris, quo vsa est patria nostra, deducimus. Nullam illud feudi deuolutionem, nisi in filios, admittit. Ita enim *ius feud. Saxon. c. 21.* Es vererbet niemand kein Lehn, denn allein der Vater auff

E 2

den

p) v. II. f. 23. euincunt hoc formulæ antiquæ *ASTRVVIO* collectæ in iurispr. feud. p. 25. *q)* v. *THEGANVS* de gest. Lud. pii. c. 19. *SCHILTER* de natura success. feud. disp. *r)* v. I. F. 20. II. F. 14. & 50. v. quoque *SCHILTERVM* de simult. inuest. princip. c. 2. *s)* Erudita sunt & lectu digna, quæ habentur in *GVNDLINGIAN.* P. III. n. 1. §. 6. sqq. Item apud *HORN.* iurisprud. feud. c. 12. §. 25 sqq. *t)* conf. tradita Dn. a *LYDEWIG.* in disp. de simult. inuestit.



den Sohn. Item c. 6. Welcher Mann keinen Sohn hat, der erbet die Gewehr des Gutes an seinen Herren. *Conspirat cum Saxonico ius Alemannicum c. 42. §. 2.* Sed quod speciatim notari meretur, & ad rem pertinet, occurrit in c. 32. vbi, postquam *vetus saxo*, de pluribus fratribus vno feudo inuestitis, die gleiche Gewehr an Guthe haben, & consensu domini prædium inter se diuidentibus, egit, notanter subiungit: Wenn sie sich aber theilen, so hat ihr keiner kein Recht mehr an des andern theil, ob ein anderer stirbet; ihm sey denn anderweit das Geding und die Anwartsung daran geliehen. Et conformia habet *ius Alemannicum. c. 65. §. 1.* Hic latet omnino vera iuris Longobardici & Saxonici differentia. Non ignoramus, quorundam interpretum dissensiones, textus allegatos de feudo solum nouo intelligentium. Sed nobis sufficit, Saxones retinuisse hodiernum ius antiquum, quo feudum non nisi in filios deuoluitur, & instituta inter fratres diuisione, quippe quæ alienationis & venditionis species habetur l. 1. C. *commun. utr. iudic.* ius succedendi perit. ^{u)} Et in aliis Germaniæ prouinciis, quæ vel olim Saxonum legibus usæ sunt, aut adhuc viuunt, euentualis inuestitura viget obseruantia. ^{x)} Nec sine ratione hoc firmandæ successionis feudalis medium maioribus arrisit, & post tot seculorum decursum, adhuc hodie applausum meruit. Offerre solebant maiores allodia auita dominis in feudum; idque variis ex causis accidebat, quas referre nunc non vacat. Ne vero iis, quibus more patrio successio deferebatur, in fraudem cederet feudificatio, quam dicunt inuestitura simultanea efficiebat. Illius quoque beneficio certior redditur & extra controuersiam ponitur, successio. Et, si effectum respicias, impedit illa alienationes & oppignorationes feudorum, qualiacunque demum illa sint; &, si forte alienata fuerint, ius retractus tribuit & reuocandi clientelas in casu deuolutæ successionis, atque adeo seruat illustrium familiarum patrimonia, & ne luxuriæ possessorum, & creditorum fraudibus exponantur, prohibet. Tantum enim abest, vt virtute euentualis inuestituræ succedens, nisi sit filius proximi vasalli, oneribus hereditariis subiiciatur, vt potius, hereditate penitus repudiata, seruet sibi feudum ex singulari titulo quæsitum. Cumque hæc successionis spes pacto acquisita sit, & solemni domini sponsione firmata; mirum non est, quod ius reale in feudo, seu, vt loquitur constitutio Torgauensis, celebris illa Electoratus Saxonici sanctio, ein beständig Recht am Lehn operetur, nullo modo reuocabile, aut, citra spontaneum euentualis successoris factum, limitandum vel elidendum. ^{y)}

§. VIII.

- ^{u)} v. Torgauisch. Aufschreib. sub tit. welschergestalt die Agnaten. ^{x)} testatur id de Pomerania priuilegium Erici Ducis de a. 1459. de Marchia. recess. prou. de a. 1553. de Lusatia priuilegium Maximil. II. de a. 1575. v. ord. iud. imper. aul. ^{y)} v. STRVV synt. iur. feud. p. 349. CAKPOV. l. 6. resp. 77.



§. VIII.

Cum ergo in clientelis Germaniæ, mediatis cumprimis, succedens, ne-
tquam vniuersum ius defuncti suscipiat; sed ex causa singulari, rem a re-
liquo patrimonio distinctissimam, capiat, consequens est, eundem non per-
sonalibus & hereditariis oneribus teneri, sed iis solum, quæ feudo incum-
bunt, idque ex singulari causa adficiunt. Enata inde debita, seu onera feu-
dalia, olim pleraque incognita, ab hereditariis, quoties diuersa successio-
nis ratio feudi & allodii separationem vrget, probe distinguenda, eaque mo-
ribus curiarum, & legibus prouincialibus in *absoluta* & *subsidiaria*, velut
classes quasdam, distributa. 2) Illorum tres causas, consensum vasalli suc-
cessoris, legem, & versionem in feudi vtilitatem, allegare solent: horum
ex usu maxime pendere definitionem deprehendimus. Sic dotatitii constitu-
tionem ad feudi onera transcriptam nouimus, si illatio dotis probetur, ex
qua versio in vtilitatem feudi praesumitur, nisi contrarium doceri possit.
Deinde recte obligabitur feudum ex credito, in eius acquisitionem, redem-
tionem, conseruationem contracto. Minus dubii habet hypotheca, succes-
soris consensu munita. Non, nisi excusso allodio, feudum onerant, do-
tes & alimenta filiarum, harumque legitima, ex feudo nouo soluenda, nec
non alimenta, incapaci praestanda. Dantur quoque debita quaedam, in
certis tantum prouinciis ad feudi onera relata, & de quorum qualitate ad-
huc sub iudice lis est: quorsum etiam *expensæ funebres* pertinent & *expensæ*
in seruitia, & das Praesent. Geld c. decis. elect. 32. Sed quod dolendum
fluctuat haec doctrina inter opiniones fori incertas, & legum prouincialium,
statuta, usum & consuetudinem. Sic in Pomerania, Marchia, Lusatia,
plerumque feuda in subsidium æs alienum quodcumque ferunt. Alibi feudi
qualitas hereditaria dubitandi causas auger. Quicquid sit, subsistendum in
regula; donec exceptio probata fuerit, adeoque, qui debitum feudi oneri-
bus adscribit, id cumprimis, quod asserit, defendente adhuc feudi succes-
sorem praesumptione ^{a)} & iuris communis regula, omnino probare tenebitur.

§. IX.

Quam adstruxi regulam in filio successore, & in feudo hereditario, ma-
gno opinionum legumque conflictu plerumque reprobant. De filio, in-
quiunt, ex decreto iuris Longobardici 2. F. 45. relato, rem certam esse,
& expeditam, non alio illum quam hereditario titulo succedere. Ita enim
ibidem scriptum legimus: *filius non potest hereditatem sine beneficio repudiare do.*
sed aut utrumque retineat, aut utrumque repudiet. Hoc interpretes fundamen-
to innixi, filium ad praestanda facta patris, ad æs alienum soluendum, ad te-
stamentum paternum sancta fide seruandum adstringunt. Commendari Lon-

E 3

go-

2) v. const. El. Sax. p. 2. C. 46. & EICHELII. diss. de debitis feudalib.
MEY. P. II. D. 124.

a) v.



gobardici iuris adfertum credunt, summa æquitatis ratione, & forte ex Romani iuris fontibus, quos Italia nunquam prorsus deseruit, profluxisse videtur, lactant vim patriæ potestatis, extollunt reuerentiam, & sanctitatem nominis paterni. Herede destitui, dedecori sibi Romani ducebant: hinc liberi *sui & necessarii* patris heredes, quibus demum prætor, ille æquitatis arbiter & defensor, dato abstinendi iure, succurrebat. Insignis quoque est interpretum in hoc textu explicando dissensus, adeo, ut inde *Neapolitanorum & Pileanorum* nomina inualuerint. ^{b)} Sed hodie illos mouere fluctus, inanis fere labor est, cum nostræ ætatis Icti plerique pro certo habeant, doctrinam iuris Longobardici non de alio feudo intelligendam, quam quod ex pacto & maiorum prouidentia appellare consueuimus. Si Germanorum instituta consulamus, vix est, ut filios, ex nominibus factisque parentum intuitu fundi clientelaris, in quem succedunt, obligatos putemus. Varia notatu digna hanc in rem congeffit Dn. a LVDEWIG, quæ transcribere singula non vacat. ^{c)} Vrgent, qui Germanica Longobardicis præferunt, art. 21. L. II. in *EN*. & a necessitate adeundæ hereditatis filium, ad feudum adspirantem, liberant CARPZOVIVS ^{d)} & LYNCKERVS ^{e)} qui, extra Electoratum Saxonæ, hæc antiqui iuris dogmata, hodie obtinere testatur. At cum mihi ad leges patriæ cumprimis sit respiciendum, subsistendum in lege, qua vitur Saxonia Electoralis, & quæ constit. 47. P. II. decretum Longobardicum recepit, filiumque obligat ex facto & debito parentis, eo effectu, ut, si allodium æri alieno expungendo non suffecturum videatur, ex feudo illud soluat in subsidium.

§. X.

*Obligatio
successoris in
feudo hereditario.*

Alterum, quo doctrina, de successore feudali ab oneribus hereditariis liberando, limitatur, dogma illud fori usu tritum, & quod interpretum ingenia maxime torfit, de feudo hereditario constituit. Ira vero rem exprimit STRVVIVS: *f) in feudo hereditario, & mere & mixtim tali, succedens vassallus perinde ut heres obligatur, ad quævis soluenda debita.* Hæc ut intelligantur penitius, feudi hereditarii, & eius, quod ex pacto & prouidentia defertur, indoles, breuiter explicanda est. Debemus hanc distinctionem, quo forte carere potuisset patria iurisprudencia, *Pileo & Bulgaro*, luminibus illis instauratae iurisprudenciae. Grande daturus esset patientiæ documentum, qui interpretum volumina excutere, & infinitas, quibus feudi hereditarii conceptus solertia Ictorum inuolutus fuit, tricas referre, & sub examen reuocare vellet. Ut ergo instituto inseruiamus, dicimus feuda ex pacto & prouidentia maiorum, quæ primus acquirens, non iure saltim personali, & cum se ipso expiraturo, sed pro posteris simul, siue heredum,

siue

^{b)} V. HARTM. PISTOR. L. II. Q. 3. & 14. ^{c)} in disp. de obligatione successoris in princ. & client. c. 6. §. 2. ^{d)} P. II. c. 47. D. 4. ^{e)} in anal. STRVV. I. F. p. 85. ^{f)} Synt. I. F. c. XIV. aph. II.



sive filiorum verbo usus fuerit, domini benevolentia comparavit. Et hoc sensu supposito, hæc ipsa feuda propriam naturam successionis clientelæ expriment, postquam lege cautum, ut in heredes masculos transeant clientelæ. Nec heredum simpliciter facta mentio scrupulum mouere potest expendenti, hanc vocem in materia & negotio feudali, pro substratae materiae indole, explicandam esse. *g)* Sed, cum ætas subsecuta oneroso quoque titulo feuda coepisset comparare, inde quoque effectum est, ut vasalli lautiores sibi conditiones, & suis profuturas posteris, stipularentur, idque non solum ratione facultatis disponendi de feudo, & illud alienandi, sed etiam habito ad promiscuæ successionis modum respectu, adeo, ut illam speciem feudi hereditarii mixti, hanc absolui, nomine indigarent. Cumque porro certum sit, feudum, quo magis a propria feudi natura recedit, eo propius ad allodii fines accedere; suo se satis bene functos officio crediderunt ICI, si feudum hereditarium iure allodii censendum vno omnes ferme ore iactarent.

§. XI.

Porro constat, feudi naturam pactis posse in varias mutari formas. *h)* *Uterior applicatio di-*
Idque cumprimis contigisse deprehendimus, postquam feuda, oblatione, *forum de*
vel interueniente pretio, constituta, & adeo mera beneficia esse desierunt, *feudo here-*
Euenit ergo, ut hereditariæ qualitatibus, quibus natura feudorum nonnihil *ditario.*
immutatur, varii inualuerint gradus, quos HORNIVS *i)* satis accurate expressit. Vti vero illi maxime possessorum emolumenta concernunt, & directi domini iuribus detrahunt, quæ, quatenus non expressa pactione, vel concessione, mutata sunt, illibata persistere præsumuntur; ita certum est, feudum hereditarium nec respuere directi domini effectus, nec in casibus non expressis alia, quam ordinaria feudalis iuris regula, iudicandum esse. Declarant hoc verba constitutionis Torgauensis: Diemeil denn in solchen Zweifel und Ungewissheit das Sicherste und Gewisseste ist, daß man bey der rechten Natur und Eigenschaft eines Lehn-Guths verbleibe, und demjenigen, was hiervon in gemeinen beschriebenen Lehn-Rechten ausdrücklich verordnet, nachgehe &c. Satis certa hæc, & ICTorum calculis probata videntur, quoad mixta feuda; sed quod ad absolute & mere hereditaria attinet, non omni prorsus fundamento communis, de ære alieno, ex feudis hereditariis soluendo, destitui videtur doctrina. Quodsi enim vera sunt, quæ vulgo tradunt, *k)* vasallum possessorem, actibus inter viuos non minus, quam mortis causa, susceptis, de feudo hereditario licite disponere, idque etiam ad extraneos heredes transire; plurimi existimant, successorem illud non nisi he-

g) v. II. f. 17. & 36. §. 2.

tura feudi qualitatem indicit.

RISTOR. p. 2. qu. 1. 3. & 14.

h) v. I. l. 1. §. 3. & II. F. 50. indeque ipse tenor investituræ feudi qualitatem indicit.*i)* in iurispr. feud. c. 4. §. 34.*k)* HARTM.

hereditario iure acquirere, atque adeo ex facto defuncti teneri. Sed plures eius generis flosculos colligere non placet, non legibus firmatos, sed ab interpretibus larga messe sparsos. Miscentur quadrata rotundis, & iura pro cuiusvis arbitrio finguntur, ubi legum deficit definitio. *Saxones electorales* etsi forte etiam in feudo mere hereditario successionem civilem admittunt; eos tamen, eo casu, certo magis iure vii, probat saepius laudata constitutio Torgauensis, quando successionem ad modum simultaneae inuestiturae componere placuit: &, quia haec non mero beneficio vasalli possessoris, sed ipso successoris facto & indulgentia domini acquiritur, consequens est, successorem simultaneae inuestitum, non hereditario, sed singulari titulo, feudum licet hereditarium, consequi, adeoque æri alieno, a defuncto possessore contracto, non teneri. Eleganter rem exprimunt laudatae constitutionis verba, in hunc sensum concepta: Es sollen auch jetzt angezogener Ursachen halber die Mitbelehnten, da gleich in der Belehnung der Erben gedacht, jedoch dahero nicht schuldig seyn, desjenigen, durch welches Absterben die Lehns-Folge an sie kömmt, Land-Erben zu seyn u. & paulo post: ja, wenn sie gleich aus gutem Willen Erben worden wären, so soll Ihnen solches an der reuocation nicht hinderlich seyn. Et hanc successoris, a necessitate soluendi æris alieni, liberationem, ipsa reuocandi facultas, simultaneae inuestiturae beneficio successoris indulta, inuictò probat argumento. Fit enim citra necessitatem refundendi pretium, & defuncti alienantis factum elidit, quod iuris hereditarii regula heredem seruare iubet, & indulgetur successoris feudali, licet hereditatem adierit, adeoque omni casu feudum ab allodio separat: illud enim, quae in constitutione sequuntur, verba, expresse demonstrant: So wird auf Sächß. Boden den Erben, da sie gleich kein Inventarium gemacht, die reuocation billig ohne Unterscheid verstatet, jedoch sind die Mitbelehnten auf solchen Fall, da sie Land-Erben worden wären, von der Erbschaft, so weit sie sich erstreckt, dasjenige zu gelten pflichtig, was andern Erben diesfalls oblieget.

§. XII.

Ansam hæc, quæ de feudo hereditario disserui, præbent, de obligatione simultaneae inuestiturae successoris in feudum *adappropriatum*, dispiciendi. *Adappropriari* feudum dicitur, quando, qualitate feudali consensu domini directi extincta, illud naturam allodii induit. Accidit illud vel quoad omnes omnino qualitates feudalis effectus, vel reseruatis quibusdam, & quod seruitia attinet, iisdem interdum in annuum canonem mutatis. Effectum adappropriationis tum ex ipsis adpropriatoriis formulis, tum ex moribus prouinciarum & curiarum feudalium, diiudicandum esse facile largimur. Formulam Lusatie propriam exhibet LYNIGIVS ¹⁾ his verbis: aus der Natur des Mann-Lehns genommen,

1) in corp. I.F. t. II. p. 710. n. 17.



men, und in die Natur und Eigenschaft eines rechten vollkommenen Erb-Guths verwandelt zc. als ein rechtes, wahres, vollkommenes allodium oder Erb-Guth inne haben, besitzen, genießen, und gebrauchen, auch davon zu restituiren, doniren zc. aliam vide apud eundem in C. I. F. T. III. p. 826. Sed feudum quidem ad appropriationem ad naturam allodii redactum, a feudo mere & absolute hereditario, in eo potissimum differre, interpretes adserunt, quod in hoc domini directi effectus, ^{m)} vasallagium, fides, seruitia, spes consolidationis, perdurent, in illo penitus extinguantur. Quam sententiam vi non prorsus improbamus; ita in Saxonia quam maxime respicio, dubia illa differentia, aut certe subtilior videtur, eo cum primis casu, quo dominus, quod plerumque fieri adsolet, praestationes feudales sibi reservauit. Notissimum est, Saxonum iure, quaevis immobilia mediante inuestitura adquiri, ⁿ⁾ fidemque feudalem & homagiale proxime coniungi: nec laudata HORNIO c. l. consolidationis spes distinguet allodium, a feudo hereditario absolute tali, si, quod communiter traditur, supponas, in beneficio, sub qualitate boni hereditarii omnimoda concessio, succedere heredes quosvis, etiam testamento constitutos. Accedunt formulae inuestiturarum, quibus apertura omnis excluditur, cuius exemplum LVNIGIVS l. c. habet, ubi: zu rechten freyen Erb-lehn zc. darzu wir unsern Landes- und Lehns-Fürstl. Consens und Bewilligung ertheilen, uns zugleich aller Expectanz, Anwartung, und Apertur an diesen Guthe wissentlich und wohlbedächtig verziehen haben wollen. Legimus etiam in formulis ad appropriationis feudalis: Es sollen die Besitzer in allen Fällen der Lehn-Folge leisten, jedoch der Erbllichkeit unschädlich. Quae singula, si pensitentur curatius, satis euincunt, quam difficile sit, feudi ad propriati hereditarietate notas, quibus inter sese disiungantur, definire. Fatentur III. BERGERVS ^{o)} & MENKENIUS ^{p)} eius generis praedia, quae dantur zu rechten Erbe oder Allodial Erb-Guth, feudi naturam non prorsus exuere. Sed fingamus, successionem in feudum ad propriatum, consensu pactoque fratrum agnatorumque, per modum simultaneae inuestiturae, constitutam, & firmatam, eamque a domino directo & territoriali approbatam, ipsoque facto *iur. manus*, ut rem exprimit curiae stylus, *coniunctae*, die gesante Hand, impetratum, ad quid obligatum esse successorem, mutataeque, qualitate praedii allodiali, vim singularis successionis, dicemus? Saepius id accidere, experientia nos edocet. Suadet enim prudentia, hoc medio familiarum commoda conseruare, & impedire alienationes praediorum nobilium, quae velut nerui sunt gentium honoratorum, & a quibus nomen splendoremque accipiunt. Nec; quin fieri hoc licite possit, iusta dubitandi

sup-

^{m)} HORN iur. feud. c. 4. §. 24.ⁿ⁾ Decis. el. Non. 61.^{o)} in el. disp. for.

ad tit. XL. O. P. S. p. 1250. & 1329.

^{p)} ad O. P. S. t. XL. p. 611.

suppetitratio. *Offerre* allodia in feudum, moribus Germaniae antiquis non minus, quam nostris conuenit. Nec a iuris ratione aut analogia prorsus abhorret, qualitatem feudalem implicite praedio conciliari, eo scilicet modo, si, cognita fundi qualitate, petente possessore, & consentiente domino, successio inuestitura euentuali firmetur, adeoque pristina feudi natura, quae nondum penitus extincta est, restituatur. Quod illis cumprimis opponimus, qui simultaneae inuestiturae non nisi in feudo locum relinquunt, eamque, in beneficio adpropriato, citra expressam feudificationem, inualidam iactant. ^{q)} Sed non opus est, ad tacitam *advancer* *advancer* *advancer* qualitatis feudalis confugere; cum nullibi prohibitum legamus, in allodiis nobilioribus consensu domini territorialis & conuentione eorum, quorum interest, successione modum ad regulas successione feudalis componere. Comprobant illud fideicommissorum conuentionalium exempla, in quibus agnatica & linealis successio, nec non maioratus & primogeniturae iura, constituta, virtute pactorum, sustinentur. Eadem ratione obinuit, curiarum feudalium moribus id testantibus, ut de feudo in allodium verso non inuestiantur solum successores, sed & praeter seruitia, a domino retenta, renouatio inuestiturae petatur, adeoque, ubi principalis inuestitura necessaria est, ibi accessoria quoque siue simultanea locum recte tuebitur. Et caute omnino agunt, prudenterque rationes domesticas componunt, non merum solummodo reuocandae adpropriationis, per gratiam obtentae, a se suisque auercentes, sed iis etiam, in quos successionem collatam volunt, prospicientes, fundumque adpropriatum a tributis, quibus allodia premuntur, immunem seruantes. Non aliud ergo ex dictis consequitur, quam quod hucusque adstruximus, etiam illum, qui in feudum adpropriatum beneficio simultaneae inuestiturae succedit, nec heredis vice fungi, nec subiaci oneribus hereditariis.

§. XIII.

Non obligatur successor in feudo em- ro aut simul- tanea inue- stitura ritu- lo lucratio- acquisita. *Quae* haecenus pro liberando successore singulari & pactitio, ex indole simultaneae inuestiturae, adduximus, ea nullatenus tituli diuersitate, quo ius succedendi, aut ipsum praedium acquisitum est, eliduntur. Parum ergo interest, nec ius successoris, semel legitima ex causa quaesitum, adficit, siue per donationem, & meram liberalitatem, siue interueniente pretio, siue denique, quod frequentius accidit, inter fratres, feuda diuidentes, in vtriusque praedio reciproca successio promissa & concessa, vtrinque euentuali inuestitura corroborata fuerit. Quin potius, si conuentionum vim, & effectum, ex paciscentium intentione, aestimari, par est, iis cumprimis casibus, quos leges liberae ciuium dispositioni relictos voluerunt, non iustior aut fortior liberalitatis exercendae coniectura capi potest, quam de pactis successor-

^{q)} V. CARPZ. P. III. c. 30. def. 2.



foriis, cui consequens est, eorum valori reciprocam promissionem, vel iustum pretium, cui ob incertum euentum ne locus quidem esse potest, nec addere quicquam, nec demere. Acquirendi causa aut modus non variat ius, in ipsa re acquisitum. Nec donatio legitime facta ob æs alienum reuocatur, nisi in fraudem creditorum facta, v. l. 6. §. 11. D. & l. 5. C. de his quæ in fr. cred. f. Nec interest, an ipsum feudum, quod euentualis inuestitura adficat, emtione comparatum, vel, instituta hereditatis paternæ diuisione, possessori in portionem hereditariam imputatum fuerit. Feudi enim naturam non minus illud habet, quod ex mera domini gratia profectum, quam quod ex causa onerosa quaesitum. ¹⁾ Et licet demus, in eius generis prædiis complura interdum, pactis interpositis, indulgeri vasallo, a communi feudorum regula deuiantia; firma tamen manet, & incorrupta prædii feudalis natura, in casibus non exceptis.

Parum ergo nobis nocet, quod communi interpretum assensu non minus, quam iure Saxonico electorali defenditur, ex feudo emto deberi filiabus legitimam in subsidium, ²⁾ si forte, inspectis patrimonii viribus, versionem allodii in feudum, inofficiositatis vitio laborare adpareat. Sed finge vasallum, successionem in feudum emtum, inuestitura euentuali constitutam, & firmata, sine prole decessisse, magnumque, & allodii vires superans æs alienum confluxisse: quis inde colligere auit, successorem ad illud dispungendum obligari. Iactabunt equidem ii, quorum commodis hac doctrina detrahitur, iniquum esse, successorem captare lucrum, & locupletari cum iactura creditorum, quos insignis prædii possessio forsitan ad credendum induxerat: certa potius æquitatis ratione niti regulam *VLP. ANI* in l. 149. D. de R. I. relatum: *ex qua persona quis lucrum capit, eius factum præstare debet*: feudique pretium ad massam hereditatis reuocandum, quod magnam patrimonii partem constituat; nec posse ab iniquitatis nota absolui successorem, gratis in quaestu hærentem, aut salua conscientia retinere prædium, ex quo non citra fraudis suspicionem, simultanea inuestitura introducta, omnem alienandi aut oppignorandi facultatem possessori ademit, eumque ad indignam egestatem, nominisque quandam infamiam contrahendam redegit. Sed gratis hæc adferi, & cerebrinae æquitatis specie defendi, quis non videt? Actum esset de fortunis ciuium, si leges ciuiles, cuiuslibet æquitatis, aut pietatis obtentu, infirmari possent: facili negotio elideretur vis pactorum, & flos familiarum illustrium languesceret, si possessoribus prædiorum nobilium, fidem datam, æs alienum contrahendo, infringere, in propriae gentis viscera saeuire, & spem beneficii collati conuellere, liceret. Nec nostris temporibus defunt luxuriæ mancipia, qui a maioribus accepta per libidinem & insaniam profundunt, inscitia, facilitate muliebri, osten-

¹⁾ V. SCHILTER, L. I. F. c. 9. §. 24. HORN. iur. feud. c. 4. §. 8. ²⁾ V. HORN. c. 15. §. 10.



tatione puerili, cum risu harpyarum, & fraudulentorum nebulonum, qui bonis lucrisque aliorum inhiant, sine omni suo fructu & emolumento indignissime proiciunt, sibi famem, egestatem, contemptum, parant, aliis praedam cum turpissimo cachinno deglutiendam relinquunt. Opplata est respublica improbis foeneratoribus, quorum nequitiam, eius generis freno iniecto, cohibere, non iniquum est: postquam adeo defecit nostrae aetatis disciplina, ut leges prodigalitatem coercerent, non sileant modo, aut negligantur, sed, pessimo reipublicae fato, data velut opera, ignorentur. Creditor, cum nosse debeat conditionem eius, cum quo contrahit, sibi imputabit damnum, quod ex indiscreta & inconsulta mutui datione sentit. Nec suo iure in acquirendo praedio clientelari utens, aliis iniuriam fecisse recte dicitur; cum generaliter ea sit domini & quaesiti iuris indoles, ut effectum eiusdem, damnum aliis forte inde emergens, neutiquam sistat aut impediatur. Non ex solo possessoris facto lucratur, qui virtute eventualis inuestiturae succedit, cum illa domini maxime beneficio vim fortitur. Neque enim, qui titulo singulari inter vivos lucrum ex altero adquisiuit, generaliter eius facta praestare cogitur, aut heredis iure obligatur. *VLPIANVS* certe in d. l. 149. *D. de reg. iur.* de lucro heredis agit, qui propter commodum hereditarium defuncti facta deferere non potest. Et quod supra de donatione argumentum tetigi, scopo inferuit. Eleganter hanc in rem rescriptum legimus in l. 15. *C. de donat. aeris alieni*, quod ex hereditaria causa venit, non eius, qui donationis titulo possidet, sed totius iuris successoris onus est. Subiungit rescriptum augustorum facti speciem, petita ex praemissa regula, decisione: *si itaque nemini obligata praedia per donationem consequuta es, superuacuum geris sollicitudinem, ne vel heredes donatricis, vel eius creditores te iure possint conuenire.* Pro eo ergo potius iure aequitas militat, qui honeste parta tueri intendit, idque prudenter agit, ne, debitis perdere contrahitis obnoxius, cedere paternis aurisque possessionibus, aut, ut loquitur *CONSTANTINVS* in l. 22. *C. de adm. tut. vendere domum, in qua defecit pater, minor creuit, & in qua maiorum imagines, aut non fixas, aut reuulsas, videre cogatur.*

§. XIV.

Idem obtrinet in feudo nouo.

Sunt, qui regulam, hucusque adstructam, in casu feudi noui limitandam censent, eamque sententiam, in quaestione de sumibus funebribus refundendis, *FINKELTHYSIO* placuisse, supra notatum fuit. Sed fallunt, & falluntur, qui ita sentiunt. *Nouum* feudi nomine, illud designo, quod non a maioribus profectum, sed ab ipso vasallo, de cuius successione quaeritur, acquisitum, non nisi pacto, & simultanea inuestitura, in illos, qui a latere iuncti sunt, transitorium; quem casum exprimit *ius Longobardicum* ll. f. 12. In hoc qui successorem ad decessoris debita hereditaria

sol.



soluenda obligatum dicunt, prouocant ad decretum *iuris Longobardici* II. f. 45. relatum, & ex eo cumprimis causæ suæ patrociniū petunt, quod ibidem de agnato legitur: *feudum, si paternum fuerit, retinere poterit, nec de debito hereditario aliquid feudi nomine soluerit cogitur.* Inde colligunt, aliam esse feudi noui rationem, idque porro eo magis pro vero habent, quo certius, & extra controuersiam positum putant, nouum feudum a vasallo facilius alienari aut oppignorari posse. *) Sed parum efficiunt his argumentis, qui hanc sententiam tuerentur. *Paterni* feudi mentio explicat legem, non restringit, eumque habet sensum, quem ipsa rei natura exposcit; non dari in feudo nouo casum successionis agnaticæ, & adeo frustra de obligatione successoris agnati quaestionem suscipi. Quod igitur feudi paterni in dicto cap. 45. mentio iniecta est, non eo tendit, ut ex feudo nouo debita hereditaria soluantur; sed ut indicetur, agnatos in feudo paterno duntaxat adspirare posse ad successionem, & si hoc fecerint, ad debita hereditaria soluenda non teneri. Finge porro, in feudi acquisitione, pacto, successores constitutos, siue illud iure feudi antiqui concessum, atque adeo fictione iuris natura praedii mutata, siue mediante inuestitura, in euentum succedendi ratio fuerit definita; & habebis successorem pactitium & singularem, cui fas est, reuocato feudo, repudiare allodium, & ab oneribus hereditariis sese liberare. Sic admissio ex conuentione in nouo feudo successore, corrumpet & illud, quod de facultate alienandi citra verosimilem consecutionis nexum adferunt. Nam in feudo nouo alienandi libertas vasallo non nisi consentiente domino recte adscribitur, cuius, ne inuito vasallus obtruderetur, interest, II. F. 36. & concessio licet praedio cum alienationis arbitrio, inde tamen non conficitur, illud ari alieno contra regulam esse subiiciendum. Denique qualiscunque etiam sit vasalli, in alienanda re clientelari nouiter acquisita, potestas, vis & effectus simultaneae inuestiturae, quam possessor consensu suo adprobauit, eam impedit & eneruat.

§. XV.

Liberauimus hactenus successorem feudalem, excepto filio, ab oneribus hereditariis, nec eundem, nisi ob debitum feudale, teneri adstruximus. *Expensæ funebres non* Nunc ex diuerticulo veluti in rem praesentem redeuntibus, dispiciendum; *pertinent ad debita feudi absolutæ ex legis dispositione.* an funeris impensæ ad onera feudi, eaque quæ, absoluta necessitate illi incumbunt, referri queant. Tres supra debitorum feudalium retulimus causas, *legem, consensum successoris, versionem in feudi utilitatem.* Atque ex hoc triplici fonte, quæ in hac causa peroranda nobis dicenda videbuntur, hauriemus. Silent de *funerario debito* decreta *Longobardica*, nisi ea forsitan, quæ de alimentis vasallo inhabili a successore praestandis I. f. 6. habentur, huc referre velis, & inde, ad subeundum impensæ funerariæ

F 3

onus,

*) V. STRVV. synt. iur. feud c. 13 §. 14.



onus, argumentum ducere velis. Ita enim plerumque, teste praxi & experientia, concludunt, obligationem ad alendum ex feudi fructibus, eum onere funerationis arctissime coniungi. Sed videntur hæc a nostra tractatione aliena, quæ de impensis in funus vasalli decessoris agit, & ex sententia veriore ad *subsidiaria* feudi onera pertinent. Nec tangunt casum, quem tractamus, Germanicæ leges antiquiores. Nec mirum hoc videri potest, antiquæ gentis nostræ indolem scrutantibus, & feudorum primogeniam naturam. Defuit priscis temporibus luxus & vanitatis stimulus, & consuetudo, quæ præcipua expensarum funebrium causa. Ita enim TACITVS ^{u)} de maioribus nostris: *Funerum nulla ambitio; id solum observatur, ut corpora clarorum virorum certis lignis cremantur. Struem rogi nec vestibus nec odoribus cumulant. Sua cuique arma, quorundam & igni equus adiicitur. Sepulchrum cespes erigit. Monumentorum arduum & operosum honorem, ut grauem defunctis, adspernantur.* Et, licet successu temporis, Romanorum vanitatibus imbuti, funerum quoque pompam & monumentorum ambitiosas moles imitari didicerint, ipsa etiam religio, liturgicos actus sepulturæ addens, sumptibus augendis funerariis occasionem dederit; stetit tamen intra mediocritatis fines funerum expensa, & sensim demum sensimque coepit excrecere. Cura vero funeris magis humanitatis officio, quam legis imperio suscepta, adeo, ut legibus maiores nostri, virtutis fideique tenacissimi, opus non habuerint, quæ sæpissime augendæ, quando rebus civilibus, in peiora ruentibus medicina adhibenda est. Et feudorum olim conditio, mere usufructuaria, non permittebat, successorem, fructus stipendii loco capientem, expensarum onere inuitum gravari, qui forte modicum erogare, pro funere ducendo, non reluctabatur, probe gnarus, sibi quoque post fata idem ab alio præstitum iri. Sic evenit, ut funerum sumptus a legumlatoribus vetustis neglectus fuerit. Denique postquam successores clientelares variis subiici oneribus, ipsaque feuda hypothecæ frequentius supponi, & illi quibus successione spes data fuit, ut consensu munitent oppignorationes, pactis constringi coeperunt; iniquum forsitan reputarunt, qui legibus condendis præfunt in Germania, successorem alio quam *subsidiario nexu*, ad funeris sumptum teneri, remque omnem successorem pietati, & iudicantium æquitari, reliquerunt.

§. XVI.

Expense funebres ob consensum successoris ex feudo debentur.

Conuentione consensuue domini & successorum, obligari posse feudum, eosque qui succedunt, euincit ipsa iuris naturalis æquitas, qua iure suo quilibet renunciare valet, siue illud. constituta hypotheca, contingat, siue intra conuentionis terminos obligatio subsistat, personamque duntaxat successoris obstringat, eo effectū, ut ob debitum, consensu munitum, allodio licet non excusso,

^{u)} de mor. Germ. c. 27.



cusso, detur actio. Quod licet, ex communi feudorum iure rem expendentibus, dubium videatur, cum omnis feudi obligatio, plerorumque interpretum suffragio, *subsidiaria* sit; omni tamen hæc dubio carent in electoratu Saxoniae, suffragante *Augusti constitut. XLVIII. P. II. x)* Fac ergo, eum cui simultanea inuestitura successionis futurae emolumentum conceditur, literis, ut vocant, reuersalibus ad funerarias impensas sese obstrinxisse: finge ulterius, certam pacto expressam fuisse quantitatem, funeri honeste ducendo suffecturam, utque eius securitati consulatur, qui, casu mortis eueniente, funerationis curam subiturus est, euentuali cautione feudum hypothecæ suppositum, dominumque consensu, conventionis placitum munivisse, & funeris impensa, casu hoc modo supposito, optimo maximoque iure inter debita feudo inhærentia referes. Legem enim dant pacta negotiis civilibus, & ad ea cumprimis in feudis respiciendum est. Solent quandoque pactis illustrium gentilitiis, præter successionis modum, ea quoque definiri, quæ ad successionis agnaticæ onera pertinent. Interest cumprimis, ut hoc fiat, quando ius primogenituræ, aut maioratus, in gente quadam nobili inualuit. Licet enim insignia prorsus sint territoriorum & familiarum emolumenta, quæ eius generis successionis ratio adfert; iubet tamen æquitas, ut, a successionis exclusis, de apanagio, & portione alimentaria, prospiciatur, quo etiam funeris sumtus referri consueverunt. Obligant eius generis conventiones: velut leges quædam gentilitiæ & domesticæ, omnem paciscentium progeniem, & ut ferunt mores Germaniæ, familiarum saluti & æternitati prospiciunt. Porro nihil obstat, quo minus successor, citra hypothecæ constitutionem, impensæ funerariæ solutionem promittat; sed quæ hac ratione concipitur stipulatio, non alios, quam promittentem, aut, qui eius personam, hereditario iure, repræsentant, obstringit, nec feudum reali iure adficit. Ea enim est conventionum natura, ut tertio nec prosint, nec noceant. Finge ergo eum, qui proximam successionis spem habet, debitum funerarium in euentum mortis promississe, & antequam sese ære hoc alieno liberaverit, decessisse, feudumque ad alium ex agnatis, aut simultanea inuestitura potitis, transmitti; hos antecessoris facto, pactoue, nullatenus teneri, certissimum est; nec hoc casu impensa funebris, pactione promissa, feudi onus, aut in censu, debitorum feudalium callocanda, sed a vasalli promissoris heredibus exigenda est.

XVII.

Nec versio in feudi utilitatem debitum funerarium successori imponit, *In debito funerario nulla versio in rem feudi occurr. t.* quamvis illa inter iustissimas onerum feudalium causas referri soleat. Ita const. XLVI. sæpius in partes vocata, qua Saxones onerum feudalium indolem metiuntur, conceptis verbis, meliorationum, siue ut verba legis habent:

x) c. STRVV. S. L. F. c. 14. §. 24. & STRYKER diff. de oblig. feud. consens. muniv.



bent: wenn die Schulden in nützliche Vesserung des Lehn-Guths gewendet, eiusque pecuniæ, qua ipsum feudum comparatum, mentionem facit. Eandem æquitatem *ius Longobardicum* agnoscit 1) eiusque interpretes tuentur. Ex duplici vero causa cum primis versio in feudi utilitatem colligitur, altera, si aucta vel seruata prædii substantia, redditusque, altera, si onus, quod feudum premebat ære alieno, auersum extinctumque, adeoque velut feudi negotium gestum fuerit. Sed nullum horum quadrare ad funeris impensam, res ipsa loquitur. Oneribus enim absolutis feudi debitum funerarium annumerare extra casum pacti, vel citra legis dispositionem, prohibet iuris analogia, idque vlla ratione statum prædii adficere, vel mutare, nemo sanus dixerit. Siue vassalli funus splendide ductum, siue neglectum, nec meliorem fundum clientelarem successor, ut est in l. 3. §. 2. D. *de in rem verso*, nec deteriore habiturus est. Eleganter rem expressit GEORGIUS BAYE-
RVS, 2) decus, dum viueret, huius academix, *sumtus funeris* inquit, *non in utilitatem feudi, sed quodammodo in utilitatem vassalli defuncti cedunt; non quia vassallus fuit & feudum possedit, sed quia homo est.* Cum ergo quæ ex versione in rem alienam oritur, non nisi versione probata, actio detur, ipsaque sumtuuum funebrium qualitas ad feudum relata, probationi versionis resistat, consequens est, nihil præsidii, credito funerario contra feudi successorem inde accedere.

§. XVIII.

*Sumtus fu-
neris mori-
bus ad debi-
ta feudi
subsidiaria
referuntur.*

Restat, ut dispiciamus, an funeris expensæ inter *debita subsidiaria* locum obtineant. Idque vno ferme omnes ore profitentur, qui iuri dicundo in Germania præsunt. *Moribus* hanc sententiam inualuisse, aiunt, eamque æquitate & pietate subnixam, legibus quoque quarundam prouinciarum propriis robur accepisse. Videamus ergo de his paulo curatius, interpretationes, & responsa prudentum, magnæ apud Romanos fuisse auctoritatis, adeo, ut iudici ab iisdem recedere non licuerit, & sub imperatoribus cum primis ad iuris scripti vim ferme conualescerent, notissimum est. a) Quod licet a nostræ ætatis patriæ moribus, alienum sit, non tamen omni auctoritate receptæ in foro legum interpretationes, æquitatis ratione, iurisue analogia firmatæ, destituuntur, easque sententias, quibus suprema longo usu adfuerunt tribunalia, præ ceteris sequimur. In dubiis enim quæstionibus quæ tutior, via eligi potest, quam imperantis impetrare decisionem, aut si hæc haberi nequeat, inquirere, ut monet *ICTUS* in l. 37. D. *de LL. quo iure ciuitas retro in eiusmodi casibus usa sit.* Inde enata, & in nostris dicasteriis non incelebris obseruantia, quæ defectum iuris supplet, obscuris legum articulis lumen adfert, & duriora ad æquitatem reducit. Idque eo cumprimis

y) II. f. 28. §. si vassallus HARTM. PISTOR. I 2. q. 42.

n. b. c. 43.

z) in delin. l. feud. p. 92. a) V. FORNERIVM rer. quot. l. v. c. 3. Grauna de ort. & prog. l. c.



mis casu rectissime accidit, quo legumlatores, ob dubias factorum circumstantias, iudicantium arbitrio locum relinquunt. Exemplum ipsa serenissimi Saxonis constitutio XLVI. P. II. præbet, qua relatis debitis præcipuis, feudi successoris onerantibus, adicitur clausula, in solchen und dergleichen Fällen. — Certe non aliud voluit prudentissimus legislator, quam quod scriptum est ab ULPIANO in l. 13. D. de LL. quoties lege aliquid introductum, bona occasio est, cerera, quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe iurisdictione suppleri. Inde recte adseritur, ea, quæ certam iuris regulam non habent, discreto iudici arbitrio esse definienda. Nec ius feudale deductas ex obseruantia curiarum veritates respuit, sed easdem potius, optimo iure inter palmaria controuersiarum decidendarum fundamenta refert. b) Quamuis vero maxima consuetudinum forensium vis sit, legisque effectum habeat; rei tamen indoles requirere videtur, vt *sufficienti æquitatis ratione*, & *constantii iudiciorum praxi* firmetur. Cumque *subsidiariam* successoris feudalis obligationem, ad soluendam funerariam impensam, moribus & obseruantia a quibusdam defendi dixerim, monet tractationis ordo, vt de utroque obseruantie requisito adstruendo in hac causa dispiciam.

§. XIX.

Superfluum foret & inconsultum, omnes qui per secula obuenerunt, *Obligatio* casus, de funeris impensa, dicasteriorum sententia decisos, colligere. Sufficiant aliquot exempla, quæ hactenus adsertis robur & auctoritatem concilia-
re, aut allegatæ obseruantie veritatem euincere, possunt. Eo enim maxi-
me tendit tractationis scopus, vt, in hac causa omnino dubia, eam, quæ *subsidiaria*
in subsidium obligat successorem, sententiam præualuisse, nec ratione desti-
tui, probemus. Prodeat vero in hanc scenam ingens quondam iurispru-
dentie huiusque academice decus, CASPAR ZIEGLERVS, cuius notata ad
O.P.S. t. 42. dabimus integra. *De vasallo defuncto quæritur, si nihil habuerit*
in bonis, annon impensæ funebres faciendæ & exigendæ sint a feudi succes-
foribus agnatis? Negat CAROLOVIVS P. 2. C. 46. D. 36. *affirmat* STRV-
VIVS *disp. feud. 14. num. 20. cui adstipulantur*, I. B. COSTA *remed. subsid. 83.*
in fin. STEPHAN. GRATIAN. *discep. for. c. 94. n. 27.* DIDAC. SPINO
A CACEROS *de testam. gloss. 19. n. 33.* MAR. ANT. PEREGRIN. *de fi-*
deicom. a. 40. num. 19. I. P. SVRDVS. D. 255. n. 15. ANT. D. PADIL-
LA ad l. 67. §. 9. *de Falcidia n. 11. D. de leg. 2.* Et ita pronunciarunt
olim non domini Halenses tantum apud Struu. dict. loco, sed & domini Ie-
nenses a. 1659. m. Sept. in causa Zelenen Marien v. Dannerwitz contr.
Hanns Ant. v. Carchesien, & Witebergenses m. Sept. 1658. in causa
Sophien Annen von Leipzig contr. Georg Friedrich von Leipzig.

b) v. II. f. I. §. I. II. f. 9. §. I. c. 13. X. de iud. STRVV. S. I. F. p. 39.

Iasc. V.



Observauit tamen in iudicio appellationis praeualuisse sententiam Carpzouii, etsi non desint, quae in contrarium moueri queant. Idem notauit praepiudicia, ut dici solent, quibus in subsidium successor ex causa funeraria obligatur in collectione decisionum, quam edidit, dec. VI. Ita porro de debito funerario iudicat HORNIVS in iurispr. feud. p. 423. Fateor, inquit, hanc sententiam humanam esse, sed cum constat. XLVI. P. II. fileat, dubium est, an in nostra Saxonia inueniat locum. Pergit ICTUS c. l. testaturque, inclutum, quod Vitembergae floret, ICTorum collegium, ex sententia plurium, respondisse semel atque iterum, expensas funeris in subsidium ex feudo soluendas esse. Hanc opinionem, re forte exactius pensitata, iudicando secutum, & Carpzouii partes deseruisse, supremum, quod Dresdae causas prouocationum iudicat tribunal, termino æstiuo a. 1676. in Winau und Preßlen-Bieffensteinischen concursu, & a. 1676. in Herrlangwitschischen Concursu, testis est RIVINVS in enunciat. p. 1487. addique, ICTos Lipsienses a. 1661. in causa des Brand Arnstädtschen concursus, rationes decidendi, quod funera sumtus atinet, sequentem in modum expressisse: Nach bewährter Rechts-Lehrer Meinung sind des Lehn-Mannes Begräbnis-Kosten aus dem Erbe zu entrichten, wenn aber bey entstandenen Concursu kein Erbe vorhanden, oder so viel darinne nicht zu befinden, etwas aber nach abgetragenen Lehn-Schulden (intelligunt his verbis sine dubio debita feudalia absoluta) an Kauff-Geldern vom Lehn übrig bleibt, so werden sie nicht unbillig davon bezahlet. Nec silentio prætermittendus est STRVVII c) locus, iam supra nobis notatus, calculumque nostrae sententiae ex deciso Hallensis scabinatus de a. 1590. addens. Sed, quo STRVVIVS vitur, argumento, a filia, antequam nubat, decedente, impensa vasalli successoris funeranda, ad funus vasalli decessoris ducto, parum roboris inesse videtur. Alia enim filiae ratio, cui cum alimentis, funeris quoque sumtus, ex recepta inter ICTos opinione, & velut in solatium negatae successionis in feudum, addicitur. Complura ICTorum Ienensium responsa in hunc sensum concepta, lege, si lubet, apud RICHTERVM, d) & WILDVOGELIVM. e) Præstat quoque, quem supra inter promachos nostrae adseritionis laudauimus, insignis Germaniae ICTus, MEYIVS, causae patrocinium, qui dogma, de subsidiaria successoris obligatione, summi tribunalis Wismariensis adplausum meruisse, refert. f) Digna sunt, ut adseribantur, & confirmant nostra, quae habet MEYIVS: onera, quae tantum feudo incumbunt, non alia reputamus, quam quae ex lege, vel consuetudine talia, reddita sunt; cetera qualiacunque sint, tantum vasalli onera existunt. Ad hæc etiam referimus impensas funebres, tanquam nec per ius commune, nec per provinciale in istorum classem relatas. Quo-

c) S. I. E. p. 321.

f) D. 124. P. II.

d) in tr. de conc. cred. p. m. 160.

e) resp. 245.



circa funerari debet vasallus quisque ex bonis allodialibus, tanquam suis propriis, non ex feudo, cuius ususfructus tantum ad illum pertinet. Ideo si successor, sepulturae mandauit, tanquam alienum negotium gerens funeraria actione, sumtus ab heredibus repetit. Si tamen hereditas honestæ vasalli sepulturae non sufficit, ex feudo debentur impendia, eaque in subsidium sustinet successor.

§. XX.

Approbant sententiam, quam fori usus recepit, leges nonnullarum prouinciarum. Dabimus exempla, quæ ad manus sunt. Venit in hunc censum, & cumprimis commemoratione digna est de debitis feudalibus constitutio ducatus Magdeburgici quam exhibet ordinatio politica C. VIII. §. 28. Ita vero legis verba sunt: Alldieweil in denen Lehn-Rechts-ten. was eigentlich Lehn-Schulden seyn, deutlich nicht enthalten, auch un-ter denen Rechts-Lehren darüber unterschiedene Meinungen sich befinden, so haben wir nöthig zu seyn ermessen, solches in diese Policen-Ordnung zu verfassen. Sehen demnach und ordnen, daß vor Lehns-Schulden, welcher der Lehn-Folger zu bezahlen verbunden, nachfolgende geachtet werden sollen: 1. was notwendig, ohne undienliche Pracht, auf des Verstorbenen Begräbniß verwendet, im Fall dazu in Allodio keine oder nicht gnugsame Mittel vorhanden. Porro in constitutione Marchica de a. 1723. Wie es wegen der Succession, und Consens der Agnaten, zu halten, quam vide sis apud LYNIGIUM g) inter debita, quæ consensu suo munire iubetur successor, referuntur Begräbniß-Kosten, Trauer-Wagen, und Pferde, & paulo post additur: Es hatten aber die Gütther, wovon die Agnaten die gesammte Hand haben, nicht anders, als in subsidium, und dürfen diese letztere Posten aus denen adelichen Gütthern nicht bezahlt werden, als im Fall kein ander Vermögen und Allodium zu deren Bezahlung vorhanden. Sie in constitutione de feudis Nouæ Marchiæ h) a. 1724. condita, funeris impensa inter debita subsidiaria refertur, & quæ §. 7. ibidem habentur, cumprimis notanda sunt: jedoch dürfen sie diejenigen Schulden, wofür die Gütther nur in subsidium hatten, ob gleich consentiret haben, anderergestalt nicht, als wenn zu deren Tilgung die übrige Allodial-Verlassenschaft nicht zureicht, bezahlen.

§. XXI.

Uterius non prætermittendum silentio, dari in Germaniæ prouinciis Soluit sum- feuda, quæ, generali legis dispositione, pro quouis debito hereditario ob- ligantur in subsidium. De Pomeraniæ clientelis, rei originem, & singula- ris huius iuris effectus, MEVIUS i) & Megapolitani iuris indolem TOR- tus funeris successor, si ex lege feu- dum æs alie- num in sub- sidium fert.

g) in corp. L. F. P. II. p. 370. §. 3. XXXVIII. & XLIV..

h) vid. eund. p. 386. §. 78.

i) cons.



NOVIUS ^{k)} exposuerunt; ex quorum traditis patet, vtramque eodem in ple-
risque iure vii. Et si ergo, qui in eius generis feudâ succedit, æs alienum,
excusso allodio, soluere tenetur; non tamen omni vsu destituitur distinctio
in debita feudalia, & hereditaria, nec sumtus funeris mutat naturam, aut
in feudale onus absolutum transit, sed durat eiusdem, quam iure communi
habet, qualitas, qua non nisi in subsidium nouo vasallo incumbit. Ita
enim de eodem differit MEVIUS l.c. Wie denn in Preussern zu Lehns-
Schulden gemacht seyn, welche sonst proprie onera vasalli seyn, als zum
Exempel die Impensæ funebres, Trauer-Kleider, Wagen und Pferde &c.
& paulo post: Darbey der Unterscheid zu halten, daß die onera feudi, quæ
vere & proprie talia, allein aus den Lehnen abzustatten, obgleich der Lehn-
mann sonst ansehnlich begütert wäre &c. Vor die übrigen aber, so onera
vasalli seyn, jedoch sehr gedachtermassen zu Lehn-Schulden werden, hassen
die Lehne nur in subsidium.

§. XXII.

*Honestæ &
pia est suc-
cessoris obli-
gatio ad fe-
rendas fune-
ris impensas.*

Qui ita sentiunt, aut leges in hanc sententiam conceptas explicant, ple-
rumque ad argumentum, ab *honestate & pietate* desumptum, prouocant. De-
cori quoque rationes in subsidium vocant, cuius cura cuius probro eo acrius in-
cumbit, quo enixius bonæ famæ studium generosas mentes stimulare solet.
Quæ vero sub his terminis lateat sententia, quæue veri specie defendatur, videamus?
Vsu inualuit, vt quæ officia iure perfecto, & per actionem forensem
exigi nequeant, sed quorum adimpletio conscientia & pudori hominum relin-
quitur, & quorum obligatio ab occultis cuiusque rationibus, quas quilibet
aestimare debet, maxime dependet, *honestatis* elogio nuncupentur. Cum
ergo eius generis obligationes impune negligi queant, nisi lege civili, aut
pacto, iuris necessitatem acceperint, recte hoc sensu PAVLVS in l. 144.
D. de R. I. *non omne, inquit, quod licet honestum est, & SENECA in Octauia,*
id facere, ait, laus est, quod decet, non quod licet. Idem ferme *pietatis*
vox, sensu magis morali quam theologico, supposita, exprimit. Et hæc
mihi referendum videtur imperatoris ANTONINI exemplum, quem singu-
laris clementia *Pii* cognomine ornauit. De ALEXANDRO SEVERO refert
LAMPRIDIUS, diem nunquam transiisse, quin aliquid mansuetum, ciuile,
pium faceret. Porro, non infrequens esse nouimus, reuerentia, amicitia
officia, *pietatis* nomine insigniri. Singula hæc probant, eum maxime
honestum, *pium*que adpellari, qui virtutis & probitatis studium vita & mo-
ribus exprimit, nec ad solam iuris stricti regulam, sed potius ad amoris &
benignitatis legem, actiones suas componit. Hæc si ad funerariae impen-
sæ præstationem adplicentur, eo videntur redire: suadere *honestatis & pie-
tatis* rationes, ne funus vasalli, præter feudum nihil relinquentis, vnde
effer.

^{k)} in tr. de feud. Megapol.



efferi possit, negligat successor, nec iniquum esse, ut lege aut consuetudine ad hoc adigatur. Iuvant hanc adsertionem complures, quae in successionis clientelaris causa occurrunt, circumstantiae. Sanguinis vinculum, & propriae gentis honor, primas in hoc censu tenent. Quodsi successorem, non sanguine iunctum, sed vi pacti & simultaneae investiturae duntaxat ad successionem adspirare, supponas, amicitiae singularis cum defuncto cultae, documentum habes, quae si vero, si sincero adfectu culta, turpe sibi ipse duceret, dehonestare amici exuias. Et eo mihi Ictus in l. 28. D. de R. & S.F. respexisse videtur, quando maritum ad funus uxori, nec patrem nec heredem habenti, ducendum, in quantum facere potest, condemnat, raddita atione, ne iniuria eius videretur quondam vxor eius insepulta relinqui. Et licet ad feudum per simultaneam investituram vocatus, multum domini directi gratiae debeat; non minus tamen primi acquirentis liberalitatem experitur. Onerat famam, & conscientiam mordet, iuncta tenacitati, ingrati animi labes. Modica enim plerumque est funeris impensa, si ad praedii clientelaris valorem referatur. Cumque iis, eorumque posteritati, qui nobis bene cupiunt, ad reuerentiae officia obstringamur, ipsa vero sepultura, secundum decori ciuilibus modum suscepta, sit velut de defuncti praestantia testimonium, & quoddam quasi monumentum vitae laudabiliter transactae, indecorum vasallo successoris videtur, famae, honori, memoriae decessoris sui, funeris denegando impensam, dara veluti opera inurere notam.

§. XXIII.

Porro publicam vtilitatem obdunt, quae funeris sumtum commenda-^{Successori} dat & praelationis privilegium huic impensae peperit: ex quo consequitur ^{potius quam} ut, licet vasallum successorem ab aere alieno hereditatis iura nostra liberent ^{fisco funeris} aliam tamen & fauore singulari dignam funerariae causae rationem putent. ^{impensa im-} Ut corpora insepulta relinquuntur: inhumanum & nocuum recte dicitur. ^{ponenda.} Necesse est ergo, quae in aliis quoque causis, exceptioni a regula praebet ansam, videretur excusare iudicem, onus funerarium extra ordinem alicui iniungentem. Sic non obstat dotis privilegium, quin impensa in funus uxoris erogata, aes alienum dotis in l. 18. & 19. D. de rel. & S.F. dicatur. Non commode sepultura sine sumtu suscipitur, postquam certis personis ex humatione corporum lucris occasio indulta fuit. Quodsi ergo feudi successor huic oneri subtraheretur, nec ob allodii defectum, heredem haberet defunctus, onus hoc aut sanguine iunctis, quibus nihil prorsus lucris adfert mors defuncti, aut aerario publico, esset imponendum: illos ad senelendum cogere, aequitati contrarium videtur, cum iam satis durum fatum hereditatis inanis experiantur, hoc defendit, a praestatione sumtus funerarii, publicae causae fauor, fisco ob salutem rei publicae concessus, quem seruare omnino, & a modicis etiam impensis liberare, interest. Optima ratio esse dicitur,



tur, quæ pro fisco facit. Quæ legum civilium scopus primarius, publica utilitas. sola effecit, ut complura contra communes iuris regulas admitterentur. Cedant ergo & in hac causa commoda privata, publicis, & antefertur causa damni publici, privato compendio. Sequatur impensa funeris eum, ad quem devolvuntur bona defuncti. Successor enim, siue ius succedendi ex defuncti facto acquisiverit, siue illud ex providentia maiorum profectum, morte eius ad celeriores effectum deductum fuerit, propter lucri acquisitionem, longo æquius funerario debito oneratur, quam quod ferendis publicis impensis destinatum est, ærarium.

§. XXIV.

*Nec filius
aliter quam
in subsidium
tenetur.*

Filium non posse feudo potiri, nisi heres patris factus fuerit, adeoque eundem oneribus hereditariis subiici, Longobardico non minus, quam Saxonico electorali iure, sancitum esse, suo loco monuimus. Inde quo certius colligitur, eum onus impensæ funerariæ frustra recusare; eo tutius adseritur, non aliam quam subsidiariam & deficiente demum allodio, efficacem esse, successoris in feudo obligationem. ^{l)} Quam validum enim sit reuerentiæ pietatisque vinculum, quod filios famæ honorisque paterni studiosissimos esse iubet: tantum tamen illud æquitas; & feudalis successionis natura, efficere non patiuntur, ut hereditate, expungendo æri alieno sufficiente, ipsum feudum ad conditionem mere allodiam redigat, licet entum, aut ex alia causa onerosa, ad iussum sit. Extra controuersiam aleam hæc posita putamus. Sed placet vnâ alteramue obseruationem addere. Notum est decretum Longobardicum, quod filium in feudum succedentem debitis paternis subiicit, alibi reprobare penitus, eique usu & consuetudine permitti, allodium, mediante beneficio inuentarii, susceptum repudiare. ^{m)} Quo supposito, emergit quæstio, an debitum funerarium quod non feudi sed allodii æs alienum est, feudo retento, soluendum sit in subsidium? Sed nulla subest ratio, ut principia hæcenus adstructa deferamus. Si quem pietas ad funerandum adigit, filius certe is est, qui sine improbitatis nota supremum officium parenti debitum recusare nequit. *Conducit patriæ*, inquit CICERO, ⁿ⁾ *pios habere ciues* in parentes. Sanctissima est ἀντιπελαργίας lex, qua ad paria liberi tenentur genitoribus, & uti hoc de obligatione ad alendum probat ius civile in l. 5. §. 3 sq. & 19. D. de agnosc. & al. lib. ita ad funeris impensas eadem dispositio rectissime applicabitur. Cumque de agnato & simultanee inuestito eadem lucusque adserta fuerint, non alio filius utetur iure, qui, repudiata hereditate, solo agnationis vinculo, feudum acquirit. Fingamus porro filium, postquam feudum, vna cum obarata patris hereditate, suscepit,

^{l)} v. CARRER. p. II. C. 46. D. 5.

^{m)} v. quæ habet Dn a LVDEWIG in. Dp. de oblig. succ. c. 6. & STRECKERI disp. cui titulus: dubia vexata mixtam partem feudalia.

ⁿ⁾ offic. L. II, c. 23.



pit, ære alieno, & expensis [funerariis nondum solutis, decessisse, feudumque ad successores, euentuali inuestitura munitos, deuolui, an hi iuste reculare funeris impensam queant, forensi disquisitionum concertatione memini. Non desunt, qui hoc casu omne æs alienum ex feudo soluendum euincunt, ^{o)} idque ideo, quia, ex quo filius, debitis paternis summo iure onosius, suscepit feudum, illa ipsam feudi substantiam adficere coeperunt. Sed gratis hæc proferri in medium, indoles successionis singularis probat. In manifesto versantur errore, qui æs alienum hereditatis pro onere feudi habent, & impingunt in iuris certi regulas, qui ex filii obligatione, iniquam agnatis conditionem inferendam statuunt. Sed quid hæc ad funeris impensam, quam pietatis & æquitatis ratio ab aliis hereditatis oneribus distinguit. Si in hereditate filii quicquam superest, creditor funerariæ impensæ inde suum consequetur, inter concurrentes creditores, ex priuilegio causæ, collocandus: at allodio prorsus deficiente, demonstrant, quæ hætenus exposuimus, non iniquam esse sententiam, feudi successoribus hoc, quicquid est funerarii debiti, iniungentem.

§. XXV.

Ea est subsidiariæ obligationis natura, siue illa lege, siue pacto nitatur, ut non, nisi deficiente principali, actionem producat. Non ergo dabitur contra successorem feudi funeraria actio, nisi excusso allodio, ^{Ante excussum allodium non tenetur successor feudalis.} p) qui funeris impensa incumbit. Siue enim ex analogia iuris, quo fideiussores, sponsores, mandatores, beneficio IUSTINIANI ex nou. 4. c. l. magistratusue, pupillo subsidiario nexu obstricti, ex sententia l. 5. C. de mag. conu. fruuntur; siue ex generalioribus æqui naturalis principiiis, & ex indole obligationis subsidiariæ, exceptionem nondum excussæ hereditatis, deducas; id certum est, euictumque, excussionem ad ipsum fundamentum agendi, contra successorem feudalem, pertinere. Hinc recte GAILIVS, ^{q)} tanta, ait, huius exceptionis non factæ excussionis, efficacia est, ut creditorem a limine iudicii, tanquam sine actione agentem, repellat. Nec est, cur moueamur eorum opinione, qui allegationem non susceptæ excussionis ad apices iuris referunt, & a simplicitate iudiciorum bonæ fidei, & a controuersis, quas sola æquitas dirimit, alienam esse aiunt, ^{r)} potiusque ad argumentum l. 3. & 23. C. de fideiuss. respici volunt, quæ antiqui iuris seruant vestigia, & electionis arbitrium creditori addicunt, contra debitorem principalem, vel fideiussorem experiundi. Sed temere hæc adfirmari, facili negotio euinci potest. Quod enim magis ex bona fide procedit iudicium, quam tutelæ arbitrium, de quo sancitum legimus in l. f. C. de diuid. tut. licet tu-

o) CAPEZ. l. c. D. 6.
VIVS P. II. D. 122.
n. 23 sq.

p) modum excussionis breuiter delineatum exhibet ME-
q) L. 2. obseru. 27.

r) WESEMB. conf. XL.



rum, conuentione mutuam periculum minime finiat, tamen eum, qui ad-
ministravit, si soluendo sit, primo loco, eiusque successores conueniendos
esse, non ambigitur. Quin porius, quod ante ius in Nouellis constitutioni-
bus expositum, Romanorum legibus inualuerat, ut teste CAIO ^{s)} in credito-
ris potestate esset eligere aut debitorem aut fideiussorem, contra quem agat,
& iure codicis in l. 3. & 5. C. de *fideiuss.* repetitum, id omne ex propria Ro-
manorum legislatione profectum, ^{r)} & a IVSTINIANO postea corre-
ctum, atque subsidiariæ obligationis effectus ad normam naturalis iuris exa-
ctus fuit, porro cum hæc excussionis nondum peractæ allegatio non totum
ius actoris perimar, consequitur, dilatoriam causæ, quam dicunt, hanc
esse exceptionem, frustra quibusdam in contrarium nitentibus, ^{u)} adeoque,
vbi iure civili in l. 19. C. de *prob.* & l. 12 sq. C. de *exc.* sancitum, & praxi
seruatur, eandem legitime & tempestiue esse opponendam, quo neglecto,
excidit quidem successor feudi, in casum deficientis allodii obstrictus, ordi-
nis beneficio, ob renunciationem ex silentio præsumtam, sed saluo contra
heredes regressu. Hanc enim sententiam stricta renunciationis indoles pro-
bat, & argumentum, ab adpromissoribus, pro debitore primo soluentibus
deductum confirmat, quibus actione ex causa mandati, aut negotiorum
gestorum prodita succurritur. v. l. 10. §. 11. D. m. l. 4. 5. de *neg. gest.* Illud
tamen attinet monere, quod cum illa, quæ in ordin. process. Sax. de di-
latoriis exceptionibus dicuntur, magis ad dilatorias processus pertineant,
quam ad dilatorias causæ, exceptio excussionis etiam litis contestationi an-
necti & subiungi possit: quod etiam BERGERVS ^{x)} obseruauit.

§. XXVI.

*Sumtus fu-
neris nemo-
dum exce-
dant index
arbitratur.*

Non tenetur successor funeris impensam ferre, quæ ultra modum
facti est. Laudanda omnino gentium morationum cura, quam in minuendis
funerum sumptibus adhibitam vetustissimarum legum memoria testatur. SO-
LONIS exemplum PLYTARCHVS refert, qui Atheniensium funerarias vani-
tates coercuit. Idam *decemuirali* legislatione sancitum, teste CICERONE ²⁾
nouimus. Et cum nostra ætas ab hoc virii contactu non prorsus aliena sit
necessarium videtur, ut de modo expensæ funerariæ addamus pauca. Ser-
uare defuncti voluntatem, de modo funerationis expressam, iubet l. 50. D.
de *her. pet. & nou.* 22. c. 2. sed non, nisi congruam rationi & facultatibus.
Ita MARCIANVS in l. 13. §. f. de R. & S. F. *ineptas*, ait, *voluntates de-
functorum circa sepulturam, veluti vestes, aut si quæ alia superuacua, ut*
in-

^{s)} in institut. L. II. tit. 9. §. 2. ap. SCHVLTINGIVM in iurisprudentia ante Iustin.
p. 157. ^{r)} curatius iuris Romani rationes explicat GYNDLINGIVS dp.
cui titulus, singularia de beneficio excussionis capita. ^{u)} c. STRYK diff. de

ben. excuss. c. IV. ^{x)} BERG. æc. iur. III. 3. 12. 7. ^{y)} de leg. L. II.
c. GRAVINA orig. p. 252. RITTERSH. ad L. XII. tab. C. I. c. 4.



in funus impendantur, non valere. Et VLPIANVS in l. 14. §. 6. D. de R. & S. F. Quid ergo, dilquirit, si ex voluntate testatoris impensum est: grauiusque respondet: sciendum est, nec voluntatem sequendam, si res egrediatur iustam sumtus rationem. Idque eo magis ad calum nostrum quadrare videtur, quo hereditatis inopia, onus impensæ funerariæ, extra ordinem feudi successoribus imponit. Porro ex æquo & bono, & seculi decoro locique moribus rem æstimandam quiuis facile perspicit. *Aequum* autem in l. c. accipitur in causa funeraria, ex *dignitate eius*, qui *funeratus est*, ex *causa*, ex *tempore*, & ex *bona fide*; quo satis innuuntur fundamenta, quibus prudentis iudicis arbitrium adiuuatur. *Dignitatis* status, quo gaudebat defunctus, ratio habenda est, ne parca nimis sepultura in defuncti contumeliā vergat. *Causa* generali notione, negotii circumstantias exprimit, admonetque iudicantem, ne a dignitatis ratione, facultatum, feudique conditionem seiungat. Quo maior onerum feudalium cumulus, eo maiorem successor meretur fauorem. Insignem hæc consideratio ambitum habet, iubetque iudicem, ad defuncti mores, fata, & vita exitum, & reliqua, quæ pondus habere queunt, respicere. Interdum *temporis ratio*, ea etiam, quæ leges honestatis alias permittunt, aut requirunt, videtur prohibere. Addit Ictus, ex *bona fide* sumtus æstimandos, & ita sensum legis explicat, *ne plus imputetur sumtus nomine, quam factum est*. Vnde sequitur, iudicem, quæ sumtuum modum, & quantitatem concernunt, probationes quoque impensæ erogatæ, recte sub examen reuocare, ne auaritia inde improbi lucri caperet occasionem, vnde pietatis documentum enasci debet. Et eo respexit O. P. S. R. ad tit. XLII. quando in concursu creditorum ex privilegio sumtus funerum, locandos præcipit, nach dem Zustande des Schuldners Vermögen, und des Richters Ermäßigung. Sic senatum appell. Dresd. loco CC. Ioachimicorum L. adiudicasse, & in alia causa DCCC. thalerorum summam adprobasse notauit, RIVINVS 2). In cautionis vicem scriptum videtur in Land-R. L. l. a. 77. Mit sein (successoris) Rath soll die Frau das Begräbniß bestellet. Sumtus enim, qui approbante successore factus, in iudicio improbari nequit. Addemus his, quæ Augustissimus REX BORVSSIAE in constit. de hyp. & conc. §. 138. prudentissime sanciuit, licet casum moti concursus solummodo respiciant: Damit aber künftighin keines ungewissen und zweiffelhaften richterlichen Ermessens bedürffe, wie viel in Ansehung des verstorbenen Schuldners Standes und Vermögens an Begräbniß-Kosten anzusetzen, und aus den Nachlaß vor andern Creditoren zu bezahlen, wenn selbiges zu aller Befriedigung nicht hinreichend seyn möchte; So ordnen wir hiermit, daß in eines von Adel Concurs an Begräbniß-Kosten zuzulassen

50

2) in enunc. ad d. t. O. P. S. en. 27.



50 Rthlr. die wenn das Allodium nicht zureichend seyn sollte, aus dem würtl. oder ins Erbe versetzten Lehen zu bezahlen, zu eines vornehmen Bedienten Bürgerlichen Standes auch 50 Rthlr. zu eines geringen Bedienten, Kaufmanns, oder Künstlers 30 Rthlr. zu einem gemeinen Bürgerlichen Begräbnisse 10. Rthlr. und solches kan der Sterbende, wenn er gleich ein mehrers verordnen wollen, durch seine Disposition in keine Wege ändern, zumahl in aller Überfluß, so auf Stand-Neden, Leichen-Predigten, Gastmahle, Leichen-Steine, und so weiter verwendet werden, billig hie cessiren müssen.

§. XXVII.

*Dubia circa
sumtus fune-
bres ex mi-
nore sen-
tentia deci-
denda.*

Refert ICtus in l. 14. §. 6. D. de R. & S. F. funerariam actionem continere funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumtuum. Euenit inde, vt in censu & disputatione sumtuum funebrium complura occurrant dubia, quorum nonnulla adicere placet. Conuiuia funebria, quae luxum plerumque alunt, & in comestationes desinunt, reiecta RIVINVS l. c. notauit. Et recte haec omittenda crederes, nisi ea apud nos inualuerit viuendi ratio, vt quaeuis euenta in commestationum occasionem vertamus quasi nihil sine Cerere & Bacho recte & decore perfici queat. Laudationibus & concionibus, quae in funerum solennibus ex inueterato more interuenire solent, litem mouere prohibent commoda clerico um, vsu & legibus firmata. Vestes, pepela, fasciae, quibus vidua, cognati, familia, tanquam publicis luctus indiciis, instrui solent, a sumtibus funeris recte separantur, nisi successorum liberalitas, pietatis sensu excitata, modicum indulgere, receptosque mores ad euitandum auaritia conuiuium seruare velit. Luculenta est illa sanctio & ad rem pertinens, quae habetur in artic. gener. c. 16. Es soll auch der unnützen Kosten und Ausgebung der vielen Trauer-Binden etc. und andern, so bis dahero bey dem Begräbnisse an etlicher Orten gebräuchlich gewesen, und die Leute damit nicht wenig beschweret worden, gänglich abgeschaffet, und mit Ernst darüber gehalten werden. Si feudo, quod tenuit defunctus, annexum ius patronatus ecclesiasticum, ferunt mores, legesque, quibus ecclesia regitur, permittant: vt luctu publico instituto, honorem patrono defuncto testetur ecclesia. Modum luctus in Saxonia nostra determinauit re-scriptum regium de d. 13. Mai. a 1718. superfluum ergo esse credimus, iis refutandis immorari, quae contra luctus publici rationem ex institutis ecclesiae veteris aut iudaicae allegari solent. a) Solent altaria, subselliaque, chorus, organa musica signis lugubribus amiciri, cumque id citra sumtum fieri nequeat, ipsa vero patroni defuncti hereditas illi ferendo interdum impar sit, in disquisitionem venit, an ipsa ecclesia patronata, vel successor onus illud subire in subsidium cogatur, an vero rectius negetur, has impensas ad fune-

ra-

a) BOEHMERI Dp. de eo, quod iustum est, circa luctum publicum §. 32. SCHIL-TER I. can. L. 2. T. 1. §. 39. not.



rarium sumtum pertinere? Si Romani iuris regulam sequimur, vix locum inter funerarias impensas inueniet, quicquid in hanc causam erogatum est. Nec, si res cum creditoribus defuncti peragenda, iudicantis calculum hæc impensa facile merebitur. Ecclesia, licet sancto omnino reuerentiae vinculo obstringatur patrono, cui consequens videtur, ut luctus solennia, proprio sumtu, memoriæ meritisque patroni exhibeat; vix tamen piæ causæ fauor, aut quæ ecclesias parochiales plerumque premit, paupertas, permittent, ut ecclesiastico aerario luctus impensa imponatur. Quod si ergo cum ratione luctus ille susceptus est, cederet successoris pietas necessitati, & quod lex honestatis exigit, ultro præstabit. De marmore sepulchrali, ^{b)} epitaphiis, aliisque commendandæ seruandæque memoriæ defunctorum instrumentis: non est, ut plura addamus, cum ad hæc præstanda, stricto iure, ne heres quidem teneatur. v. l. 50. D. de her. per. l. 37. D. de R. & S. F.

§. XXVIII.

Non sufficit erogatum quid esse *boni viri arbitratu*, sed & probandum, ut rescriptis Imp. ALEXANDER in l. 3. C. de rel. & S. F. Haec ^{Impensæ funerariæ probatio.} probatio ita adornanda, ut appareat, non superflue, & vere impensam factam esse. Duo in hac visione casus distinguendi. Fac enim subministrasse quendam pecuniæ quantitatem, eius postea arbitratu erogatum, qui curam funeris suscepit. Huic sufficeret, in causam funeris, seruato modo probabili, credidisse. Sed de eo intricatior est dispectio, an versionem in funeris causam probare teneatur creditor? Affirmantium partes tuetur MEVIUS ^{c)} ideo quod iniquum videatur, dari contra eum, quo cum non contractum est, actionem nisi eiusdem mandato, vel in eius utilitatem versionem, probatis. Sed animo potius creditum dantis, & causæ necessitatem respicientis, standum, nec difficili probatione in hac causâ onerandum esse creditorem, complura vrgent. ^{d)} Nemo iure exigit a creditore ut ipse funus curet, dum credit ad funerandum. Quis beneficium, credendo in eos collatum, quibus onus funeradi incumbit, tam molesta opera rependere afit? Liberat creditorem, exercitoria actione agentem, ICIUS in l. 7. §. 3. D. de exere. a cura dispiciendi, an in ipsam rem ob quam creditum, erogata sit pecunia. Luculentius argumentum l. f. C. de pign. suggerit, qua qui ad militiam redimendam mutuo dederunt, iure pignoris gaudent, licet debitorem ex eorum pecuniis militasse, non probauerint. Sufficit ergo funus rite ductum esse. Alter casus ipsum respicit, qui curauit exequias. Is vero primo loco impensas, exactius designet, non in folle, ut dici solet. Expendendum iudici, quæ cuiusvis expensæ causa, & an illa necessaria, mo-

H 2

dum-

^{b)} vid. Dn. præses de monumento secundum testatoris voluntatem faciendo. ^{c)} P. II. D. 223. ^{d)} vid. Dn. præses de privilegio pecuniæ in certum usum creditæ ex animo dantis æstimando.



dumque teneat; nec ne. Quo factò veritas expensæ iisdem probandi mediis adseritur, quibus in aliis causis vimur. Testium fides, apochæ eorum, quibus quicquam solutum, coniecturæ, & iuramentum eius, qui erogavit, adhibentur, eadem æquitatis ratione; qua IUSTINIANVS in l. 36. pr. C. de don. in erogatione donationis, ad redimendos captiuos facta, non plenas requirit probationes, sed standum esse sacramento administratoris voluit. Quin iure Lubecensi, impensam funeris nuda creditoris adsertione probari MEVLVS ^{e)} testatur. Quod rationem omnino habere videtur. Nec enim in negotio hoc domestico res ad apices iuris exactissime probationis regulas exigenda est.

XXXIII.

D I S S E R T A T I O

DE FIDE INSTRUMENTORVM
INPRIMIS PVBLICORVM.

Germ. Von gericht- und auffergerichtlich verfertigten Beweis-
schriften, deren Gültig- und Ungültigkeit vorm Richter.

VITEMBERGAE, AD D. VII. IUN. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVIII.

§. I.

*Elogium vi-
to practica.*

Cum omnis fere *iurisprudentia* in regendis ciuium *actionibus* in-primis occupetur, & ipsæ *leges* sint *media* ciuibz præscripta, vt voluntati & finibus superioris satisfiat, quæ vana sunt & inania, vimque suam perdunt, nisi ad *usum* rerum in foro accommodentur; apparet; sterilem & superuacuum esse *iurisprudentiam*, nisi cognitione legum in *litibus exercendis* aut diiudicandis maxime vtamur. Hoc est, quod veteres, etiam sapientes, dixerunt, *theoriam* iuris, solam, fere *stramineam*, *praxin* vero *auream*, videri. Igitur nolim fidem habere quibusdam ceteroquin magnis viris, quibus fori strepitus & murmura clientium bilem mouent, & nauseam, vt lucubrationum domesticarum delicias cupidissime deuorent, sed abhorreant publica causarum disceptatione. Enimuero horum aliqui non multum dissimiles sunt illis, qui omnem industriam in cultris & gladiis cudendis atque poliendis collocant, sed non solum vt gladio & cultro, atque secare ac scindere nesciunt, sed cultri etiam & gladii aciem sua sollicitudine obtundunt, vt nullus illorum vsus sit in secando & scindendo: aut, qui arma tra-

e) ad ius Lubec. l. 3. t. I. a. II. n. 38.



clare docent, & tela etiam aliquando mittunt, sed in solitudine & remoto aduersario; ipsi vero damnant militiam, & congregi atque manus conferere non audent, sed campum fugiunt, in quo ingenium & virtutem experiantur. Nimirum, qui ita sentiunt, vel verba legum tenent duntaxat, quod CELSVS ait l. 17 ff. de leg. sed vim ac potestatem illarum nesciunt, vel, si etiam recte in iurisprudencia versati sunt, tamen a rebus agendis atque administratione reipublicæ, quæ animum viuum & præsentem desiderant, propter pusillitatem animi & diffidentiam, penitus abhorrent, aut certe, quod videri malunt, *ius tamen formularium*, quod nostri *modum procedendi*, seu *processum* appellant, ferre omnino nequeunt, vt potius hæere in tenebris cupiant, quam illa *processus* barbarie contaminari. Illi quidem certe cogitare debuissent, neque *Romanorum formulas*, quas ipsi cum laude excutunt, omnino bellas atque plenas elegantia fuisse, verum, quod res ipsa postulat, ad captum ciuium, inter quos lites exercentur, verbositatis euitandæ causa, accommodatas, vt confestim ex ipsa formula, quid partes peterent, intelligeretur; quod fieri commode vix posset, nisi singulis negotiis certa & definita formula præscripta esset. Mihi certe nunquam placuit illa elegantia, quæ vim & neruum efficacissimæ illius artis frangit & infirmit; quandoquidem omnis elegantia, quæ ab *usu* communi & societate hominum nos excludit, cum quadam mollitie coniuncta est: quam si fugerent magna illa ingenia, quæ in exquirendis deliciis artis nostræ occupantur, nescio quid præclarum & insigne in rempublicam ab ipsis proficisci posset. In præsentiarum quidem de *præctico* quodam *argumento*, & cui præcipue in bello illo forensi vsus est, placuit quædam obseruare.

§. II.

Sed in ipso litigio forensi, seu *processu*, nulla dignior cura est, quam *Instrumenta*. vt de *probatione* cogitemus. PAVELLVS enim l. 2. ff. de probat. ei, qui dicit & agit, *probationem* incumbere, affirmat, & nihil agi, nisi *fides* factorum fiat iudici, a quo sententiam expectes. Neque enim potuit aliter illa disceptatio finiri, cum inter *dissentientes* lis suscipiatur, &, quæ alter dicat, plerumque neget pars aduersa, donec, quod CELSVS ait, l. 13. ff. de probat, causa cognita, veritas excutatur. Quapropter VLPIANVS l. 19. pr. ff. de probat. & SEVERVS atque ANTONINVS l. 1. C. eod. idem etiam in exceptionibus obtinere docent, vt reus partibus actoris fungatur, & exceptionem probet, vt probationem intentionis ab actore expectamus. Igitur ausim affirmare, quod nulla lis forensis, nisi pacto & transactione litigantes rem componant, *sine specie aliqua probationis* finiatur. In ipso *processu executiuo*, quem vocant, & cum ex confessione partis iudiciali agitur, *scriptura* aut *fides iudicis probationem* liquidam continet, ex qua confestim de iure actoris cognoscatur. Omnis igitur vis litigii forensis in *probationibus*

bus



bus, versatur, atque in *instrumentis* iudiciariæ probationis. Operæ pretium videtur, de illis pauca commentari.

§. III.

*Instrumenta
probationis.*

Sed *instrumentorum* quidem nomine, si PAVLLVM l. i. ff. de fide *instrumentor.* audias, ea omnia accipienda sunt, quibus causa *instrui* potest, & erui veritas rei in iudicium deducatur; ideoque tam *testimonia*, quam *personæ*, id est, testes, *instrumentorum* appellatione continentur. Idem etiam VLPIANO visum est, qui l. 99. ff. de V. S. perquam difficile quidem esse, ait, separare, quid *instrumentorum* appellatione comprehendi videatur; sed *personam* tamen, quæ instruere possit, & de gesto negotio testari, *instrumentum* dici posse, arbitratur. Eodem fere sensu VLPIANVS in alio argumento cum de *instrumentis fundi* disputat, & SABINVS in libris ad VITELLIVM, l. 8. pr. ff. de instrum. & *instrum.* omnia illa in fundi instrumento esse, docent, quæ fructus quærendi, cogendi, conferuandique gratia parata sunt, ut etiam *homines*, qui agrum colunt, & qui eos exercent, & qui illis præpositi sunt, ut admonitores & villici, *instrumenti* nomine contineantur. Haud multo secus NERATIUS apud PAVLLVM l. 13. ff. eod. tit. *instrumento* balneario etiam *balneatores* comprehendit, ait, ut intelligatur, *instrumentum* omnia notare, quæ ad negotium cui accommodata sunt, perficiendum pertinent, ut res ad finem & effectum perducatur. Itaque ut serui & vasa fundorum *instrumenta*, ita etiam *testimonia*, seu *scripturæ*, & *personæ*, i. e. *testes*, videntur probationis esse *instrumenta*. Quapropter GRATIANVS cum collegis, l. 25. C. de probat. causam testibus inprimis instruendam esse, ait; ut constet, testes præcipuum esse probationis *instrumentum*. Certe ARCADIUS quidem l. i. ff. de testib. testium inprimis usum frequentem & necessarium existimat, illorum maxime, quorum fides non vacillet; sed contra GAIUS Ictus, l. 4. ff. de fide instrument. magis fere *scripturæ* confidit, quæ ideo fieri soleat, ut per eam *facilius*, quod actum est, probetur. IUSTINIANVS etiam l. 14. C. de contrah. & committ. stipul. in fine, *melius* per scripturam, quam per testes utique etiam idoneos, instruere probationem, ait. Quæ res effecit, ut magis fere *scripturas instrumenta* appellemus. Ita *instrumentum* emtionis ab ALEXANDRO l. 4. C. de probat. *Instrumentum donationis*, a DIOCLETIANO & MAXIM. l. 18. & 20. C. eod. & *instrumentum proprietatis* l. 8. C. de fide instrum. nominata sunt. Certe CONSTANTINVS & IUSTINIANVS l. 15. & 18. C. de fide instrument. & §. 12. I. de inutil. stipulat. *instrumenta* & depositiones testium, *scripturam* & testes idoneos, inter se opponunt; ut non sit locus dubitationi *instrumenta* specialiter & inprimis *scripturas*, quibus probatio instruitur, notare. Neque vero caret ratione, quod magis fere *scripturæ* quam testibus credamus in probatione; quando-

qui-



quidem instrumenta ipsius facti aliquod quasi vestigium & notas ab auctore expressas, ex quibus facti veritas intelligitur, continent, testes autem facile lubrica memoriæ facilitate imprudentes etiam decipiuntur.

§. IV.

Igitur *instrumentorum* nomine, si strictius accipiatur, *scripturae* con-^{Instrumenta}tinentur. Certe veteres, imprimis GAIUS l. 4. ff. de fide instrum. PAVLLVS ^{scripta eo-}l. 4. eod. GALLIENVS l. 7. C. de probat. & VALENS cum collegis l. 24. C. ^{rumque san-}ead. *instrumenta* & scripturas promiscue appellauerunt. Quod ut plenius intelli-^{ctitas.}gatur, CALLISTRATVS l. 5. ff. de fide instrum. *instrumenta* dixit *litterarum consignationem*, ULPIANVS *tabulas* l. 6. ff. eod. MODESTINVS, *chirographum*: l. 24. ff. de probat. DIOCLETIANVS, scripturam, in quam rei gestæ *testimonium* conferatur, l. 12. C. de probat. PHILIPPVS testa-
tionem & annotationem, l. 5. C. de probat. DIOCLETIANVS & ANTONINVS alibi *epistolam*, l. 29. ff. & l. 13. C. de probat. imprimis *instrumentum natalium*, TERENCEVS CLEMENS, l. 16. ff. de probat. & DIOCLETIANVS l. 14. C. de probat. & l. 6. C. de fide instrum. *professiones* scriptas, appellauerunt. Hæc igitur sunt instrumenta illa, quæ testibus subinde opponuntur. Illud attinet monere, præcipuum quoddam vinculum fidei veteres & singularem sanctitatem in *scripturis* quaesivisse. Nota est l. 16. C. de fide instrum. quamvis incertæ auctoritatis, quæ illum, qui *negauerit* scripturam a se confectam, & mendacii per comparationem litterarum conuincatur, *solidis viginti quatuor* multauit. Aut omnia me fallunt, aut huc etiam pertinet, quod scripturæ in dubio credatur, & omnia, quæ in scriptura commemorata sunt, atque ad formam negotii pertinent, *solemniter* gesta esse censeantur. Certe IUSTINIANVS l. 14. C. de contrah. stipul. & ff. 12. I. de inutil. stipulat. ait, si quis, conscripto stipulationis instrumento, neget, se illo die adfuisse, & stipulationem more solito contractam, non audiendum esse, qui talia alleget, nisi manifestissimis probationibus ostenderit, suspectam esse instrumenti fidem. Imprimis maiores nostri inter præcipua *dedecora* & indignitates, quibus etiam *natales* & ius imaginum contaminetur, habuerunt, si quis *fidem scriptura datam* fefellerit, & ab officio discesserit, quod dato chirographo adstrinxit. Luculenter moris prisce vestigia *Mauritii*, Saxonum quondam princeps elector, in *ordinat. politica*, quæ an. 1550. prodit, tit. Daß zwischen ehrlichen und verläumbdeten Leuthen Unterschied gehalten werde, expressis; dum nobiles hoc scelere contaminatos nobilium consortio excludit. Ita enim serenissimus legislator: Wo einer von Adel sein Brieff und Siegel nicht hält, und die andern dessen gründliche Wissenschaft haben, daß sie sich seiner gänglich entäussern, keine Gemeinschaft mit ihm haben, sondern sich also gegen ihm erzeigen, wie ihre Vorfahren, in gleichen Fällen, gegen die Schuldigen gethan. Ex qua lege intel-

tel-

1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 101. 102. 103. 104. 105. 106. 107. 108. 109. 110. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 121. 122. 123. 124. 125. 126. 127. 128. 129. 130. 131. 132. 133. 134. 135. 136. 137. 138. 139. 140. 141. 142. 143. 144. 145. 146. 147. 148. 149. 150. 151. 152. 153. 154. 155. 156. 157. 158. 159. 160. 161. 162. 163. 164. 165. 166. 167. 168. 169. 170. 171. 172. 173. 174. 175. 176. 177. 178. 179. 180. 181. 182. 183. 184. 185. 186. 187. 188. 189. 190. 191. 192. 193. 194. 195. 196. 197. 198. 199. 200. 201. 202. 203. 204. 205. 206. 207. 208. 209. 210. 211. 212. 213. 214. 215. 216. 217. 218. 219. 220. 221. 222. 223. 224. 225. 226. 227. 228. 229. 230. 231. 232. 233. 234. 235. 236. 237. 238. 239. 240. 241. 242. 243. 244. 245. 246. 247. 248. 249. 250. 251. 252. 253. 254. 255. 256. 257. 258. 259. 260. 261. 262. 263. 264. 265. 266. 267. 268. 269. 270. 271. 272. 273. 274. 275. 276. 277. 278. 279. 280. 281. 282. 283. 284. 285. 286. 287. 288. 289. 290. 291. 292. 293. 294. 295. 296. 297. 298. 299. 300. 301. 302. 303. 304. 305. 306. 307. 308. 309. 310. 311. 312. 313. 314. 315. 316. 317. 318. 319. 320. 321. 322. 323. 324. 325. 326. 327. 328. 329. 330. 331. 332. 333. 334. 335. 336. 337. 338. 339. 340. 341. 342. 343. 344. 345. 346. 347. 348. 349. 350. 351. 352. 353. 354. 355. 356. 357. 358. 359. 360. 361. 362. 363. 364. 365. 366. 367. 368. 369. 370. 371. 372. 373. 374. 375. 376. 377. 378. 379. 380. 381. 382. 383. 384. 385. 386. 387. 388. 389. 390. 391. 392. 393. 394. 395. 396. 397. 398. 399. 400. 401. 402. 403. 404. 405. 406. 407. 408. 409. 410. 411. 412. 413. 414. 415. 416. 417. 418. 419. 420. 421. 422. 423. 424. 425. 426. 427. 428. 429. 430. 431. 432. 433. 434. 435. 436. 437. 438. 439. 440. 441. 442. 443. 444. 445. 446. 447. 448. 449. 450. 451. 452. 453. 454. 455. 456. 457. 458. 459. 460. 461. 462. 463. 464. 465. 466. 467. 468. 469. 470. 471. 472. 473. 474. 475. 476. 477. 478. 479. 480. 481. 482. 483. 484. 485. 486. 487. 488. 489. 490. 491. 492. 493. 494. 495. 496. 497. 498. 499. 500. 501. 502. 503. 504. 505. 506. 507. 508. 509. 510. 511. 512. 513. 514. 515. 516. 517. 518. 519. 520. 521. 522. 523. 524. 525. 526. 527. 528. 529. 530. 531. 532. 533. 534. 535. 536. 537. 538. 539. 540. 541. 542. 543. 544. 545. 546. 547. 548. 549. 550. 551. 552. 553. 554. 555. 556. 557. 558. 559. 560. 561. 562. 563. 564. 565. 566. 567. 568. 569. 570. 571. 572. 573. 574. 575. 576. 577. 578. 579. 580. 581. 582. 583. 584. 585. 586. 587. 588. 589. 590. 591. 592. 593. 594. 595. 596. 597. 598. 599. 600. 601. 602. 603. 604. 605. 606. 607. 608. 609. 610. 611. 612. 613. 614. 615. 616. 617. 618. 619. 620. 621. 622. 623. 624. 625. 626. 627. 628. 629. 630. 631. 632. 633. 634. 635. 636. 637. 638. 639. 640. 641. 642. 643. 644. 645. 646. 647. 648. 649. 650. 651. 652. 653. 654. 655. 656. 657. 658. 659. 660. 661. 662. 663. 664. 665. 666. 667. 668. 669. 670. 671. 672. 673. 674. 675. 676. 677. 678. 679. 680. 681. 682. 683. 684. 685. 686. 687. 688. 689. 690. 691. 692. 693. 694. 695. 696. 697. 698. 699. 700. 701. 702. 703. 704. 705. 706. 707. 708. 709. 710. 711. 712. 713. 714. 715. 716. 717. 718. 719. 720. 721. 722. 723. 724. 725. 726. 727. 728. 729. 730. 731. 732. 733. 734. 735. 736. 737. 738. 739. 740. 741. 742. 743. 744. 745. 746. 747. 748. 749. 750. 751. 752. 753. 754. 755. 756. 757. 758. 759. 760. 761. 762. 763. 764. 765. 766. 767. 768. 769. 770. 771. 772. 773. 774. 775. 776. 777. 778. 779. 780. 781. 782. 783. 784. 785. 786. 787. 788. 789. 790. 791. 792. 793. 794. 795. 796. 797. 798. 799. 800. 801. 802. 803. 804. 805. 806. 807. 808. 809. 810. 811. 812. 813. 814. 815. 816. 817. 818. 819. 820. 821. 822. 823. 824. 825. 826. 827. 828. 829. 830. 831. 832. 833. 834. 835. 836. 837. 838. 839. 840. 841. 842. 843. 844. 845. 846. 847. 848. 849. 850. 851. 852. 853. 854. 855. 856. 857. 858. 859. 860. 861. 862. 863. 864. 865. 866. 867. 868. 869. 870. 871. 872. 873. 874. 875. 876. 877. 878. 879. 880. 881. 882. 883. 884. 885. 886. 887. 888. 889. 890. 891. 892. 893. 894. 895. 896. 897. 898. 899. 900. 901. 902. 903. 904. 905. 906. 907. 908. 909. 910. 911. 912. 913. 914. 915. 916. 917. 918. 919. 920. 921. 922. 923. 924. 925. 926. 927. 928. 929. 930. 931. 932. 933. 934. 935. 936. 937. 938. 939. 940. 941. 942. 943. 944. 945. 946. 947. 948. 949. 950. 951. 952. 953. 954. 955. 956. 957. 958. 959. 960. 961. 962. 963. 964. 965. 966. 967. 968. 969. 970. 971. 972. 973. 974. 975. 976. 977. 978. 979. 980. 981. 982. 983. 984. 985. 986. 987. 988. 989. 990. 991. 992. 993. 994. 995. 996. 997. 998. 999. 1000.

telligitur, hanc speciem doli maxime insignem esse, si quis officium scriptura obligatum deseruerit, & non solum promissi, sed etiam scripturae suae, immemor fuisse videatur. Quae res omnino habet rationem; cum deliberatius se obstringat, qui non verbis duntaxat se obligat, sed *conscribit* etiam promissionis instrumentum, ideoque minus excusate fidem fallit scriptura solenni obligatam. Sed maiores quidem nostri, uti ex lege iam adducta intelligitur, scripturam atque instrumenta, *briefliche Urkunden*, *Brief und Siegel*, *Brieffe*, appellantur. Inprimis, *publica* instrumenta, *Brieffe*, nominata sunt. Insignis est locus iuris provincialis Saxonici, in quo publica principum instrumenta *Offene besiegelte Brieffe* appellantur. Ita enim collector. l. N. 42. Doch mögen die Fürsten gewären einem Mann, des, das sie ihm verkaufft oder geliehen hätten, mit ihren offenen Brieffen besiegelt 2c. 2c. Den Brief soll man antworten dem, auf den man klagt, zu einem Gezeugniß der Klage, ob er es darnach bedarff. Quo sensu, fere Romanos instrumenta subinde etiam *epistolas* dixisse ex l. 29. ff. de probat. & ex l. 13. C. eod. supra fuit obseruatum.

§. V.

*Instrumenta
publ'ica.*

Sed quoniam *instrumenti publici* mentionem fecimus, attinet de speciebus instrumentorum, & de *publicis* inprimis, aliquid monere. Notum est, *publica*, *quasi publica*, & *priuata*, a doctoribus commemorari. Sed *publica* vel a *materia* appellantur, quae ad statum reipublicae pertinent, atque ab ipsis rerumpublicarum capitibus, publica auctoritate, conficiuntur. Hoc nomine *instrumenta pacis*, *recessus imperii*, & *publicae* imperatoris cum statibus *conuentiones*, appellantur. Sed alia ad *priuatos* pertinent, quae publica magistratus & *iudicis* auctoritate muniuntur, aut actis publicis insinuantur. Haec & ipsa *publica* dicimus. HONORIUS enim & THEODOSIUS l. 6. C. de re iudic. *publicam* fidem & monumenta *publica* appellat, quae coram *iudice* gesta & actis insinuata, perpetuam firmitatem nanciscantur. Idem in *auth. ad haec. C. de fide instrum.* charta, quae ex archiuo publico profertur, testimonium publicum habere dicitur. Ut ne possit dubitari, negotia priuatorum coram *iudice* tractata & conscripta, vim *instrumenti publici* habere. Illa quidem BALDVS *probationes probatas* appellauit, de quibus dici soleat illud famosum: *noli me tangere*. Id quidem expeditum est, ne morte quidem iudicis aut cognitoris instrumenti fidem publicam perire. Quod HONORIO & THEODOSIO placuit, l. 6. C. de re iudic. Neque tamen cum illis facerem, qui omnia solennia in instrumento *publico* remitti censent, quod LVDOVICO visum est a). Enim vero, ut taceam receptionem testamenti iudicialis, donationis geradae, & similia, in quibus ille oppido fallitur; certe Saxones, etiam veteres praesentiam duorum *scabinorum*

a) LVDOVICI doct. pand. tit. de fide instrum. §. 4.



rum & iudicis desiderarunt, ut instrumentum iudiciale fidem publicam haberet. Ita enim L. I. Land-Recht art. 7. traditum est: Was er aber vor Gerichte thut, da soll der Mann nicht um schweren: denn das überzeuge ihm der Sachwaldige wohl, mit zweyen andern Mannen, und der Richter soll der dritte seyn. Ex quo loco non potest, esse obscurum, praesentia duorum testium iuratorum opus esse, qui sua affirmatione inficiantem reum mendacii, cum testimonio iudicis, convincant: & nemo dubitat *scabinos* intelligi, quibus in illa causa fides habeatur. Nostri, in electoratu Saxoniae imprimis, praesentiam scabinorum, cum res actis insinuat, tam sollicitè non exigunt, si *testimonium publicum*, quod registraturam vocant, ab actu-ario & utraque parte subscribatur. Sed loci, temporis, & circumstantiarum diligentem annotationem, quae partibus praelegenda est, desiderant, ut ipsi fides habeatur. Quandoque etiam, si res suspecta videatur, iuramento suppletorio, quod parti iniungitur, vel purgatorio, quo actuarius suspicio- nem diluat locum damus. O P. R. tit. II. §. 6. Neque enim sufficit, si actuarius affirmet, nihil dolo malo a se factum esse; sed iureiurando com- probare debet, quod omnia, ut gesta sint, conscripserit. Certe Dn. praeses mihi indicavit, haud ita pridem *scabinos Wittenbergenses*, actuarium, qui, propter suspicionem falsi, iurare iussus erat, quod rem, uti gesta esset, lit- teris consignaverit, & in registraturam retulerit, poena arbitraria coercuisse, cum illud iusiurandum praestare recusaret; quamvis iurare paratus esset, quod nihil dolo malo retulerit in registraturam. Nisi igitur aliud quid obstat, cre- ditur instrumento *publico*. Neque enim in Saxoniae electoratu reus ad dif- fessionem publici instrumentimitteretur, *decis. elect. 74*. Quod & veteri- bus placuit, qui negaverunt, iurari posse contra fidem coram iudice solenni- ter obstrictam. Ita enim Saxones I. L. R. art. 7. Wer etwas borget oder gelobet, der soll es gelten, und was er thut, das soll er halten. Will er es aber läugnen darnach, er erwehret sich des mit seinem Eyde, wo er es vor Gerichte nicht gethan hat. Was er aber vor Gericht thut, da soll er nicht um schweren. Imo vero in electoratu, quod constat, ne recognitione quidem instrumenti *publici* opus est, modo negotium coram iudice gestum, aut ab utraque parte, cuius interest, actis fuerit insinuat. Ita enim ab- seisse ab augustissimo legislatore in *ord. P. R. tit. 25. §. 2.* constitutum: Also sollen gerichtliche Acta und Instrumenta, so entweder über einen vor Gerich- te getroffenen Handel gefertigt und abgefast, oder auch denen Gerichten, von denen contrahirenden Theilen, gebührend vorgetragen, und daselbst ent- weder confirmiret, und bestätiget, oder denen Actis publicis einverleibet worden 2c. Ex qua lege certum est, illa, quae altero non audito, ab vna duntaxat parte iudici exhibentur, vim plenam, sine recognitione, non nan- cisci, sed *decisionem 74*. in illis capitibus, in quibus non expresse correctum

Fasc. V.

I

est,



est, etiam hodie vim legis reinere. Ceterum exceptiones contra *publicum* instrumentum, quod recognitione indiget, parti aduersae semper referuntur *d. ff. 2. O. P. S. R.*

§. VI.

*Instrumenta
principis.*

Ita fere habendum est, de iudicialibus instrumentis. Haud multo secus de illis, quae nomine & auctoritate *principis* munita in iudicio subinde producantur. Neque enim disputatione indiget, litteris *principis* fidem esse, a cuius potestate omnis auctoritas iudicialia proficiscitur & sancitur & defenditur. Illud tamen GRATIANO & collegis *l. 1. C. de mandat. princip.* placuit, ne cuidam nuncio, qui cum mandatis *principis* veniat, credatur, nisi sacras *principis* litteras exhibeat, ex quibus de eius voluntate possit penitus constare. Sed IUSTINVS & IUSTINIANVS *l. 2. C. eod.* admiserunt, ut, si de iudicis assessoris datione, aut de recte ferenda sententia aliquid praecipiat, fides esset iudici, modo, se non de scripto, sed ore a principe aut quaestore palatii, aut aliquo referendariarum, illud accepisse, protestetur. Ceteroquin *litterae* *principis* sufficiunt ad fidem faciendam: neque aliquis desiderauerit, ut, praeter *principem*, aliquis consiliariorum, aut scribarum, mandatis *principis*, aut instrumentis ab ipso profectis, nomen suum adiciat; nisi haec forma ab ipso principe fuerit praescripta. Hoc postremum enim si lege definitum fuerit, certum est, illud negligi non posse, & inferiores habere causam dubitandi, ut haec seria *principis* fuerit voluntas, in qua declaranda modus, quem ipse praescripsit, fuerit neglectus: quod etiam GAILLVS ^{b)} obseruauit. Quamuis enim constet, nomen ab ipso principe subscriptum esse; tamen, si forma consueta sit neglecta, ignoratur, an non principem poenituerit consilii, an non in aliam partem abierit suasu amicorum, an non causa cognita discesserit a priori voluntate; cuius rei suspicio oritur, forma instrumenti ordinaria omissa. Ita LEO imperator *l. 6. C. de diuers. rescript.* mandatis suis fidem derogat, nisi cocti muricis, & triti conchilii ardore signata fuerint, & ipsius *principis* subscriptione confirmata. Igitur si certa rescriptorum forma definita fuerit, non immerito de *principis* voluntate dubitatur.

Sed, nisi grauius quid obstat, solum *nomen principis*, maxime in causis gratiae, sufficit, ut rescripto fides habeatur. *Dn. praeses* mihi retulit, mense Ianuario anni 1732. eiusmodi speciem ab exteris quibusdam, ordinis ICtorum Wirtembergensium oblatam. Aduocatus fisci possessorem fundi cuiusdam de tributis conuenerat. Reus, detrectata litis contestatione, *privilegium exemptionis* manu *principis* subscriptum, actori obiecit, in vim exceptionis, quae litis ingressum impediret. Actor replicabat, *nomen principis* non sufficere, sed rem suspectam esse, quandoquidem neque *nomen con-*
filia-

^{b)} GAIL. I. obseru. 14. n. 6 seq.



filiarii, neque *scribæ* aut *secretarii* omnino, subiectum instrumento, neque copia illius privilegii, in archiuo, & libris copialibus, quos vocant, inueniatur, in quos soleant omnia privilegia referri: itaque dubitari non posse, quin malis artibus impetratum fuerit rescriptum. Sed Ictis visum est, illam exceptionem liquidam esse, neque propter has replicas, pro turbida habendum. Itaque remissa litis contestatione, ingressum litis impediri per publicum exemptionis instrumentum censuerunt: sed actorem tamen ad replicas probandas admisere: Daraus so viel zu befinden, würde Kläger die fol. 131 seqq. sub A. B. und C. producirten Documenten, wenn ihm solche nochmalen in Originalibus vorgeleget werden, gebührend recognosciren, inmassen ihm sub pena recogniti zu thun obliegt; so hat dessen Suchen nicht Statt; er könnte und wollte denn die darwider vorgeschützten Einwendungen binnen Sächsischer Frist, wie Recht, erweisen, dessen genosse er nicht unbillig, darwieder Beklagten sein Gegen-Beweis, und anderer rechtliche Nothdurfft, auch beyden Theilen die Eydes-Delation, billig vorbehalten wird, ferner darauff zu beschehen, was Recht ist. Cui responso hæc fere rationes adiectæ sunt: Dieweilen Scriptura Principis die Vermuthung der Solennität und Richtigkeit vor sich hat.

arg. l. 14. C. de contrah. stipul.

LEYSER. meditat. ad P. T. I. spec. 7. n. 1. p. 63.

die sub & obreptio hingegen bey obangeführten Umständen nicht præsumiret wird, sondern allen Falls erwiesen werden muß.

arg. l. 6. ff. de probat.

GAIL. I. obs. cam. 14. n. 2. p. 28.

MENOC. de arbitr. iud. II. cent. 24. c. 313.

ENENCKEL. de privileg. l. 1. c. 6. n. 48. seqq.

Dahero die von Beklagten auf die angezogenen Documenta gegründete Exception, pro litis ingressum impediende, allerdings zu achten, mithin Kläger die darwieder gemachten Einwendungen, welche in altiori indagine beruhen, gebührend zu erweisen hat etc.

Vnum omittere non possum, quod Saxones veteres aliquando desiderauerint, vt litteræ principis per eius nuncium, viva voce, verbis expressis, confirmentur. Ita enim vetus collector 2. l. R. 42. Doch mögen die Fürsten geweren einem Mann des, das sie ihm verkaufft oder geliehen hätten, mit ihren offenen Brieffen besiegelt, also, daß sie mitsenden einen ihren eingebornen Dienst-Mann, der das Guth vertrete, an ihre Statt.

§. VII.

Discedam ab instrumentis publicis, si de *notariorum* instrumentis quæ *Instrumenta* dam obseruauero. Notum est, quibus legibus & solennitatibus illorum si *notariorum*.



des sit adstricta. Illud admonendum est, non sufficere, si ab omnibus pro notario ille habeatur, qui scripsit instrumentum; sed vere creatum duntaxat non putatum notarium admitti. Quae enim *l. 3. ff. de offic. praetorum.* POMPONIVS & ULPIANVS de barbario Philippo reulerunt, partim ad iudices proprie sic dictos pertinent, partim notario falso non patrocinantur, qui nunquam fuit notarius creatus. Barbari enim Philippi acta seruabantur, quia ipse a toto populo pro libero habitus, & praetor solenniter creatus erat. Certe in patria mea, in foro *Norimbergensi*, probatio producenti iniungitur, si de fide & creatione notarii excipiat. Ita enim expresse constitutum: *c)* So der Kläger zu Beweisung seiner Klage, oder der Beklagte zu seiner Defension und Gegenwehr ein Instrument gerichtlich auflegt, und der Widertheil dasselb anfechten würde, als, daß der Notarius unbekandt, und nit glaubwürdig oder nit legalis wäre, *zc. zc.* so soll dersjenige, der sich des Instruments zu gebrauchen vermeynt, beweisen, daß der Notarius, unverläumbd, glaubwürdig, und legalis sey, darauf, und des Gegentheils fernere Einred, ergehen soll, was Recht ist. Præterea in *Saxonia electorali* notarios nisi a facultate quadam iuridica Saxoniae examinatos, & a regimine Dresdensi immatriculatos non admitti, *d)* constat. Sed in terris imperii, omnium, qui legitime creati sunt, instrumenta fidem habent, si illa excipias, quæ in insinuatione processum cameralium desiderantur. His enim tunc demum credi ur, si, productis scientiæ & dexteritatis suæ probatissimis testimoniis, matriculæ inscripti sint notarii. *e)* Cetera ex decantatissimis legibus apparent.

Vnum adicere non superuacuum est, quod MAXIMILIANVS I. *f)* tempore nocturno, sine suspitione, scribi instrumenta non posse, arbitretur. Sed lepidus est SIGISMVND. SCACCIA *g)* qui notarium falsi crimine absoluit, si instrumentum, quod noctu confecit, se interdiu confecisse, asserat in instrumento. Imo vero pertinet ad officium notarii, ut non solum iudicer, quod noctu gestum sit negotium, sed causas etiam necessitatis, quæ illud tempus postulauerint, ingenue exponat. Ita omnis suspicio diluitur.

§. VIII.

Testes in instrumentis notariorum.

De subscriptione & commemoratione *testium* in notariorum instrumentis non prorsus inter legum interpretes conuenit. Inprimis inter HVBERRVM *h)* & illustr. Dn. de BERGER *i)* lis de illo argumento intercessit. Enim vero *nou. 73. cap. 5.* subscriptionem testium necessariam esse, præcipit, ad fidem instrumenti. Neque enim tuto ad *l. 31. C. de donat.* quæ tabellioni, sine

c) ref. nou. ciuitat. Norimberg. de anno 1564. tit. VIII. *d)* vid. mandat. de dat. Dresd. d. 19. Febr. 1721. ordinat. præcess. recogn. tit. 2. §. 7. *e)* Rec. Imper. de anno 1555. tit. 39 §. 1. *f)* Ordinat. MAXIM. I. von Notarien §. 24. *g)* de iud. caus. ciuil. L. II. c. 3. *h)* HVB. ad h. tit. §. 5. *i)* de BERGER ref. LAVTERB. ad h. t. p. 454. vid. SCHILT. exercit. 35. §. 21.



sine testibus, fidem habet, prouocabitur: cum forma notariis in nouella ab imperatore praescripta negligi non possit, sine publici instrumenti detrimento. Sed MAXIMILIANVS I. qui in multis capitibus a iure communi discessit, & notariis legem, quam sequerentur, dedit ^{k)} illud duntaxat, vt nomina & praenomina testium in instrumento notarii clare commemorentur, praecipit: Es sollen der Zeugen Namen und Zunahmen klährlich beschreiben werden, subscriptionem non desiderauit. Quare certius est, sufficere, si illud a notario obseruetur, cum & iure communi, quæ priuatorum instrumentis continentur, ita, vt scripta sunt, omnino gesta esse censeantur. l. 14. C. de contrah. vel commit. stipulat. Igitur non desideramus subscriptionem testium, si illorum nomina a notariis in instrumento, quod verum esse praesumitur, commemorentur.

Sed, vt solet lis e lite saepius enasci, ipsa hæc MAXIMILIANI I. verba, perpererunt aliam dubitationem, an *subscriptio* testium sufficiat, si illorum nomina non indicata sint in ipsis verbis instrumenti. Sed recte *illustris de BERGER* iudicauit ^{l)} satis esse, si testes nomina subscribant, modo indicatum sit in instrumento, quod testes illos, qui nomina subscripserint, notarius adhibuerit negotio administrando: Mit Zuziehung der Endes, benannten Zeugen. Neque enim praeter necessitatem solennia facile augemus, neque negari potest, quod, & subscriptio testium sit pars quaedam instrumenti. Quare satisfactum est legi imperii, si nomina testium, in fine, clare, & distincte ab ipsis subscribantur. Quapropter valebit instrumentum, si vel nomina illorum a notario distincte commemorata fuerint, vel, sine commemoratione speciali, ab ipsis testibus subscripta.

§. IX.

Postquam de publicis instrumentis tractauimus, superest. vt de *quasi publicis* non nihil obseruemus. *Quasi publice* enim confecta, si ^{Quasi publica instrumenta.} LEONEM audias l. ii. C. qui pot. in pign. accipiuntur, quæ probatae & integrae opinionis trium, aut amplius, virorum subscriptione confirmantur. Sed horum quidem fides non omnino *publica* videtur: quandoquidem, nisi testibus, qui instrumento nomina subscripserunt, aut aliis, quibus de veritate gesti negotii omnino constat, auditis, & iurisiurandi religione obligatis, aduersus inficiantem nihil penitus probatur, &, testibus demortui, etiam iuratae diffessione locus relinquitur; excepta vnica specie, si, iuxta *auth. si quis C. qui potior. in pign.* alii testentur, quod negotium legitime fuerit administratum. Igitur propemodum nihil distant a priuatis instrumentis, quorum diffessio pariter recognitione per testes subinde interuertitur. *Ordinat. process. R. tit. XXV. §. 5.* Sed hic tamen *quasi publici* instrumenti

I 3

prae-

k) Ordinatio MAXIMI I. de anno 1512. §. 5. ad tit. de fide instrument. p. 454.

l) de BERGER ref. Lauterbach.



præcipuus usus est, ut quoties præsentia testium *ad formam* negotii pertiner, ex illo duntaxat efficaciter agatur. Certe *fideiussiones mulierum*, nisi instrumento publico, a tribus testibus subscripto, muniantur, ipso iure nullas esse, l. 23. ff. ult. C. ad SCtum Velleian. ^{m)} IUSTINIANVS præcepit, ut ne quidem SCti Velleiani exceptione opus sit ad illas infirmandas: quae necessaria est, si mulier in quasi publico instrumento fideiussit.

§. X.

Nominum obligatio. Instrumenta priuata. Quid pro scribente probent.

Restat, ut de *priuatis instrumentis* pauca moneamus: quae postquam, quod *imperator* ait *pr. instit. de litt. obligat.* *Litteris* coepit obligatio fieri, omnium maxime in negotiis hominum & foro frequentantur. Olim quidem constat *scriptura* contractam esse obligationem, quae *nominibus* fieri dicebatur. Sed nomina illa, si THEOPHILO ⁿ⁾ fides est, ita contracta sunt, ut vetus obligatio per nouationem redigeretur in scripturam, quasi litteris duntaxat obligatio facta esse videretur. Ne quid tamen dissimulem, semper mihi suspecta fuit illa THEOPHILI sententia. Ne veteres quidem, dum scriptura comprehendebant obligationem, *animum nouandi* habuerunt. PAVLLVS l. 2. ff. de fide instrum. scripturam interuenire ait, ut contractus *fides* possit ostendi. Et inprimis GAIVS l. 4. ff. eod. fieri scripturas docet, ut, quod actum est, per eas facilius probari possit: & sine his valet, quod actum est, si habeat probationem. Neque vlllo alio loco idoneo, quod ego meminerim, doceri potest, nominum obligationem hoc consilio semper contractam, ut a priori obligatione discedatur.

Sed iam non vacat disputare de obligatione, quae nominibus fiebat. Illud tamen expeditum est, *foeneratores* debitorem scriptura obligasse, dum ipso praesente nomen eius & debiti summum in *Kalendarium* referebant; quod si etiam a debitore, ut fieri solebat, factum esset, ut & ille, quantum debeat, in suas tabulas retulerit, & vtriusque tabulae in iudicio producerentur; iudici fides de summa credita & obligatione debitoris facta esse videbatur. Illud ex MARCO TVLLIO discimus. ^{o)} Ex qua re intelligitur, scripturam *pro scribente* aliquid probasse, si quid aliud accesserit, quo fides scripturae propriae confirmaretur. PHILIPPVS quidem l. 6. C. de probat. præcipit, ut rationes creditoris solae non sufficiant ad quantitatis debita probationem. Sed, dum *solae* sufficere non credit; caret dubitatione, quod *aliquam* vim probandi illis largitus sit, si rationes & priuata scriptura, creditoris, argumentis aliis suffulciantur. Hoc inprimis in *publicorum reddituum*, quorum summa per legem definita est *administratoribus*, qua appellatione etiam *curatores Kalendarii*, quos ARCADIVS CHARISIVS l. 18. ff. 2.

^{m)} BRUNNEM. in comm. ad. ff. ad l. 1. de fide instrumentorum.

PHIL. pr. instit. de litter. obligat.

ⁿ⁾ THEOPHILO. ^{o)} CICERO pro Roscio, comoed. cap. I.

vid. BRISSONIUS de form. L. VI. p. 356.



ff. de muner. & honorib. & PAPIRIVS IVSTVS l. 9. §. 7. ff. de administr. rer. ad ciuit. pertin. commemorant, continentur, receptum est, ut illorum rationibus credatur, donec debitores solutionem, quae non praesumitur, aut debiti diminutionem, idoneis argumentis comprobent. A domino praefide accepi, haud ita pridem curiam regiam & electoralem Wittenbergensem, in termino Erhardi, huius anni, eiusmodi sententiam tulisse, & has fere rationes addidisse: Diueilen die von verpflichteten Einnehmern angegebene Reste, bis die in Facto beruhende Zahlung ausgeführt wird, vor gegründet zu achten, demnach dem Einnehmer dießfalls mehrerer Beweis nicht aufzubürden, vielmehr dergleichen Rechnungs-Officianten, in zweifelhaften Fällen, Glauben beizumessen &c. &c.

Neque vero GALLIENVS l. 7. C. de prob. me mouet, ut a sententia discedam; quamuis ille, ne fiscum quidem ex sua annotatione probationem debiti praebere posse, praecipiat. Enimuero GALLIENVS neque de administratoribus, quorum fides iureiurando adstricta est, neque de debitis fiscalibus, quorum quantitas lege definitur, & donec immunitas vel solutio aut remissio probetur; certa est, tractauit: quod utrumque si concurrat, nemo dubitat, vim non exiguam probationis in illis administratorum rationibus versari.

§. XI.

Desinam in hac descriptione, si vnum adiecero, quod PAVLLVS l. 2. Instrumenta ff. de fide instrum. praecipit, debitorem non ex indice aut exemplo alicuius scripturae, sed ex authentico, conueniendum esse. Quo iure etiam hodie vitimur. Sed illud dubio non carer, an exempla, quae a iudice inprimis facta sunt, nostri vidimatas copias appellant, omni nervo careant. & locum non inueniant inter probationis instrumenta. De documentis priuatis quidem certum est, nullam exemplis & copiis vim inesse, nisi debitor ipsum authenticum recognouerit, & eius fidem sua confessione confirmarit, aut de scriptura sua per testes contineatur. Sed, si iudex testetur, debitorem authenticum omnino agnouisse, & exemplum authentico recognito prorsus conuenire; affirmare ausim, non negligendas esse eiusmodi copias in probatione. Ita etiam de publicis instrumentis habendum est, quorum exemplum, auctoritate iudicis munitum, non sine fructu usurpatur in probatione. Ad haec si attendas animum, forte lis illa, quae ao. 1726. in causa Marien Schüßlerin contra Marien Stelknerin, inter scabinos Lipsienses & ordinem iuridicum Lipsiensem intercessit, non incommode componi posset. Scabini certe non solum copias non admiserunt, sed aduocatum etiam, quod documenta vidimata, quae nihil probent, produxerit, 5. thaleris multandum esse censerunt. Sed aliter ordini iuridico visum est, qui, interposita

leu-



leutatione, consulti, responderunt: admitti copias in probatione: Num-
mehro aus denen Acten, und der Partheyen Rechtlichen Einbringen soviel
zu befinden, daß 2c. 2c. die Documente sub C & D pro recognitis zu achten:
his fere rationibus adiectis: Dieweil Gerichtlich vidimirte Abschriften, vor
solche Documente, sogar nichts beweisen könnten, und folglich nicht recognosci-
ret werden dürfen, keinesweges zu halten. Enimvero, si de documentis
iudicialibus, aut priuatis, a debitore iam recognitis, disceptatum fuit, non
dubitem ordini iuridico, sin de mere priuatis nondum agnitis actum est, au-
sim scabinis consentire. Rationi enim conuenit, exemplum nos plus, quam
ipsum authenticum, probare. Quare, cum priuatum instrumentum nihil
sine recognitione probare possit, sequitur, nullam vim inesse priuati instru-
menti, nondum recogniti, exemplo. Præterea periculum est, ne per hæc
exempla, & vidimatas copias, suscipio falsi, in authentico commissi, occul-
tetur, neue per productionem exempli, facultas diffessionis debitoribus, arte
obliqua, adimatur. Sed hæc quidem de priuatis instrumentis in mentem
venerunt.

XXXIV.

D I S S E R T A T I O

DE MVTVO
FOEMINAE ALIIS CREDITVRAE
DATO.

VITEMBERGAE, AD D. IVN. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVIII.

§. I.

*Intercessio-
nes mulie-
rum suspen-
sae infirmi-
tas animi
plerumque
eum calli-
ditate con-
iuncta.*

Incredibilis est, non *virorum* duntaxat, sed etiam *legum*, in *foemi-
nas* indulgentia, qua omnes ordines reipublicæ mirifice perturbantur, &
negotia, etiam cum cautione insigni inita, obtentu *infirmitatis* muliebris,
dilatruntur. Vix miseratione digni videntur Romani, quod foeminarum
quibus gradu cedebant, quas *dominas* vocabant, quas laudatione, obsequio,
assentationibus, corrumpebant atque excaecabant, quod foeminarum, in-
quam, artibus & fastu, non solum possessionibus exuti & spoliati, sed, quod
mulieres Romanae legem Oppiam impugnant, a) & Papyrii adolescentis
com-

a) LIV. 34. c. I.



commento excitatae moliebantur, ^{b)} ipsa fere curia eiekti & deturbati sunt. Sed ego quidem nolim crabrones irritare. *Veteres magistri* artis nostrae plerumque *imbecillitatem mulieris ingenii* caussantur, dum foeminis succurrunt. Hæc enim non modo exultationem, sed illud etiam mereri videbatur, ut, cum cogitatio fragilitatis suæ moderationem & obsequium mulieribus inprimis suadere debuisset, nos contra, patiamur illas animi impotentia efferri, omnia tentare, nihil sibi non permittere, viros eludere, summa imis miscere, tandem, si quid insolentius admissum sit, ad *infirmi- tatem* suam confugere, & huius miseratione veniam, aut, quod magis est, cum aliorum iniuria, opes & laudem impetrare. Certe, in interpretatione SCti, quod *de foeminarum intercessionibus* factum est, videntur fere aliquanto plus iusto amoris foeminarum & gratiae dedisse. VLPPIANVS quidem l. 2. §. 2. *D. ad SCtum Vellei. laudat* providentiam *amplissimi ordinis*, quia opem tulit mulieribus, propter *sexus imbecillitatem*, multis huiuscemodi casibus oppositis atque subiectis. Idem PAVLLVS l. 1. §. 1. *eod.* monet, qui adimendum eis fuisse *intercessionis* officium existimat, in quo non solum opera & nudum ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris, quod ab ipsis prohibendum videatur. Vnum SEVERVS l. 2. §. 2. *D. eod.* observavit, τὰς ἀπατώσας γυναῖξιν τὸ δόγμα τῆς συγκλήτης βουλῆς & βου-
δέν. *Decipientibus* mulieribus senatus consultum auxilio non esse: quod & PAVLLO l. 23 & 30. *D. eod.* placet; ut, si *decipiendi* animo aliquid gesserint, senatus consulti beneficio ne defendantur. Sed, ut ingenue profitear, quod sentio, non satis cohærent, quæ veteres de mulierum *intercessionibus* philosophati sunt, dum infirmitati, non fraudibus, mulierum patrocinantur. Omnis fere *infirmi- tas* suspicionem *fraudis* parit. Ipsa necessitas propemodum *imbecillibus* hæc tela subministrat, ut, si vi non possint, per insidias, &, quod ait comicus, vel clam, vel precario rem administrant. ^{c)} Plerumque *infirmi- tas*, cum & ipsa velit aliquo loco esse, atque destinata perficere, *dolis* & machinationibus aucupatur, quod vi & contentione, scientibus & intelligentibus, extorquere non potuit. Certe, quod ALEXAN-
DER ^{d)} ait: illorum, qui deprehendi nolunt & resistere omnino nequeunt, illa solertia, illud unicum votum est, *fallere*. Itaque dum imbecillitati ignoscimus & assentamur, *improbati* etiam *decipientium*, quæ plerumque cum infirmitate coniuncta est, impunitatem & privilegium damus. Ipse VLPPIANVS l. 4. §. 1. *in fin. D. h. t.* agnoscit, quod semper fere *fraudis* aliquid lateat in mulierum *intercessione*; & manifeste tamen fauet calliditati mulieris intercedentis. Facilius enim, inquit, se *obligat* mulier, quam
cui-

b) MACROB. I. sat. cap. 6.

c) TERENT. Eunuch. II. 3. v. 28.

d) apud Q.

CVR. IV. 13. 8.

Fasc. V.

K



cuiquam *donat*. Quod & CONSTANTINVS l. 16. C. de donat. antec. nupt. obseruauit, vt ne *sponsa* quidem facile aliquid titulo donationis sponso largiatur. Et ea tamen ICTI est facilitas, vt, quamuis *donanti* & *soluenti* pro *alio* non succurrat, tamen foeminae pro aliis *obligatæ*, quæ promissione sua eludit stipulantem, SCTI auctoritatem subuenire arbitretur. Mihi quidem magis videtur *donanti* quam temere *promittenti* auxilium SCTI accommodandum esse. Enim vero facilius excusatione fragilitatis suæ vti potest, quæ animo ingenuo alterius inopiam, cum detrimento rei familiaris, donatione sua subleuauit, quam quæ, non sine suspitione doli & calliditatis, facile se pro aliis obligat, & hac arte fidem fallit, creditores eludit & in periculum adducit. Certe, mulier, quæ raro donat, pro aliis vix vnquam sine spe lucri *intercedit*, & quod PLINIVS ait, ^{e)} viscatis duntaxat hamatisque muneribus, non tam sua promittit, quam aliena corripit, dum, fide sua interposita, pro viris intercedit. Enim vero, si tantum ingenio valent mulieres, vt *raro* donent, ne rei familiaris detrimentum patiantur; unde enata est illa facilitas, vt tamen liberaliter promittant, se pro aliis soluturas esse? Profecto eadem calliditas, quæ ipsas a donationibus retinet, illis etiam dissuaderet, ne se pro aliis promissione sua obligarent: nisi hoc animo intercederent plerumque, vt vel lucrum aliquod venentur, vel stipulantem decipiant, cum credant, se illi verba dare, ipsumque eludere omnino posse, vt, circumuentus fraude muliebri, omni commodo careat ex illa stipulatione. Rectius forte illarum *infirmi*tati mederemur, si cogerentur mulieres implere fidem datam, & poena etiam coercerentur, a leuitate animi adductæ, pro aliis se obligassent: tunc, ausim affirmare, illas facilius recordaturas *infirmi*tatis suæ, si periculosam esse intelligerent leuitatem suam, & cum incommodo coniunctam. Sed ICTI quidem sua illas indulgentia & inuestigata misericordia, deteriores faciunt, dum, nisi manifesta & operosa machinatio appareat, credunt mulieres *infirmi*tate sexus potius sublapsas, non *dolo* vsas esse. Igitur marito quibusdam accidit, quod illi apud PHAEDRVM ^{f)} a quo:

Canis parturiens cum rogasset antea,
Vt foetum in eius tugurio deponeret,
Facile impetrauit; dein repocenti locum
Præces admittit, tempus orans breue,
Dum firmiores possit catulos ducere:
Hoc quoque constans, cum flagraret validius
Cubile tradere: si nihil & turba mea,
Par, inquit, esse potueris, cedam loco.

e) PLIN. IX. ep. 30.

f) PHAEDR. I. fab. 19.



§. II.

Sed, ne cum dimidia parte generis humani iras exercere videamur, *Simplicitati* age, in gratiam cum lepido illo & eleganti sexu redeamus. Quamvis enim *mulierum* suspicione doli non careant, quæ a foeminis obtentu *infirmitatis* mulie- *SCto succur-*
bris præcipitantiùs & periculosius gesta sunt; tamen, si ex illis, quæ circum-
stant, appareat, illas ignorantia iuris sublapsas, aut cupiditate creditoris in
periculum adductas, aut, si creditor se ipsum decepiſſe intelligatur, datur
venia *ſimplicitati*. At vereor, ut beneficio SCti & titulo *ſimplicitatis* grati-
am apud illas ineamus, quæ hodie tantum non ſolæ ſibi ſapere videntur.
Nuper certe *ſcabinis Vitembergensibus* eiſmodi ſpecies oblata eſt, in qua
non indigna videbatur mulier, cui, *ob ſimplicitatem*, ſenatus conſulti be-
neficiũ accommodari poſſet. Aquilia, mulier, nullis matrimonii vinculis
innexa, *ſexcentorum* indigebat, ad neceſſitates rei familiaris procurandas.
Titius, frater eiſ, ipſe etiam *quadringenta* mutua ſumere volebat. Hic
ſorori, Aquiliæ, indicabat, Jauolenum *mille* habere, quæ fœnore poſitu-
rus eſſet: rem facile conſci poſſe, ſi Aquilia ſexcenta, ipſe quadringenta,
acciperet: ita ſortem totam M. Ioachimicorum conſumi poſſe: ſed Jauole-
num ſibi ſoli quadringenta vix crediturum: itaque neceſſe videri, ut Aqui-
lia fidem ſuam pro Titio fratre ſuo interponeret: quod ſi factum eſſet, Jauo-
lenum mille daturum, quibus utriuſque neceſſitati commodiſſime conſulere-
tur.

Aquilia accipiebat conditionem a fratre Titio oblatam, & rem per
epiſtolam enarrabat Jauoleno: nec diſſimulabat, ſe ſexcenta duntaxat poſtu-
lare, & quadringenta fratrem Titium deſiderare: ſed pro ducentis, quæ fra-
tri Titio darentur, ſe *intercedere*, & fidem ſuam obligare affirmabat: altera
ducenta, quorum cauſſa ipſa omnino teneri nollit, fratrem ſua fide accep-
turum: ut ipſa adeo ſexcenta ſuo nomine deberet, propter ducenta, Titio
credenda, fideiſſione ſua intercederet, altera autem ducenta ſoli Titio a
Jauoleno crederentur. Sed Jauoleno diſplicebat mulieris interceſſio: ideo-
que, ſe perſonam mulieris duntaxat ſecuturum, & tota *oſtingenta* Aquiliæ
ſoli crediturum, ducenta autem Titio mutua daturum eſſe, per fratrem Ti-
tium reſcribebat. Poſtquam inter partes convenit, datur chirographum, in
quo Aquilia, ſe *oſtingenta*, Titius ducenta, ſe accepiffe, profitentur. Ja-
uolenus M. Titio numerat, qui Aquiliæ ſexcenta exhibet, quadringenta in
ſuos uſus conuertit, ſed propter ducenta, Aquiliæ chirographo comprehen-
ſa, dato alio chirographo, ipſum ſe Aquiliæ debitorem conſtituit: ut ad
Aquiliam ſola ſexcenta, cum chirographo propter ducenta illa, quæ Titius
retinebat, pervenirent. Poſtquam dies venerat, Jauolenus oſtingenta ab
Aquilia reſlagitabat. Quæ, cum ſe ſexcenta duntaxat accepiffe, ducenta Titio
data eſſe, cauſſaretur, actione pulſata, & proceſſu executiuo, quem vocant,



instituto, cum de exceptione non liqueret, victa, atque Jauoleno octingenta reddere, a scabinis damnata est. Aquilia, detrimentum rei familiaris ægre passa, fratre Titio interea mortuo, *reconventionis* beneficio vititur. Jauoleno exceptionem *SCti Velleiani*, quod de *intercessionibus* mulierum factum est, obiicit, rem Jauoleno non incognitam, & ipsi ab Aquilia perscriptam esse, latere intercessionem in hoc negotio, sibi sexcenta duntaxat numerata, seque fratris amore seductam esse, querebatur, & ducenta, quæ ad Titium peruenissent, a Jauoleno reposcebat. Jauolenus, se personam mulieris secutum esse, & Aquiliæ soli octingenta credidisse, sed, in quos usus ipsa hæc octingenta consumptura esset, non inquisuisse, neque omnino certum fuisse, quod Aquilia Titio ducenta ex illis octingentis creditura sit, regerebat: *doli* etiam, per quem hoc negotium ab Aquilia conflatum esset, replicatione utebatur: denique, ut Aquilia a Titii heredibus ducenta illa, quæ ipsi ex octingentis illis suo periculo numerauerat, repeteret, se vero ex lite dimitteret, poscebat. Sed *scabini* Jauolenum, si Aquilia ipsi actionem aduersus heredes Titii cederet, ducenta reddere iusserunt. Ita enim responsum est: Diweil Wieder-Beflagter auf die Wieder-Klage geantwortet, und deren in den Haupt-Puncten der Litis contestation geständig, So ist derselbe, des geschehenen Einwendens ungeachtet, die libellirten 200. Thlr. Klägers Principalin zurück zu geben, Wieder-Klägerin hingegen die wieder ihres verstorbenen Bruders, N. N. Erben dießfalls habenden An- und Zusprüche, auf sein Verlangen, ihm abzutreten schuldig, die beyderseits aufgewendeten Unkosten aber sind, aus bewegenden Ursachen, gegen einander zu compensiren und aufzuheben W. R. W. Quod quibus ex rationibus factum fuerit, deinceps apparebit. Operæ pretium videtur, ut de illo argumento diligenter exponamus.

§. III.

Mutui dationes pro aliis quibus foemina intercessit SCto infr. mantur.

Nimirum, postquam edictis Diui Augusti, & deinde CLAUDII, interdictum est, *ne foeminae pro viris suis intercederent*, tandem SCto, ex relatione M. SILANI, & VELLEII tutoris, consulum, facto, plenissime foeminis omnibus subueniunt, & non solum *fideiussiones* foeminarum, sed etiam *mutui dationes*, pro aliis, quibus foeminae intercederent, ita infirmatæ sunt, ut ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio daretur. Sic enim VLPIANVS l. 2. §. 1. D. ad SCt. Vellei. verba SCti enarravit. Neque locus est dubitationi, quin *mutui datione pro aliis*, cui foeminae intercesserint, *mutuum a foeminis* ideo contractum, ut nummos a creditoribus acceptos *aliis crederent*, intelligatur. Explicare enim idem ille VLPIANVS d. l. 2. §. 3. D. ad SCtum Vellei. & l. 8. §. 1. D. eod. omnem omnino obligationem pro aliis, ait, SCto comprehendi, siue veterem obligationem foemina, siue novam, constituendo, aut mandando, recepisse videatur, & vnum illud sufficit, si obligationem alienam recepisse videatur.



deatur. Clarius adhuc PAVLLVS l. 11. & 12. D. eod. si mulier, alii *creditura*, pecuniam acceperit, locum SCTo esse, docet, si sciuerit creditor, illam intercedere obligationi *alienae*. Imo vero idem, quem antea adduxi, VLPPIANVS, l. 6. D. h. t. monuit, etiam, dum alicui *mandat* aliquid mulier pro aliis, mandataris quoque prodesse SCTi beneficium; cum ipsum mandatum, quo foemina pro aliis intercessit, propter SCTum inefficax & inane videatur. Ideoque fideiussores, qui *mandato* matris, pro defensore absentis filii, interuenerunt, PAPINIANVS ait, exceptione SCTi vfuros esse, cum contemplatione *mandati* matris interuenerint l. 6. & 7. D. ad SCTum Vellei. Igitur merito in specie illa, quam supra §pho II. commemorauimus damnatus fuit Jauolenus, ut redderet Aquiliae ducenta; quamuis se Titio, Aquiliae *mandato*, ducenta illa numerasse caussaretur: cum & ipsum *mandatum* mulieris *intercessionem* continere videatur.

Ex his, quae dicta sunt, apparet, *mutui dationes* pro aliis, quibus foemina intercesserit, siue *mandauerit*, ut alii mutuum daretur, siue mutuum, alii datum, *constituerit*, siue *fideiussione* se obstrinxerit, siue ipsa *mutuum*, hoc animo, ut alii *crederet*, *acceperit*, irritas videri; cum & illa, quae mutuum pro alio contrahit, *obligationem alienam*, eamque *nouam*, suscipiat, quod VLPPIANVS l. 8. §. 1. D. ad SCTum Vellei. interdixit. Neque vero opus est, ut pro *mutui dationibus*, quod quibusdam visum est, *mutuationes* foeminarum, in verbis SCTi, emendatione ridicula, substituamus. Enimuero, cum *re* contrahatur mutuum, non potest foemina mutuum pro aliis accipere, sine *mutui datione*, a creditore facta, cui ipsa intercessit: neque *mutuatio*, sine *mutui datione*, fingi potest. Sed, dum *accipit* mutuum foemina, *mutui dationi*, pro aliis, omnino intercedit: quo sensu, secundum VLPPIANVM l. 27. D. de reb. credit. ciuitas *mutui datione* obligari dicitur, si actor ciuitatis mutuum *acceperit*, illudque verterit in rem ciuitatis. Adeoque, dum *mutui dationes* SCTo infirmantur, interdictum est, ne foeminae mutuas pecunias *accipiant*, quae ab ipsis postea aliis credantur. Quod etiam a CUIACIO obseruatum est. g)

§. IV.

De *aliena* igitur obligatione mulier omnino non tenetur. Sed aliquando *Alienam* obscurum est, *alienam* obligationem recepisse, an suum negotium gessisse videatur. Inprimis, si *ab initio* cum muliere contraham, & ignorem, cui id factum *obligatio-* vellet, VLPPIANVS ait l. 4. pr. D. h. t. magis *suum* illam, quam *alienum*, ne- *nem mulier* gotium gessisse: de quo loco deinceps exponemus. Huc & pertinet, quod SCTo *utitur*. PAPINIANVS monet, l. 27. pr. D. h. t. quod, si bona fide *personam mulie-* ris secutus, cum illa contraxerim, ob ea, quae *postea* a muliere cum aliis gesta sunt, exceptione SCTi creditor non submoueat; quamuis ipsa in

K 3

viti-

g) CUIAC. ad Afric. tr. III ad l. 17. ad SCTum. Vellei. p. 1338. op. T. I.



utilitatem alterius negotium gesserit: modo, quod addit PAVLLVS l. 11. D. h. t. tanquam in *usus suos* acceperit pecuniam. Generaliter PHILIPPVS l. 10. C. eod. si quis non cum marito, sed cum vxore, contraxerit, non patitur, feminae obligationem, obtentu SCti, infirmari. Igitur, si *ab initio* mulier sola contraxerit, in dubio, magis *suae* utilitatis causa, quam ut *pro aliis* intercederet, gessisse negotium videtur. Hoc est, quod SCÆVOLA l. 28. pr. D. ad SCtum Vellei. observauit, non audiendum esse maritum, qui *postea*, in fraudem creditoris, affirmauerit, suae utilitatis causa mutuum contractum, si mulier *ab initio* pecuniam accepit. Tunc enim, certius est, cessare SCti beneficium. Cui conueniens est illud, quod domina, auctore MODESTINO, l. 25. pr. D. ad SCt. Vellei. si seruo suo credi iusserit, honoraria actione teneatur. Quandoquidem quæ seruo suo, per quem acquirit, fidem conciliat, *sua* fide negotiata est, & sibi vigilauit.

Imo vero interdum etiam, si obligationem ab alio contractam in se transferat mulier, & pro alio se ream constituat, videtur *suum negotium* administrasse. PAVLLVS certe l. 24. pr. D. h. t. mulierem, quæ se a creditore suo *delegari* passa est, & pro illo, cui delegata est, promittit, efficaciter obligari, docet; cum non, ut aliis prospiciat, sed, ut illud, quod creditori deleganti debuit, exsoluat, & a priori obligatione liberetur, interuenisse videatur. Igitur abscisse ANTONINVS l. 2. ad SCtum Vellei. praecipit, mulierem: quæ *pro creditore* suo se obligauerit, vel ab eo se, vel debitorem suum, *delegari* passa sit, huius SCti auxilium non habere. Est & alia species, de qua AFRICANVS l. 19. pr. & §. 1. D. h. t. & VLPIANVS l. 8. §. 1. D. eod. tractauerunt, quæ plus difficultatis habet. Dubitabatur enim, utrum *mulier*, quæ heredem, de suspectis facultatibus defuncti dubitantem, *iusserat* hereditatem suo periculo adire, seque illum eo nomine *indemnem* praestitura esse, sponderat, *intercessisse* videatur. Poterat a muliere opponi, quod *pro debitoribus* hereditatis, si illi soluendo non fuerint, intercesserit illa sponione, dum heredem, *indemnem* futurum affirmauit. Sed placuit, in illa specie mulierem non posse ad SCtum confugere. Non enim visa est, *veterem* obligationem recepisse, sed ipsa *nouam* fecisse obligationem. Vnum AFRICANVS excipit, si ipsa repromiserit, ut, quanto minus a quoquo debitorum hereditatis seruari posset, tantum ipsa praestaret. Tunc enim prope est, inquit, ut sit intercessio l. 19. §. 4. D. ad SCtum Vellei. Contra, si mater, cum filiorum suorum patrimonium gereret, tutoribus eorum *securitatem* promiserit, & fideiussorem, vel pignora, dederit, *suum* quodammodo negotium gessisse, & de sua administratione securitatem promississe videbitur, ideoque frustra auxilium SCti invocabit. Ita ALEXANDER tradit l. 4. C. ad SCtum Vellei. Ex quibus rebus intelligitur, non semper, si *suo nomine* contraxerit mulier, SCti



SCti beneficium cessare; neque semper, dum *alienam obligationem recipit*. SCto locum esse: sed, si *aperte* id egerit, ut aliorum utilitati sua obligatione subueniret, tunc illam, siue suo nomine reo susceperit, siue alienam obligationem in se transtulerit, *alienum negotium* gessisse, & SCti beneficio defendi; contra vero, si hoc non intelligatur, quamuis persona aliena interueniat, & mulieris facto liberetur, aut pars obligationis alienæ in ipsam transferatur, tamen mulierem censi *sue utilitatis causa* contraxisse, & ex illo negotio efficaciter conueniri posse.

Igitur facile iudicabitur, ineptè Jauolenum illi Aquiliæ, cuius §pho II. mentionem iniecit, obiecisse, quasi *suum negotium* gesserit, dum de obtingentis, quæ Jauolenus Titio, Aquiliæ mandato, soluerat, se obligauit, quamuis ab *initio*, cum Titius pecuniam acciperet, ipsam se ream, dato chirographo, constituisset. Indicauerat enim Jauoleno, se sexcentorum duntaxat indigere, & ducenta ad Titium peruentura esse, pro quo ipsa fidem suam interponeret. Sed aperte ALEXANDER l. 4. C. ad SCtum Vellei. docet, in eiusmodi speciebus locum habere amplissimi ordinis beneficium, siue eam obligationem, quæ in alterius persona constitit, mulier in se transtulerit, vel participauerit; siue, *cum alius pecuniam acciperet*, ipsa se ab *initio* ream constituerit: semper enim illam videri *alienum negotium* gessisse.

§. V.

Igitur nemo dubitat, si vel ab initio obligationem *pro aliis* suscipiat mulier, SCto, quod de foeminarum intercessionibus factum est, locum esse. Sed VLPIANVS l. I. §. 3. D. ad SCt. Vellei. ita duntaxat mulieribus subuenit, non *callide* in alieno negotio sint versatæ. Cum & diuus Pius & Severus Iuliani. referipserint, SCtum *deceptis*, non *decipientibus*, opitulari. Hoc & PAVLO placet l. 30. D. eod. ut, si *decipiendi* animo, cum *sciret*, & edocta esset, se non teneri, mulier pro aliis intercesserit, ei exceptio SCti non danda esse, videatur; quandoquidem actionem, quæ in *dolum* mulieris competit, amplissimus ordo non excludit. Eodem iure PAVLLVS alio loco l. 23. D. h. t. vsus est, cum mulier, *sciens*, se heredem non esse, in iure interrogata a creditore hereditatis, responderit, se *heredem* esse: illam enim non *intercessisse*, ait, quia *deceperit* interrogantem. Hoc etiam SCÆVOLAM permouit, ut, in specie non absimili, l. 28. D. h. t. cum mulier suo nomine mutuum accepisset, illam non *intercessisse* responderet, quamuis mariti personam postea subiceret, qui se illam pecuniam debere affirmabat. Ex eadem fere causa IUSTINIANO l. 23. C. ad SCtum Vellei. placuit, ut, si creditor probare possit, mulierem, siue ab initio, siue postea, *aliquid accepisse*, ut sese pro aliis interponat, SCti exceptio *replicatione doli* elidatur: cum *callide* versata sit in alieno negotio, & *decipere* creditorem voluerit,



luerit, quæ *lucri* causa intercessit. Imo iam ante IVSTINIANVM generaliter DIOCLETIANVS & MAXIM. l. 18. C. h. t. foeminis non subueniri docent, si creditor aliqua ratione per mulierem *deceptus* sit; sed *replicatione doli* exceptionem SCti, in omnibus illis speciebus, remoueri.

VLPIANVS tamen l. 26. D. h. t. aliquid obicit, quod pungat. Ait enim, mulierem SCto uti posse, si seruum alienum, dixerit, *suum* esse, animo intercedendi. Sed vix videtur dolo carere mulier, quæ de seruo alieno, illum *suum* esse, affirmavit: cum dominæ *soleant* omnino nosse seruos suos, & apertum sit, quod eludere voluerit creditores, dum seruum, pro quo intercedebat, dixit suum esse. Pro *suis* enim seruis, quod MODESTINVS ait, l. 25. pr. D. h. t. mulieres efficaciter omnino intercedunt. Vna VLPIANI excusatio est, quod *per errorem*, de seruo alieno, illum *suum* esse, potuerit affirmare. Mihi certe ille error mulieris suspectus est; ut credam, replicatione doli creditorem commode vsurum, nisi de errore luculentius probetur.

Quotiescunque igitur *dolus* interuenerit, certum est, SCti beneficium infirmari. PAPINIANVS luculenter l. 6. in fine D. h. t. etiam ad alios, hoc produxit, qui, *mandato* mulieris, pro aliis intercesserunt, ut, quamuis alias hi quoque, ex persona mulieris, cuius mandato interueniunt, SCti exceptione defendantur, tamen *doli replicatione* repellantur, si dissimulauerint, se *mandato mulieris* interuenire, & *callide* fideiusserint apud creditorem, quem postea SCti beneficio eludere & circumuenire cogitabant. Non tamen confestim, ut supra monui, *dolus* mulieris intercedentis accusatur, nisi, quod VLPIANVS ait, l. 7. §. 10. D. de *dolo malo*, ex *magna & euidenti machinatione*, intelligatur, id egisse mulierem, ut circumueniantur creditores. Ideoque CÆCIDIANVS praetor, quod POMPONIVS refert apud VLPIANVM d. l. 7. §. 10. D. de *dolo malo*, non agnouit *dolum* mulieris, cum illa de quodam affirmasset, *idoneum esse debitorem*, cui, mutua pecunia daretur. *Solent* enim foeminæ facilius aliquem laudare, & gratiæ aut misericordiæ locum dare. Ideoque se ipsum decipit, qui foeminæ laudationi aures & fidem commodauit. Enimuero, si FLORENTINVM l. 43. D. d. *contr. emt.* audiamus, ne venditores quidem ex illis obligantur, quæ, *commendandi causa* in venditionibus ab ipsis dicuntur; quia *solent* emtoribus merces commendare. Recte igitur FVRIVS ANTHIANVS l. ult. D. de *dolo malo*, tunc demum rem dolo gestam esse, censet, si luculenta machinatione alter circumuentus videatur.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, apparet, minus opportune Iauolenum *doli replicatione* usum esse aduersus Aquiliam, quæ fratrem Titium creditori *commendarat*. Omnis enim fideiussio commendationem continet; quæ



quæ si sufficeret ad mulieres obligandas, semper doli replicatione SCti exceptio eluderetur.

§. VI.

Itaque mulierem, quæ alieno se negotio intercessisse dicat, non omnino audiemus, si dolo aliquid gesserit, ad creditorem circumueniendum. ^{Datur ex- ceptio mulieribus tunc suc- tor in frau- dem SCti} Eleganter enim PAVLLVS l. 110. §. 4. D. de reg. iur. mulieribus tunc succurrendum esse, ait, cum defenduntur ab iniuria, non ut facilius calum- ^{aliquid fe- cerit.} nientur.

Sed, uti dolo mulierum non subuenimus, ita nec patimur, ut dolo ^{carit.} creditoris foemina circumscribarur. Igitur, si quid in fraudem SCti a creditore fabricatum fuerit, ut mulieris intercessio tegatur, recte foemina SCti auxilio utitur. Non obscure PAVLLVS l. 29. §. 1. D. ad SCtum Vellei. respondit: ea, quæ in fraudem SCti, quod de intercessionibus foeminarum factum est, excogitata sint, rata non haberi. Sed idem PAVLLVS alio loco interpretatus est, quid in fraudem legis gestum esse videatur. In fraudem legis, inquit, facere censendus est, qui, salvis verbis legis, sententiam eius circumuenit l. 29. D. de legibus. Quapropter disputatione non indiget, quod fraudem SCto faciat creditor, qui, dum videt SCtum Velleianum negotio mulieris, quæ intercedit pro aliis, obstare, alio titulo obligationis, ad regendas intercessionibus & mutui dationes pro aliis, utitur, qua foeminam obstringat, ut pro aliis soluat. Enimuero verba ICTi, contra fideiussiones & mutui dationes pro aliis, concepta sunt; sed sententia senatus, quod VLPRIANVS monet, l. 2. §. 4. D. ad SCtum Vellei. omnem omnino obligationem foeminarum, pro aliis susceptam, infirmavit. Quam ut eludant illi, qui in fraudem SCti aliquid machinantur, plerumque fingunt, quasi ab initio mulier in suos usus negotiata sit & postea demum de suo aliis crediderit, pro quibus ab initio interuenire cogitabat. Extant sexcentæ eiusmodi species, quas, non vacat, enarrare. In paucis subsistemus. PHILIPPI l. 10. C. ad SCtum Vellei. de locatore disputant, qui, cum maritus fundum conduceret, tamen, quia uxorem eius magis idoneam debitricem esse existimabat, desiderauerat, ut mulier subscribat conductionis instrumento quasi ipsa conduxisset. Sed placuit, cum creditor fundum non mulieri, sed marito eius, locauisset, & personam uxoris ideo duntaxat, quia magis idonea videbatur, secutus esset, mulierem beneficio amplissimi ordinis, quod factum est de mulierum intercessionibus, defendi; quia locator in fraudem SCti cum vxore contraxisse videretur.

Non multo excusatus CALLISTRATVS peccauit, qui, quum maritus mutuam pecuniam sumisset, iussit conscribi instrumentum, ac si vxor eius illam acceperat. Sed DIOCLETIANVS & MAXIM. de illa specie consulti l. 17. C. ad SCtum Vellei. rescripserunt: ne quidem necesse videri,

Fasc. V.

L

Vt



vt mulier ad SCti exceptionem confugiat; cum eam veritas gesti negotii defendat, & non audiendus sit creditor, qui *simulato* negotio vim SCti eluisse videatur. Imo generaliter ad eas etiam obligationes, quæ, *calliditate* creditoris, *ex persona mulieris primordium sumserunt*, decretum patrum, quod de intercessione foeminarum factum est, pertinere, edicto perpetuo declaratur. Ideoque, si creditor, qui contrahere *cum alio* proposuerat, *mulieris personam elegit*, quia magis idonea visa est, exceptione SCti repellitur. Quod iidem IMPERATORES l. 19. C. ad SCtum Vellei. præceperunt. Huc & illud PAVLLI l. 29. pr. D. h. t. pertinet, qui, creditori SCtum obstat, ait, si, cum vellet cum heredibus contrahere, postea, quia facultates eorum suspectas habuit, his euitatis, potius mulierem ream elegit, vt ab illa, quod heredes debeant, consequeretur. Ex quo intelligitur, in fraudem SCti contraxisse creditorem, qui, cum foemina pro alio mutuam pecuniam peteret, & pro illo fidem suam interponeret, omisso, debitore principali, pecuniam mulieri, quasi debitrice, numeravit, vt ab illa aliquando repeteret, quod ipsa in vsum alterius acceperat.

Igitur, quis dubitabit, Jauolenum nostrum, a quo Titius, sorore propter ducenta intercedente, quadringenta mutua poscebat, *in fraudem SCti* negotium gessisse, quum, omisso Titio, adegit Aquiliam Titii sororem, vt pro octingentis, quibus ducenta Titii comprehendebantur, se ream constitueret, quamuis ad ipsam sexcenta duntaxat, sed ad Titium ducenta, peruenirent. ^{h)}

§. VII.

*Ignoranti
creditori
non obstat
SCtum.*

Dolus igitur tum foeminæ, tum creditoris, abesse debet, vt sententiæ SCti satisfiat, in foeminarum intercessionibus diiudicandis. Itaque & mulier amittet SCti auxilium, si in intercessionibus *callide* fuerit versata; & creditor, qui in fraudem SCti cum foemina contraxit, mulieris exceptione repellitur. Negatur enim *callidis* mulieribus exceptio, quam stricto iure ex SCti verbis habent; & datur illa aliquando foeminis *deceptis*, quamuis stricto iure non competeret, cum alterius negotii titulo teguntur illarum intercessionibus. Quæ si cogitemus, facile erit, de quibusdam speciebus iudicare, quæ ceteroquin habent aliquid obscuritatis. Primo igitur, qui *scit* mulierem intercedere & *pro aliis* mutuam accipere, quamuis ipsam ab initio ream constituerit, non est locus dubitationi, quin *replicatione doli* omnino vti nequeat contra exceptionem SCti, quam mulier intercedens aduersus ipsum allegabit: adeoque, si reperet pecuniam, quam mulieri *pro aliis* mutuanti *sciens* dedit, exceptione intercessionis, contra SCtum factæ, repellitur. Luculenter PAVLLVS l. 11. & 12. D. ad SCtum Vellei. locum facit

^{h)} vide HERTIVM T. II. decis. 501. p. 453. & T. I. resp. 237. & 297. p. 443. & § 18. item ANT. FABER L. IV. Cod. Tit. 21. def. 3 sqq. p. 359.



facit SCto, cum scit creditor mulierem intercedere; quamvis ipsa, aliis creditura, tanquam in suos usus, acceperit pecuniam. Neque multum ab hac specie abhorret illud, quod *SCAEVOLA l. 28. §. 1. D. ad SCtum Vellei.* observauit. Enimuero, cum mulier a Numerio sua fide pecuniam accepisset, & illam statim soluisset Sempronio, pro marito suo, qui Sempronio fundum vxoris suae obligauerat ob conductionem, Ictus ait, SCto locum fore, si Numerius scisset, intercedere vxorem pro marito. Huic fere simile est illud, de quo *AFRICANVS*, quamvis obscure, *l. 19. §. 5. D. ad SCtum Vellei.* disputauit. Mulier pro Titio debitore apud Caium intercedere volebat. Caius, repudiata mulieris intercessione, ob SCti auxilium, pecuniam numeratam a Titio petebat. Mulier a Tullio pecuniam mutuam petiit, vt Titium a Caio liberaret: & iussit Tullium confestim pecuniam Caio numerare. Cum Tullius repeteret pecuniam, mulier ad SCti auxilium confugit, quo foeminarum intercessionibus infirmantur, cum non sit obscurum, illam pro Titio mutuam pecuniam a Tullio accepisse. *AFRICANVS* respondit: mulierem SCto vti posse, si Tullius compererit mulierem intercedere, priusquam Caio pecuniam, eius mandato, numeraret. Imo vero *ANTONINVS l. 1. C. ad SCtum Vellei.* regulam iuris esse, ait, vt mulieribus, quae alienam obligationem suscipiunt, vel in se transferunt, SCti auxilio subueniantur, si id contrahentes non ignorent.

Igitur scienti creditori, a muliere, quae pro alio mutuum accepit, SCti exceptio recte opponitur, neque poterit creditor de dolo conqueri, aut mulieris fraudem accusare. Et habet illud rationem: quandoquidem, secundum *VLPIANVM l. 145. D. de reg. iur.* nemo illos fraudare videtur, qui consentiunt, & sciunt; adeoque, quod *PAPINIANVS* addit *l. 7. D. ad SCtum Vellei.* doli replicatione non utetur aduersus mulierem fideiussor, qui, eius mandato, pro ipsius filio intercessit, cum facti ignorantiam praetexere non possit: hic enim, vt *PAVLLVS l. 21. pr. D. quod metus caus.* fere in simili specie philosophatur, ipsum se decepit, dum sciens credidit foeminae intercedenti.

Sed de ignorante videamus. *VLPIANVS* quidem, si ego cum muliere ab initio contraxerim, cum ignorarem, cui hoc factum vellet, non dubitat, cessare SCti auxilium, cum ita etiam Diuus Pius rescripserit. *l. 4. pr. D. h. t.* Idem & *PAVLLVS* sedet, qui *l. 11. D. eod.* non senatus consulto locum facit si tanquam in usus suos mulier acceperit pecuniam, quam alii creditura esset: quia alioquin nemo cum foeminis contraheret; cum possit ignorari, quid acturae essent. Neque dissentit, quem supra excitavi, *AFRICANVS*, qui *l. 17. D. h. t.* exceptionem SCti non admittit, si mulier quidem in hoc mutuata est, vt marito crederet, sed creditor ignorauit, in quam causam mulier mutuaretur. Nemo enim, si *PAVLLVS* obsequa-



mur l. 177. §. 1. *D. de reg. iur. dolo* videbitur exsequi, qui *ignorat* causam, cur petere non debeat, quod sibi sit promissum. Imo vero, parum abest, quin *dolo* mulier gesserit negotium, quæ, dum petebat mutuum, dissimulauit, se alii illud credituram esse, quod a me mutuum accepit. PAPINIANVS certe, quod supra obseruatum est, generaliter l. 6. *in fine D. ad SCtum Vellei.* contra exceptionem SCti omnibus, qui *ignorauerunt*, mulierem interuenire, *doli replicationem* dedit, qua SCti auxilium excludatur.

§. VIII.

*Ignorantia
affectata
creditori
non prodest
sed inter-
dum curio-
sitas deside-
ratur.*

Hactenus comprobatum fuit, *scienti* duntaxat, non *ignoranti*, creditori exceptionem SCti Velleiani a muliere efficaciter opponi, imprimis, si *ab initio* cum foemina contraxit. Ita enim ULPIANVS l. 4. *pr. D. h. t.* itemque DIOCLETIANVS & MAXIM. l. 15. & 19. *C. ad SCtum Vellei.* praeceperunt, ut, si *ab initio* mulier *in suos usus* contraxerit, nisi, illam *callide* rem gessisse, appareat, exceptione contra debitorem *scientem* defendatur. Sed obueniunt quædam species, in quibus ne *ignoranti* quidem succurritur, ad exceptionem SCti repellendam. Enim vero, si non *ab initio* cum foemina contraxi, sed alienam obligationem in mulierem transtuli, imo generaliter, quoties *suspecta* est mulieris *negotatio*, AFRICANVS l. 17. *pr. D. ad SCtum Vellei.* desiderat, ut *diligentior* sit creditor, in *caussa* negotii inuestiganda. Igitur, si vir uxorem suam, quæ nihil ipsi deberet, debitori suo, quasi debtricem delegauerit, & creditor pecuniam a muliere petierit, ICTUS ait, exceptionem mulieri utilem futuram, *quamuis* creditor *existimauerit*, mulierem mariti debtricem fuisse, & *quamuis* *ignorauerit*, quid negotii gestum sit inter virum & uxorem: creditor enim, inquit *diligentior* esse debet, si aliena obligatio in mulierem transferatur; cum non parum intersit, utrum quis ab initio cum muliere contrahat, an aliena obligatio in illam transferatur d. l. 17. *pr. D. ad SCtum Vellei.*

Sed videtur quidem *contra rationem iuris* receptum esse, ut *curiositas* & *diligentia* in creditoribus desideretur. Enimvero, si M. TULLIVM audiamus, ¹⁾ *non debuit* is, qui dabat, quo ille, qui accipiebat, pecuniam consumeret, *querere*. Et ICTI, tantum abest, ut imperent illam creditori *diligentiam*, ut subinde illam disfluadeant, & reprehendant. Audiamus PAVLLVM, qui l. 19. *D. de nouat. circa finem* in priuatis contractibus & pactionibus *non facile sciri* posse, ait, *quid* inter eum, qui delegatus est, & debitorem *actum* sit: imo vero, si *sciuerit* creditor, *hoc ab ipso dissimulandum esse*, ne *curiosus* videatur.

Sed, *quamuis* hæc ita sint, tamen imperamus *curiositatem* creditori & *diligentiam*, si vel *negotium*, quod geritur, vel *persona*, cum qua

con-

¹⁾ c. i. c. orat. pro. C. Rabirio posth. cap. III.



contrahit, *suspecta* videantur, vt periculum sit, ne *in fraudem legis* aliquid geratur. Itaque, si seruus pecuniam accepit, quasi in rem domini verteret, nec vertit, & decipit creditorem, non videtur in rem versum, nec dominus tenetur: quamuis *solutus* fuerit seruus acceptum in rem domini vertere. *Curiosus* enim *debit esse creditor*, quod *ULPIANVS* ait, ne vel calliditas ferui, vel creditoris *credulitas*, domino noceret, l. 3. §. 9. D. de in rem verso. Eandem *AFRICANVS* l. 7. pr. & §. 1. D. de exercit. act. curam & diligentiam a creditore præstandam esse, censuit, si *magistro* nauis, vel *institori*, ad reficiendam nauem vel mercis comparationem pecunia credatur; cum *suspectus* sit *seruus*, & *institor*, &

— *Mercis Hispanæ magister*
Dedecorum *pretiosus* emtor. k)

& omnis ista mutatio, propter illorum hominum ingenium, cum periculo quodam *fraudis* sit coniuncta. Ita igitur etiam de *foeminis* dicemus: inprimis, si, postquam de transferenda in ipsas obligatione aliena actum est, *mutuum* suo nomine cum creditore contraxerunt. Frustra igitur *Jauolenus*, in specie supra exposita, negabat, se pro *certo* habuisse, & *penitus* sciuisse, quod *Aquila Titio* *creditura* fuerit ducenta illa, quæ ab ipso accepisset. Enim vero, cum ab initio scripserit *Aquila*, se sexcentorum duntaxat indigere, sed pro fratre *Titio* propter ducenta intercedere, dato *chirographo* propter octingenta; non solum *supina* est illa *ignorantia*, si *Jauolenus* nesciuit, ducenta ad *Titium* peruentura esse; sed ipse etiam, si nesciuit, quid illa actum sit, *diligentior esse debuit*, in causa mutui inuestiganda, cuius partem, sciebat *Jauolenus*, *Aquiliam* ab initio fratri suo *Titio* destinauisse.

§. IX.

Sed *Jauolenus* quidem *DIOCLETIANI* & *MAXIM.* auctoritatem *Difficultas legis XIII. C. ad Scrum Velleianum* inuocabat, qui l. 13. C. h. t. defendunt creditorem, quamuis *sciuerit*, quod *legis XIII. C. ad Scrum Velleianum* vxor in usum mariti mutuata sit. Audiamus *DIOCLETIANVM*, qui „si foenebris, inquit, pecunia, iuxta fidem veri, a creditore, tibi data est, diluitur. „siue tota quantitas foenoris, siue pars eius, in usum mariti processisse, „proponatur decreto patrum non adiuuaris: licet creditor causam contrahens non ignorauerit. Fateor rem habere aliquid difficultatis: quæ mouit *scabinos Vitembergenses*, vt *Jauoleno*, in specie proposita, propter probabilem errorem, ex hac lege exortum, remitterent restitutionem expensarum, quæ ceteroquin ipsi non immerito iniungi potuissent. Sed non est, quod, propter *DIOCLETIANVM*, a sententia priori discedamus. Enim vero *IMPERATOR d. l. 13. C. h. t.* eandem fere speciem, de qua *ALEXANDER l. 4. C. eod. in fine*, verba fecit, videtur tractauisse. Proponebatur,

L 3

quod

k) HORAT. III. od. 6. v. 30 sq.



quod vxor, viginti quinque annis maior, pecuniam vel ex prædiis venditis redegerit, vel foenore sumserit, hoc consilio, vt pro marito *spon*te, & *ne*mine hoc *postulante*, *solueret*, vel illam conuerteret in *usus* alios, *mariti*. Placuit imperatoribus, SCTo locum non relinqui, quamuis creditor *non ignorauerit* causam, ob quam vxor acceperit pecuniam; sed illam efficaciter condici posse. Neque enim illud sine ratione rescripserunt. Nunquam foeminis Romani facultatem contrahendi, aut res suas alienandi potestatem, prorsus ademerunt. Igitur *spon*te potuerunt pro marito soluere, & eius rei causa foenus contrahere, aut mutuum accipere a creditore. Vnum illud sententia SCTi non permittit, vt, *marito*, aut *creditore postulante*, in fraudem legis, pro marito debitore, *mulier subiiciatur*. Tunc enim aperte intercedit. Ita igitur CUIACIUS ¹⁾ respondet: „non de ea muliere, quæ a *marito*, quærendæ pecuniæ causa, *interponitur*, in d. l. 13. C. h. t. tractatur, sed de illa, quæ *sua spon*te pecuniam mutuam sumit, in *com*modum mariti. Hæc enim non videtur intercedere.,

Sed nihil hoc ad Jauolenum. Ille *sciebat*, & ex Aquilia cognouerat, Titium ducenta a sorore sua postulasse, & Aquiliam ream subiici pro ducentis, quæ ad Titium peruentura essent. Ipse etiam postulauerat, vt Aquilia, contra veritatem, sibi fidem daret, quasi in *suos usus* pecuniam a Jauoleno accepisset. Sed hoc PAVLLVM non admittere, ex l. 29. pr. D. ad SCTum Vellei. supra fuit obseruatum.

Igitur, secundum Cuiacium, non obstat SCTum, quo minus foemina, sciente creditore, mutuum *spon*te accipiat in mariti *usum*. Sed præterea suppetit etiam aliud, quo DIOCLETIANO satisfiat; ne illum cum reliquis imperatoribus, & veteribus ICTis, committamus. Imperator non admittit exceptionem SCTi, quamuis creditor *sciuerit*, quod vxor in *usum mariti* pecuniam acceperit. Sed *usus* ille varius est, quem vxor marito suo commodare potest ex pecunia accepta. Non aperte tractauit de illa specie, si vxor pecuniam acceptam *credit* marito sup, & ipsam sortem in eius comoda conuertit, sciente creditore. Quid igitur obstat, quo minus dicamus, *usum innoxium* intelligi, in quo fors ipsa conseruetur, vt, si prædium comparet, vel supellectilem, cuius *usus* perueniat deinde ad maritum, vel ipsam pecuniam administrandam inferat marito.

Certe in *Saxonia* vix cogitari potest species quædam, in qua vxor, nisi bona receptitia habeat, pecuniam mutuam acciperet, cuius *usus* non quodammodo spectaret ad maritum. Nostro igitur iure non obstat creditor, quod *usus* pecuniæ marito sit concessus ab vxore: modo non intercesserit vxor pro marito.

§. X.

1) CUIAC. ad AFRIC. tr. III. ad l. 17. ad SCTum Vellei. Op. T. I. p. 1338.



§. X.

Satis quidem, credo, expeditum est, creditori *scienti*, aduersus mu-
 lierem, quæ pro alio mutuum accepit, petitionem atque actionem, ob-
 SCri auxilium, negari. Nunc ergo, quomodo ille suum consequatur, quod
 a muliere repetere non potest, videamus. Enim vero improbum & non
 ferendum videbatur, ut ille, pro quo pecuniam mulier mutuam accepit,
 locupletior fieret cum damno creditoris. Ipsa enim vox naturæ & æquita-
 tis creditori succurrebat, ut suum reciperet, ab illo, ad quem nummi eius
 peruenissent. Igitur, si PAVLLVM l. 1. §. 2. D. ad SCtum Vellei. au-
 diamus, æquum videbatur, ita mulieri succurri, ut in veterem creditorem,
 aut in eum, qui pro se mulierem ream constituerit, actio daretur; cum ma-
 gis ille, quam creditor, deceperit mulierem. Datur itaque creditori, quod
 PAVLLVS alio loco monet, actio, in principales debitores. l. 29. pr. D. h. t.
 Neque dubitatur, quin, si, nouatione facta, mulier interuenerit, rescissa
 mulieris nouatione, vetus actio restituatur creditori. Aperte enim IULIA-
 NVS l. 14. & l. 16. §. 1. in fine D. h. t. cum mulier subtrahatur creditori
 propter SCtum, integram causam pristinam & priorem omnino debitorem,
 quasi non facta sit nouatio, restituendum esse, ait, a prætore. Imo vero
 IULIANO de l. 14. D. h. t. non sufficit, veterem debitorem restituere, sed in
 fideiussores etiam, qui pro veteri debitore intercesserant, creditori actionem
 restituendam esse, monet. Ideoque, si mulier alienam obligationem postea
 in se transtulit, dicemus, creditorem, aduersus illos, qui antea obligati
 erant, actione restitutoria experiri posse l. 8. §. 12. D. h. t.

Sed, quid faciemus, si mulier ab initio se ream constituit, pro alio,
 cum quo creditor omnino non contraxit? Nihil est, quod restituatur credi-
 tori, qui nunquam actionem habuit aduersus illum, pro quo mulier pecu-
 niam accepit. Enimvero, quam antea audiuius, vox naturæ iubet, ut
 creditori ab eo reddatur pecunia, qui locupletior factus est ex nummis credi-
 toris. Itaque, secundum PAVLLVM atque VLPIANVM l. 1. §. 2. &
 l. 8. §. 14. D. ad SCtum Vellei. ex æquitate, non stricto iure, in illum, qui
 pecuniam accepit, dabitur actio, quæ instituitur magis, quam restituit obli-
 gationem: ut perinde obligetur, eodem genere obligationis, quo mulier
 est obligata. Verbi gratia, si per stipulationem mulier contraxit, ille quasi
 ex stipulatu potest conueniri.

Itaque apparet Jauoleno ex æquitate, contra Titium, conditionem
 certi quasi ex mutuo dandam esse a prætore. Sed addit idem ille VLPIANVS
 l. 10. D. h. t. has actiones, quæ in eos dantur, pro quibus mulier interces-
 sit, etiam in heredes dari: quia rei persecutionem habent. Itaque etiam,
 Titio mortuo, heredes Titii tenentur Jauoleno. Neque disputationi locus
 est, quin ipsa etiam Aquilia, si Titio fratri suo successit, non quidem ut de-
 bitrix,



bitrix, sed pro *portione hereditaria*, omnino teneatur. IULIANVS enim l. 14. D. de *fideiuss.* affirmat, si fideiussori reus, successerit, obligationem quidem fideiussoriam perimi, sed tamen tanquam *a reo* peti posse, quod debetur: & si reus exceptione fideiussori competente usus fuerit, replicationem in *factum*, aut *doli*, prodesse creditori. Idem dicendum, si reo succedat fideiussor l. 8. §. 13. D. ad SC. *Vell.* Igitur, quamvis inanis sit intercessio foeminæ, tamen ut heres illius, qui pecuniam accepit, potest conueniri.

Præterea PAVLLVS monet l. 24. §. 2. & 3. D. ad SC. *Vellei. statim* postquam mulier intercessit, actionem competere in illum, qui pecuniam accepit: adeoque non expectandum esse, donec mulier soluat, & solutum condicat a suo creditore. Ex quo loco intelligitur, quamvis mulier *non cedat suas actiones*, aduersus illum, qui pecuniam accepit, tamen creditori confestim dari actionem. Ceteroquin, si *pinguior* sit actio mulieris, aut difficultate probationis creditor per illam liberetur, nemo dubitat, teneri mulierem, ut, quod sine suo incommodo fieri potest, *cedat actiones* suas creditori. Certe in illa specie quam §pho II. proposuimus; recte damnata est Aquilia, quæ chirographum a Titia acceperat, ut cedat actiones Jauoleno, ut ex chirographo Aquiliæ aduersus Titium processu executiuo experi-ri possit.

§. XI.

*Summa toti-
us argumen-
ti.*

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, apparet, Jauolenum, qui *sciuerat* Aquiliam intercedere, aut certe *diligentior* esse debuerat, adeoque dolum mulieris, cum se ipsum decepsisset, frustra accusabat, & præterea in fraudem SCi contraxerat, recte damnatum esse a seabinis. Res luculenta erit ex rationibus adiectis:

Ob wohl Wieder-Beflagter, daß er das ausgeflagte ganze Capital derer 800. Rthlr. der Wieder-Klägerin schlechterdings auff ihren Credit gegeben, und derselbigen, worzu sie solte Gelder anwenden wolle, lediglich überlassen, vorwendet, so wohl bey dem 15den und 18den Punkt der Litis Contestation, daß er gewiß gewußt, und ihm nicht unbekant gewesen, wasmaßen Wider-Klägerin nur 600 Rthlr. für sich bedurfft, die andern 200 Rthlr. aber ihr Bruder erhalten, und jene diesem letztgedachte Post derer 200 Rthlr. von denen 800. Rthlr. vorstrecken werde, nicht geständig, auch derowegen auff den Inhalt derer in l. 11. D. ad SCtum *Vellei.* und l. 13. C. eod. vorge-tragenen Rechte, Kraft deren dem Gläubiger nichts schaden kan, wenn eine Weibs-Person das von ihm Darlehnsweise erhaltene Geld andern Persoh-nen zuwendet, sich berufet, hiernächst in der Meinung stehet, daß allen-falls die Exceptio SCi Velleiani, wegen der von der Wieder-Klägerin ge-brauchten Gefährde und Arglist, hinwegfallen müsse, demnach, daß Wie-der-



der Klägerin mit ihrem Suchen abzuweisen, es das Ansehen gewinnen mögte, D. N. D. Wieder-Beklagter bey dem 8. 9. und 17ten Puncte der Litis Contestation, daß Wieder-Klägerin, daß Er ihr 600. Rth. zu ihren Bedürfnisse, 400. Rth. aber ihrem Bruder dergestalt leihen mögte, daß sie wegen 200. Rth. vor diesen letztern sich verbürge, ihm ausdrücklich geschrieben und angeschlossen, Er hingegen auf ihres Bruders Nahmen nur 200 Rth. auf der Wieder-Klägerinn Credit und Nahmen aber 800. Rth. hergegeben, eingeräumt, demnach, daß derselbe wohl gewußt, wasmaßen Wieder-Klägerin 200. Rth. in Bürgschaft vor ihren Bruder übernehme, und nur 600. Rth. von dem verschriebenen Capital genießen werde, um so viel deutlicher erhellet, als Wieder-Beklagter nach seinem bey dem 12ten Punct der Litis contestation geschehenen Geständniß, die sämtlichen 1000. Rth. von deren Repartition in obangezogenem Schreiben Meldung geschehen, derselben verstorbenen Bruder selbst zugestellet, bey welchen Umständen Wieder-Beklagten nicht allein die in

l. 12. § 28. §. 1. D. ad SCtum Vellei.

enthaltene Disposition, vermöge deren, wenn ein Gläubiger weiß, daß eine Weibs-Person das Geld in der Absicht, andern solches vorzustrecken, aufgenommen, das SCtum Velleianum Platz findet, ingleichen dasjenige, was l. 14. C. eod. verordnet, da diese 200. Rth. nur zum Scheine auf Wieder-Klägerin geschrieben worden, offenbar entgegen steht, sondern auch, daß er wider Vorschrift der Rechte l. 19. §. 1. D. h. t. in fraudem SCti, die von der Wieder-Klägerin vor ihren Bruder verlangten 200 Rth. auf ihren Credit und Nahmen schreiben lassen, und sie zum Schein, als Selbst-Schuldnerin angenommen, ohngeachtet sie sich in der That vor denselben, so die Gelder von Wieder-Beklagten angenommen, nur verbürget, nicht geleugnet, auch der Wieder-Klägerin bey dieser Bewandniß keine Gefährde ben gemessen werden kan, überdiß ihm die affectirte Unwissenheit, da ihm die Absicht der Wieder-Klägerin von Anfang bekant gewesen, und er sich dißfalls genauer erkundigen sollen, nicht zu statten kommt, l. 17. pr. in fin. D. ad SCtum Vellei. dahingegen dasjenige, was l. 13. C. ad SCtum Vellei. enthalten, nur von dem Falle, wenn die Ehe-Frau ihrem Ehe-Manne von dem gelehnten Capital den Vsumfructum gönnet, oder ihm sonst etwas davon genießen läßt, oder die Gelder, aus eigener Bewegniß, ohne des Ehe-Manns Veranlassung, ihm und denen seinigen damit auszuhelffen, bey andern aufnimmt, zuverstehen, und auf dergleichen negotium, da das Capital selbst vor einen andern, so das Darlehn verlangt, und ihm Gelder, von andern zu verschaffen, geberthen, mit des Gläubigers Vorwissen aufgenommen wird, nicht zu erstrecken, mithin Wieder-Beklagter die Bezahlung solcher 200. Rth.

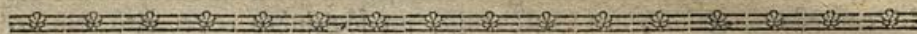
Fasc. V.

M

bey



bey der Conuention von Wieder-Klägerin zwar zur Ungebühr verlangt, auch die der Litis Contestation von ihm angehängten Exceptiones peremptoriae durch unstreitige Verordnung der Rechte erlediget werden, gleichwohl derselbe von der Weibs-Person, so sich auf diese Art vor andere verbürget, iura cessa zu verlangen und den Haupt-Schuldner, oder dessen Erben, in Anspruch zu nehmen, nach klarer Vorschrift l. 1. ff. 2. §. 1. §. 14. D. SCtum Vellei. it. l. 10. D. eod. wohl befugt, und, bey obgedachtem Zweifel, welcher ihm zu diesem Litigio wohl verleiten können, mit Erstattung der Schäden und Unkosten nicht unbillig zu verschonen, So ist, wie im Urtheil enthalten, von uns billig erkannt.



XXXV.

PROGRAMMA

EX IVRE NAT. ET GENTIVM

BONORVM IMMOBILIVM
POSSESSIONEM

SALTEM NON ITEM DOMINIVM TRIBVI

NISI

MAGISTRATVS INVEST TVRA ACCEDAT.

VITEMBERGAE, AD D. XIX. AVG. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVIII.

§. I.

Natura quidem, cum nihil nos, nisi quod ad *necessitates* nostras subleuandas, aut *commoditatem* vite procurandam, pertinere possit, expe-
tere iubeat. *priuatis* certe *dominia* non attribuit, & vix permittit, vt bona,
quamuis recte acquisita, quibus *sine nostro incommodo* carere posse videamur,
exclusis aliis, *perpetuo* retineamus. Enim vero hominibus moderatis & con-
tinentibus ad vitam feliciter & commode ducendam sufficiebat ius *possessionis*
securae, atque ab inualorum iniuria defensae, tam diu duraturum donec
ipsi satiati res occupatas indigentioribus relinquere possimus. Ne *gentes* qui-
dem *liberae* & vniuersitates nationum, quae terris ac regionibus bello potitae
sunt, aut in sedes vacuas venerunt: iure victoriae aduersus omnes externos rutae
sunt, vt alios a possessionibus, quas ipsae occuparunt, in perpetuum excludant,
si sedes angustiores & circumscriptiones ipsis sufficiant, ad ciues suos alendos
atque



que explicandos. Quapropter non Germanorum duntaxat priscis moribus, ^{a)} sed ex naturæ etiam præcepto, migrationes gentium, quo nomine inuasiones etiam publicæ comprehenduntur, nullam habent infamiam, si extra fines cuiusque ciuitatis fiant, atque a gente indigentiore, non tam iuentutis exercendæ, quam necessitatis & sedum quærendarum causa, quas exteri sine suo incommodo egentibus concedere posse videantur, bellum moueatur. Neque enim gens bello a finitimis petita iuste conqueretur, si possessionibus, quas præter necessitatis & utilitatis rationem retinet, ab indigentiore exuatur.

Igitur ne gentibus quidem, si rationem naturalem audiamus, occupatio terrarum *dominium* & ius semper duraturum tribuit, sed *ius possidendi* indigentia & commoditate cuiusque populi circumscriptum: quod expirat, cum primum populus, qui suis angustiis contentus esse poterat, fines latius explicat, & indigentiores superueniunt, quibus, sine sua iniuria, parte aliqua cedere, & hospitium præbere possit. Tandem vero, cum quilibet, populus utilitatis & commoditatis suæ modum ex sua vel auiditate, vel modestia, sibi constitueret, odio rixarum, & contentionum, quæ inter pares facile enascebantur, proxime accolentes *cum finitimis* pacti sunt, ut, sepositis illis de cuiusque indigentia litibus, quod quisque populus possideret, illud eius quasi proprium & pleno iure adquisitum haberetur. Qua re fines constituti sunt, intra quos cuiusque cupiditas se contereret.

Hac fere ratione *prima species dominii* enata est, quod non *priuati*, sed *ipsæ uniueritates* integrarum *nationum*, ut dictum est, pactione cum finitimis, saluo iure extetorum impetrarunt. Quicquid vero *ad integram nationem*, tanquam *ad unum corpus*, ita peruenerat, cum ab uniuerfis coniunctim possideri commode non posset, inter *singulos* distributum est; ut, quæ ab omnibus parta & acquisita erant, illa singulis prodesse. Sed *singulis* quidem ab initio respublica non videtur *dominium* aut *ius perpetuum*, sed *ius possidendi* duntaxat, reliquisse: quo finito ipsa suum repetere poterat a possessore, atque ad alios transferre; donec tandem, cum ager fere a possessoribus incertis, & mox de statione priori decessuris, negligere-
tur, prouocandæ industriæ & culturæ promouendæ causa, placuit, ut fundi possessoribus, post culturam, perpetuo, & *quodam iure dominii* permitterentur. Hoc NERVA filius intellexit, qui a quo PAVLLVM l. i. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess. dominia ex naturali possessione orta esse, ait: „cum natura ignoret dominium, & solum *ius possidendi* a ratione naturali proficiscatur. Idem etiam TVLLIO ^{b)} placuit, qui, sunt autem, „inquit, *priuata nulla natura*. Sed aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt, aut lege,
M 2 pacti.

a) CÆSAR de bell. Gall. VI. 23. 6.

b) CIC. I. off. 7.



„*pactione, conditione, sorte.* Imo vero *luculentius* *AVGVSTINVS* c. 1. dist. VIII. „*iure humano*, inquit, dicitur, hæc villa *mea* est. Tolle iura „*imperatorum*, & quis audet dicere: hæc villa *mea* est, aut hic seruus *meus* est, aut domus hæc *mea* est.„ Vt intelligatur, domina priuatis non a *natura*, sed a *republica*, *lege ciuili* demum tributa esse.

Quæ cum ita sint, apparet, integras *gentes* primum *uniuersitatem agrorum*, quos possident, *pactione* cum finitimis, aut *iure victoriæ* adquisuisse: tandem vero, ne agri, qui ab vniuersis coli non poterant, steriles & inculti essent, magistratus bona immobilia inter ciues diuississe, atque ad acuendam illorum industriam subinde *ius* quoddam *perpetuum* aut longius duraturum possessoribus dedisse: ita tandem *singulorum dominia* enata esse. Qua re euenit, vt quamuis possessiones a republica translatae essent ad priuatos, tamen semper *iuris aliquid* circa priuatorum dominia manserit *apud magistratus*, & singulorum possessiones coniunctim sumtæ *uniuersitatem* quondam bonorum constituerint, quæ principis aut magistratus potestate regeretur. Ideoque certe *POMPONIUS* l. 239. §. 8. D. de *verb. signif. territorium* appellari, ait, *uniuersitatem* agrorum intra fines cuiusque ciuitatis, vbi magistratus ius terrendi habet. Vt non possit esse obscurum, quæ a priuatis possidentur, vinculo quodam communi contineri, & *uniuersali titulo* ad rem publicam imprimis pertinere. Hac de causa *TULLIUS* c) accidisse, ait, vt ager *Arpinas*, *Arpinatum* dicatur, quasi ille ad *uniuersitatem* nationis pertineat, quamuis agri singuli a priuatis & singulis possiderentur. Romani certe, quod *POMPONIUS* l. 5. §. 2. D. de *captiu.* & *PROCVLVS* l. 7. D. *eod.* obseruarunt, dominia priuatorum apud externos non agnouerunt, nisi cum *gente* illa amicitiam, aut hospitium aut foedus amicitiae causa factum, respublica haberet; cum nihil singuli possideant, nisi quo a gente & magistratibus nationum ipsis concessum fuerit, adeoque ius priuatorum ex iure totius gentis æstimandum esse videatur.

Itaque priuati fere ex beneficio magistratus atque nationis agros & possessiones fundorum iure dominii subinde acceperunt, vt fundos diligentius colerent, atque ad faciendam sementem spe messis & fructuum inuitarentur.

Sed quanto minus gens quaelibet agriculturæ & ædificiis operam dabat, tanto plus iuris in qualibet republica magistratus sibi retinuit, tantoque minus transtulit ad singulos & priuatos. Ideo *Sueui* & *Germani* imprimis cum agriculturæ non studerent, sed agros, quod *CÆSAR* d) & *TACITVS* e) affirmant, infirmissimo cuique in familia colendos committerent, olim non facile *certa dominia* fundorum & agrorum a magistratibus impe-

traue-

c) *CIC.* off. l. 7.

d) *CÆSAR* bell Gall. III. l. 4. VI. 22. §. 1 seqq.

CIT. de moribus Germanorum, c. 14. & 15. & c. 26.

e) *TACITVS*



trauerunt. Enim vero, si Caesari, & Tacito fides est, apud Sueuos priuati atque segregati nihil fuit, neque longius anno remanere vno in loco, incolendi causa, licuit. ^{f)} Neque quisquam Germanorum agri modum certum aut fines proprios habuit; sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui vna coierunt, quantum eis, & quo loco, visum est, attribuerunt agri, atque, anno post, alio transire coegerunt. ^{g)}

Ex quibus rebus intelligitur, magistratus imprimis, vt studium agriculturae & aedificandi in ciuibz excitarent, dominia fundorum illis assignasse &, si vtrumque negligeretur, agros magis in potestate reipublicae, quam priuatorum, permanisse. Certe apud multas Germanorum nationes & imprimis apud Saxones, extant prisca moris vestigia, vt, quamuis hodie diligentius aedificemus, & agri a nostris non omnino negligantur, adeoque certiora etiam dominia priuatis tribuantur, tamen magistratibus multum sit iuris in res immobiles & fundos, qui a priuatis possidentur. Ausim enim affirmare, ex illo, quem indicaui, fonte profectum esse, vt ne hodie quidem fundi a priuatis in alios efficaciter, nisi auctoritate magistratus competentis, transferantur. 2 Land. R. art. 30. Weichb. art. 20.

Sed quantacunque fuerit illa magistratuum in res priuatorum immobiles potestas, caue tamen existimes, quod propter necessitatem petendae inuestiturae, possessores fundorum magistratui nexu clientelari, tanquam vassalli, obstringantur. Imo vero fundos in dubio pro allodiis habemus, atque auctoritatem magistratus circa res soli, magis ex veteri instituto gentis nostrae, quod supra indicaui, deriuamus, quam vt ius domini directi ad illum pertinere arbitremur. Enim vero antiquitas illius moris, quo possessiones fundorum priuatis non efficaciter nisi auctoritate magistratus attribuuntur, efficit, vt, si quid res habeat difficultatis, potius officium illud, quod ab vltima aetate in Saxonia omnibus possessoribus fundorum incubuit, quam obligationem vassalli, quae ex pacto singulari enascitur, domino rerum immobilium impositum putemus. Sed alii quidem, quid inter fidem clientelarem & ciuicam intersit, diligenter tradiderunt. ^{h)} Nuper vero ordini nostro species quaedam oblata est, in qua multa in vtramque partem disputabantur. Jauolenus a Scauola, domino directo, obtinuerat, vt duo feuda in allodium, als Erb und Eigen, und Rechte allodial und Erb.Güther, mutarentur, saluo honore domini directi, cui propter illos fundos Jauolenus fidem & obsequium obligauerat hac formula: Jedoch sollen die Besizer dieser Güther dem Herrn der Standherrschaft N. und dessen Successor, solcher Vererbung ungeach-

M 3

tet,

^{f)} CAES. bell. Gall. III. 1. 7. ^{g)} CAESAR VI. de bell. Gall. 22. 2. TACIT. de morib. Germ. 26. ^{h)} MAULIVS de homag. c. 1. SCILT. c. 4. iur. feud. Alem. §. 9. BIGNON. ad L. 1. c. 18. form. Mareulphi. SCHILT. de Landsass. c. 8. ROSENTHAL c. 10. concl. 15. ZEYEN. c. XI. §. 13.



tet, allen schuldigen *RESPECT*, so viel Ihnen dieser Güther halben zukommt und gebührenden Gehorsam jederzeit bezeugen. Possessores fundorum, ultra tempus longissimum, quories vel aliquis ex Scævolæ, vel ex Jauoleni, successoribus decesserat, bey allen Veränderungen in manu dominante & seruiente, *renouationem inuestituræ*, abhibita voce feudali, *Muthen*, petierant: præterea successores Jauoleni, ætate minores, etiam *dilationem* vsque ad ætatem maiorem, *Indult-Scheine*, impetrauerant, qua cautione illi vtuntur, qui in feudis succedunt. Tandem nouus successor, iugo illo excusso, fundos vendiderat, ignorante successore Scævolæ, cui fides & obsequium promissa erat. Scævolæ successor, cum fundi, ipso ignorante, a possessore venditi fuerint, *feloniam* a vasallo commissam accusabat, & possessorem vel feudis priuandum, vel multa coercendum esse, arbitratur. Res varie tractata. Dominus directus *fidem & obsequium* ex formula inuestituræ sibi deberi, sed, quale sit illud obsequium, ex obseruantia intellegi, aiebat: *petitionem renouationis inuestituræ*, impetrationem *dilationis* propter ætatem minorem & reliqua, satis indicare credebat, quod *nexu* quodam *feudali* adhuc obligati sint fundorum illorum possessores: non obstare, quod in allodia mutati sunt fundi, cum voluntaria etiam agnitione res allodialis in feudum offerri possit: itaque vel priuatione feudi, vel multa, in possessorem animaduertendum esse, affirmabat. Sed responsum est: nec priuationi, nec multæ, locum esse, sed emptorem præceptis pœnalibus ad inuestituræ allodialis petitionem adigendum videri. Enimvero *inuestituram* etiam in allodiis immobilibus desiderari certum est, vt cogi possint possessores, ad illam a iudice petendam. ⁱ⁾ Neque tantum constat inter omnes, *feudi* iura non præsumi; sed obstabat etiam formula inuestituræ, qua Jauolenus ab omni nexu feudali liberatus erat. *Renouatio inuestituræ* etiam in allodiis recte petitur, & superflua maiorum, in illa petenda, sollicitudo & diligentia posteris nullam necessitatem imponebat: ideoque potius solennis illa magistratuum apud Saxones circa res immobiles potestas, ab antiquissimis moribus profecta, quam ius domini directi, ad successores *SCÆVOLÆ* pertinere videbatur.

XXXVI.

ⁱ⁾ EYBEN. elect. feud. c. 5. & c. 6. §. 7. ZIEGLER de dote eccles. c. 5. §. 20.
HORN. iurispr. feud. II. 3.



XXXVI.

DISSERTATIO

DE CLERICO OB PACTIONEM
CVM PATRONO FACTAM
SACERDOTIO SE ABDICANTE.

VITEMBERGAE, AD D. . AVG. A Q. S. P. E. MDCCXXXVIII.

§. I.

Longius opinione sua a vero absunt, qui non solum non reprehendendos, sed plane officio bonorum virorum egregie perfunctos, ideoque laude dignissimos, esse arbitrantur illos, qui, ab omni hominum consortio remoti, in obscuro latere, quam quicquam cum aliis negotii habere, malunt. Enimvero, cum societati humanae eam contigisse sortem videamus, ut alter alterius ope indigeat, ac, nisi in praestandis accipiendisque officiis, quod quisque minus per se ipsum potest, id ipsi suppeditetur, vicissimque ipse reddat, *universorum salus* omnino non subsistere, aut certe minus commode durare, possit; manifestum est: communem utilitatem non deseruntaxat, sed etiam prodi ab iis, qui vitam ita trahunt, ut sibi solis nati fuisse videantur. At vero, ut quisque est recti amantissimus, ita maxime perspicit, quod *PLINIVS* ^{a)} ait, *esse hanc philosophiae & quidem pulcherri- nam partem, agere negotium publicum, cognoscere, indicare, promere & exercere iustitiam, quaeque philosophi doceant, in usum habere*: ideoque a perniciosa ista hominum ignavorum desidia abhorret. Illi certe, qui *iuris scientiam* apud *Romanos* professi sunt, pessime de iis iudicarunt, qui sibi solis indulgerent, corpori tantum deseruirent, atque omnia, quae sequerentur in vita, quaeque fugerent, voluptatibus atque doloribus aestimarent, ac vel minimum molestiae & laboris, republicae causa, subire detrectarent; tantumque abest, ut illorum inertia concedendum esse putauerint, ut etiam propositis *poenis* illos in partem publicorum munerum vocarent. Equidem, eum non pauca ex iis, quae publico nomine suspicienda erant, munera cum emolumento tum honoris tum rei familiaris coniuncta essent, qui sese ingererent ac plane obsruderent, non facile omnino defuerunt. At, qui ea capefferent, quae dignitatis & utilitatis nihil, vel parum, laboris vero plurimum, haberent, vix reperti sunt; ut etiam non raro potestate magi-
stra-

*Fuga mu-
nerum publi-
corum odi-
um abdica-
tionis.*

a) PLIN. lib. I. ep. 10.



stratum opus esset, qua ad subeunda eiusmodi munera ciues desidioſi compellerentur. In *municipiis* certe tam odiosa visa sunt tamque onerosa esse munera. ut quod ex *PLINIO* ^{b)} apparet, iam, Trajano imperante, inuiti adeo traherentur municipales, ad munus publicum suscipiendum; quorum plerosque, *Constantini* ætate, solum vertere, quam muneribus publicis onerari, maluisse, *ZOSIMVS* ^{c)} obseruat. *VLPIANVS* igitur in l. 9. *D. de munerib. & honorib.* obtinuisse ait, ut iisdem remediis, quibus tutores & curatores, ad suscipiendum officium adigerentur. Si quis, inquit, *magistratus in municipio creatus, munere iniuncto fungi detrectet, per præsidem munus agnoscere cogendus est, remediis, quibus tutores quoque solent cogi ad munus, quod iniunctum est agnoscendum.*

Cogebantur igitur aliquando ciues, ut munera publica subirent. At enim vero, utut eorum tanta penuria non fuerit, qui munera honorifica, forte etiam profutura, appetere; id tamen utrique generi commune fuit, ut, qui semel ad quodcunque accessisset, interdum, ductus poenitentia, consilium mutaret, & ad otium reuerti vellet. Sed placuit, ut ab eo, quod susceptum esset, pro lubitu abire quisquam sine dedecore non posset. *CAMILLVM* certe, quem inter belli Gallici calamitates Ardea reuocatum, ciues dictatorem fecerant, *abdicare* se dictatura senatus potulusque passus non est, nisi anno circumacto, ut *LIVIVS* ^{d)} enarrat. Neque aliud, introducto in locum reipublicæ principatu, placuisse, *præsidesque* prouinciarum, *abdicando* sese, *nilil egisse*, siquidem sine nutu principis, a quo prouincia decreta fuerat, id fecissent, in l. 20. *D. de offic. præsid.* affirmatur. Etenim *PAPINIANVS*, ex cuius lib. 1. *respons.* ista lex desumpta est, *legatus*, inquit, *cæsaris*, id est, *præsēs vel corrector prouinciæ, abdicando se, non amittit imperium.* Nec errabit qui de proconsulibus & quibuscunque prouinciarum rectoribus magistratibusque urbanis & municipalibus idem affirmandum esse putet. De defensoribus quidem ciuitatum omnino certum est, *THEODOSIVM & VALENTINIANVM* imperatores in l. 10. *C. de defensoribus ciuit.* interdixisse, ne quisquam a munere sibi demandato *missionem* haberet, nisi, sacris codicillis, *venia* a principe *impetrata* fidem præfecto prætorio faceret, adiecta etiam etiam triginta librarum auri multa: a præside prouinciæ & quocunque magistratu exigenda, qui forte, non expectata principis auctoritate, quemquam dimisisset. De tutelæ denique ac curæ muneribus sancitum fuisse nouimus, ut ne quis, quod semel subiisset, inscio magistratu deponeret: ac *Diocletianum* vna cum *MAXIMIANO* in l. 2. *C. quando tutor vel curat. esse desin.* præcepisse, ne tutoris vel curatoris officium ex sola pupilli vel minoris voluntate finiat. Enimvero, quam

^{b)} *PLIN.* Lib. X. Epist. 114. c. 1.

^{c)} *ZOSIMVS* L. II p. 115.

^{d)} *LIV.* L. VI.



ob causam in l. 10. D. de offic. procons. licitum esse negat *VLPIANVS*, ante aduentum successoris ex provincia abire, cum provinciae utilitas exigat, esse aliquem per quem negotia sua explicent provinciales; eadem certe obtinet in reliquis, quocunque tandem nomine veniant, *muneribus*, communis, utilitatis causa introductis. Quæ ne vel per minimum temporis spatium cessent, quam maxime interest civitatis, ad cuius salutem & tranquillitatem inprimis pertinet; ut semper adsint, qui omnia praevideant, ad omnes casus vigilent, ea denique, quæ peragenda sunt, mature expediant, & sine mora atque cum cura, administrent. Ut taceam, permagni referre, illos, qui rerum in civitate potiuntur, securos esse posse, quod maneant in officio, quibus reipublicæ administrandæ partem commiserunt, quorum industriam delegerunt ad ea, quæ repente incidunt, diligenter procuranda, a quibus denique rerum gestarum exigere rationem possint.

§. II.

Quæ omnia cum inprimis conveniunt in *sacra munera*, ob curam animarum inter Christianos introducta, certisque personis, quæ illa defun-
gantur, demandata, tum etiam rationes peculiares inciderunt, quibus le-
gum ecclesiasticarum conditores adducti sunt, ut *sacri ordinis* hominibus
interdicerent omnino, ne locum in quo collocati sunt, sine *caussa gravis-*
sima, nec in scio *superiore* deserant, aut temere vacuum relinquant. Enim
vero, ipsa sacri illius negotii gravitas optimo cuius ac religiosissimo sacer-
doti facile persuadet, ne quid committat, ex quo vel minimum detrimenti
quisquam ex cætu sibi commissio patiatur. Manifestum enim est, accidere
posse quotidie, quæ operam ministri ecclesiæ requirunt. Sane cum diuino
nutu ac consilio fieri credamus, ut docendi verbi diuini atque ministrando-
rum sacramentorum munus cuiquam committatur, & quilibet illorum, se ri-
te & ex summi numinis voluntate vocatum esse, arbitretur; ferendum vix
esse visum est, ut quis pro lubitu spartam sibi demandatam deponat, mole-
stiaque vitandæ causæ, aut impedimenti, nescio cuius, imaginario obtentu,
ad otium vitamque remissiorem reuertatur. Leue certe atque indignum
probo viro in omni vitæ genere videtur, officiorum præstandorum neces-
sitate, priuata commoditate æstimare, & suo vel studio, vel ignavia, me-
tiri. In *sacris* autem *muneribus* nimia *recedendi* facilitas eo magis est repre-
hendenda, quo plus inde incommodi & damni ipsa ecclesia capere videtur.
Enim vero, cui potest esse obscurum, quantum in eo momenti positum sit,
ne alii subinde & alii constituentur sacerdotes aliis plerumque, in tanta ca-
pitum sensuumque varietate, moribus instructi, nouam semper in docen-
do custodiendoque coetu rationem ineuntes. Illud vero exploratum est, eo
facilius proficere doctorem, eoque certius auditores etiam dictis monitisue
obsequentiores reddi, quo arctior inter utrosque coniunctio animorum in-
Fasc. V. N terce-



tercedit, quoue certius de pastoris in se voluntate ac salutis æternæ promouendæ studio persuâsi sunt parochiani. At non vno alteroue die *fiducia* ista comparari potest: tempore opus est & occasione ad probandam fidem ac benevolentiam conciliandam, amoremque mutuum, quo nihil ad continendos in obsequio hominôs accommodatius remedium excogitari potest confirmandum. Sua sunt præterea cuique coetui studia sui mores, suæ propriæ cupiditates, quibus vel maxime ducuntur, & vel in rectam viam, vel errorem facile trahuntur. Quos quidem recessus nisi quis inuestigauerit penitusque perspexerit, atque consilia sua ad omnes opportunitates accommodauerit, vel paruum laboris sui fructum sentiet, vel frustra omnino in illo campo defudabit. Aut omnia me fallunt, aut ex his ipsis causis, inde ab antiquissimis temporibus, leuitas illorum improbata fuit, qui nullis vel exiguis difficultatibus permoti, *stationem* sibi tributam *reliquerunt*. Illi profecto, qui cum cura in officio versati sunt, *resignationum* & *renunciationis*, quam dicunt, iustitiam, neque ignauia, neque inerti otio, neque priuato arbitrio, metiandam esse existimarunt, ideoque omni modo in officio retineri ministros ecclesiæ, semel huic rei adhibitos & inauguratos, voluerunt. Inter cetera, quæ in *canonibus apostolicis* de disciplina ecclesiastica sparsim decreta continentur, *can. 35.* sancitum est: „*episcopos ordinatos, qui ministerium vel curam populi sibi commissam non susceperint, a communione tamdiu seiungendos esse, donec suscipiant, obedientiam accommodantes.*„ Neque presbyteris & diaconis semel ordinatis integrum esse voluerunt eiusdem canonis auctores, vt, quod impositum esset oneris, vel subirent, vel etiam pro arbitrio excuterent, & operam promissam ecclesiæ præstare detrectarent. Colligi exinde potest, quod THOMASSINVS de *disciplina ecclesiastica* ^{e)} observauit, tanto minus de loco semel occupato decedere potuisse sacerdotes & episcopos, quanto grauius in eos animaduertendum esse, patres ecclesiæ putarunt, qui nuper oblatum munus temere repudiarent. Eandem sententiam fuisse *concilii Nicæni* patribus, ex *canone XVI.* huius concilii manifestum est, in quo a communione ecclesiæ excludendos esse decreuerunt clericos, ecclesiarum suarum desertores. Etenim *omnem*, inquit, *necessitatem conuenit iis imponi, vt ad suas paroecias reuertantur: quod si non fecerint, oportet eos communione priuari.* Sane, vt non temere subterfugienda est occasio, publicæ causæ consulendi, ita in sacris præcipue ministeriis strenue perseverandum esse voluerunt viri pietate insignes; ideoque CYRILLVS ALEXANDRINVS in epistola quadam, apud Balsamonem, grauitè pronunciauit: si sunt digni, qui sacra mysteria obeant, in iis maneat, si autem indigni, ne per *renunciationem* exeant, sed potius

con-

e) THOMASS. de discipl. ecclesiast. l. II. c. 50. §. 3. p. 168.



condemnati. Hoc enim, & THOMASSINVS loco citato & PETRVS de MARCA ^{f)} obseruarunt.

§. III.

Neque tamen tam duri veteres fuerunt, vt ne interueniente quidem iusta causa aliquando voluntati illorum, qui permanere in statione recusabant, cum res illud postulare visa est, obtemperauerint, illosque liberauerint illo vinculo, quo obstricti tenebantur. Vt enim *salus ecclesiae* suprema lex esse debet apud optimum quemcunque; ita, promouendae eius causa, renunciationes etiam, quas tamen alias satis difficulter admittebant, non omnino improbandas esse, censuerunt. Apud GREGORIUM certe Nazianzenum pacis seruandae studium plurimum valuisse ad locum derelinquendum, cui quis sine detrimento ecclesiae praesse non posset, suo ipsius exemplo declarauit. Etenim SOZOMENVS ^{g)} auctor est, illum ab imperatore, & clero Constantinopolitano, episcopisque quam plurimis, ad episcopatum imperialis sedis delectum, postulantibus primo assensum suum accommodasse, mox tamen, quod alios sibi infestos & aduersarios esse cognouisset, abire, quam *diffensum* & turbas in ecclesia facere, omnino maluisse; cum religioni sibi duceret, ecclesiam tempestati obicere, ab iis excitatam, qui sedare potius, forte fortuna ortam, debuissent. Nec alia de causa GREGORIUM istum a *Sasimorum* episcopatu discessisse, compertum est, quam, cum per loci iniuriam, & *incolarum malitiam*, duorum denique metropolitānorum de finibus prouinciae contentiōem, non videret, quid prodesse posset. Prædicat AVGVSTINVS ^{h)} & maximopere collaudat eorum consilium, qui propter publicum ecclesiae bonum episcopatibus cedere, quam contentiōibus & litibus viam facere atque locum dare mallent. Longe gloriosius, inquit, esse, episcopatus sarcinas, etiam propter ecclesiae vitanda pericula, deposuisse, quam, propter regenda gubernacula, suscepisse. Ideoque & MAXIMIANVM Africæ episcopum hac ipsa de causa *renunciantem*, non per ignominiam cecidisse, sed gloriose cessisse, affirmauit. ⁱ⁾ Sane, cum expeditum sit, quod idem AVGVSTINVS alibi scribit, episcopos & sacerdotes, non priuati commodi, aut splendoris, vel dignitatis, gratia constitutos, sed propter eos, quibus præceptis ac precibus praeire ac sacramentorum administratione adesse debent; non locus est dubitationi, melius agere, qui, cum finem propositum nulla ratione se consequi posse videant, cedere potius, quam perseuerare cum ecclesiae damno, voluerunt. Ita *per obstinatos Antiochenorum* male in se animatorum mores in episcopatu permanere noluit

N 2

^{f)} PETRVS de MARCA de concord. sacerdot. & imper. L. VII. c. 8. §. 6. p. 820.

^{g)} SOZOMENVS L. VII. histor. eccles.

^{h)} AVGVSTIN. epist. 238.

ⁱ⁾ Ibid. eod.



luit MARTYRIUS eorum episcopus sed teste THEODORO ^{k)} LECTORE officio sese *abdicauit*, coetui autem publice declarauit, *clero immorigero & populo rebelli & ecclesiae contaminatae sese renunciare, seruata tamen sibi sacerdotii dignitate.* Certe etiam MELETIVM, episcopum cuiusdam in Armenia vrbs, propter *inobedientiam* subditorum, alio se contulisse & priuatam vitam in otio degisse, enarrat THEODORETVS. ^{l)} Illud vero prae ceteris placuisse priscis ecclesiae patribus intelligimus, vt, quotiescunque per imbecillitatem humanam *lapsus* forte esset episcopus, ac propter *peccatum*, quo ecclesiam offendisset, sese ex voto consulere posse commodis suorum desperaret, licite *abiret*. Ipse, quem antea, laudauit, AVGVSTINVS ^{m)} quod obseruauit THOMASSINVS ⁿ⁾ grauitur sacerdotes admonuit, qui ecclesiae suae *sine scandalo* praesse nequeunt, atque ad *deponendum* officium ipsos inuitauit. „*Neque enim*, scribit Hipponensis episcopus, *episcopi propter nos sumus, sed propter eos, quibus verbum & sacramentum dominicum ministramus, ac per hoc, vt eorum sine scandalo gubernandorum sese necessitas tulerit, ita vel esse, vel non esse, debemus, quod non propter nos, sed propter alios, sumus. Denique non nulli sancta humilitate praediti viri, propter quaedam offendicula, quibus praeter reliquos mouebantur, episcopatus officium non modo sine culpa, verum, etiam cum laude, posuerunt!* Ipse certe, cum Antonium quendam, alumnus suum, meliore consilio quam euentu, Fussalensi ecclesiae episcopum commendasset, tam aegre tulit hoc suum factum, vt oscitantiae, cuius ipse se reum faciebat, coercendae causa, episcopatu *abdicare* voluerit. ^{o)} Idque Caelestino pontifici Romano explicauit hoc in primis argumento: *cogitamus, quod ait apostolus, si nosmetipsos iudicauerimus, a domino non iudicemur, iudicabo me ipsum, vt parcat mihi, qui iudicaturus est viuos & mortuos.* Eadem *scandali* vitandi causa fuit MAXIMIANO, Bagaiensi episcopo, vt suo se munere *abdicaret*. Ille enim, quod cum donatistis aliquando fecerat, *populo minus placebat*, licet a peruerfa istorum hereticorum sententia iam dudum recessisset. MAXIMIANVS igitur, cum errorem, quem olim errauerat, ecclesiam adeo offendisse cerneret, vt etiam nunc pessime de se plerique sentirent, *sponte abiit* a munere, rationibusque consilii expositis patribus Mileuitanis factum probauit. Atque hanc ipsam *abdicandi* episcopatus causam etiam subsecutis seculis plurimum valuisse, exemplis POTAMII Bracarenensis episcopi & EBBONIS Rhemensis comprobatur. Ille enim cum libidini intemperantius indulgisset, eoque nomine grauioris animaduersionis se reum fecisset, *sponte abiit*, & sententiam concilii Toletani X. paullo post in se latam, praeuertit. Hic autem a LVDOVICO Pio imperatore accusatus,

^{k)} THEODOR. LECTOR L. I. p. 718.

^{l)} THEODORET. L. II. c. 3. histor. eccl.

^{m)} AVGVSTIN. L. II. c. 11. contra Crescon.

ⁿ⁾ THOMASS.

de disciplin. eccles. P. II. L. 2. c. 51. §. 2.

^{o)} AVGVSTIN. epist. 261.



crimenque confessus, a Synodo remedium poenitentiae petiit, ut a functione episcopali, qua se indignum agnouit, recedere liceret, quod PETRVS de MARCA ^{p)} annotauit. Atque, si recte iudico, inualuit omnino & obtinuit, ut quotiescunque clericus deponendus esse videretur ab officio, se ipsum potius abdicaret reus, grauitate criminis commotus, synodus vero sententiam damnationis ab ipso pronunciatam, cui reus iam obtemperauerat, confirmaret. Ita ut sentiam, facit formula ista, qua ARNVLPHVS Rhemensis Archiepiscopus perduellionis reus in cedendo archiepiscopatu vsus, & quae a PETRO de MARCA ^{q)} ex veteris æui monumentis descripta est. Quam quia ad institutum cumprimis pertinet, adiiciendam esse puto. His enim verbis concepta est: „Ego ARNVLPHVS quondam Rhemorum archiepiscopus, recognoscens fragilitatem meam & pondera peccatorum meorum, testes confessores meos – constitui mihi iudices delictorum meorum, & per ipsam ipsius confessionem dedi, quærens remedium poenitendi, & salutem animæ meæ, ut recederem ab officio & ministerio pontificali, quo me recognosco esse indignum, & alienum me reddens, pro reatibus meis, in quibus peccasse me ipsis secreto confessus sum, & de quibus publice arguebar, eo scilicet modo, ut sint illi testes alii succedendi & consecrandi in loco meo, qui digne præesse & prodesse possit ecclesiæ, cui hactenus indignus præfui. Et ut inde ultra nullam repetitionem, aut interpellationem, auctoritate canonica facere valeam, manu propria me subscribens firmaui.,

§. IV.

Hæ quidem renunciationem causæ vsu veteris ecclesiæ imprimis comprobatae sunt, quae a nobis primo loco commemorandæ videbantur, quia præciationum ceteris pertinent ad institutum. Sed inueniuntur plures patrum auctoritate exemplisque confirmatae. Imprimis senectuti tanto iustiore vacationem tribuendam esse existimarunt, quanto magis imbecillitas senum naturæ potius, quam culpæ hominum, debetur. Haud igitur difficulter veniam abeundi impetrauit BURCHARDVS, episcopus Würzburgensis, cum ingrauescentis ætatis obtentu successorem postularet, quod ex SVRIO supra commemorauimus. Neque GAVFREDO Syluanectensi episcopo, per ætatem & morbum corporis, laboribus impari, ac minus idoneo ad munus pro dignitate administrandum, missionem denegandam esse, arbitratus est pontifex: cuius rei RIGORDVS de gestis Philippi Augusti ad annum 1215. ¹⁾ testis est. Nimirum & grauitati morbi id concedendum esse duxerunt, ut renunciatio, isto titulo munita, admitteretur. Inter causas itaque, ob quas a Sasimorum episcopatu abiisse Gregorium Nazianzenum supra memorauimus, non

N 3

^{p)} PETR. de MARCA. L. VII. c. 25.
p. 1096.

^{q)} PETR. de MARCA loc. cit. §. 2.
r) apud FLTHOEVM p. 213.

mini-



minima fuit, *periculum*, quod *valetudini* eius ob inclementiam coeli & omnium rerum inopiam, impendere videbatur. Sic & SYLVANVM, Philippopolitanum in Thracia episcopum, ab Attico, Constantinopolitano Patriarcha, constitutum, SOCRATES ^{s)} refert, successore postulato, & impetrato, episcopatum reliquisse, quod per *corporis imbecillitatem* frigus ferre non posset. Ex eadem denique causa *Ariminensi* episcopo assensus est GREGORIUS pontifex ^{t)} ut alius in illius locum deligeretur, cum per *capitis dolores* impediri visus esset, quo minus sacerdotio praesse posset. Sed non aequè probatum fuit illorum consilium, qui se, *maioris perfectionis* & singularis *pietatis* causa, abire sacerdotio dixerunt. Neque enim exemplum IOANNIS SILENTIARII, ab episcopatu *ad vitam monasticam* fugientis, tanti visum est, quod tuto sequerentur alii, vtut diuinitus ad illud consilium capiendum excitatus esse crederetur, si verum est, quod in vita eius apud SYRIVM narratur. Quin potius illos, qui solitudinem & otium muneri demandato praeferrent, & *inconsulto superiore* in monasterium abirent, sanctitatis simulatione, grauiter coercendos esse statuerunt patres *synodi Caesareo Augustanae* can. 6. *Si quis de clericis propter luxum vanitatemque praesumptam de officio sponte discesserit, ac, velut obseruatorem legis, monachum se videri maluerit, quam clericum, ita de ecclesia repellendum*, decreuerunt, *ut, nisi rogando atque obsecrando, pluribus temporibus satisfecerit, non recipiatur*. Certe remediis canonicis ad officium reductos huius generis transfugas vel *Fulgentii*, abbatis cuiusdam in Africa, exemplo constat, quem ad abbatiam reuocatum esse episcopali auctoritate, ex FERRANDO adducit THOMASSINVS. ^{u)} Illud vero inusitatum, & decretis etiam conciliorum prohibitum fuit, vt quis *in fauorem* alterius, nulla alia, eaque graui, causa motus, a sacro munere abiret. Etsi enim in dubium vocari nequit, quod auctorum omni exceptione maiorum fide constat, vel religiosissimis praesulibus in more positum fuisse, vt *moribundi*, vel certe difficiliore morbo afflicti, *successores nominarent*, quos maxime dignos & ecclesiae utiles futuros existimarent; non tamen, hac sola nominatione facta vel depositum fuit munus, vel in alium translatum, quin potius, ius succedendi ab electione cleri & assensu populi pependisse, ^{x)} per quinque priora secula & ultra, THOMASSINVS demonstrauit. Praeterea etiam illud certum est, in *appellandis successoribus* id egisse optimos viros, vt ne alius post mortem ipsorum eligeretur, nisi quem recte de doctrina sentire perspexissent. Ceterum, ne quid vel *amicitiae*, vel *cognitioni*, datum esse videretur, tam prouide interdictum fuit, vt etiam, indulgentibus aliquando motropolitanis, vel episcopis prouincialibus, alii contradixerint, ca-

[nen-

^{s)} SOCRAT. histor. eccles. L. VII. c. 37. ^{t)} GREGOR. L. IX. ep. 141. ^{u)} THOMASS. loc. cit. p. 173. ^{x)} Ibid. l. c. c. 55. §. 5. sqq.



uentes, ne episcopalis honor hereditarius videretur: hoc enim ex HILARII episcopi Romani epistola 2. intelligitur. Quibus quidem ita comparatis, nemo facile erit, qui sibi persuadeat, vel pactis, vel plane pretio, locum fuisse, quo quis ad renuntiandum excitaretur. Sane, ut turpe visum fuisset, si quis de abdicando sacro munere pactus esset, ita simoniae crimen vix effugisset, qui vel data pecunia aliquem ad renunciandum prouocasset, vel accepta, prouinciam sibi demandatam deseruisset. Namque & in eos conuenit, quod canone apost. 28. dicitur: *si quis episcopus aut presbyter aut diaconus, pecunie interuentu, hanc dignitatem nactus fuerit, deponitor tam ipse, quam qui eum ordinauit, & omnino a communione abscinditor, quemadmodum Simon magus a Petro.* Denique, ut pacta a renunciatione abesse voluerunt, ita vim in illa minime tolerandam putauerunt. Ideoque proiectum episcopum, cui propter diuturnum morbum inuito successorem dederat HILARIUS ARELATENSIS archiepiscopus, restituendum esse, epistola 89. pronunciauit LEO pontifex Romanus. Atque hac ipsa de causa aliquando dubitatum fuit, cum quaestio incidisset, vtrum NICOLAUS MY-SALON, Amyclenus metropolitanus, a magistratu ad renunciandum adactus, efficaciter renunciaisset, an vero cognitio de criminibus ipsi obiectis prius instituenda esset. Placuisse tamen, cognitionem fieri, ne sacris altaribus & coelesti victimae adioueretur minister, qui postea indignus & contaminatus comprobari posset, ex Balsamone refert THOMASSINVS. y)

§. V.

Ex his igitur causis aliquando admissum est, ut quis munere se suo abdicaret. Superest, ut de modo, & legibus, quibus obsequi debuit, qui sacro officio renunciaret, videamus. Sed, in veteri quidem ecclesia ex eorum, qui sacra munera abdicarunt, exemplis constat, operam dedisse plebrosque, ne forte ex nulla, vel non satis idonea, vel ea causa, quae proboviro omnino indigna esset, sacerdotii onera fugere & auersari viderentur; ideoque rationes consilii vel Metropolitanis, vel totis episcoporum conciliis, exposuerunt. Synodus certe Pamphiliensis examinauit renunciationem Eustathii, metropolitani sui, & tandem admisit, ut ex epistola synodi Ephesinae ad Pamphiliensem PETRVS de MARCA obseruauit. x) Idem THOMASSINVS secundum seriem temporum ostendit, & inualuisse, ai, progressu temporis, ut & Regum imperatorumque assensus peteretur ab episcopis, qui ab illo munere abirent. Et recte quidem, meo iudicio, cum docente, VLPIANO l. i. §. 2. D. de iustit. & iur. ius publicum etiam in sacris & sacerdotibus versetur, & non parum reipublicae intersit, sacra cum dignitate, & a viris idoneis, administrari. LICINIUM quidem An-

y) THOMASS. loc. cit. c. 58. §. 12. p. 197.
dia sacerdotii & imperii p. 829.

x) PETR. de MARCA de concor-

dega-



degauensem episcopum, mirum in modum a *rege & episcopis* efflagitasse, ut sibi successorem darent, in vita eius apud *SVRIUM* commemoratur. *SVLPITIVM* vero, *Bituricensem* archiepiscopum, *REMACLV M*, *Trajectensem* episcopum, *BONITVM*, *ARVERNVM*, *BVRCHARDVM*, *Wurzburgensem*, eandem in deponendo episcopatus munere rationem secutos esse, ex vitis eorum, apud *SVRIUM* & *BOLLANDVM* in *actis sanctorum*, intelligitur. Illud certe apparet, nondum iis temporibus obtinuisse, ut auctoritas *Romani episcopi* interueniret, quotiescunque ab episcopatu recedere cuiquam visum esset. Imo nec exempla eorum desunt, qui *conscientia* cuiusdam *criminis*, & pudore male administrati muneris, ne requisito, quidem, vel *conciliorum*, vel *metropolitanorum*, vel *regum* consensu, abierunt. Etenim *MAVRITIVS*, *Andegauensis* ciuitatis episcopus, seuerus in se ipsum ac rigidus iudex suam solius sententiam secutus, episcopatum *deposuit*, quod sua negligentia puer, sacramento confirmationis nondum initiatus, obiisset, quod ex *SVRIO* indicauit *THOMASSINVS*. ^{a)} Atque in eo quidem facto adiutus videtur auctoritate *CHRYSOSTOMI* ^{b)} qui, oportere puto, inquit, tanta cum religione & cautione ad episcopatum accedere, ut illius molem & magnitudinem detrectes, deinde adepto honore aliorum iudicia sententiasque non expectare, si quod forte commissum deprehendatur, propter quod oporteat te honorem illum deponere; quin potius anteuertens te ipsum munere abdicēs. Sic enim par est, ut diuinam concilii impetresque misericordiam, qui si honorem illum præter decorum tanquam mordicus retinere studueris, indignus es, qui veniam consequaris, tum vero diuinam iram magis ac magis incendes, altero peccato & eo grauiore a te addito. Neque tamen hæc ideo afferuntur, quod neminem omnino episcoporum adiisse *Romanum pontificem* asseueremus, cui episcopatu abire constitutum fuisset. Namque & ipsum *AVGVSTINVM* consilium *abdicationis* exposuisse *Cælestino*, pontifici Romano, supra commemorauimus. Et idem fecisse *RUSTICVM* *Narbonensem*, *CORBINIANVM* *Frisingensem*, aliosque quam plurimos, optimorum auctorum fide constat. Enim vero & illud certum est, & a *THOMASSINO* & *PETRO* de *MARCA* demonstratum, nullam renunciantibus huius rei necessitatem impositam, sed nondum potius pontificis *Romani* consilium expetitur fuisse ab iis, qui cauendum esse sibi duxerunt, ne suo arbitrio & per inertiam a statione recessisse viderentur: ceterum id impetrari ab iis potuisse aliorum etiam præfultum ac metropolitanorum, vel concilii cuiusdam interposita auctoritate. Et quid disputatione opus est, cum vel ex *PELAGII III. pontificis* *Romani*, confessione satis intelligatur, nondum eius ætate inualuisse opinionem, quod ad

a) *THOMASSIN.* part. II. l. 2. c. 52. p. 173.
tio l. 3. c. 10.

b) *CHRYSOSTOMVS* de sacerdo-



ad *sedis Romanæ* cognitionem & iudicium renunciationes episcoporum per-
tinerent. Is enim BENIGNO archiepiscopo cuidam, quærenti, num me-
tropolitani auctoritate translatio episcopi fieri posset, ingenue respondit:
quia, sicut potestatem habes episcopos & sacerdotes regulariter titolare
& ordinare, ita, ut prædictum est, causa necessitatis & utilitatis habes &
mutare, ac de titulo ad titulum translatare, licet de minore ad maiorem
urbem mutandus sit. Sed recte a translatione, quæ & ipsa renunciationem
continet, ad simplicem renunciationem duci posse argumentum, arbitra-
mur.

§. VI.

Interim, quæ iam dudum animos hominum inceserat, religio & ve- Tandem au-
neratio *sedis Romanæ* effecit, ut primum metropolitanorum plerorumque *caritas se-*
renunciationes ad pontificem Romanum deferrentur. Tum idem de episco- *dis Romanæ*
patibus placuit, ut ægre ferrent pontifices, si forte, se inconsultis, quisquam *necessaria*
ab ecclesia abiisset. Denique, quod sponte olim & libere factum fuerat, in *fuit renun-*
cessitatem abiit. Inde igitur certis legibus circumscriptas esse videmus *ciantibus.*
renunciationes, causasque expressas, quæ solæ legitimæ haberi possent, &
ob quas admissurus esset abdicaciones pontifex, competens huius rei iudex, si
de abdicatione ageretur. Atque ut eo æquius & scripturæ sacrae conveni-
entius esse videretur auctoritatis pontificiæ illud incrementum, excogitatae
sunt rationes omnino speciosæ, ob quas ad *sedis Romanæ* cognitionem per-
tractæ essent istæ de renunciationibus cognitiones. Enim vero commenti
sunt intercedere quoddam *vinculum* inter episcopum presbyterumque & ec-
clesiam, coniugio simile, quod *matrimonium spirituale* appellatum fuit.
Nimirum placuit, quod sponsus ecclesiæ servator noster nominetur. Quæ
igitur superiorum temporum fuit audacia, ac in conditione laicorum infra
sacerdotum sortem deprimenda temeritas, induxit clericos, ut totius eccle-
siæ contemplatione pontifici vindicarent locum CHRISTI, ceteri se *maritos*
ecclesiarum particularium esse gloriarentur, idque sine rubore, cum magna
servatoris iniuria, subinde affirmarent. Quod posteaquam semel probatum
fuit, non abs re visum est, ea, quæ de vero matrimonio tum in litteris sa-
cris dicta sunt, tum legibus æquæ ac iuribus ecclesiasticis definita, ad *spiri-*
tuale illud *matrimonium* trahere, &, quantum fieri posset, ad rationes eius
accommodare. Ut reliqua prætermittam, quæ, ex sententia iuris pontifi-
cii & interpretum, carnali & spirituali matrimonio sunt communia, solum
illud *vinculum* arctissimum & paene *indissolubile* veri matrimonii occurrit,
quod quidem, ut in vulgus notum est, non nisi ex paucissimis causis, ac-
cedente etiam iudicis ecclesiastici auctoritate, dissolui potest. Ad huius igi-
tur, arctissimi nexus exemplum INNOCENTIUS III. pontifex Romanus vo-
luit, ut, quod inter episcopum vel presbyterum & ecclesiam esset, vinculi,
Escl. V. O non,



non, nisi *Romani praefulis* auctoritate, *caussa cognita*, diuelleretur. Certe de vero *matrimonio* seruator noster apud MATTHÆVM cap. XIX, commate 6, pronuntiat, *non separandum* esse ab homine, quod ab ipso DEO coniunctum fuit, ideoque adulterium committi ab iis, qui sine grauissima *caussa* diuortium faciant ab vxore. Inde vero in cap. 2. X. de *translat. episcop.* INNOCENTIUS III. colligit, *matrimonium spirituale* episcopi & ecclesiae tanto difficilius dissolui, quanto maioris momenti spiritualia praecorporalibus esse intelligantur, tantoque certius esse, suo solius iudicio reseruasse DEVM illas episcoporum voluntarias renunciationes; vt dubitari non possit, illas ad pontificis Romani cognitionem, quem vicarium Christi indubium esse perhibet, deferri. Cum ergo fortius sit, inquit, *spirituale coniugium*, quam carnale, dubitari non debet, quin omnipotens DEVS *spirituale coniugium*, quod est inter episcopum & ecclesiam, suo tantum iudicio reseruauerit dissoluendum, qui dissolutionem etiam carnalis coniugii, quod est inter virum & foeminam, suo tantum iudicio reseruauit, praecipiens, vt quod DEVS coniunxit, homo ne separet. Non enim humana, sed potius diuina, potestate coniugium spirituale dissoluitur, cum per translationem, depositionem, aut cessionem, auctoritate Romani pontificis, quem constat esse vicarium Iesu Christi, episcopus ab ecclesia remouetur, & ideo tria haec, quae praemisimus, non tam constitutione canonica, quam diuina, soli sunt Romano pontifici reseruata. Enim vero quis non videt, complura esse in hac pontificis constitutione, quae accuratius & seuerius pensitata locum suum tueri non possint? Vnde enim fidem faciet, vel mediocriter incredulo *matrimonii*, quod sacerdotes inter & ecclesiam esse fingit. Sponsam ecclesiae suae vocari *seruatorem*, ne nos quidem in dubium vocamus, & supra ingenue agnouimus, scripturae sacrae certissima auctoritate. At, vnde probabitur, in societatem istius coniunctionis, inter Christum & ecclesiam contractae, receptos esse clericos, quos *ministros sponsae* & *custodes* esse voluit seruator? Viderint igitur illi, qui tam audacter sibi vindicant alienam *sponsam*, ne durius egerint, dum ipsam Christi sponsam ad se pertinere arbitrantur. Sed fac, adesse etiam eiusmodi matrimonium, arctius quoque, quam ipsum carnale coniugium, contractum: cur vero in eo relaxando plus sibi sumit pontifex, quam in vero matrimonio ausus est vnquam? cur & *renunciationes simplices* & translationes episcoporum tam facile admittit, cum diuortium vix ex vna alterane causa probetur, mutatio vero vxoris aut optio nouae coniugis in locum prioris omnino temere non permittatur: quem denique, cui sanum sinciput contigit, permouerit, vt ipsi *iuri diuino* credat reseruati illius, quod fingit, origines deberi. Hoc enim si verum est, cur non idem obseruatum est in ecclesia, seculis a Christo nato proximis? Cur in iura vicarii istius DEI grassati sunt metropolitani & patres con-

con-



conciliorum, quos tamen de ecclesiastica disciplina rectissime iudicasse, vel pontificii negare non audent. Nemo certe est, qui non videat, excogitata esse hæc, quæ in cap. 2. X. de *translat. episcop.* afferuntur, argumenta: ut, quod, inuitis ecclesiæ priscæ moribus, ad pontificiam maiestatem augmentum accesserit, colorem haberet, quo oculi & mentes hominum a veri cognitione in errorem ducerentur.

§. VII.

Satis, credo, dictum est de renunciatione clericorum, qui in *altiori ordine*, quem dicunt, constituti sunt. Superest, ut de *presbyterorum* <sup>renuncia-
tiones pres-
byterorum,
& clerico-
rum qui sunt
in ordinibus
minoribus,
odium pacto-
rum.</sup> cessione videamus. Neque enim opus est, ut multis demonstremus, constituta paulatim disciplina ecclesiastica, presbyteros subfuisse episcopis, quemadmodum episcopi quandam metropolitanorum in se potestatem agnouerunt. Ut igitur supra ostendimus, metropolitanos conciliis, episcopos metropolitanis & primitibus suis, exposuisse renunciationum causas; ita nec *presbyteris*, nec illis, qui, cum sacerdotes non essent, tamen in sacris esse dicebantur, aut minorum ordinum clericis, integrum fuit, a munere recedere, sine graui causa, illi exposita, cuius subessent dioecesi atque potestati. Voluerunt enim concilii Nicaen. patres, c. 16. quod ex c. 23. *causs. 7. quæst. 7. intelligitur, ut qui recesserint ab ecclesia sua, siue presbyter, siue diaconus, vel in quocunque ordine ecclesiastico positi fuerint, non recipiantur in alia ecclesia, sed cum omni necessitate cogantur, ut recedant ad ecclesiam suam, & si permanserint, excommunicentur.* At pertinuisse illam reuocandi potestatem ad episcopos c. 3. concilii *Antiocheni* declaratur. Censuerunt enim huius concilii patres, deponendum esse clericum, qui a sua ecclesia in aliam transmigravit, ibique sedem elegit, licet *ab episcopo suo ad reuertendum fuerit exhortatus.* Ut enim inferioris ordinis clerici, & alii, non, nisi cessione suorum episcoporum, ad alias ecclesias transmigrarent, etiam concilii *CARTHAGINENSIS* IV. can. 27. constitutum fuit. Qua re apparet, quod inde argumentum ducit *THOMASSINVS* ^{c)} nec cedere loco licuisse clericis, in quo collocati fuissent, propterea quod libere alias abire potuissent, si nulli amplius addicti ecclesiæ fuissent. Atque in ea sententia perstitisse illos, qui subsecutis temporibus disciplinæ ecclesiasticæ curam habuerunt, ex *capitulari Caroli M. apud BALLUZIVM* ^{d)} intelligitur, ut cuius, *presbyteri, qui sine iussione proprii episcopi de ecclesiis ad alias ecclesias migrauerint, tam diu a communione haberi debent alieni, quam diu ad easdem non redierint ecclesias, in quibus primitus sunt instituti.* Neque locus est dubitationi, easdem in abdicando presbyterorum munere, quæ in episcoporum

O 2

rum

c) *THOMASSINVS* P. II. L. I. c. 19.
apud *Balluzium* T. I. p. 936.

d) *Capit. CAROLI M. L. VI. c. 85.*



rum renunciatione, causas, valuisse. Illis certe, qui vel corporis *imbecillitate* vel *criminis* cuiusdam a se perpetrati mole & conscientia grauati, abire a munere cuperent, assensum ab episcopis impertitum fuisse, ut, poenitentiae agenda causa, in monasterium quoddam se conferrent, ex illo HINC-
MARI apparet ^{e)} qui, *si quisquam*, inquit, *presbyter parochiae nostrae aut infirmitate corporis, aut latente animae peccato, senserit, se non posse proficere plebi commissae, vel non debere praesse, & voluerit monasterii portum, ad agenda poenitentiam, secundum decreta B. LEONIS, expetere, professionis suae libello ab ordine & titulo atque regimine plebis, secundum GREGORII decreta, seexuat, ut in monasterium intret.* At non ita faciles fuerunt incessionibus, quae in cuiusquam fauorem fierent, probandis, quin & ægerrime tulerunt, si quid tale per fraudem & artes presbyterorum admissum fuisset. Hinc teste FLODOARDO ^{f)} Hincmarus maxime indignatus est presbytero, cui permiserat, *ut libello suae professionis a regimine plebis sibi commissae redderet se alienum, & alium in suo loco expeteret ordinandum: quia colludium, quod habebat factum, sibi celauerat, videlicet ut alumnus eius, sine consensu senioris sui, in loco ipsius ordinaretur.* Ita certe placuisse & supra docuimus, ut *pactiones* a renunciationibus, quas vix ac ne vix quidem vel ex graui causa admittebant, penitus abessent, cum illas non posse non *simoniacas* videri intelligeretur. At quanto in odio hoc crimen fuerit tam est notum, quam quod notissimum habetur, a nobis etiam supra indicatum, cum de renunciatione episcoporum tractaremus.

Ceterum ut a prisca ecclesiae disciplina in eo recesserit pontifex, quod episcoporum renunciationes ad suam solius cognitionem pertraxit, spiritualis matrimonii colore; de episcoporum tamen potestate, saltem in hac parte, nihil quicquam derogauit. Quin potius ab ALEXANDRO III. ad Tornacensem episcopum, *c. 4. X. de renunciat.* rescriptum legimus, ut canonicam ultionem in eos, qui ecclesias suas, inconsulto *episcopo*, dimitterent, exerceret. Quod quidem cur admiserit pontifex, mirari non iniuria quis possit, si verum est, quod perhibetur, spirituale coniugium a nemine nisi a DEO, eiusque vicario, esse dissoluendum. Forte tamen exceptione specialis mandati a se dati pontifex Romanus defendi posset. Certe illos clericos, qui non sunt sacerdotes, sed in sacris tantum, aut neque in sacris, sed in *minoribus ordinibus*, non tam arcto vinculo cum ecclesia coniungi, ipsi pontificii agnoscunt.

§. VIII.

*Character
indelebilis.*

Sed his non sumus solliciti: cum propositum nobis non sit, in praesentiarum rationes, quibus summam in ecclesiam potestatem pontificii fulciendam

^{e)} HINC MARVS T. II. p. 638.

^{f)} FLODOARD. hist. Rhem. L. III. c. 8.



dam esse existimarunt, inuestigare. Imo uero iam quidem animus est, *renunciationem* clericorum ex iure, ab episcopis Romanis constituto, aestimare. Qua de causa notari velim, me renunciationum nomine, dum in pontificii iuris causa versor, iam non intelligere illam status clericalis mutationem, qua quis personam laici induit, ordinemque deferit omnino, sed *abdicationem*, qua quis munus & beneficium ecclesiasticum, salua dignitate ordinis & sacerdotii, dimittit. Verum, cum semel in hanc causam incidimus, non abs re esse videtur, ut commemorem, inualuisse iam dudum opinionem, quod is sit *ordinationis* effectus, ut, manuum impositione facta, non tantum singularibus spiritus sancti donis exornetur ordinatus, sed & in eminentiore, cum gratiae diuinæ, tum dignitatis, gradu collocetur, & a secundo illo hominum genere, laicorum videlicet, prorsus separetur, breuibus, ut ipsi DEO cedat, tanquam possessio quædam & hereditas, unde & *clericorum* nomen ortum esse scimus. Hos igitur, qui semel in hunc ordinem lecti receptique atque consecrati sunt, quadam nota a laicis distingui perhibuerunt, quæ omnino non, aut certe difficulter, eximi possit, eamque *characteris indelebilis* nomine insigniuerunt. Equidem, si ad vltum ecclesiæ superiorum seculorum attendimus, *resignationes* clericorum iam tum artificis limitibus circumscriptas fuisse, obseruamus. Enimuero, in concilii *Chalcedonensis* can. 7. decretum legimus, ut ne clerici statum suum mutare audeant. Qui semel in clero deputati sunt, aut monachorum vitam elegerunt, statuimus, inquit, neque ad militiam, neque ad dignitatem aliquam venire mundanam, aut hoc tentantes, & non agentes poenitentiam, ita ut redeant ad hoc, quod propter DEVM primitus elegerunt, anathemizari. Neque auctoritas deest singulorum patrum, qui acriter inuecti sunt in clericos desertores, suffurantes DEO, quod semel datum est, & sacrilegorum more profanantes, quod olim sacrum fuit. Sed tantum abest, ut characteris indelebilis, per ordinationem impressi, vestigia in scriptis eorum reperiuntur, ut etiam illorum temporum disciplina edoceamur, ad communionem laicorum reductos esse clericos grauius peccantes, quod ex c. 10. dist. 50. c. 13. D. 55. c. 5. D. 84. c. 118. C. 1. q. 1. c. 1. C. 1. q. 7. manifestum est. At in laicorum sortem detrufos esse, & gradu in perpetuum excidisse, qui communionem laicam accipere iussi essent, ALBASPINÆVS g) de veter. eccles. ritibus demonstrauit. Quando autem ad Iustiniani æuum respicimus, id quidem poenæ clericis immorigeris iniunctum esse videmus, ut *amissa clericali dignitate* ad laicorum infimi generis conditionem deiruderentur. Et IUSTINIANVS quidem: h) generaliter sancimus, inquit, nulli licere, in quolibet ecclesiastico gradu constituto discedere ab eo, & secularem fieri, sciētibz, tale aliquid facientibus, quia & appposito sibi cingulo aut dignitate aut mi-

O 3

litia

g) ALBASPINÆVS de vet. eccles. rit. L. I. obseru. 4. §. 5.

h) Nou. 123. c. 15.



litia nutabuntur, & curiali fortunæ propriæ ciuitatis tradentur. Enim vero aliud posterioribus seculis omnino placuisse, illamque de *charactere indelebili* doctrinam sensim introductam esse, non est difficile ad demonstrandum. LEO-
NIS saltem *philosophi*, imperatoris, æuo publice receptum fuit, ut *inuiti* ad vitam clericalem *retraherentur* potius, quam, in poenæ modum, dignitate exuerentur. Cum enim in *Nov. 6. c. 5.* a Justiniano fuisset constitutum, *ut, si aliquis presbyter, aut diaconus, aut subdiaconus, postea duceret uxorem aut concubinam, aut palam, aut occulte, sacro statim caderet ordine, & deinceps idiota fieret;* LEO contra in *Nov. 79.* istam Justiniani legem irritam pronunciauit, præcepitque, ne quis eam ob causam clericali habitu, alioque ecclesiæ ministerio, cuius usus illicitus non est, iudicio priuetur, hac in principio constitutionis adiecta ratione: quia, *quæ semel DEO dedicata sunt, ea deinceps auferri non oportere, sancitum est, idque non solum in donariis, verum multo etiam magis in hominibus, qui per sacrum ordinem diuinæ maiestati consecrati sunt, obseruandum est.* Neque aliud in partibus occidentis circa ea tempora obtinuisse, vel *ex c. 8. dist. 81.* quod ex concilii Moguntinensis, vel, ut *PITHOEVS* mauult, Cabillonensis, decretis desumptum est, apparet. Ut ne enim clerici, gradu moti, secularem vitam viuerent, sed potius poenitentiam in monasterio agerent, his verbis decretum fuit: *dictum est nobis, presbyteros propter suam negligentiam canonicè degradatos & seculariter, gradu amisso, viuere & poenitiæ agendæ bonum negligere. Vnde statuimus, aut gradu amisso, agendæ poenitiæ gratia, in monasterium, aut in canoniam regularem, mittantur. Si vero hoc fieri causa quælibet prohibuerit, ubicunque sint, poenitentiam agere non desistant. Si autem amisso gradu seculariter vivere velint, & poenitentiam agere neglexerint, ab ecclesiæ communione separentur.* Hæc causa fuit, cur Carolomanni, filii Caroli Calui, aulum ferendum esse non duxerunt ecclesiæ Gallicanæ episcopi, cum diaconatus munere exauctoratus, laicorum more viuere & regnum appetere instituisset. Quod *AIMOINVS* ^{h)} tradit. Hic enim Carolomannum in falsa fuisse opinione scribit, *quod liberius ad nomen & potentatum regium conscendere posset, quia ordinem ecclesiasticum non haberet: & quia episcoporum iudicio ecclesiasticum gradum amiserit, etiam tonsuram ecclesiasticam licentius amittere posset.* Atque inde lucem accipit, quod in *annal. Metens. ad an. 870.* dicitur: *Carolomannum per apostasiam recedentem ab ecclesiastica religione, & abiicientem gratiam, quæ data erat ei per manus impositionem, alterum Iulianum effectum esse.* Ex his igitur, quæ dicta sunt, apparet illud, quod a nobis maxime demonstrandum erat, ideo inualuisse illam de *charactere indelebili* opinionem, ut ne a sacerdotibus quidem depositis nota ista, animæ inpressa, amitti videretur,

^{h)} AIMOINVS histor. Franc. L. 3. c. 29.



tur, atque in *apostatarum* numero omnino haberentur, qui, vel ob crimen exauctorati, laicum vitae genus elegissent. Quod, cum semel placuisset, subsequens seculis & synodorum decretis & pontificum edictis rescriptisque confirmatum fuit. Sane in concilio Rotomagensi anno 1074. celebrato can. 12. praeceptum fuit, *ne hi, qui culpis urgentibus ab ordine suo depositi, quasi ab omni clericali liberi, militent seculo, more laicali.* Atque in eandem sententiam & ALEXANDER III. & INNOCENTIUS III. c. 1. & c. 3. X. de apostat. generaliter rescripserunt. Et concilium Tridentinum, propter hunc ipsum characterem, qui nec deleri, nec auferi potest, sess. 23. de sacramento ordinis, c. 4. illorum damnauit sententiam, qui asserunt, noui testamenti sacerdotes temporariam tantummodo potestatem habere, & semel rite ordinatos iterum laicos effici posse, si verbi DEI ministerium non exerceant. Enim vero ne inter pontificios quidem defuerunt, qui, quam debili fundamento iste suorum character nitatur, vel prodiderunt, vel plane professi sunt. Quanta enim sit dissensio inter ipsos iuris pontificii interpretes in describenda characteris, per sacramentum illud ordinis impressi, natura, ad tit. X. de sacram. non iterand. in iur. eccles. protest. docuit Ill. BOEHMERVS. BERNHARDVS VERO ESPENIVS, theologus & Ictus Louaniensis ¹⁾ inde a quatuor seculis, a theologis scholasticis quaesitum fuisse meminit, quis sit character ille, qui in sacramentis imprimi dicatur. Morini etiam testimonio perhibet, plures ingenue falsos esse, nihil apud patres, aut in antiquis canonibus, de hoc character solidi occurrere, sed ad auctoritatem ecclesiae, quae istum characterem agnoscat, esse recurrendum. Quis igitur miretur & theologos & Ictos protestantes iam dudum ab ista sententia recessisse, & repudiasse, quicquid in contrariam partem de nota illa, animae sacerdotum impressa, allatum fuit, quamuis anathematis fulmine in eos vibrato, qui aliter sentirent. Etenim CHEMNITIVS, ubi in istum locum concilii Tridentini incidit, in quo anathema dicitur omnibus, qui negant, characterem imprimi in anima, id est signum quoddam spirituale & indelebile, iam vero, ²⁾ scribit, Tridentini simpliciter anathema dicunt omnibus, qui non ut articulum fidei probant & amplectuntur illud scholasticorum recens es incertum commentum de character. Neque minus grauer sententiam istam refutauit ZIEGLERVS in comment. ad Lancellottum. ³⁾ Ibi enim, posteaquam varietatem sententiarum, qua de natura characteris indelebilis inter se inuicem pontificii disputarunt, latius demonstrauit, tandem ita concludit: *sed referant, quo velint: nos inter figmenta habemus.* Certe & huc illa pertinent, quae B. THOMASIVS de desertione ordinis disputauit. Cum igitur ex dictis

¹⁾ BERN. ESPENIVS P. II. iur. eccl. vniu. T. I. §. II. exam. concil. Trident. p. 221. ²⁾ CHEMNITIVS in
mentis §. 4. p. 61. ³⁾ ZIEGL. ad Lancellott. L. 2. tit. 2. de sacra-

ap-



appareat, eam non esse *nostrorum* sententiam, ut a reliquo hominum genere, ipso iure diuino, & *indissolubili nexu*, separetur minister ecclesiæ; etiam ipso iure infirmatur, quod in iure pontificio sub excommunicationis poena prohibitum esse nouimus, ne quispiam sacerdos etiam *post renunciationem* & exauctorationem, vitæ laicæ rationem inire, & a moribus clericorum, quos antea secutus est, discedere audeat. Certe enim, ut quisque est optimus, utque maxime de republica mereri studet, ita honestissimus & ciuitati utilissimus socius est habendus. Ideoque & usu obtinet in *iudiciis ecclesiasticis protestantium*, ut neque *renunciantibus* neque *remotis*, certa vitæ conditio iniungatur, sed illorum arbitrio relinquatur, quam suo ingenio accommodatam & rei familiari utilissimam esse, arbitrentur. Vnum est, quod timeri possit, ne dum ad laicos, aut ad sordidum genus vitæ redeunt, qui in sanctiore ordine constituti erant, ipsa sacerdotum dignitas aliquando apud imbeciliores per illos suspecta fiat. Solent enim fere plerique imbecilles ex illorum conditione, cum quibus familiariter versantur, totum illum *ordinem*, ex quo illi descendunt, æstimare. Ideoque maior est sacerdotii etiam e longinquo reuerentia, & cautius, pieque agunt, qui, postquam a sacro ordine discesserunt, a sordido vitæ genere abstinere, & auctoritatem illorum, quos olim *fratres* habuerunt, etiam post secessionem ab illis factam, honestate & moribus integris tuentur. Sed hæc quidem fere suaderi possunt, vi extorqueri vix possunt, & cuiusque pudori relinquuntur.

§. IX.

Caussæ abdic- Neque tamen adeo remissa est ecclesiæ nostræ disciplina, ut pro arbitrio, aut ex nulla, vel etiam *leui caussa*, *inconsulto* etiam superiore, a munere demandato cuiquam ministrorum ecclesiæ abire liceat, & remere deferere sacerdotium susceptum. Quamquam enim nec *apostatas* esse credimus, qui ordinem sacrum deponunt, nec *matrimonium spirituale* inter sacerdotem & ecclesiam contrahi putamus; sunt tamen *aliæ caussæ*, ob quas & theologi, & ICti nostrates *renunciandi* licentiam, quod ad munera ecclesiastica attinet, subinde prohibitam esse, asseuerant. Ita enim ut sentiant, non permittit: quod a diuinæ sapientiæ doctoribus diligenter fuit comprobatum. Obest inprimis *salus ecclesiæ*, quæ optimo cuique religionem perseuerandi imperat. Obstant incommoda nec pauca, nec exigua, quæ ad ecc-

caussæ, quæ in nostra ecclesia admittuntur. Inprimis conscientia civis, scandalum, vxoris, liberorum, familiarum dedecora.

Neque tamen adeo remissa est ecclesiæ nostræ disciplina, ut pro arbitrio, aut ex nulla, vel etiam leui caussa, inconsulto etiam superiore, a munere demandato cuiquam ministrorum ecclesiæ abire liceat, & remere deferere sacerdotium susceptum. Quamquam enim nec apostatas esse credimus, qui ordinem sacrum deponunt, nec matrimonium spirituale inter sacerdotem & ecclesiam contrahi putamus; sunt tamen aliæ caussæ, ob quas & theologi, & ICti nostrates renunciandi licentiam, quod ad munera ecclesiastica attinet, subinde prohibitam esse, asseuerant. Ita enim ut sentiant, non permittit: quod a diuinæ sapientiæ doctoribus diligenter fuit comprobatum. Obest inprimis salus ecclesiæ, quæ optimo cuique religionem perseuerandi imperat. Obstant incommoda nec pauca, nec exigua, quæ ad ecc-



coetum, pastore subinde destitutum, peruenire solent. Quæ omnia quidem nostrates ita commouerunt, vt *abdicandi* potestatem non, nisi ob *graves causas*, cuiquam esse arbitrentur. Atque, quod ad *causas* quidem attinet, in eo fere sequimur ipsa iuris pontificii præcepta, & quantum per doctrinam nostram fieri potest, vix alias admittimus, præter illas, quæ in c. 9. & 10. X. de *renunc.* traduntur. Etenim in c. 9, non impediendum esse clericum, dicitur, quo minus a statione recedat, in qua quidem *sine vitæ periculo* perseverare nequeat. Sed eam pontificis mentem esse WAGNERECK. ad d. c. 9. monet, vt abitus sit licitus, si nihil utilitatis ecclesiæ proueniret, etsi vel maxime mortem sacerdos fortiter subiret. Præter eam renunciandi causam c. 10. probatur illorum consilium, qui *debilitate corporis*, & ea quidem, laborant, ob quam quis officio satisfacere omnino non posse videatur. Vt vero hæc excusandi causa, etiam ex ipsius pontificis sententia, omnino *voluntaria* videtur, nec quisquam cogitur, vt inuitus renunciet per c. 5. X. de *cler. ægrot. & debil.* ita etiam vsu ecclesiarum protestantium obtinere, vt ægro substitutus adiungatur, CARPZOVIVS testatur. ^{m)} Certe non facile in sacro illo officio *inuitos* retinemus, qui de imbecillitate corporis queruntur, aut *sacerdotio*, cui præfecti sunt, se præesse posse negant. Generaliter enim hoc nos iure vt *natura* præcipit, vt, quæ ab *occultis* cuiusque *viribus* proficisci, & *virtute mentis* administrari debent, officia, cuiusque pudori atque voluntati relinquamus; cum ipse tantum secum habitare & vires metiri atque æstimare possit, an sufficiant ad onus impositum cum dignitate & fructu perferendum. Inprimis autem ad renunciandi veniam impetrandam valere voluit pontifex *conscientiam criminis*, *malitiam plebis*, & *graue scandalum*, quo spes fructus intercipiatur. *scientiæ* autem *defectus*, quem etiam admittit, vix apud nos allepari potest si, quod ICI nostrates præcipiunt, nemo, nisi *examine præuio*, quo scientiam arbitris probauit, ad ineundum sacerdotium omnino admittitur. Neque *irregularitati*, quam pontifex appellat, facile locum dant nostrates, de matrimonio clericorum aliter prorsus sentientes. Ea vero, quæ ex *cumulatione munerum* ecclesiasticorum proficiscitur, per disciplinam nostrarum ecclesiarum occurrere vix potest. At, quæ de *conscientia criminis* & de *scandalo* afferuntur, plurimum momenti habere ad renunciandum oportere, non immerito est admittendum. In eo enim & *prima ecclesia* nobis præiuit, & ipse finis, ob quem quidem ministri ecclesiæ ad curam coetus christiani vocari solent, admonet, vt ne *facinorosos* homines in illo ordine admittamus, aut plane retineamus, qui non doctrina tantum, sed & vitæ probitate, viam salutis indicare, & ambulantes in recto tramite

exem-

^{m)} CARPZ. iuripr. eccles. L. 1. tit. 10. def. 152 sqq.



exemplo suo retinere debent. Sane, quo plures in exemplum eorum tanquam in speculum quoddam, inspiciunt, & inde sibi & suæ vitæ, quod imitentur, capiunt, atque, quod turpe & impium, homine denique christiano indignum sit, æstimant; eo grauius peccant, qui mala vita, vel plane sceleribus contaminata, imbecilliores ad malitiæ imitationem seducunt, & produnt ecclesiam, quam custodire debuissent. Nemo igitur erit, qui huius generis hominum cuiquam vehementer repugnandum esse censeat, si quem forte vitæ antea actæ pigeat, ut abire, quam diutius cum dedecore præesse sacrae familiæ, malit. Neque tamen est, cur quisquam nos tam rigidos & seueros esse putet iudices, in clericos peccantes, qui per imbecillitatem illam, omnibus mortalibus communem, lapsi, aliquid humani passi sunt, ut, abdicandum ab illis esse munus, continuo existimemus. Sunt certe illi homines, a quibus nihil humani alienum esse putamus, & sententiae INNOCENTII III. accedimus lubentes, qui c. 10. *de renunc.* si omnes, inquit, quos arguit *conscientia* cuiusquam *culpa*, cederent, pauci vel nulli in illo ministerio remansuri essent. At, quæ in oculis omnium incidunt, *flagitia*, quæ nec a laicis impune committuntur, eorum licentiam nec faciendam clericis esse arbitramur: ob ista denique *renunciationem* a clericis factam non modo non improbandam, sed plane promouendam & laudandam esse, iudicamus. Vt enim crimini magis conueniat *depositio*, quam cessio, quod supra obseruatum est, *non tamen ea probrosa depositio est, sed spontanea & decora cessio*, ut THOMASSINVS ⁿ⁾ ait, *si quis delicti sibi conscius, canonicum iudicium sincera poenitentia occupat, seque ipsum suo exauctorat iudicio.* Conueniunt, quæ diximus, institutis ecclesiae primæ, ut supra intelleximus. Sed non minus piis veterum christianorum moribus respondent, quæ de *renunciatione*, ob scandalum datum a pontifice sunt decreta. Sane, dum episcoporum mores instruit apostolus I Tim. III. & quibus virtutibus exornatus esse debeat, describit, illum non modo *sceleris purum*, sed & *vitæ integrum*, esse iuber. *Oportet, inquit, episcopum irreprehensibilem esse, vnius uxoris maritum, vigilantem, sobrium, modestum, hospitalem, aptum ad docendum, non vinolentum, non percussorem, non turpiter lucri cupidum, sed æquum alienum a pugnis, alienum ab auaritia, qui suæ domui bene præsit, qui liberos habeat in subiectione, cum reuerentia.* Quod si quis *propriæ domui præesse non nouit, quomodo ecclesiam DEI curabit?* Non nouitium, ne inflatus in condemnationem incidat calumniatoris. *Oportet autem illum habere testimonium ab extraneis, ne in laqueum incidat calumniatoris.* Quam igitur in seruanda disciplina veteres curam adhibuerunt, ea effecit, ut non facinorosos modo de tribu remouendos esse censuerint, sed & *vitiis inquinatos & negli-*
gen-

ⁿ⁾ THOMASSIN. P. II. L. II. c. 52.



gentes officii, ab ecclesia abesse voluerint. Cerre, & seculo IX. ita obtinuisse ex *can. 40. concilii Cabillonensis II.* unde decerptum est *c. 8. D. 81.* intelligitur, vbi presbyteri ob negligentiam depositi sit mentio. Neque enim in sola episcopi persona subsistit *D. PAVLLVS*, sed & de familia præcipit, ne, qui in suis gubernandis minus diligens intelligatur, cætui vniuerso custodiendo impar videatur. Sane, quod *SAMVELE* teste *L. 1 Sam. c. 2.* *Eli* illi, primario Iudæorum sacerdoti, summo magistratus honore conspicuo a summo numine vitio datum, & interitu familiæ luendum fuit, hoc in nostris sacerdotibus a reprehensione abesse nequit, ad quorum propinquos non pauci oculos conuertunt, & ad quorum exemplum mores suos facile componunt. Non igitur ferendum est scandalum datum ab ipso sacerdote ebrioso, rixoso, munus suum perfunctorie administrante, laborem humilem & sacerdote indignum suscipiente, illotis postea manibus sacra, quæ caste adire debebat, temere tractante. Neque ab offensione, imbecilliorum saltem, immunis erit, cui vel parum cum uxore & liberis conuenit, vel etiam, qui indulgentior est in familiæ carcinomata, temulenta, concita semper ad pugnas atque rixas. Tali igitur, si secum tandem habitare incipiat, & vel sponte, vel monitus, cogitet, quantopere hæc omnia obstant emendationi cætus christiani, sibi commissi, satis ego causæ ad renunciandum esse existimo. Sic enim munere abdicato, gregi negligentius adhuc habito consulit, & quod *INNOCENTIVS* ait, salutem æternam temporali honori præfert. Si enim, quod supra docuimus, in veteri ecclesia obrinuit, vt vel malitiæ plebis, pastorem non ferentis, sed capitali odio ab eo dissidentis, concedendum esse crederetur; quidni & hodie veniam renunciandi demus illis, qui animos auditorum sua culpa a se alienarunt, aut suorum dedecore alienatos esse, intelligunt.

§. X.

Ex his igitur fere causis renunciationes admittuntur. Supereft, vt de Apud superiis videamus, quibus illæ exponendæ sunt, quorumque auctoritate vel adriorem ex-
mitti queant, vel omnino reprobantur. Illud vero iam supra attigimus, ponenda est
episcoporum renunciationes variis artibus ad sedis Romanæ cognitionem renunciatio-
pertractas esse. De abdicatione autem presbyterorum, aliorumque clerico-
rum ex *c. 4. X. de renunc.* monitum fuit, obtinere etiam nunc, vt, conscio
& consentiente episcopo, abire a munere sacro possint. Huic enim permis-
sum est, vt suæ dioeceseos clericis veniam relinquendæ spartæ dare queat,
nisi forte sint ii, qui a iurisdictione eius exempti, vel pontifici immediate,
vel alii praelato, subiecti sunt, vt episcopi potestate non contineantur. Hoc
quidem, argumento *c. 2. X. de instit.* & *c. 1. X. de capell. monach.* *SCHMALZ-
GRUBERVS* o) comprobauit. Illud vero, quod de episcopo diximus, se-
de vacante etiam capitulo licitum esse, aiunt interpretes, idque in *c. 14. X.*

P 2

de

o) *SCHMALZGRUBER.* iur eccles. P. II. tit. 9.

de maior. & obed. se inuenisse arbitrantur, quos CORVINVS p) allegauit. Imo vero etiam alios praelatos, episcopis inferiores, sed *iurisdictione* tamen *ecclesiastica* instructos, de renunciatione clericorum, sibi subiectorum, cognoscere, eamque admittere posse, tum *ex c. 3. X. de instit.* tum auctoritate rerum ita iudicatarum & Ictorum assensu, tuentur & CORVINVS & SCHMALZGRUBERVS. Sed hæc quidem sine omni exceptione accipienda non sunt. Dantur enim, & in promptu sunt, quaedam species, in quibus nec ab *inferioris*, aut *minorum ordinum*, clericis impetrari potest *missio*, quamuis episcopo, vel alio quocunque, quem nominauimus, iudice ecclesiastico consentiente. Eas certe, quæ *pacto adiecto*, aut sub quadam *conditione*, vel *in fauorem* cuiusquam, sunt, non, nisi *pontifice* consentiente, efficaces esse, plerique affirmant, & vsu rerum iudicatarum comprobant. In his enim renunciationibus, quæ *in cuiusquam fauorem* sunt, periculum esse credunt, ne quid cognationi, aut amicitiae detur, ac beneficia ecclesiastica, iure successionis hereditariae, transferri videantur, eamque ob causam illas ex patrum conciliorumque decretis interdictas esse, supra est a nobis indicatum. At, cum potestas *dispensandi* contra ius commune, & a lege soluendi, solius esse pontificis credatur; in promptu ratio est, ob quam renunciationes, *in fauorem* cuiusquam factas, ad illum deferendas esse, Icti censuerunt. Præterea *ex c. vn. de rer. permut. in 6to. & Clement. vn. eod.* notum est, beneficium aliquod de nouo conferri non posse, nisi prius vacet. At beneficium *in fauorem* alicuius resignatum, auctore BARBOSA q) vacare nequit, nisi personae nominatae conferatur. Inde igitur SCHMALZGRUBERVS, argumento satis artificioso, colligit, renunciationem *in fauorem* factam a nemine, nisi a *pontifice*, quem supra ius commune esse aiunt, admitti posse. Qui autem, *reseruata annua pensione*, cedunt beneficia, eos pontificia auctoritate opus habere, ideo perhibent, quod *c. 8. X. de prae-bend.* constitutum est, ut ne diuidantur beneficia, aut cum deminutione quadam conferantur. Illas denique *renunciationes*, quæ quicquam alterius *cuiuscunque pactionis* continent, ad pontificem deferendas esse, placuit, ut, quod auctor glossae ad *c. 4. X. de pact.* ait, *simonia*, quæ omnibus *pactis*, de re spirituali initis, inesse videtur, ex plenitudine pontificiae potestatis quodammodo purgetur. Hoc vero extra dubium est constitutum, illas clericorum renunciationes, quæ *pontifici* reseruatae non sunt, ad episcopos & alios *ordinarios iudices*, vi *iurisdictionis ecclesiasticae*, qua gaudent, pertinere. Etenim ea est communis interpretum sententia, a *superiore* examinandas esse, abdicationis causas, ab eoque licentiam abeundi impetrandam esse, qui habet *iurisdictionem*, & ius *deponendi*, aut etiam *confir-mandi*

p) CORVIN. de person. & benef. ecclef. l. l. tit. 13. clef. viii. l. III. c. 15. n. 71.

q) BARBOS. iurispr. ec-



mandi clericum, in sacro munere suscepto. Hoc enim non solum auctoritate glossae ad clement vn. de renunc. & FLAMINI aliorumque Ictorum assensu CORVINVS l. c. ait sed LANCELOTTVS etiam ^{r)} abscisse, in præbendis, inquit, & ceteris *minoribus beneficiis* apud eum fieri debet *renunciatio*, ad quem pertinere dignoscitur *confirmatio*. Vnde etiam *laico resignationem* fieri non posse, INNOCENTIVS III. c. 8. de renunc. affirmavit: cum ille nequeat clericum in officio suo confirmare. Intelligitur exinde, cur nullas *patroni*, in cognitione de renunciatione instituenda, partes esse voluerint legum ecclesiasticarum conditores, cum ex pontificii iuris doctrina exploratum sit, non omnem patronum esse etiam iudicem, laicos autem, caussarum ecclesiasticarum contemplatione, *iuris dicendi potestate* omnino expertes esse, nec sibi quicquam facultatis sumere in iis posse, licet summæ sint in administranda republica auctoritatis. Negat itaque FLAMINIVS ^{d)} imperatoribus & regibus beneficia a clericis resignari posse, cum generale sit, quod INNOCENTIVS c. 8. X. de renunc. ait: *renunciationem, in manum laici factam, nullam obtinere firmitatem*. Sane, vtut excidat clericus beneficio, quod laico renunciavit, ex verbis tamen pontificis apparet, & a GONZALEZ TELLET ad c. 4. X. de renunc. ostensum est, beneficium non *vi renunciationis*, sed *in poenam*, vacare, propter crimen, quod, renunciatione illegitime facta, sit commissum. Sane, in eo & *protestantium* Icti cum pontificiis consentiunt, quod *patroni* consensum sufficere omnino negent, vt abdicatio valida & efficax omnino videatur, quod CARPZOVIVS ^{e)} testatur. At, tantum abest, vt crimini vertant pastori, si, quod humanitas & decori ratio iubet, non, nisi *conscio patrono*, sibi abeundum esse censeret, vt etiam suadeant, factum laudent. Illud vero etiam apud nostrates quadam iuris necessitate requiri solet, vt *caussa iusta* a renunciente exponatur, & ab eo, *qui in causis ecclesiasticis ius dicit*, antea probetur.

§. XI.

Enim vero, ne vitiosa sit abdicatio, requiri solet, præter ea, quae ha-
tenus tractata sunt, vt ne quid interueniat, quod vel ad vim spectare, vel ^{vi extorta}
simoniaci criminis speciem habere, videatur. Quin, si in *civilibus causis* ^{facta simoniaca.} ita obtiner, vt, quod CICERO *pro Cæcin. c. 17.* inquit, iuri nihil magis inimicum esse, existimetur, quam vis, nec æquitati quicquam tam infestum, quam homines conuocati & armati; certe æquo animo ferri nequit, vt *sacerdotes*, ex causa non satis idonea, ad relinquendum beneficium, *vi* & *auctoritate* cuiusquam, inuiti compellantur. Vt igitur, quae *per metum* gesta sunt, rescinduntur, atque vt restituendus est, qui per vim aliunde est deiectus; ita etiam pontifex voluit, vt quod *per metum* extortum esset be-

P 3

^{r)} LANCELOT. instit. L. I. tit. 13. ^{d)} FLAMIN. de resignat. L. VII. quæst. 9. n. 14.
^{e)} CARPZ. iurispr. eccles. def. 125. n. 14.



neficium, spoliato ante omnia restituatur. Cum igitur plebanus quidam
ad terrorem laicorum, electioni rite factae renunciasset, *c. 3. X. de his quæ*
vi metusque causa CLEMENS III. *rescripsit*, renunciationem factam ad
terrorem laicorum, nisi forte iuramento vel fide interposita sit confirmata
 non impedire, quo minus is, qui renunciavit ecclesie, ad cuius regimen
 prius erat electus, illi legitime præficiatur. Quod vero tunc demum præ-
 fici ecclesie posse arbitratus est sacerdotem, si renuntiatio iure iurando non
 est confirmata, in eo dissentire videtur ab INNOCENTIO III. qui *c. 4.*
eod. clericum quendam, grauissimo metu compulsus a rege Angliæ ad *eiur-*
randum resignandumque beneficium, restitui iussit, non obstante iuramen-
 to. Enim vero, si recte considerantur verba, presbyter iurauerat, se renun-
 ciaturum esse, eoque sacramento steterat: sed pontifex rescripsit, non eo
 pertinere vim iuris iurandi, ut ne repetere renunciatum posset. Multo au-
 tem vehementius obstat *c. 2. X. eod.* in quo sacerdotem quendam, ut *eiura-*
ret beneficium, vi coactus, restituere iussit ALEXANDER III. ratione ad-
 dita, quod in irritum reuocanda sint per vim metumque gesta. Quam li-
 tem ut definiat GONZALEZ TELLEZ *ad c. 4. eod.* monet, renunciatio-
 nem metu graui factam, & iuramento firmatam, non valere, ideoque be-
 neficium, ita abiuratum, repeti posse, petita *relaxatione* iurisiurandi, vires
 tamen habere, si relaxatio non petatur. In eamque sententiam etiam GAILL.
 L. III. obs. 44. concedit. Quando autem propter vim metumque infirma
 dicitur renuntiatio, intelligenda est *vis atrox*, & ea, quæ aduersus bonos
 mores sit, quod ULPIANO *l. 3. §. 1. D. quod met. caus.* placuit. Non
 igitur improbat illa, quam magistratus recte infert, scilicet iure licito &
 iure honoris, quem sustinet. Quod si igitur *iudex ecclesiasticus* eum sacer-
 dotem, qui ex legis rigore *deponi*, non sine aliqua existimationis læsione,
 poterat, etiam *metu poenæ* in iure propositæ, ad abdicandum permouit;
 non habebit renunciens, cur regressum ad beneficium, per renunciationem
 amissum sibi patere, ex causa metus illati, putet. Ita saltem pronuncian-
 dum videtur, si ex *c. 10. X. de excess. prael.* res æstimanda est, in cuius ex-
 trema parte INNOCENTIUS III. pontifex visitatoribus Lombardiæ man-
 dauit, ut episcopo cuidam, *grauioris excessus* reo, spontaneam episcopatus
 depositionem iniungerent, detrectantem autem, & abire nolentem, ab eccle-
 sia amouerent, aliumque in depositi locum curarent eligendum. Extra hanc
 speciem tamen, eo usque renunciationes *liberas* esse, voluerunt pontifices, ut
 ne *pactis* quidem locum fecerint, quorum vinculo quis ad abdicandum te-
 neretur. Ita vero ut statuerent, & alia causa permoti fuerunt, cum, ex com-
 muni opinione, tam late patere *simoniæ* crimen existimaretur, ut ne ii tan-
 tum in illud incidere crederentur, qui munera & beneficia ecclesiastica illi-
 citis modis *ambirent*, & dona spiritus sancti vili pretio comparari posse ar-
 bi-

bitrarentur, sed & hi, qui omnino quicquam, rerum spiritualium, vel adquirendarum, vel in alios transferendarum causa, admitterent, legibus ecclesiasticis interdictum. At hæ negant omnino, *esse in commercio* vel spiritualia, vel spiritualibus annexa, quorum quidem procuratores, non dominos, esse episcopos & sacerdotes ALEXANDER III. c. 2. X. de donat. respondit. Igitur quascunque *pactiōes*, de his talibus rebus initas, *simoniacas* dixerunt, licet vel maxime nullum pretium interuenerit; et, quanquam ipsimet iuris canonici interpretes agnouerunt, nihil in *pactis gratuitis* simoniaci inesse, si ius diuinum spectetur; inesse tamen, propter prohibitionem ecclesiæ, dixerunt: quorum sententiam secutus est SVAREZ ^{u)} itemque GONZALEZ TELLEZ ad c. 8. X. de pact. Enimvero in hoc ipso capitulo GREGORIUS IX. pontifex *pactiōes*, pro spiritualibus obtinendis factas, *nullius momenti* esse, pronunciauit, addita etiam generali lege, qua, vt in huiusmodi rebus omnis *conuentio* cesser, definitur. Cum vero *pactiōibus* etiam *gratuitis* vim omnem & valorem denegarit pontifex: certe mirum non est, irritos esse omnes contractus, qui de rebus spiritualibus, *pro pecunia*, aut alio quocunque lucro, tradendis, celebrantur. His enim proprie ac iure quodam conuenit *simoniæ* nomen, quæ tunc ferre committitur, cum pro *re spirituali temporalis* datur. Eamque ob causam pontifex resignationem beneficii cuiusdam, sub conditione soluendarum ab altera parte expensarum factam, aliquando ratam non habuit, in c. 4. X. de pact. & transactiones de his rebus factas, dato aliquo vel retento, vel etiam promisso c. 4. & 7. X. de transact. infirmauit. Certe & hac ipsa ratione motus GREGORIUS pontifex c. 2. C. I. qu. 3. intolerandam eorum impudentiam proscripsit, qui DEI ecclesias, vel ecclesiastica beneficia, *pecuniæ interuentu*, susciperent, siue dando emerint, siue accipiendo vendiderint; in quos & INNOCENTIUS c. 38. X. de simon. statuit, vt ab illa ecclesia, in cuius contumeliam dare pecuniam, vel accipere voluerunt, excludantur. Ceterum quis dederit, tam parum interest, vt etiam c. 26. X. de simon. ille abire a munere illegitime acquisito cogatur, quo inscio vel agnati, vel amici, aliquid dederunt. Verum enim vero, vt ex sententia ENGELII ^{x)} in *simoniæ* crimen non incidit, qui aliquid dat, non vt pretium rei spiritualis, sed vt incitamentum ad opus bonum; ita certe non improbandum est, vel patroni, vel iudicis ecclesiastici, factum, qui miseratione ductus, sacerdoti ob *crimen & scandalum* datum renunciatur, aliquid dedit vel promisit, vt illi tanto facilius abitum suadeat, qui, etiam nolens, durioribus remediis poterat cogi, vt a sacerdotio decedat. Sane cum ex c. 21. X. de præbend. argumentari possimus, permissum esse iudici ecclesiastico, vt ali-

quid

^{u)} SVAREZ. de religione l. IV. de simon. c. 31.
L. V. l. 2. § 4. n. 8.

^{x)} ENGEL. colleg. iur. can.



quid ex beneficio, cui renunciandum est, assignet renuncianti; vitio certe duci nemini vel iudici, vel patrono, vel alii cuiunque poterit, qui de suo liberalis esse cupit, sine spe lucri aut honoris, quod ex beneficio denuo conferendo ad ipsum peruenire possit.

§. XI.

*Post legiti-
mam renun-
tiationem
non fac le-
gitur re-
gressus.*

Satis igitur ex his, quæ diximus, apparet, quanta prudentia vti sint legum ecclesiasticarum conditores, ne quid temere & leuiter fieret in deponendis muneribus ecclesiasticis, neue facile, ex *caussa non satis iusta*, aut omnino *iniusta*, resilirent homines ad mutandum procliuēs. At certe non minus circumspēcti fuerunt, vt *inconstantiam consilii* eorum redarguerent, qui deposito munere mox *poenitentia* ducuntur, & *creditum* sibi ad beneficium, quod, nemine cogente, deposuerunt, *patere* volunt. Sane quam benigne cum ægrotantibus agatur clericis, supra indicauimus. Illi vero, qui *conscientia criminis* cuiusdam, aut scandali dati grauitate, adducti, sacerdotio se abdicant, suam potius, quam aliorum, sententiam sequuntur. In iis solis aliquid *coactionis* occurrit, qui, *grauioris excessus* rei, ac duriorē poena digni, admonentur, vt *sponēte* renuncient. Sed id damnum sua culpa sentiunt, & ipsi quoque, delinquendo aduersus leges, in poenam, quam sequi crimen optime norunt, merito incurrunt, aut saltem, dum abdicationem depositioni præferunt, ex *optione* sua omnimodo tenentur. Tanto igitur minus accusandæ sunt leges, quibus, renuntiatione semel facta, & a superiore admissa, *standum esse*, constitutum est. In causis certē ciuilibus ita obtinere, nouimus, vt non infirmetur negotium, causa semel cognita & approbata, nec disquiratur, vera ne sit an falsa, ne quidem semper minorum contemplatione, quibus tamen propter ætatis imbecillitatem facilius succurri constat. Quis igitur *uarietatem & inconstantiam* ferat in viris in dignitate constitutis, & præceptis diuinæ sapientiæ imbutis a quibus vel maxime alienum esse creditur, vt quicquam temere agant, aut causas per mendacium consictas deferant ad superiorem. Enim vero a fraude vix abest, qui commentitiis consilii rationibus superiori illuserat, aut veras & a iudice ecclesiastico probatas in dubium reuocat, eoque titulo ad ecclesiam priorem redire cupit. Eo pertinet, quod INNOCENTIVS III. *l. 3. epist. 240.* præcepit: ne liberum sit suæ voluntatis arbitrium, quod in superioris iudicium iam translatus est, qua ratione frequenter nobis illuderetur a subditis, si *deambulatoria* esset subiectorum voluntas, ad examen cognitionis nostræ legitime delata. Eadem mente IVONIS *Carnutensis* epist. 131. iustum esse putauit, vt presbyter, qui ecclesiam, quam rexerat, nulla necessitate resignarat, in iudicio, quod de se iudicasset, permaneret. Aegre igitur, & non nisi hac lege, vt nullam episcopalis muneris partem inuito Theodoro successore

attin-



attingeret, Ephesina synodus EUSTATHIO, Pamphiliæ metropolitano, post renunciationem eius, a suffraganeis probatam, honorem episcopalem & redditus, ad vitam sustentandam necessarios, permisit, ut ex epistola eius synodi PETRVS de MARCA *de concordia sacerdot. & empar.* enarrauit. Neque aliud, subsecutis temporibus, placuisse, ex pluribus pontificum rescriptis probari potest. Illi enim clerico, qui beneficio suo, propter infirmam valetudinem derelicto, in monasterium abierat, ALEXANDER III, c. 3. *X. de renunciat.* redditum denegauit. Ita certe & CLEMENS III respondit, ac repetenti beneficium exceptionem *spontaneae abdicationis* obstare, c. 5 & 6. *X. de renunc.* rescripsit. Colligunt inde interpretes, beneficium *rite abdicatum* post consensum superioris *vacare ipso iure*, eamque sententiam etiam auctoritate c. 2. *de renunc. in 6to.* confirmant, licet facultatem poenitendi, ante consensum, a superiore declaratum, per c. 14. *X. h. t.* superesse facile concedant. Quin, & nexum inter sacerdotem & ecclesiam omnino sublatum esse, postquam sacerdotio renunciatum est, ex d. c. 3. concludunt. Negant igitur porro, ea renunciatione probata, beneficium a renunciante ciuilliter possideri, aut fructus, postea exinde perceptos, eius fieri. Breuib, ius omne, quod abdicans olim in beneficio habuit, extinctum esse censent. Quae cum ita sint, nihil obstat, quo minus ille clericus, qui munus depositum & beneficium annexum nullo iure detinet, ad cedendum compellatur, auctoritate magistratus competentis. Ita certe in concilio *Lateranensi*, quod anno 1215. INNOCENTIO III. imperante, habitum est, placuit ex cuius quippe decretis in c. 12. *X. de renunc.* hæc verba afferuntur: „quidam cedendi licentiam cum instantia postulant, ea obtenta, cedere prætermittunt. Sed cum in postulatione huiusmodi aut ecclesiarum commoda, quibus præsent, aut salutem videantur propriam attendisse, quorum neutrum suasionibus aliquorum, quaerentium, quæ sua sunt, seu etiam leuitate qualibet, nolumus impediri, eos ad cedendum decernimus compellendos. Neque est, cur aliud in *protestantium* iudiciis pronuntiandum esse videatur. Certe *praeses* mihi indicauit, ita censuisse ordinem Ictorum in hac academia, cum species quædam renunciationis, qua ob scandalum clericus officio se abdicauerat, illi oblata esset. Quae cum huic scriptioni occasionem dederit, diligentius enarranda est. Clericus quidam ab honestate & dignitate ordinis eousque defecerat, ut deprauati eius mores nec a coetu, nec a patrono & magistratu ecclesiastico, ferri possent. Exprobrabatur illi sordidum & illiberale opus, quod inspectantibus omnibus fecerat. Obiciebatur infrequentior sacræ eornæ usus & ebriositas. Nec ab iniurgitatione potus abstinerat, cum sacra adeunda essent, quæ ipsa subinde tam negligenter procurauerat, ut, quae in templo, nec, citra grauem causam, in priuatorum ædiu, facienda sunt, domi suae obiisset, sordidus & luculentus limo,

Fusc. V. Q quem



quem tractauerat. Praeterea *uxore* utebatur, qua cum ipsi pessime conueniebat, nec melius aliis, ut etiam propter verborum & verberum conflictum, quem ruperat inierat cum vetulis quibusdam, carceri mancipata esset. Non igitur haec omnia toleranda esse arbitratus est patronus, iudicis ecclesiastici potestate instructus, & homini, cui toties ad frugem redeundi auctor fuerat, ut *remotionem*, quam meruerat, spontanea abdicatione praeuenteret, omnino suauis, quin & miseratione ductus, *certam summam pecuniae* sponte cedenti promisit, qua ad victum querendum vteretur, alio vitae genere electo. Annuit igitur reus, & in ipso iudicii loco, praesente iudice ecclesiastico, & factum approbante, *renunciavit*; sed a muliere imperiosa, quam in carcere certiore de re fecerat, correptus, indignissime ob factum, ut ipsa quidem opinabatur, imprudentissimum exceptus, abire a munere iam abdicato noluit, imo vero, iudice in sententia perseverante, ad superiorem prouocauit, cuius nomine ordo Ictorum Witebergensem pronunciauit:

Daß die eingewandte Appellation in ihren Formalien beständig, und zu gebührender Rechtfertigung anhero erwachsen; der Materialien halber erscheint aus den Acten und der Parthejen Rechtlichen Einbringen allenthalben so viel, daß in erster Instanz wohl verfahren, derowegen Appellant, und der sol an ihm ergangenen Verordnung zu Folge, die Pfarr-Wohnung binnen 14 Tagen, gegen Empfang derer ihm verwilligten 1100 Thaler, und des versprochenen Arrestats, zu räumen schuldig, und wird diese Sache an verurtheilten Richter billig remittiret, W. R. W.

Ille quidem instabat, *non fuisse causam satis idoneam*, cur renunciaret. Sed sufficiebat *scandalum, vita flagitiosa, dedecus uxoris & familiae*, quod apostolus 1. Tim. 3. v. 4. in sacerdote non ferendum esse, docet. Ex his enim causis efficaciter renunciari supra §. 9. fuit comprobatum. Neque *simonia* obici poterat, cum illa liberalitas patroni potius laudanda videretur, neque clericus tam *propter pactum*, quam *propter causam pacti*, renunciare iustus esset. Neque tandem magni momenti erat, quod renunciatio *non superiori*, sed ipsi *patrono* facta, ipso iure nulla fuisse, videri poterat, ut supra §. 10. est a nobis comprobatum: primo enim ipse patronus simul erat *iudex ecclesiasticus*, qui ius consistorii per personas idoneas exercebat; ut dubitari non posset, a *superiore* approbatam esse hanc renunciationem; deinde etiam *laico* facta renuntiatio illud operatur, ut renunciatus beneficio in poenam excludatur: quod supra *ex c. 8. X. de renunciat.* a nobis demonstratum est. Denique iam, per prouocationem certe, res ad *superiorem* delata erat, qui causam renunciationis idoneam esse, iudicabat. Ideoque illi responso haec rationes sunt adiectae:



Obwohl eines Theils Appellat, daß diese Sache züförderst in der ersten Instanz zu erörtern, und daselbst wegen der von Appellanten geschehenen Resignation rechtlich zu verfahren, vormendet, andern Theils nach denen göttl. und geistl. Rechten, einem Diener göttlichen Worts, sein Amt, Veruff und Gemeinde, ohne erhebliche Ursache zu verlassen, nicht frey stehet, vielmehr alle weltliche Absichten diesfals bey Seite zu setzen,

C. 10. §. 7. X. de renunc. ZIEGLERYS de Episc. L. 4. C. 20.

& L. II. c. 13. §. 1.

und wenn eine geistl. Person, durch zeitlichen Gewinn, Menschen-Furcht, Geld, Versprechungen, oder sonst dazu verleitet worden, nicht aber aus Trieb des Gewissens freywillig ihr Amt aufgegeben, die renunciation, daferne sie auch vermittelst Eydес bekräftiget wäre, vor unkräftig geachtet wird,

c. 5. X. de renunc.

Überdies auch bey bürgerlichen freyen Handlungen, ein Versprechen, so wegen ausgeübter Gewalt, und daraus entstandener Furcht, oder gefährlicher Überredung geschehen, vor verbindlich nicht zu halten, mithin die von Appellanten wider die Resignation seines Amts gemachten Einwendungen, da demselben nach Arretirung seiner Frauen, und der, dem Anführern nach, daher bey ihm entstandenen Consternation, unterschiedene Vorstellungen geschehen, Er auch noch mehrere beschwehrliche Folgen davon vermuthet, und durch Versprechung jährlicher Alimenten, auch endlich einer Summe Geldes überhaupt, zu der Resignation Anlaß bekommen, jedoch nachhero poenitiret, und bey seinem Amte gelassen zu werden verlangt, nicht unerheblich zu seyn scheinen, ausserdem ein Kirchen-Diener sein Amt allenfalls nicht in die Hände einer weltlichen Person, sondern desjenigen, welchem die geistl. Gerichte zustehen, und in manus Superioris, resigniren muß,

Lancell. Instit. l. 19. §. II. ZIEGL. ad Lancell. ibid.

widrigensfalls aber dieselbe keine Wirkung hat, also, daß Appellantens Renunciation auch dieserhalb ungültig, und, da ihm die versprochene Geld-Post noch nicht ausgezahlt worden, Er diese zu hinterziehen wohl berechtiget, es das Ansehen gewinnen möchte,

D. a. d. so viel Appellatens, wegen der ersten Instanz, gemachten Einwurff anlanget, diese Sache bereits vor seinem Conitorio angebracht, und, nachdem Appellant mit seiner Vorstellung eingekommen, die Verordnung ergangen, mithin dieser, da er dabey sich zu beruhigen nicht gemeinet, nochwendig an die höhere Instanz sich wenden müssen, überdies Appellatens Hr. Principal mit Appellanten auf gewisse Maße in dieser Sache contrahiret also diese nicht unbillig in einer andern Instanz erörtert wird, ferner die

Q 2

Haupt



Haupt-Sache betreffend, einem Kirchen-Diener sein geistl. Amt aus trifflichen Ursachen aufzugeben, allerdings nachgelassen, und besonders zu Vermeidung unausbleiblichen Aergernisses, auch seiner eignen Besserung halber, und poenitentiae causa, eine andere Lebens-Art zu erwählen, nicht unterlassen wird, mithin Appellant zu angeregter Resignation gnungsame Bewegungs-Gründe gefunden, in mehrerer Erwägung derselbe bey öffentl. Gottesdienste, und Leichen-Begängnissen, durch seine unlängbare Trunkenheit, welche durch das beigebrachte Attestat nicht abgelehnet wird, auch ungeziemende Aufführung bey Administration der heiligen Sacramente, so wohl unanständigen und verächtlichen Lebens-Wandel, ingleichen durch unflätigen Gebrauch des heiligen Abendmahls, dessen allen er durch die vermittelte Endes abgehörten Zeugen zur Genüge überführet, ein grosses Aergerniß, in dessen Ansehung die Pfarr-Kinder, besage derer in Actis befindlichen memorialien, einen andern Seel-Corger verlanger, angerichtet, welchem nicht füglich anders, als durch Niederlegung des Amtes zu steuern, hiernächst dessen Ehe-Weib, seinem eigenen Geständnisse nach, sein Amt durch ihre unverantwortl. Begünstigungen, auch Beschimpfung und Verachtung ihres Ehe-Manns, so wohl durch Zank und Uneinigkeit mit andern, darüber sie verschiedentlich verklaget, und in Straffe genommen worden, lästern gemacht, und noch mehreres in Zukunft befahren läset, bey welcher Bewandniß auch die Bosheit und der Unverstand eines andern, hinlängliche Ursache zur Resignation eines geistl. Amtes geben kan,

c. 10. §. 5. X. de renunc.

Mithin Appellant damit etwas unzulässiges nicht vorgenommen, ausserdem die Resignation freywillig und pure geschehen, hingegen durch die Versprechung einer Summe Geldes zu seinem Auskommen, bey so offenbarem und unerträglichem Aergernisse, auf dessen Abschaffung die geistl. Obrigkeit nothwendig denken müssen, und zu welchem Ende viel härtere Mittel vorgekehret werden können, ihm eine grosse Güte geschehen, die Verbindlichkeit der Renunciation aber hierdurch nicht entkräftet worden, hierüber Appellants Vorgeben, als ob er aus Bestürzung, wegen der kurz vorher angeordneten Arretirung seiner Frauen, in grosser Ubereilung zu der Resignation sich entschlossen, eines Theils in Betrachtung der Uneinigkeit, in welcher er mit seinem Ehe-Weibe lebet, nicht glaublich, andern Theils dadurch, daß Appellant seine Erklärung nachhero, und nach Verlauff einiger Tage wiederhollet, und nur wegen des gegenseitigen Versprechens Sicherheit verlanger, ingleichen seiner Ehe-Frauen diese Resolution im Gefängniß mit vieler Freude hinterbracht, satissam widerleget wird, endlich die renunciation in die Hände Appellants Hr. Principals, welcher selbst in seinem Consistorio praesidiret, und von welchem er die Confirmation zu seinem geistl. Amte, allen Ansehen nach



nach, erhalten, welchen er also vor seinem Superiorem zu erkennen hat, auf gehörige Weise geschehen, und von demselben acceptirt worden, inmassen auch nunmehr die Ursache derselben in der höhern Instanz vor erheblich und zureichend befunden worden, also diese vor beständig zu achten, gleichwohl das von Appellatens Hn. Principal dargegen geschehene Versprechen zu erfüllen,

ZIEGL. ad Lanc. L. I. 20. §. II. num. 281.

So ist, gesprochenemassen, von uns billig erkannt worden.

XXXVII.

DISSERTATIO

DE PRAESCRIPTIONE
PETITIONIS HEREDITATIS
PATERNAE ET AVITAE.

VITEMBERGAE, AD D. XVII. OCT. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVIII.

§. I.

Nunquam in republica litteraria, quorum opiniones inter se certarunt, & qui in diuersas partes abierunt, homines defuisse, tot veteres lites ad nostra vsque tempora protractæ comprobant.

*Dissenffiones
interpretum
in iurispru-
dentia.*

Neque vlli disciplinæ contigit esse tam felici, vt ab altercationibus & dissenfionibus cultores eius abstinuerint; sed omnes vnâ eandemque sortem expertæ, sententiis semper singularibus perturbatæ sunt. Ex hac enim dissenfione, quod M. TVLLIVS ^{a)} ait, illa, qua veritas ipsa limatur in disputatione, subtilitas enata est.

Tantum itaque abest, vt iurisprudentiæ hæc macula abstergi possit, vt potius a suis fere incunabulis ICTOS aluerit, diuersa in interpretando respondendoque praecepta & principia secutos. Certe TVLLIVS ^{b)} non exiguam partem iuris cuius ambiguum esse, censet. In eo enim iure, inquit, quod ambigitur, inter peritissimos, non est difficile oratori, eius partis, quamcunque defendat, auctorem aliquem inuenire; a quo cum amentatas hastas acceperit, ipse eas oratoris lacertis & viribus torquebit.

Q 3

§. II.

^{a)} CIC. off. II. c. 10.

^{b)} Ibid. L. I. de orat. c. 57.



§. II.

*Ab antiquis
simis tempo-
ribus varia-
tum est in
iurispruden-
tia.*

Sub AVGVSTO imperatore iam iam C. Ateius Capito & M. ANTI-
STIVS LABEO duarum in hac disciplina sectarum, iuxta l. 2. §. 47. D. de
Or. Iur. auctores fuerunt, conf. EM. MERILL. Obs. I. 2. EVER. OTTO
de sectis ICtorum. Quapropter imperator, multæ in iure specificationis
inter SABINIANOS ac PROCVLIANOS, de quarum sectis GOTTF.
MASCOVIVS accuratissime scripsit, *ambiguitatis* §. 25. I. de rer. diu. fa-
cit mentionem. Ipse PAPINIANVS, illud, quod ipsi l. 7. D. de seru. ex-
port. de poena conuentionali, instrumento emtionis de seruo exportando
adiecta, placuerat, l. 6. D. eod. *retraxit*, cum a SABINO in contrari-
am partem vocaretur. Imo vero VLPIANVS, ipsum SABINVM, sectæ
auctorem, cum de iure accrescendi tractaretur, *variassse*, l. 7. D. de hered.
instit. itemque alios iureconsultos, de seruo vulnerato, qui postea periit,
varie respondisse, l. 15. §. 1. D. ad l. aquil. obseruauit.

§. III.

*Præscriptio
hereditatis
paternæ &
auitæ.*

Sic discrepantia opinionum inter Doctores vna cum iurisprudencia fe-
re Romana pullulauit, successu temporis creuit, & tandem ita inualuit at-
que adoleuit, vt nullum fere argumentum, & nulla vllius legis particula,
disputationum aleam euaserit, sed omnia interpretum disceptationibus miri-
fice vexata sint. Quo maior enim præstantissimorum virorum fuit prouen-
tus, eo maior inter illos æmulatio, quam studium rectius sentiendi excitauit
& aluit, eoque frequentior cum victoriæ cupiditate inter interpretes dissen-
sus: vt in multis omnino causis iure incertissimo utamur. Inprimis vero
de annis præscriptionis, qua hereditatis petitio, paterna atque auita exclu-
ditur, inter omnes fere variatum. Operæ pretium facturum esse videor, si
incertitudinem iuris in hoc argumento, & diuersa doctorum principia &
opiniones varias, diligentius excutiam, atque verum & genuinum præscrip-
tionis, ad excludendam *petitionem hereditatis paternæ et auitæ*, fontem
cum cura inuestigem.

§. IV.

*Actiones de
iure heredi-
tario.*

Sed in campo huius disputatiunculæ imitabor illos, qui metam certa-
tim petunt, &, priusquam excurrant, antea spatium designant, & terminos
finesque describunt, intra quos de palma inter se contendant. Igitur actio-
nes breuibus attingam, quas heredes ius hereditarium consecuti contra here-
ditatis habent possessores. Non enim cuius licet *ipsam hereditatem* petere,
& solam interdum eius *possessionem* desiderare sufficit heredi. Inde accidit,
vt heredi vel actiones *possessoriæ*, vel *petitoriæ*, subinde dentur a prætore,
prout vel ad hereditatis possessionem, vel ad ipsum ius hereditarium adspirat
atque animum intendit. Quandoquidem ineptum est, de *iure* illum disce-
ptare, qui, sine perplexa illa disputatione, possessionem eius rei, quæ ad
se



se pertinet, nancisci possit. Enimvero, si *NERATIVUM* audiamus, l. i. §. i. D. de *aqu. vel amitt. poss.* antiquior est naturalis rerum *possessio*, ex qua dominia, & cetera *iura realia*, cæperunt.

§. V.

Possessoriae actiones, quod notum est, vel ex iure civili, vel ex præto-^{Remedia pos-}rio descendunt. Inprimis frequentatur remedium ex l. ult. C. de *edict. D. possoria ad*^{hereditatem}
Hadr. toll. quod iure civili constitutione principis introductum est, ut he-^{consequen-}res in testamento, vitium visibile non habente, scriptus, in omnium rerum ^{dum.} hereditariarum, quae tempore mortui testatoris adfuerunt, possessionem, exceptionibus aduersarii ad petitorium reiectis, a iudice mittatur. Neque locus est dubitationi, etiam *piae causae*, ex testamento, quod solus duntaxat testator, non adhibitis testibus subscripserit, illud remedium competere. Saluum enim est testamentum ad pias causas, si de voluntate testatoris constet. Igitur testamentum a testatore subscriptum nullo vitio visibili laborat. Contra, *interdicta quorum bonorum*, & *quod legatorum*, praetoris beneficio debentur. Illud datur heredi vel bonorum possessori, a magistratu confirmato, contra eum, qui vel pro herede, l. i. C. *quor. bon.* vel pro possessore hereditatem possidet, l. i. D. *quor. bon.* ad consequendam eius possessionem.

Hoc vero heredi contra legatarium, qui rem legatam non ex eius voluntate, sed propria sibi auctoritate, vindicauit, accommodatur, ad possessionem rei legatae restituendam, ut de Falcidia sit securus. l. i. §. i. & 2. D. l. i. C. h. t. Sed de his quidem copiosius omnes interpretes artis nostrae tradiderunt, quos exscribere non vacat. Vnum attinet monere, ne quis cum *remediis possessoriiis*, quae heredibus dari solent, *possessoriam hereditatis petitionem*, quam praetor introduxit, & qua magis iura petitorii tractantur, temere confundat. Per hanc enim hereditatis petitionem, quod *GAIUS* ait, l. 2. D. de *possessor. hered. petit.* bonorum possessor tantundem consequitur, quantum civilibus actionibus heres consequi potest. Igitur *possessoria* appellatur, quia praetor eam dedit illis, quos ipse *velut heredes* facit, hoc est, quibus *bonorum possessio* data est: quod *VLPIANUS* obseruauit. l. i. D. *eod.*

§. VI.

Sed magis conuenit, de actione petitoria, quae *κατ' ἐξοχήν heredita* ^{Ciuiiles actio-}
is petitio dicitur, tractare, ut commodius perficiamus institutum. Haec ^{nes ad here-}
actio *mixta* est, & heredi aduersus eum, qui aut totam hereditatem, aut ^{ditatem con-}
quasdam tantummodo hereditatis partes, vel pro herede vel pro possessore ^{sequendam.} possidet, eiusque successores, competit, ut hereditas aut pars hereditatis cum accessionibus restituatur.

Mix-



Mixtam enim *causam* habere videtur, l. 7. C. de *pet. her.* quia quatenus ex iure hereditario descendit est realis, seu, quod *ULFIANVS* ait, l. 25. §. 18. D. de *heredit. pet.* in rem quidem actio est, sed habet tamen *praestationes* quasdam *personales*, id est, personalis est, quatenus ex quasi contractu administratae hereditatis oritur, qui possessorem obstringi, ut fructus ex hereditate aliena perceptos restituat, damna sarciat, l. 25. §. 18. D. de *her. pet.* & nec ipse fiat locupletior, nec heredem rei familiaris detrimentum sentire patiatur.

§. VII.

*Diuersitas
remediorum
civilium ad
hereditatem
consequen-
dam.*

Diuisiones & subdiuisiones remediorum, quibus hereditas petitur, quas plurimi enarrauerunt, & imprimis illustris *BERGERVS* in *oec. iur.* l. II. t. 4. §. 54. duntaxat extremo digito, quod aiunt, indicabo. Constat vero, *hereditatis* petitionem, si *causam efficientem remotam* respicias, vel *civilem* vel *praetoriam*, aut, si *obiectum* cogites, vel *uniuersalem* vel *particularem*, qua pars hereditatis petitur, vel si ad *causam efficientem propinquam* animum aduertas, vel *ordinariam* esse, seu *directam* vel *extraordinariam*, quam & *vilem* appellant. *Ordinariam* denique in *generalem* & *specialem* seu *qualificatam*, *generalem* in *directam* & *obliquam* diuidi, in vulgus notum est: ut superuacuum sit, quae alii centies dixerunt, hoc loco, praeter institutum, enarrare. Magis ad rem praesentem pertinebit; si admonuero, *hereditatis petitionem* a subiecto actiuo diuidendam esse in illam, quae *generaliter omnibus* heredibus competit, & eam, quae *liberis ac nepotibus* contra hereditatis *paternae* vel *auitae* possessores datur. Et haec ipsa est, de cuius dubia praescriptione diligentius exponere visum est.

§. VIII.

*Praescriptio-
nis introdu-
ctae causa.*

Praescriptionem non duntaxat in odium negligentiae, sed magis fere bono publico, inductam esse, expeditum est, ne rerum dominia incerta semper maneant, & ut lites aliquando finiantur; cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium, ideoque, qui illud neglexit, magis de se, quam de lege, conqueri deberet. Ita enim *GAIVS* l. 1. D. de *usurp. & usuc.* nec non *NERATIUS* l. 5. pr. D. *pro suo*, de illo argumento tradiderunt.

Neque tamen *naturalis* ratio multum illis fauet, qui *per tempus longius* res suas inquirere & inuestigare neglexerunt. Ex ipsa enim *negligentia* apparet, facile dominum *carere* illis rebus *posse*, quas per tantum temporis spatium non inuestigauit. Sed natura nemini obtrudit, quod non ad *necessitatem* & *commoditatem* cuiusque pertineat, & quo *facile careat*, sine insigni detrimento. Imprimis actiones, quibus *hereditas* petitur, tanto facilius iure



iure gentium *praescriptione* tolli possunt, quanto certius hereditates *naturalis ratio* ignorat, & quanto magis illae ad *lucra* pertinent; quæ si nostra culpa perierint, nulla caussa idonea est, de duritie legum conquerendi.

§. IX.

Sed inpraesentiarum quidem vacat disquirere, *quonam tempore petitionis hereditatis paternae & auitae praescribatur.* Dicitur non potest, quanta *ICtorum in* fuerit dissensio interpretum in illo argumento. Quidam fere *liberos a petitione hereditatis paternae atque auitae nonaginta* demum, imo, *centum & viginti annis* excludi, sine rubore affirmarunt. Ipsum MATTH. WESEN-*BECCIVM.* celeberrimum quondam *ICtum*, illum errorem errauisse video: *Varietas* qui, in *vol. tract. & respons. suorum I. conf. XI. n. 44.* „Liberis, ait, *ICtorum in* „cum succedant ex tribus capitibus, nempe, vnde liberi, vnde legitimi *definiendo* „& vnde cognati, praescriptionem hereditatis, XXX. vel XXXX. annorum *spatio praescriptionis* „non currere, sed demum ex spatio praescriptionum triplicato XC. annorum. „Et id ipsum, communi *gloss. ac DDrum ad l. 1. C. qui admitti, & l. 8. C. de iur. delib.* sententia, itemque iudicio BALDI in *tract. praescr. P. IV. part. 4. princ. quaest. 19. n. 6.* suffultum *conf. XLII. eiusd. vol. n. 106.* repetit atque diligentius confirmat. Ad quam sententiam etiam PHILIPPI L. III. *eclog. 34. obs. pract. inst. CARPZOVIVS P. III. conf. XIV. def. 30.* ANT. GABRIEL *de praescript. concl. IX. n. 3.* SAM. STRYCK in *annot. ad Lauterb. tit. de her. pet. in fine*, aliique summi & eruditione elegantissima conspici, atque in decidendis iuris controuersis felicissimi iurisconsulti acceperunt; ut triplicem hanc praescriptionem partim approbent, partim fundamentum eius praxi, responsis dicasteriorum, vsuque fori, & iudiciorum obseruantia, confirmant. Quid, quod & ipse BRUNNEMANNVS ad *l. 8. C. de iure delib.* ab illa opinione non alienus sit, sed illi lapillum adiungere omnino videatur. Hic enim, dum de illa specie, an filio, qui intra aliquot annos se paternae hereditati non immiscuit, & post decem annos eam vindicat, exceptio praescriptionis efficaciter opponi possit, disputat, tandem negat, huic praescriptioni locum esse, sed, filium intra triginta annos eam adhuc adire posse, imo nec longissimi temporis praescriptione ab ea excludi, arbitratur.

§. X.

Sed possit quis non immerito mirari, quid in mentem venerit viris optimis & in arte sua summis, ut de *liberorum hereditate auita & paterna* tam liberaliter sentirent, & plus fere ingenio tribuerent, quam legi, & ciuilibus praeceptis, quae prorsus ignorant nonagenariam praescriptionem. Quod cum illi intelligerent, ad *fictiones* confugerunt, ut cum Themide & musis in gratiam redirent. Commiscentur enim *triplicem hereditatis petitionem*, quae liberis *ab intestato* succedentibus competat, ad bona paterna & auita

Fasc. V.

R

vin-



vindicanda, & nullam altera consumi, sed aliam post aliam illis tribuendam esse, altera per praescriptionem consumpta, alteri, & hac elisa, tertiae locum esse, aiunt, ita spatium *nonaginta annorum* conficiunt. Quod ne sine colore dixisse videantur, ius *triplex* concurrere in persona *liberorum*, tradunt: *primum suutatis*, vi cuius propter *unitatem personae*, in quam cum parentibus & avis civiliter coalescunt, non tam parentibus succedere videntur, quam *suum* potius, post mortem patris, vindicare: *secundum ius agnationis*, propter quod omnibus aliis heredibus praefereendi sunt: *tercium cognationis*, quo & ipso vocantur ad adscendentium hereditatem. Ideoque primo illos, intra XXX. annos, ut heredes *suos*, postea intra alios XXX. ut *agnatos*, & si hoc neglexerint, intra alios XXX. annos experiri posse, censuerunt. Imo vero, si a patre *testamento* scripti fuerint heredes, *quartam*, aiunt, hereditatis portionem illis dari, propter *quartum*, qui accesserit, respectum, & vim testamenti, ex quo illis per XXX. alios annos actio tribuenda sit: ut intra *centum et viginti annos* ad bona paterna & auita vindicanda adspirare posse videantur. Sed hi quidem omnes, qui ita sentiunt, imprimis ad *praetoris* confugiunt auctoritatem, qui & ipse *tres* fecit *ordines heredum* in *successorio edicto*, & teste *VIRIANO l. 1. §. 11. D. de success. edict.* liberos, si intra annum, quo *sui* heredes & liberi in defuncti potestate constituti vacabantur, vel non agnouerint, vel repudiauerint hereditatem, postea illos admittit, ut sibi ipsis succedant, et, elapso priori spatio, in *secundo ordine*, unde *legitimi*, et si hunc neglexerit, in *tertia parte successoria*, unde *proximi cognati*, liberorum habet rationem: ut *triplex* illis petendae *hereditatis auitae* et *paternae* spatium competat. De quo argumento deinceps locus erit exponendi.

§. XI.

SICHARDI
sententia
singularis.

Paullo modestior & verecundior est IO. SICHARDVS, qui & ipse quidem liberis, paternam & auitam hereditatem petentibus, praescriptionis tempus, quo hereditatis petitio alias excluditur, laxavit, sed intra angustiores tamen terminos liberorum ius continuit, qui ad parentum hereditatem, elapso praescriptionis tempore, adspirant. Ille enim ad l. 2. C. *qui adm. ad bon. poss. poss.* ipse etiam *praetorem* sequitur, qui *liberis* ac parentibus, annum, intra quem bonorum possessionem petant, ceteris cognatis *centum* dedit *dies*, l. 1. §. 12. D. *de succ. ed.* tempusque hoc esse *utile*, i. e. scientibus duntaxat currere, constituit, l. 10. D. *de bon. poss. l. 2. D. quis ordo in poss. seru. l. 2. C. qui admit. ad bon. poss.* Ex qua parte edicti satis acute se collegisse putauit, triginta annorum praescriptione a petitione hereditatis exclusos, iure praetorio, adhuc intra annum, si sint liberi, sin cognati, intra centum dies bonorum consequi posse possessionem: ut post triginta annos hereditate quidem civili, sed nondum tamen praetoria, omnino excludantur.

§. XII.



§. XII.

In tanta varietate, non dissimulo, non deesse omnino quaedam argumenta, quae nos mouere possint, *ut liberis inprimis faueamus.* Agnoscit *illorum argumenta* *VLPIANVS* l. i. §. 12. D. de *success. edict.* non arctandos esse liberos, qui bene ad propria bona veniunt, dum parentum hereditatem petunt. Ipsum qui nona-genariae illud *condominium* rerum paternarum, quod liberis in potestate constitutis tribuitur, ipsa illa *unitas personae*, suadet; ne facile liberi hereditate parentum excludantur. *Germani* certe, apud quos olim, cum simplicitatem naturae sequerentur, nullae hereditates, nulla testamenta erant, tamen *suos* cuique liberos heredes esse voluerunt. Ita enim *TACITVS* tradit c. XX. *de morib. German.* Accedit *naturale votum* omnium parentum, qui bona *filio.* sua ad sanguinem suum, & liberos, quorum causa tot illa sudoribus & vigiliis quaesierunt, peruenire cupiunt. Denique ex ipso illo *successorio edicto*, cuius antea mentionem feci, intelligitur, praetorem noluisse, ut liberi a bonorum possessione, una duntaxat praescriptione, excludantur, sed *tres illis ordines, tria spatia*, dedisse: quorum uno, si propter temporis lapsum, ad hereditatem peruenire nequeant, per reliquos gradus, intra constituta tempora, ad illam admittantur. Ut non incommode a petenda *bonorum possessione ad ipsam hereditatis petitionem* duci posse argumentum videatur.

Sed, ut profitear, quid sentiam, *posset* forte, legislatoris potestate, propter liberorum *miserationem*, constitui, ut, post praescriptionis tempus, ad hereditatem admittantur. At vero *iureconsultis* non licet ultra fines *interpretationis* potestatem suam proferre. Largior, liberos suos, esse *condominios* rerum paternarum. Sed *veri* etiam *domini* possessiones suas *praescriptione* legitima amittunt. Neque *votum* parentum prohibere potest, ne liberi *sua negligentia* bonorum paternorum iacturam patiantur. Denique ex *edicto successorio de bonorum possessionibus*, & generaliter ab hereditate illa *praetoria*, pessime ad hereditatem *legitimam & civilem* ducitur argumentum. Ipse *VLPIANVS* l. i. §. 12. D. de *success. edict.* liberos *ideo* post *primum* ordinem, in secundo & tertio adhuc admittendos esse, ait, quia *annus* duntaxat illis praefinitus sit, ad bonorum possessionem impetrandam, & iniquum videatur, tam breui illos spatio excludi. Sed *hereditatis petitio*, de qua tractamus, civilis est, & tricenaria l. 7. C. de *petit. hered.* de cuius temporis angustia liberi iuste conqueri non possunt.

§. XIII.

Neque vero inter magistros artis nostrae defuerunt, qui olim *intelligerent*, nihil *edictum successorium* ad *petitionem hereditatis civilem* pertinere, adeoque male illos agere, qui propter triplex illud spatium *praetorium*, *liberis* *Patroni* *ve-* *rioris* *sententiae.*



beris ad agnoscendam bonorum possessionem datum, triplicem illis hereditatis petitionem civilem, & triplex ius praescriptionis, tribuerunt. Quo in numero in primis commemorandi sunt, viri in arte nostra summi, ANTONIVS FABER in *cod. L. VI. T. XI. def. 3.* & BERGERVS in *oec. iur. L. II. T. IV. §. 53. n. 11.* Illi, inquam, olim obseruarunt, praetorem, ex bono & aequo iudicantem, per successorium edictum *ideo* triplex liberis concessisse possessionem bonorum petendi in tribus ordinibus spatium, quia tempora admittendae bonorum possessionis *breuissima* fuerunt: & ne sit, de quo liberi, suam quodam modo hereditatem petitori, iuste conquerantur, tandem obtinuisse, ut, si tempore annuo ab vna parte successoria exclusi essent, ex alia succedant. l. c. *D. succ. ed.* Sed cum civilis petitionis hereditatis tempora sint longissima, non est idonea ratio, cur illud, quod praetori propter temporis breuitatem in beneficio *praetorio* placuit, ad amplissimum tempus hereditatis petitionis civilis, extendatur. Sed fortasse seduxit nonagenariae huius praescriptionis defensores, quod successionem praetoriam iure nouo propter nou. 118. minus frequentari, censuerunt: ideoque ipsis visum est, fauorem liberorum in petenda hereditate patria, quem praetor olim admittit, civili etiam successionem accommodari posse: ne frustra praetor liberos aliis heredibus in definiendo spatio praescriptionis praetulisse videatur. Vnde enata est illa multorum sententia, filium, qui intra primos triginta annos hereditatem parentis agnoscere noluit, tanquam filius, eam intra sequentes alios triginta annos adire, ut agnatum, tum, iis quoque elapsis, intra totidem alios, tanquam cognatum illam sibi vindicare posse.

§. XIII.

Nullibi sublatum est tempus praescriptionis ordinariae in hereditatis paterna petitione.

Verum enim vero obloquitur patronis causae aduersae l. 3. C. de praeser. 30. l. 40. ann. quae omnes actiones civiles, siue reales, siue personales fuerint, sub quibus & hereditatis petitiō, iuxta l. 7. C. de pet. hered. quia mixta est, comprehenditur, nisi breuiori spatio, certe regulariter *triginta* annorum praescriptione excludi iubet, ad litium aeternitatem intercipiendam. Neque vero fas erat, propter imaginarium fauorem & miserationem liberorum, ausu proprio, petitionem hereditatis paternae & auitae, inaudito exemplo proferre ad annos nonaginta, & praecepta artis nostrae, commento minus probabili, euertere & perturbare. Quae cum ita sint, apparet, multo minus *beneficium abstinendi* liberis a praetore concessum, quod anno terminatur, l. 1. §. 12. D. de succ. ed. & l. 4. §. 1. D. quis ord. in bon. poss. per tempus longius sine causa idonea proferri posse.

§. XV.

Commentum praescriptio

Ex his quae adhuc disputata sunt, intelligitur, adhuc longius illos a re-cto defecisse, qui filios testamento paterno vel auito heredes scriptos *centum* &

& viginti annorum habere praesidium, arbitrati sunt, priusquam ab hereditate paterna aut auita excludantur. Sed hi quidem filium ex testamento intra triginta annos se hereditati immiscere posse, ex l. 3. C. praescri. 30. l. 40. ann. tradunt: postea autem, tempore illo praeterlapso, liberos, quasi, omissa causa testamenti, ex edicto successorio, eiusque primo capite, unde liberi, intra idem temporis spatium bona paterna petere, hoc tandem elapso, intra idem tempus longissimum, tanquam agnatos ex secundo capite, tandem, iure cognationis, ex capite extremo, intra totidem annos, succedere parenti posse, profitentur.

At vero non potest esse obscurum, quam coacta sint illa, & a praeceptis iuris ciuilibus aliena, quae in illam sententiam dicuntur. Primo enim, quae de bonorum possessione agnoscenda a praetore constituta: non pertinent ad ciuilem illam petitionem hereditatis auitae aut paternae. Deinde heredi scripto vna duntaxat & simplex hereditatis petitio competit, quam nouimus triginta annorum spatio excludi. Quandoquidem cui ex testamento hereditas delata est, is sub vnico tantum, heredum institutorum iure admittitur ad hereditatem. Imo vero etiam ab intestato hereditatis petitionem per triginta tantum annos patere, certum est. Vt non possit dubitari, iisdem XXX. annis simul illam, quae ex testamento tanquam heredi scripto competit, & illam, qua successores ab intestato vtuntur, propter ius praescriptionis, sublatam esse: neque vna per praescriptionem sublata, dari ad alteram regressum. Optime ANTON. FABER ad cod. L. VI. tit. XI. def. 3. interpretum errore ad ciuilibus successionis iura edictum successorium protrahendum esse ait, idque commentum a recta quidem iuris ratione alienum, sed vsque adeo tamen a plurimis receptum esse, vt supremarum quoque curiarum decretis innumeris sit comprobatum. Plura de eo argumento idem Ictus Sabaudiensis in tract. de error. pragmat. & interpret. iur. ciu. dec. 3. tractat; & ESBACHIVS ad Carpz. p. III. const. XIV. def. 30. erroribus pragmaticorum illam de CXX. annorum praescriptione fabulam adnumerat, qua facile in foro iudicario caremus.

§. XVI.

Quae cum ita sint, frustra nonagenariae illius atque immemorialis praescriptionis, quam ad excludendam petitionem hereditatis auitae & paternae desiderant, patroni ad consensum multorum iudicorum, qui illam sententiam in decidendis causis secuti sint, prouocant. Hoc enim solo fundamento illos niti, qui tempus huius actionis longius proferunt, & ultra legis fines extendunt, viri summi perillustres WERNHERVS obs. LXIX. §. 3. STRYCK, ad Lauterb. de her. pet. tit. in fin. BRUNNEMANNVS ad l. 8. C. de iure delib. BERGERVS oec. iur. L. II. T. IV. §. 54. n. II. agnouerunt. Neque vero illa multorum contra legem scriptam & ciuilia praecepta conspiratio a quoquam impetrabit, vt caeco impetu, quae pluribus inperuer-

Supernacum est illud ex fori usu argumentum.



da iuris disciplina placuerunt, continuo sequamur, & in tanto dissensu, opinionem, quae omnium maxime ab arte nostra abhorret, contra officium iusti interpretis probemus.

§. XVII.

*Id. SICHARDO
responderetur.*

Sed quid faciemus de SICHARDO, qui ex *anno utili*, quem praetor per L. 1. §. 12. D. de succ. ed. & L. 2. pr. D. quis ord. in bon. poss. seru. liberis ac parentibus ad bonorum possessionem petendam liberaliter concesserat, uti supra obseruatum est, collegit, liberis post triginta annos, quorum lapsu finitur hereditatis petitio, adhuc annum concedi posse, intra quem bonorum possessionem illis petere liceret. Huic vero *Joannes Jacobus WISENBACHIVS in exercit. XIV. ad lib. XXXVIII. D. §. 19.* abunde satisfecit. Enimuero praetor tempus petendae bonorum possessionis, propter summam ipsius breuitatem, quae iniqua esse videbatur, ignorantibus currere noluit, ideoque tempus *utile* concessit. Sed nunquam praetori in mentem venit, heredes scriptos illo iure post triginta annos, quibus hereditatis petitio excluditur, uti posse. Neque enim praetoris beneficium diutius quam ciuile remedium durabit. Plura in eandem sententiam BACHOVIVS ad Treutl. vol. II. disp. XV. th. 1. lit. f. disputauit.

§. XVIII.

*Iure ciuile
hereditati
paternae
XXX. annis
praescribi-
tur.*

Rectius igitur in *ciuili* petitione hereditatis, etiam *auitae & paternae*, non praetorem, sed *ciuilis remedii naturam* sequimur. Sed nemini obsecrum est, actionem ciuilem; qua hereditas petitur, mixtam esse, l. 7. C. de petit. hered. ideoque *praescriptione* quidem *longi temporis* non submoueri sed exemplo omnium mixtarum actionum, quod l. 3. C. de praescri. 30. l. 40. ann. definitur, post triginta demum annos expirare. Enimuero *iuris regulam* in omnibus, quae non *excepta* sunt, generaliter sequimur: ut non appareat, quid nos mouere possit, ut liberis petitionem hereditatis paternae, & auitae per tempus longius, inuita lege, producamus. Luculenter de illo argumento scabini Halenses a regimine Mannsfeldensi aliquando consulti in causa C. F. I. qui bona auita vindicaturus, hereditatis petitionem elapsis triginta nouem annis contra A. L. heredes instituerat, m. Mart. 1735. in hanc fere sententiam responderunt:

Daß die angebrachte Klage nicht statt habe, quanquam actor *nonagenariam* suae actionis praescriptionem, inuocata WESENBECCII, CÄRPZOVII aliorumque auctoritate studiose defendisset.

Cuius ab illis responsi hae rationes adductae sunt:

Obwohl Kläger die opponirte exceptionem praescriptionis, dem Ansehen nach, sattsam abgelehnet, inmassen nicht zu läugnen, wie einige Rechtslehrer in den Gedanken, quod liberi 30. demum annis a petitione hereditatis paternae & auitae excludantur,

WERNH.



WERNH. Sel. obs. P. III. obs. LXIX. ibique alleg.
und hierbey zum Grunde setzen, quod nempe liberi ex triplici capite: vnde liberi, vnde legitimi, & vnde cognati succedere, adeoque triplicato illo tempore ad hereditatem venire possint,

BERG. oec. iur. L. II. T. IV. th. 54. n. 11.

STRYCK annot. ad Lauterb. tit. de her. pet. in fin.

BRVNEM. ad l. 8. C. de iur. delib.

Solchemnach es sich veranlassen will, daß diesen Einwendens ohngeachtet wider Befl. auf die Einlassung zu erkennen gewesen.

D. N. U. D. hauptsächlich die in denen gemeinen Rechten beziehete 30. Jährige praescription nirgends begründet, wie solches mit vielen Gründen behauptet

BERG. l. c. & in resol. Lauterb. tit. de succ. edicto, it. Rec. 299.

NIC. resol. pract. II.

LYNCK. resol. 252. & 399.

STRYCK. vl. mod. ff. de acquir. l. omit. hered. §. 3.

Auch, wenn schon besonders DD. Saxonici sich auf eine beständig hergebrachte Observanz berufen,

PHILIPPI obs. pract. inst. l. 3. eclog. 34.

CARPZ. P. III. const. XIV. def. 30.

Dennoch selbige allhier nicht zu appliciren, vielmehr so viel das Herzogthum Magdebl. und die dessen Rechten unterworfenen Lande angehet, schwerlich eine dergleichen Gewohnheit rechtlicher Art nach zu erhärten, wie denn auch Kläger dergleichen zu allegiren nicht geschickt gewesen, im Gegentheil denen gemeinen und Landes-Gesetzen gemäß, quod liberi petendo hereditatem paternam triplici actionis genere, nimirum vnde liberi, vnde legitimi, vnde cognati sich zu erfreuen haben, allein vergestalt und also, daß sie eine unter diesen actionen binnen 30. Jahren erwählen, gestaltesam

Magdebl. Pol. Ordn. CLII. §. 1.

ausdrücklich decidiret, daß in allen actionibus realibus, personalibus & mixtis nach 30. Jahren keine action mehr statt finden solle, und, daß solche allhier längst verstrichen, außer Streit ist: So haben wir hiernach gesprochen.

§. XVIII.

Sed de Saxonibus CARPZOVIVS p. III. const. XIV. def. 30. §. 9. te. Iure Saxon. statur, illos liberis ac parentibus nonaginta annorum spatium concedere, XXXI. annis quia ius civile sequantur in illa parte, in qua nihil speciatim iure Saxonico & termino fit constitutum. Sed supra comprobatur, ne ius civile quidem favere nonitur petiti nagenariae praescriptioni, adeoque temere asseritur, eodem nos iure vti in hereditatis Saxonica, propter iuris civilis apud nos auctoritatem. Rectius ius patrum avitae & L. I. Land. N. art. 29. expressum sequimur, quod omnibus rebus triginta paternae.

an-



annis anno & die praescribi iubet. Eodem enim spatio *res* etiam *incorporales* perimuntur. Vt dubitari non possit *hereditatem* etiam *auitam* & *paternam* liberis eripi, qui per *tempus longissimum iuris Saxonici* illam vindicare omiserunt eum nec *ciuitiles*, nec *Saxonum*, leges liberorum negligentiae faueant, sed utraque abhorreant a litium aeternitate.

XXXVIII.

DISSERTATIO.

VTRVM LIBERI
ACTIONE QVASI CALVISIANA
VENDITIONES PARENTVM
INOFFICIOSAS REVOCARE POSSINT.

AD LEG. VLT. D. DE REBUS IN FRAVD. PATRON.

VITEMBERGAE, AD D. XXI. MART. A. Q. S. P. E. MDCCXXXIX.

§. I.

Felix aliquando orbis. Diffidit unum parentum utque liberorum. Remedia, quibus parentum negotia rescinduntur, odiosa.

*D*um *liberos* subinde aut cum *viuis parentibus* litem exercere, illos, que in ius vocare, aut *mortuorum* certe iudicia & voluntatem impugnare video, solet me conditionis humanae miseratio subire. Enim vero, dum remedia malorum quaerimus, & quae ad vitam commodius beatiusque tolerandam pertinere possint, comparamus, plerumque incidimus in laqueos, & quaedam retia, in quae delapsi demum intelligimus, nos facilius carituros fuisse fructu certissimae iucunditatis, quam nubem malorum & vim tempestatis perferre, quae saepius voluptates maximas perturbat. Semper quidem parentem *urbis aeternae, Romulum*, probavi, qui raptas per ludicrum Sabinas, inter alias preces, efficaces ad muliebre ingenium, spe & societate *liberorum, quibus nihil humano generi carius esse possit*, demulcebat. a)

Si quidam ante ora parentis

Luderet Ascanius,

si viuum sui imaginem pater foueret in sinu, & prolem suam ingenium paternum factis etiam puerilibus exprimere, spem futuri temporis e longinquo ostendit.

a) LIV. I. c. 9.



ostendere, denique, quod Aeneas apud VIRGILIUM ^{b)} ait, non solum fortunam sed etiam virtutem verumque laborem a parente discere, videret. PAPINIANVS enim in sententia me confirmauit, qui *naturalem* liberorum caritatem, & commune votum omnium parentum esse, ait, vt liberis omnia rectissime eueniant, & vt potius liberis, quam sibi, consulatur l. 7. §. 1. D. si tabul. testam. null. l. 25. §. 1. D. si quis omiff. causs. test. l. 15. pr. D. de inoff. test. Sed postea intellexi, hanc etiam voluptatem non omnino certam esse generi humano. Audiui enim, multis illud, quod Epaminondas Pelopidae, orbitatem sibi exprobranti, responderat, obiici: vide ne tu peius consulas patriæ, qui talem ex te genitum relicturus sis. ^{c)} Vidi non paucos mortem liberorum, animo æquissimo tulisse, & quod Rhacoces, cum filium capitis accusaret, apud AELIANVM, ^{d)} Artaxerxi, dixerat, quasdam lactucas & arbores lætius succrenuisse, posteaquam hortulani prouidentia τὰς ἐνδοξοὺς τὰς πικρὰς, surculos amaros, sobolem improbam & pestilentem, amputasset. Miratus sum in prima propemodum ætate illius etiam reipublicæ, qua nulla fere, post hominum memoriam, sanctior aut bonis exemplis ditior fuit, verberatos a liberis parentes, fidem diuorum inuocasse, ne iniuriam inultam sinant, deque illa caussa extare legem SERVII TULLII, vt, si puer verberauerit parentem, & pater fidem parentum suorum implorauerit, puer diuis parentum facer esset, & impune a quolibet occideretur. ^{e)} Vidi denique multis consilium quærendorum liberorum pessime cessisse, qui felicius vixerunt orbi atque destituti, quam, cum globo æmulantium iuuenum ex se genitorum cingerentur. Igitur nolui, quod ÆSOPVS ^{f)} prohibet, cupidius affectare, quod aliis datum est, ne spes delusa ad querelam recidat, aut certe malui paulisper differre spem liberos suscipiendi, ex qua multos messem tot malorum metere intelligebam.

Nimirum nulla spes magis lubrica & incerta est illa, quam de liberis concipiunt parentes. A nemine facilius, quam a liberis, iniuria pro gratia redditur. Primo enim corrumpuntur parentum indulgentia, quos sciunt, liberorum caussa, quiduis & facere & pati. Quibus blandimentis adfuerit, si quid durius accadat, parentum iniuriam accusant. Parentem, inprimis si ad secundas nuptias accesserit, nouercalibus delinimentis & instigationibus corruptum, ipsius naturæ, & sanguinis sui, quod GAIVS ait, l. 4. D. de inoff. testam. obliuisci, criminantur. Plerumque iniuriæ, quam beneficiorum, memoria altius animo infigitur. Nemo magis, quam parentes, ad se pertinere putet, quod PLINIVS ^{g)} & DIO CASSIVS ^{h)} monuerunt:

^{b)} VIRG. XII. æn. v. 435 sqq. ^{c)} NEP. in Epaminond. c. 10. ^{d)} AELIAN. var. histor. l. I. c. 34. ^{e)} FESTVS v. plorare. REYARDVS ad L. XII. tabb. c. 3. p. 18. ^{f)} PHÆDR. l. III. fab. 18. ^{g)} PLIN. III. ep. 4. ^{h)} DIO CASSIVS l. 37. p. 62. & l. 38. p. 73. edit. Steph.



runt: „ita comparatum esse, ut priora beneficia subvertas, nisi illa posterioribus cumules: nam quamlibet sæpe obligati, si quid unum neges, hoc solum meminerunt, quod negatum est, aut quod Philo præcipit, apud
PLAUTVM. 1)

Benefacta benefactis aliis proregito, ne perpluant:

quod cum fieri ex voto solutiorum adolescentium non possit, actum est fere de gratia, quam quis ex liberis sperare possit.

Mirifice animo commoveor, cum illud, fere quotidie in iudiciis accidere video, ut spes parentum deludatur. Sed, inter reliquas acerbitates, illud acerbissimum videtur, quod non solum, quæ parentes viui de demenso comparserunt suo, illi per lasciuiam profundunt, sed ne æquo quidem animo patiuntur, *parentes viuos* bonis suis perfrui, & digne collocare, quæ sudoribus suis & labore quæsiuerunt. Hæc plerumque parentibus pro tot vigiliis & curis, quas liberorum causa susceperunt, gratia redditur, ut hi quidem seruitutis legem indicant parentibus, & libere illos de rebus suis statuere omnino nolint; quasi, quod ab illis partum est, ad liberos duntaxat pertineret. Hoc PAVLLVS ipsis persuasit, qui, l. II. D. *de liber. & posthum. viuo* etiam *patre*, filios quodammodo *dominos rerum paternarum* dici, ait, qui, mortuo parente, non tam hereditatem, quam liberam potius administrationem bonorum, quorum iam antea *domini* fuerint, consecuti esse videantur.

Enimuero non permittendum est liberis, ut ficto illo *dominio* rerum paternarum, quod ipsis ad euitandos in aditione hereditatis circuitus tribuitur, tam proterue abutantur. Recte VLPIANVS l. I. §. 16. D. *de ventr. in possess. mittend.* obseruauit, *partum* non tantum parenti, cuius esse dicitur, sed *reipublicæ* inprimis nasci. Igitur, si liberi non prorsus sunt parentum, nae, illi cogitare debent, etiam illa, quæ parentum sunt, non prorsus ad se pertinere, neque patrem prohiberi posse, ne rebus suis, e commodo reipublicæ & aliorum, utcumque visum est, utatur. Quo animo esse credimus parentem, cui hæc merces paternæ prouidentiae redditur, ut, postquam educauit partum, sumtibus, labori, non pepercit, filium animo & corpore instructum reipublicæ exhibuit, illum iam non tam auxiliatorem & socium, quod sperauit, sed dominum & suarum rerum moderatorem habeat, quo inuito, bona suo labore parta, attingere, liberalitates exercere, amicis præstare beneficia vix possit? Hoc est anguem educare in sinu, donec adolescat, ut morsu eius pereamus. Quæ cui eueniunt, illum poenitere possit vxoris liberorum quaerendorum causa ductæ. Satis, si naturæ vocem audias, tributum est liberis, quibus, donec seipsos exhibere possint, nihil deesse patimur, quod ad rem feliciter administrandam pertinere possit. Hoc enim,

1) PLAUT. *trinum* II. sc. 2.

enim, vt a parentibus fiat, ipsa reipublicæ communis necessitas. cui liberos & spem posteritatis debemus, & natura, quæ vtrumque parentem ad formandos alendosque foetus amore tenerrimo optime instruxit, exigere videtur. Reliqua cura ad rempublicam pertinet, cui partus a parente educatur. Nunquam hoc animo generantur alunturque liberi a parentibus, vt se ipsos spoliarent fortunis suis, & bona, quæ ad ipsos solos pertinent, liberorum arbitrio permittant. Igitur, si suæ quisque rei, quod CONSTANTINVS ait l. 21. *C. mandati*, moderator est, & arbiter, dominium, & facultas alienandi non potest parentibus inuitis eripi, & cum liberis communicari. Quid igitur de *portione liberis debita* iure Romano constitutum est, non videtur a natura, sed a iure ciuile profectum esse: vt non inepte illa portio *legitima*, id est iure ciuili & introducta & definita, dici possit. Hac enim significatione *tutela legitima* & hereditas etiam *legitima*, dicitur, quæ ex iure ciuili, & XII. tabb. *legibus* inprimis in rempublicam inuecta est.

Ex quibus rebus apparet, si *rationem naturalem* audias, *odiosa esse remedia*, quæ liberis ad *impugnanda* parentum iudicia, & *alienationes* ipsorum *reuocandas*, propter portionis legitimæ debitum, subinde accommodari solent. Enimvero, quamuis *nostra fere non intersit*, quid de bonis nostris post *mortem nostram*, cum sensu rerum humanarum fere carebimus, statuatur: tamen acerbum est *viuis parentibus*, si præuideant, *benefaciendi potestatem* sibi per liberos ademptam, illos, qui beneficia ab ipsis accipiunt, non satis securos esse: fidem suæ liberalitati ab amicis haberi tuto non posse: Omnia liberis, sæpe improbis, & pestilentibus, deglutienda datum iri; denique, postquam liberos progenuerunt, nihil fere sibi relictum esse, quam vt bona liberis corradant, quæ ab illis deinceps cum risu auferantur.

§. II.

In hac, quam disputauimus, sententia, haud ita pridem *præses mirifice* confirmatus est, cum de specie eiusmodi consuleretur:

IAVOLENVS CARFANIAM stupro cognouerat, ex quo PROCVLVS nascebatur. Carfania, IAVOLENO in ius vocato, a iudice ecclesiastico impetrauerat, vt cum illa nuptias contrahere IAVOLENVS cogeretur. Qua re Proculus, propter *subsequens matrimonium*, ius legitimæ sobolis nanciscebatur. IAVOLENVS, pudore stupri, quod admiserat, Proculum auersatus, magis omnino reliquis liberis, quorum quinque ex legitimo matrimonio susceperat, fauebat. Igitur mortuo interim Proculo, filio legitimo, qui Tulliam neprem reliquerat, pater decrepitus fundum CAIO, filio legitimo, bonis conditionibus vendebat: pretii partem non exiguam exclusa Tullia, nepte ex Proculo, filio legitimo, *quinque liberis legitimis* assignabat: inprimis a CAIO emtore, vt filias venditoris ex illo pretio liberalliter dotaret, sibi vero victum, & alia nonnulla, quæ ad vitæ commoditatem

Occasio instituti. Species venditionis inofficiosa.



rem pertinent, præstaret, stipulatus erat: ita totum patrimonium exhauserat. Tullia neptis, post annum ætatis suæ vigesimum primum, adhuc per quinquennium quieuerat, & nihil molita erat propter fundum ab auo venditum, & pretium inter reliquos liberos diuisum. Iam vero extortam sibi spem hereditatis auitæ indignius ferebat: ideoque opem & auxilium *aduo- cati*, scitissimi & eleganter eruditi, inuocabat. Hic quidem omnes aui liberos, qui de pretio illo, Tullia exclusa, participauerant, & dispersi locis diuersis habitabant, ad ratam partem *legitimæ portionis*, Tulliae restituendam conuenire, prudenter dubitauerat. Intellexerat enim, partem pretii, viuo patre accepti, liberis legitimis non alio obtentu, quam *donationis inof- ficiosæ*, extorqueri posse: sed huius remedii tempus fere elapsum erat, & res præterea multis incommodis non carere videbatur. Igitur, quid faceret Tulliae patronus? Emtor fundi auiti occurrebat, a quo, quod petebat, impetrari posse arbitrabatur, cum & soluendo esset, & fundum auitum possideret. Igitur ipsam *venditionem*, quasi fundus *in fraudem legitimæ alienatus videretur*, impugnabat: Diueil mein Groß-Vater durch diesen Verkauf mich um mein Pflicht-Theil recht vorsehlich bringen wollen, mithin ius, rem alienatam in tantum reuocandi, in quantum legitimam lædit, mir zu statten kommt, Als bitte zu erkennen und auszusprechen: daß der zwischen Beklagtem und der Klägerin Groß-Vater getroffene Kauff, in soweit er die legitimam lædirt, zu cassiren, und Beklagter den 6ten Theil von der Hälfte des erkaufften Guts, mit allen accessionibus und fructibus, auch dem Interesse, Klägern herauszugeben und abzutreten schuldig.

Aduocatus rei, non minori facundia & ingenio, negabat Tulliae *ius agen- di* competere: sed reum titulo singulari, eoque oneroso, rem adquisiuisse, actricem non per venditionem, sed per assignationem pretii, quod titulo lucratiuo ad reliquos liberos peruenerat, læsam esse. Igitur *donationem, tanquam inofficiosam*, ab omnibus heredibus reuocandam esse, huius vero remedii tempus expirasse, non dari actionem aduersus *emto- rem rei in fraudem legitimæ alienatæ*, erudite & solide excipiebat. Sed replicabat actor: dari actionem: illamque *quasi Caluisianam* dici, quam PAVELVS l. 13. D. *si quid in fraudem patroni*, etiam arrogato filio, propter fundum, in fraudem quartæ Diui Pii, alienatum accommodauerit: non esse locum dubitationi, quin idem remedium etiam *liberis legitimis*, & per subsequens ma- trimonium *legitimatis*, si quid in fraudem legitimæ alienatum fuerit, con- cederi possit. Hanc actionem *perpetuam & in rem scriptam* esse, ideoque possessorem recte conueniri: inprimis fidem FACHINÆI^{k)} inuocabat, qui & ipse liberis, propter inofficiosam alienationem, ad exemplum arrogati, & patroni, quasi Caluisianam dari præcepisset.

Dici

^{k)} FACHINÆVS controuerf. iur. VI. c. 85. p. 507.



Dici non potest, quanta vtrinque elegantia & eruditione ab vtriusque partis patronis fuerit de illo argumento disputatum. Mouebat imprimis ingenium actoris, qui, raro exemplo, in tanta sterilitate fori & bonarum mentium, circumspicte & scienter, deprompto ex visceribus artis nostræ remedio, quod centum alii ignorant, causam clientis desperatam sanare laborauerat. Dignissimus fuisset victoria, propter exemplum, ut intelligerent alii, quantum intersit, præcepta artis nostræ non primis labiis duntaxat degustasse, & cum res in angustias adducitur, non semper sufficere remedia, quæ sunt in triuio, sed arte & scientia opus esse, ad rem feliciter gerendam. Igitur parum aberat, quin fauerem partibus actoris. Sed cum rem penitus inspicerem, & diu cunctatus essem, res caruit euentu, & actor causa cecidit, non minori sua laude, qui causam impeditissimam optime egit.

Et, quanquam cecidit, pulchris tamen excedit ausis.

Euimvero *præses* respondit: secundum ea, quæ proponerentur, non locum esse huic actioni: Daß die Klage, angebrachter Maaßen, nicht statt hat, die beyderseits aufgewandten Unkosten aber sind gegen einander zu compensiren und aufzuheben. Et iam quidem *res iudicata est*. Sed operæ pretium videtur, speciem, quæ sæpius occurrit, diligentius tractare.

§. III.

Nimirum ipsa *Caluissiana actionis* directæ natura prohibet, ut illa, ne *Actio Caluissiana* quidem, id est, secundum fines illos, ad quos a prætore compa-^{si}na datur rata est, *liberis*, propter *venditiones* parentum *inofficiosas*, dari possit. Igi-^{patrono, in} tur, ut recte de illa causa statuamus, refert, de ipsa *Caluissiana actione*^{cuius frau-} aliquid præfari. Enimvero, lege *Caluissiana & Fauiana*, seu *Fabiana*, quo^{dem liber-} nomine *PAVLLVS in rubro tit. 3. L. III. sentent.* 1) illam appellat (solent *dolo malo* enim *ICti* aliquando prætoris etiam edictis *legum* nomen tribuere, l. 1. §. 2. *alienauit*. D. *unde cognat.*) vtrique, inquam lege, cautum est patrono, ut, quid-^{in fraudem eius alienatum fuerit, a liberto, qui testatus decesserit, Fa-} quid *in fraudem* eius *alienatum* fuerit, a liberto, qui *testatus* decesserit, *Fa-* *biana*, qui *intestatus*, *Caluissiana formula*, ut *PAVLLVS* ait *tit. 3. lib. 3. sentent.* aut *Caluissiano iudicio* l. 16. pr. D. *de iure patron.* dicitur, subinde reuocetur. Hoc enim & *VLPIANVS* l. 3. §. 3. D. & *DIOCLETIANVS*, l. 2. C. *si quid in fraud. patron.* docent.

Sed primo quidem *prætor dolum* desiderat, quo spes patroni sit interuersa a liberto. Ait enim *prætor*: si quid *dolo malo* liberti, factum esse dicetur. l. 1. pr. D. *si quid in fraud. patr.* Neque vero, quamuis in seruili ingenio, facile credimus, *dolo malo* aliquid gestum esse, nisi, quod *SCÆVOLA* præcipit, l. 6. D. *de probat. manifeste* doceatur, in fraudem patro-

S 3

ni

1) SCHULTING. iurisp. anteiustin. p. 339.



ni aliquid datum esse a liberto. Sed hæc prima est difficultas, ut dubitem, liberis *Caluisianam* dari, ad venditionem partis reuocandam; cum omnia alia potius, quam *dolum*, suspicemur de *parente*. Vnum duntaxat *VLP IANVS* l. 1. §. 1. D. *si quid in fraud. patr.* excipit, ut, si *mortis causa* aliquid alienatum fuerit, non exigamus, ut probeatur, *dolo* malo illud gestum esse; cum sufficiat, quod *mortis causa* sit donatum. Ceteroquin *dolum* desideramus in liberto. Ex hoc fonte deducitur, quod auctore *PAVLLO* l. 5. §. 1. D. *eod. iuramento in litem* locum demus, si res, in fraudem patroni alienata, non restituatur; maxime, si & possessor *dolo* malo rem occultet. Generaliter enim, cum *dolus* & *contumacia* non restituentis puniuntur, quod idem *PAVLLVS* docet, l. 2. §. 1. D. *de in lit. iurand.* actor in *litem* iurat.

§. IV.

Quid in fraudem patroni alienatum videatur. *Actio Caluisiana* est remedium in subsidium. *Habes* primam difficultatem, quæ videatur liberis ob stare, ne parentum negotia *Caluisiano* iudicio rescindant. Sed occurrent plures, si curatius de illa actione exponemus. Prætor enim negat patrono eiusque liberis *Caluisianam actionem*, nisi in fraudem patroni aliquid gestum fuisse, doceatur. Igitur, si in fraudem legis res suas alienauerit libertus, non dabitur locus *Caluisianæ* actioni: cum ipso iure nulla sint, quæ in fraudem legis sunt administrata. Ita enim *IULIANVS* atque *VLP IANVS* distinguunt l. 16. pr. D. *de iure patronat.* Quandoquidem enim lex patrono successionem negat, nisi, quantum ad bona & possessiones attinet, maior *centenario* fuerit libertus; *Caluisiana* locum non habebit, si *dolo* malo libertus aliquid alienauerit, ut *centenario* minor esset. Quicquid enim hoc consilio in alios fuerit translatus, perinde habebitur, ac si in bonis liberti esset: ut alienatio ipso iure nulla videatur. Hoc & *VLP IANVS* obseruauit, l. 3. §. 20. D. *de bonis libert.* Ex quibus locis apparet, non nisi in subsidium, & cum aliud remedium non suppetit, admitti *Caluisianam* actionem. Enimvero, si res plures alienauerit, & priori alienatione id egerit libertus, ut *centenario* minor fieret, res vero reliquas postea dissipauerit, cum ipsi non amplius centum suppeterent; in posterioribus tantum *Caluisiana* locum habet, cum prior alienatio ipso iure nulla videatur l. 16. §. 2. D. *de iure patron.* Imo semper, si alia actio sit in promptu, prætor denegat *Caluisianam*. Ideoque etiam, si libertus pro alio debitore fideiussit, cum debitor etiam *mandati* reneatur, non locus est *Caluisianæ*, nisi, cum deficiet actio *mandati* l. 1. §. 19. D. *si quid in fr. patr.*

Nolo verborum esse in re manifesta; sed velim tamen, hoc non negligi ab interpretibus ut intelligatur, liberos, si alio remedio legitima ipsis salua esse potest, non posse quasi *Caluisiana* actione parentum venditiones impugnare.

§. V.



§. V.

Itaque, si alia omnia defuerint, reuocabitur Caluisiana actione, quid-
quid in fraudem patroni alienatum fuit a liberto. Sed noli existimare, sa-
cultatem alienandi & vendendi ademptam penitus libertis. ^{in fraudem} ^{libertorum} ^{patroni fa-} ^{ta reuocan-} ^{tur.} ^{Mera} ^{liberalitas} ^{liberti coer-} ^{cetur.} ^{in fraudem} ^{libertorum} ^{patroni fa-} ^{ta reuocan-} ^{tur.} ^{Mera} ^{liberalitas} ^{liberti coer-} ^{cetur.} ^{in fraudem} ^{libertorum} ^{patroni fa-} ^{ta reuocan-} ^{tur.} ^{Mera} ^{liberalitas} ^{liberti coer-} ^{cetur.}
enim non patitur libertum circumscribi, ne rebus suis libere vtatur, & si
visum fuerit, illa etiam consumat, quæ suis sudoribus & labore adquisiuit.
l. i. §. 12. D. si quid in fraud. patr. Sed praetor duntaxat vetuit, ne in ex-
traneos liberalis sit libertus hoc consilio, vt portio patroni minuatur.

Igitur PAVLLVS & IAVOLENVS Fabianam & Caluisianam actionem
tunc demum admittunt, si quid donatum fuit a liberto l. 5. pr. l. 11. & l. 12. D.
si quid in fraud. patr. Quod & VLPIANO placet l. i. §. 11. D. eod. Generaliter
enim receptum est, vt, qui hereditatis partem quibusdam personis necessario
relinquere debebat, donationibus immodicis exhaurire patrimonium non pos-
sit. Quare & MARCIANO, itemque PAPINIANO, placuit, post capitale
crimen contractum donationes factas non valere, cum fisco hereditas debe-
ri videatur, l. 15. D. de donat. l. 31. §. 4. D. eod. nisi quod VLPIANVS
donationes modicas, quas reus sine suspitione poenæ in aliquem contulerit,
ferri posse arbitretur l. 7. D. de donat. m. c. Ex quibus rebus apparet,
meram duntaxat liberalitatem reuocari posse, si fraus facta fuerit patrono.
Neque tamen omnem prorsus copiam benefaciendi libertis ademerunt magi-
stri artis nostrae. IULIANVS enim liberti viuo permisit donare beneme-
rentibus amicis, citra metum Caluisianæ actionis. l. 9. D. si quid in fr. patr.
vt remuneratoria donatio, quæ non est mera liberalitas, non videatur re-
uocari potuisse. Imo vero VLPIANVS l. i. §. 2. & 10. D. eod. nec pieta-
tem liberti in liberos reprehendendam esse credidit, quamuis portio patro-
ni per illam minuatur: si enim filiam dotauit, fraudasse patronum non
videtur l. i. §. 10. neque, si quid filio donatum fuerit, reuocare potest,
d. l. i. §. 2. eod. cum recte beneficium collocauisse videatur. Quod monen-
dum fuit, vt intelligatur, quid obftet liberis, qui venditionem fundi, cum fi-
lio natu maiori, pietatis causa, a parente contractam, quasi Caluisiana
actione reuocari posse arbitrentur.

§. VI.

Satis, credo, comprobatum est, liberalitatem duntaxat meram & su-
peruacuum liberti Caluisiana actione, propter dolum, reuocari. Superest, vt
de reliquis alienationibus, & imprimis de venditione, videamus. Atuero
aperte quidem PAVLLVS l. 35. pr. D. de iure fisci, non solum per donatio-
nem, sed quocunque modo res in fraudem alienatas, reuocari, docet. Imo
speciatim de Caluisiana VLPIANVS, l. 44. ad edict. omne, quodcunque
in fraudem patroni gestum est, reuocari, ait: itemque iuris esse, in per-
mu-



mutatione; & in *locationibus* similiter idem obseruari, l. i. §. 3. & 13. D. *si quid in fraud. patr.* ut parum absit, quin etiam, quæ ex contractu *oneroso* in alios translata sint, in fraudem patroni alienata esse videantur.

Sed ausim affirmare, *VLP IANVM* duntaxat tractare de negotiis, cum quibus coniuncta est species aliqua donationis. Idem enim ille *VLP IANVS* alio loco, creditorem, apud quem libertus pro alio, qui non soluendo est interuenit, non teneri, ait: *Fabiana* aut *Caluisiana* actione, cum non donauerit creditori, qui fideiussit pro debitore creditoris; sed ipsum debitorem, pro quo fidem interposuerit libertus, recte a patrono conueniri, si donationis causa libertus interuenit. l. i. §. 19. D. *si quid in fraud. patron.* Ut dubitari vix possit, prætorem & interpretes exigere donationem, ut *Caluisianæ* locum dare possint.

Igitur reuocabimus *venditiones* tantum illas, in quibus *donatio* quaedam interuenit: cuiusmodi species *ARISTO* & *POMPONIUS* l. 18. pr. D. *de donat. mixta cum donatione negotia* appellant. Constat enim, quamuis *mixtum* sit negotium, tamen quatenus *donatio* est, non contrahi obligationem ab accipiente: sed liberalitatis iure, quod gestum est, censer. d. l. 18. pr. *de donat.*

Huc pertinent illæ visiones, de quibus *VLP IANVS* l. 36. & 38. D. *de contrah. emt.* tractauit. Cum enim in *venditione* quis pretium rei ponit, *donationis causa*, non exacturus, non videtur vendere, sed donare voluisse. d. l. 36. Idem in *societatibus* receptum, quæ, teste eodem *VLP IANO* *donationis causa* non recte contrahuntur, l. 5. §. 2. D. *pro socio*, quamuis ut *donatio*, valeat, quod gestum est; si modo contrahentibus voluntas alienandi, & *donandi* fuisse videatur: extra hunc casum enim, quod *PAVLLVS* docet l. 55. D. *de contrah. emt.* *nuda* & *imaginaria* *venditio* pro non facta est, ut nec eius rei *alienatio* facta esse intelligatur.

Igitur si *donationis causa*, pretio per *imaginem* constituto bona venderit libertus, non dubito, *Caluisiana* patronum, experiri potuisse: cum totum negotium *donatio* fuisse videatur: ad quam impugnandam *Caluisiana* actio in primis comparata fuit a prætore.

Sed, si *donationis causa* non quidem sine pretio, sed tamen *vilius* venderit libertus, utrum reuocari possit. videamus. Mouet enim, quod luculenter *VLP IANVS*, si quis, *donationis causa*, minoris vendat, ait, *venditionem* nihilominus valere; quamuis res viliori pretio, *donationis causa*, distrahatur, l. 38. D. *de contrah. emt.* Neque *imaginaria venditio* est, quod idem ille ait alio loco, si pretium, quamuis minus iusto, perueniat ad venditorem, l. 16. D. *de reg. iur.* Quare possit videri esse non *donatio*, sed *venditio*, quamuis venditor, *donationis causa*, partem pretii remittat; cum
ne-



negotium, ex eo, quod principaliter actum est, plerumque aestimetur, & illa, quae accedunt, obligationem omnino non peruertant.

Sed VLPPIANVS tamen vnā speciem excipit, in qua venditio viliori pretio contracta, perdat naturam emtionis, & infirmari posse videatur: vt puta, si inter illas personas contractum sit eiusmodi negotium, *inter quas ne quidem donatio subsistit*. Ait enim, hoc ita inter ceteros obseruari: vt nihilominus sit venditio, quamuis pretium, liberalitatis causa, vilius sit constitutum; sed *inter virum & uxorem, donationis causa* venditionem factam, *viliori pretio*, nullius momenti esse. l. 38. in fine, D. de contr. emt.

Igitur non potest esse obscurum, quod fere, vbi donatio irrita est, etiam venditio, donationis causa, pretio viliori facta, iuste infirmetur. Hoc enim habet rationem, cum illis, qui commento venditionis vsi sunt, non debeat prodesse consilium fraudationis. Quae cum ita sint, recte VLPPIANVS l. i. §. 16. D. Si quid in fraud. patr. enim Caluissianae locum dedit, si res per fraudem vilius distracta sit: vt emtor teneatur, in quantum per partem veri pretii remissam, portio patroni fuit diminuta. Mixtum enim cum *donatione* negotium videtur, si res per fraudem viliori pretio vendatur. Sed irrita est donatio in fraudem patroni facta a liberto.

Occurrit fere similis observatio in *fraudatorio edicto*, ex quo *Paulliana* actio descendit, de quo IOSEPH. NERIUS ^{m)} aliquid non ineleganter obseruauit. Abscisse enim PROCVLVS & PAVLLVS l. 7. D. quae in fraud. credit. si debitor in fraudem creditorum *minore pretio* fundum vendiderit, illum reuocari posse, aiunt: vt ne pretium quidem emtori, fraudis conscio, restituatur. Sed VLPPIANVS quidem emtorem rei, in fraudem *patroni* alienatae mitius tractauit: ratione luculenta, quia non, vt in *Paulliana*, de dolo emtoris, qui, in *Caluissiana*, quamuis ignarus emerit, tenetur, sed de dolo liberti disputatur l. i. §. 12. D. si quid in fraud. patr. Igitur id tantum agitur, vt ne patrono fraudi sit venditio, sed vt potius *lucrum extorqueatur emtori*, quam vt patrono aliquid de portione ipsi debita diminuat.

Lucrum itaque, ab emtore, quatenus per illud portio patroni laesa fuit, restituitur, si rem viliori pretio redemit. Videtur autem *viliori pretio* emisse, si res *non iusto pretio*, sed *per gratiam* ipsi vilius vendita fuerit a liberto. Ita enim VLPPIANVS rem definit, l. i. §. 14. & 15. D. si quid in fraud. patr. Igitur si pretium iustum dederit, quamuis patronus in illam rem habeat *affectionem*, vel opportunitatis, vel vicinitatis, vel caeli, vel quod illic educatus sit, aut parentes eius sepulti, nullo pacto audiendus est patronus; cum fraudem *in damno pecuniario* non passus sit patronus, & hoc sufficiat ad exclu-

den-

^{m)} IOSEPH NERIUS analect. L. I. c. 8. in thes. Otton. T. II. p. 338.



dendam *Caluisianam* actionem. l. i. §. 15. D. eod. Qua re apparet, *veritatem*, non *affectionem*, aestimari in pretio rei venditæ definiendo.

Neque tamen hic subsistit æquitas prætoris. Vult enim lucro tantum exui emtorem. Ideoque non simpliciter iubet rem restitui, sed tunc demum, si emtori reddatur pretium, quod numeravit. l. i. §. 12. & 16. D. *si quid in fraud. credit.* Omnino enim noluit emtorem pretio fraudari, d. l. i. §. 12. eod. Imo vero ne pretium quidem ipsi simpliciter obtruditur, sed datur ipsi electio, *utrum malit* a re discedere *pretio recepto*, an rem *iusto pretio* habere, & supplere quod iusto pretio deesse videatur, l. i. §. 12. D. *si quid in fraud. patr.* Illud tamen expeditum est, cum re etiam fructus restitui patrono, quod *PAVLLVS* iubet l. 38. §. 4. D. *de usur.* cum id agat prætor, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset; neque id cuiquam iniquum videri possit, cum verbum, *restituas*: quo in hac re prætor usus est, *plenam significationem* habeat, ut fructus etiam restituantur. d. l. 38. §. 4.

Haud multo secus cum *venditore* agitur a quo libertus in fraudem patroni *carius emerit*. Placuit enim, releuandum in pretio patronum, conditione *non patrono* delata, an velit ab emtione discedere, *sed venditori*, *utrum* malit de pretio remittere, an potius rem, quam vendidit, recipere, pretio persoluto. Ita *VLPIANVS* docet l. i. §. 13. D. *si quid in fraud. patr.*

Nolim tamen, quæ de viliori pretio dicta sunt, eo extendi, ut si *paululum viliori* pretio emerit, quod *GRATIANVS* & *VALENT.* aiunt, l. 15. C. *de rescindend. vendit.* id est, si libertus circumscriptus sit in pretio parumper, confestim *Caluisianæ* locum faciamus: negant enim *impp.* ex illa causa discedi a venditione d. l. 15. C. *de rescindend. vendit.* Enimvero *VLPIANVS* *gratiam* liberti desiderat, & *non iustum* pretium, ut quis *Caluisiana* possit experiri l. i. §. 14. & 15. D. *si quid in fraud. patr.* Sed cum hodie ex *DIOCLETIANI* & *MAXIM.* præcepto l. 2. C. *de rescind. vendit.* illud pretium demum *minus*, seu *vilius* & *iniustum* videatur, quod nec dimidiam partem *veri pretii* contineat; expeditum est, post illam legem neque *directam*, neque *quasi Caluisianam* contra emtorem dari, nisi cum ne pars quidem dimidia veri pretii fuerit soluta. Ceterum, si *dolus* illius, cum quo libertus contraxit, interuenerit, obtemperandum erit imperatoribus, qui l. 10. C. *de rescind. vendit.* *dolum qualitate facti*, non *quantitate pretii* omnino aestimari voluerunt.

Hæc disputata sunt, ut iudicari possit, *utrum* actor in illa specie, quam supra, §pho II. commemorauimus, recte sit expertus aduersus emtorem prædii aucti, ad venditionem omnino rescindendam, non oblata pretio, quod

em.



emtor numerauerat, patri venditori; cum ne dixerit quidem actor, rem, quam emtor possidebat, vilius venditam fuisse.

§. VII.

Emtor igitur tenebitur *Caluisiana*, si viliori pretio, *donationis causa*, rem vendiderit libertus; cum illa species *mixtum cum donatione negotium*, quod ARISTO ait l. 18. pr. de donat. continere, & libertus facultatem donandi non prorsus liberam habere, videatur. Sed, si quis iusto pretio, bona fide, emerit, VLPIANVS ait, emtorem securum esse, ne *Caluisiana* conueniri possit. l. 1 §. 14. & 15. D. si quid in fraud. patr.

Datur Caluisiana contra illum ad quem lucrum peruenit. Illa personalis est, & per pecunia.

Generaliter enim praetor tantum iubet *lucrum* reuocari, per quod portio patroni minuat; cum potior esse debeat *patroni causa*, quam *extraneorum*. Quapropter ille tenebitur duntaxat, ad quem aliquid lucratiuo titulo perueniat, ex negotio, quod in fraudem patroni gestum esse videatur. Faciamus igitur, bona fide, iusto pretio, rem a possessore emtam esse, sed libertum illud pretium *aliis donasse*; expeditum est, teneri illum, cui libertus pretium donauit, non emtorem, qui *titulo oneroso*, soluto pretio, rem adquisiuit. Ita POMPONIO placuit l. 1 §. 14. D. si quid in fraud. patr. Finge porro, confestim ab emtore pretium ad extraneos, quibus libertus illud donauerat, & nunquam ad libertum, peruenisse; vt: si emtor *delegatus* fuerit illi, cui libertus pretium donabat. Sed certius est, si VLPIANO credimus, d. l. 1 §. 16. D. eod. non emtorem, sed illum potius teneri, ad quem pecunia peruenit. Quod meretur obseruari, cum idem fere, in illa specie acciderit, de qua supra in §pho II. coepimus tractare. Pater enim iusserat filium, emtorem fundi, pretium emtionis quinque liberis legitimis, exclusa nepte Tullia, *donationis causa*, numerare, & quinque liberis delegauerat emtorem. Qui cum liberis venditoris pretium venditionis exsoluisset; certum est, non emtorem, sed quinque liberos omnino conueniri debuisse.

Nempe is demum pulsabitur *Caluisiana*, ad quem *lucri aliquid peruenit* ex negotio, quod patrono fraudi esse possit. Sed quid faciemus, si ille non soluendo sit, ad quem pecunia peruenit: vtrum in subsidium teneri emtorem, aut quemcunque, qui pecuniam dederit, dicemus? Imo vero negat VLPIANVS, l. 1 §. 17. D. si quid in fraud. patron. cum non habeat lucrum, qui pecuniam dederit. Igitur, quamuis ille, qui accepit, pecuniam prodegerit, magis est, illum, qui dedit, non debere perdere pecuniam, quam bona fide numerauit, d. l. 1 §. 17. Ex quo loco apparet, emtorem Caium, qui iussu venditoris, in specie supra proposita, pretium quinque liberis numerauerat, quamuis ceteri soluendo non essent, non potuisse conueniri *Caluisiana* actione.



Ceterum non attinet, *utrum* ille *consci*us fraudis fuerit, ad quem pecunia peruenit; cum non fraus eius, cui alienatum est, sed dolus liberti, coerceatur; &, cum tantum placuerit prætori, potius possessorem *lucro*, quam patronum portione debita, carere. l. 1. §. 4. D. *si quid in fraud. patron.*

Sed tenebitur tunc demum, si *lucrum* ad ipsum peruenerit, ut locupletior ex illo factus esse videatur. Finge igitur *lucrum* illud plane *non extare*, id est, si nemo ex illo fuerit factus locupletior: ut, si pecuniam libertus abiecisset, ut patrono subtrahatur; constat cessare actionem, quod *AFRICANVS* monet l. 10. D. *eod.* Idem dicemus si quadam persona, sine suo dolo malo, *interposita* fuerit: ut, si libertus *Caio* dederit, ut *Velleio* redderet: nemo dubitat, *Caio* non teneri, cum *lucrum non acceperit* ex negotio liberti. Ita enim *IAVOLENVS* respondit, l. 12. C. *si quid in fraud. patr.*

Quæ cum ita sint, possit dubitari, *personalem* an *realem* dicamus *Caluisianam actionem*. Sed *VLPRIANVS* dubitationem diluit, qui hanc actionem *non in rem*, sed in personam, esse, ait: adeoque & heredi competere, & in heredem, ceterosque successores. l. 1. §. 26. D. *si quid in fraud. patr.* Neque enim poterat *realis* appellari, cum *res vere & perfecte alienata* fuerit a liberto, nec dicere possumus, libertum ius donandi & vendendi non habere: quod *VLPRIANVS* docet l. 1. §. 10. D. *eod.* Qua re dubitari non potest, *dominium* rei ex negotio, quamuis in patroni fraudem, contracto, per traditionem, translatum esse a liberto.

Translato igitur dominio, non in *rem* patronus, sed in *personam*, debet experiri. Dicemus vero, *personalem* actionem *ex dolo liberti*, & *æquitate*, ne quis extraneus, cum *fraude patroni*, cui summa gratia debetur, locupletior fieret, oriri. Ex qua re descendit, ut, *non quilibet*, cum quo *negotium* a liberto, infraudem patroni, contractum est, sed is demum, ad quem *lucrum vere peruenit*, &, qui *lucrum possidet*, conueniatur; quandoquidem mera illa æquitas prætoris, *non vult obligari innocentem*, sed *lucrum* tamen *extraneo* potius *auferri*, quam *deminui* patroni portionem.

Apparet igitur, *personalem* esse *Caluisianam actionem*, quæ ex *dolo* & *æquitate* oriatur; quamuis *æquitas* illa postulet, ut ille *lucrum vere perceperit*, aut *possideat*, qui conuenitur. Quapropter miror, incomparabilem magistrum artis nostræ, B. LYNCKERVM, ⁿ⁾ paullo remissius tradere: hanc actionem in *quemuis possessorem*, detracta mentione doli, porrectam esse, adeoque *realem qualitatem sapere*, & pro anomala habendam esse. Certius enim est, nihil *realis* qualitatis inesse in *Caluisiana*, sed hanc *mere personalem* esse, quamuis illa *æquitas*, ex qua descendit, exigat, ut nemo

ex

ⁿ⁾ LYNCK. analect. ad synt. iur. ciu. Struv. l. 38. tit. 5. p. 317.



ex liberi negotio conueniatur, nisi ad quem lucri aliquid peruenit. Sed seduxerat hoc Tulliam, cuius §pho II. mentionem fecimus, quod *possessorem* arbitrabatur *de inofficiosis alienationibus* teneri.

Ceterum *rei persecutoriam* hanc esse actionem & VLP IANVS docet, l. 3. §. 1. D. *si quid in fraud. patr.* & res ipsa loquitur, cum non de dolo possessoris quaeratur in *Caluisiana*, sed *lucrum* duntaxat ipsi, quamuis *innocenti*, hoc remedio extorqueatur.

VLP IANVS etiam *perpetuam* esse ait, d. l. 3. §. 1. eod. quod inprimis placuit Tulliae patrono, in illa specie, quam saepius commemoravi: quandoquidem dies remedii, quo *donationes* inofficiosae impugnantur, iam tunc exierat; ut necessario confugiendum esset *ad actionem perpetuam*, qua venditio inofficiosa impugnari posset. Attinet monere, quod, praeter expectationem, *Caluisiana in perpetuum* dari iubeatur: cum tamen *rescindat* negotium, quod iure civili subsistebat. Solent enim alias huiusmodi remedia quod constat inter omnes, *anno* terminari.

§. VIII.

Habes naturam Caluisianae actionis. Neque vero cuiquam, qui cogitauerit, quae adhuc disputata sunt, existimem, difficile futurum iudicare *de* vtrum & legitimis liberis *quasi Caluisiana*, quam PAVLLVS l. 13. D. *si funditur quid in fraud. patr.* appellauit, id est, *Caluisiana utilis*, concedi possit, ad *inofficiosas* parentum venditiones impugnandas. Sed instruum tamen vtrinque aciem, ut tanto aptius deinde concurramus. Neque enim dissimulo, non nulla dici posse ad speciem, ab illis, qui *utilem Caluisianam* liberis commendent.

Primo enim, ipsa *portio* patroni, quae olim dimidia fuerat, ex bonis liberi, qui centenario non minor esset, reducta est ad trientem; ut fere *legitimae* portioni aequalis videatur: quod CUIACIUS *) diligenter obseruauit. Imo vero DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS l. 1. C. *si in fraud. patr.* ipsam portionem patroni *legitimam partem*, appellarunt: ut parum intersit inter illam, quae patronis, & quae liberis debetur, & non incommode, ad hanc ab illa duci posse argumentum videatur.

Sed accedit & alius color, qui ex l. 1. §. 2. D. *de bon. libert. petitur.* Ait enim VLP IANVS, successionem patroni inductam, *ex imagine societatis*, quae inter patronum & libertum contracta esse videatur. Sed inter *parentes* etiam & *liberos*, inprimis *suos*, intercedit quaedam species societatis, quae permouit PAVLLVM, ut l. 11. D. *de lib. & posth.* fingeret liberos, etiam *viuis parentibus*, esse quasi *dominos* rerum paternarum, cum quibus omnia communicata esse videantur. Igitur, quae inuidia est, quo minus idem iuris,

T 3

*) CUIACIUS ad Afranium tract. l. p. 1291.



ris quod patronis tribuitur, demus etiam liberis, quos ipsa *natura*, cum parente, *societate dulcissima* coniunxit.

Imo vero, videtur superuacuum, rem disputando impedire, cum aperte PAVLLVS, l. 13. D. *si quid in fraud. patron.* etiam arrogatis dederit *quasi Caluisianam* actionem, ut quartam ex constitutione Diui Pii, sibi debitam & fraude arrogantis interuersam aut deminutam, a possessore reuocarent. Ita enim PAVLLVS, d. l. 13. „Constitutione Diui Pii cauetur de impube-
„re adoptando, ut ex bonis, quae mortis tempore illius, qui adoptauit fue-
„runt, *pars quarta* ad eum pertineat, qui adoptatus est, nisi causa cogni-
„ta emancipatus sit. *Si quid itaque in fraudem eius alienatum fuerit, quasi*
„*per Caluisianam seu Fabianam actionem reuocandum est.*„ Igitur cum li-
beris arrogatis *Caluisianam* concedi intelligamus; videtur esse manifestum, il-
lam dari multo magis posse *legitimis & naturalibus* liberis. Ipsi enim ar-
rogati imitantur duntaxat iura legitimæ sobolis; cum, contra *naturalibus*
etiam proficit *coniunctio sanguinis* ad hereditatem parentis expectandam.

Denique & Ictorum consensus non mediocriter commendat liberos, ut ad *quasi Caluisianam* actionem admittantur. BARTOLVS enim ad l. 2. D. *si quid a parent. manumiss.* in *Caluisiana* actione liberis patrocinator. Idem FACHINEVS quem antea laudaui, p) quia *par sit ratio*, nec minori fauore re digna videatur *legitima filiis* debita, quam quae ad arrogatos, & patro-
nos, pertinet, ad *quasi Caluisianam* actionem liberos admittit, atque *cla-
rum* etiam & COVARRUV. in eadem fuisse sententia, restatur.

§. IX.

*Caluisiana
actio, ad
coercendum
dolum liber-
ti & propter
merita pa-
troni intro-
ducta est.
Illa liberis
non datur
ad donatio-
nes paven-
tum infir-
mandas. In-
geniis alie-
nandi libe-
rior facultas
quam liber-
tis.*

Hi fere, quos indicauimus, colores sententiæ illorum illinuntur, qui credunt, etiam liberis subinde *quasi Caluisianam* actionem dari; sed videa-
mus an illi abstergi possint. Mihi quidem ita sedet, *nunquam liberos*, quam-
uis legitimos, *illa actione experiri posse*. Enimvero prætor, quod supra
comprobatum fuit, *multa singularia* admisit in *Caluisiana* actione, ad do-
lum seruilis ingenii in liberto coercendum: quod VLPIANVS obseruauit.
l. 1. §. 4. D. *si quid in fraud. patr.* Et habebat illud rationem, quod libertorum
improbati prætor occurrendum esse iudicaret: quandoquidem in plurimos,
qui manumissione ad libertatem peruenerant, conueniebat illud, quod GREG
ille aiebat apud PLAVTVM. q)

Hic is homo est, qui libertatem malitia inuenit.

Accedebat *incomparabile meritum patroni*, cuius beneficio libertus libertatem,
bonum illud inter res humanas carissimum, pro quo digna referri gratia
non posse videbatur, denique seipsum, & sua omnia, debebat: ut esset in-
hu-

p) FACHINEVS controu. iur. l. VI. c. 85.

q) PAVL. in epidic. act. V. sc. 2. in fine.



humanum & crudele, patronum a liberto, cuius non intererat, inofficiosa alienatione, prodi, & portione legitima fraudari.

Sed nihil tale occurrit, cum de successione liberorum in bona parentum quam magis ex ciuili, quam naturali, ratione introductam esse, supra §pho I. indicati, in foro disputatur. A parentibus quidem nihil magis alienum est, quam *doli suspicio*, quam tot suis in liberos beneficiis purgarunt: l. 11. §. 1. D. de dolo molo: vt rectius credamus, illos, *communi voto* omnium parentum, quod supra ex PAPINIANO adduximus, pro salute liberorum vigilare, & negotium, quod liberi ausint impugnare, suæ necessitatis, & rei familiaris causa, aut ex pietatis officio potius, quam *consilio fraudationis*, contraxisse.

Imo vero vix opus est, vt quæramus ambages in re luculenta. Aperte enim GAIUS, l. 2. D. si a parent. quis manumiss. non vsque adeo parentem patrono exaquantum esse, ait, *utili etiam Fabiana actio aut Caluissiana detur*: quia iniquum sit, *ingenuis hominibus liberam alienationem* suarum rerum non permitti.

Igitur haud dubie excluduntur liberi a *quasi Caluissiana* actione. Neque vero mouet, quod FACHINEVS r) ait, *eundem esse fauorem legitimæ*, quæ liberis, quam quæ patronis, debeat. Supra enim §pho primo comprobatum fuit, rem acerbissimam videri, si parentibus, pro tot suis in liberos immortalibus, beneficiis, hæc gratia reddatur, vt ne viuis quidem libere aliis benemerentibus beneficium præstare, aut de rebus suis vt-cumque res & opportunitas tulerit, statuere seueritate inaudita, permittatur: cum contra ob causas innumerabiles summum sanctissimumque esse debeat officium liberti in patronum.

Sed præter illa, quæ diximus, obstabit liberis, quod, non nisi in subsidium, & cum alia iuris remedia deficiunt, *Caluissiana* admittatur. Illud enim supra, §pho III. ex l. 1. §. 19. D. si quid in fraud. patr. & l. 16. §. 2. D. de iure patronat. est a nobis obseruatum. Sed liberis quidem aliud remedium suppetit, quo *donationes* parentum *inofficiosa* rescindantur: vt non habeant liberi, cur confugiant ad odiosum illud remedium *quasi Caluissianæ actionis*. Enimuero PHILIPPVS donationes, quibus pene vniuersæ parentum facultates profunduntur, l. 1. C. de inoff. donat. aut, quod VALER & GALLIEN. aiunt, l. 2. C. eod. quæ ex imperu *immensæ liberalitatis* profiscuntur, item DIOCLETIANVS, liberalitatem parentum *immodicam, improbabilis enormitate*, l. 4. §. & 6. C. eod. ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti, a liberis subinde renocari patiuntur. Itaque cum *directa actio Caluissiana* ad infrmandas donationes maxime sit comparata; non potest dubitari, illam ad liberos, quibus singulari remedio prospectum est,

r) FACHINEVS controu. VI. c. 85.



est, aduersus donationes parentum inofficiosas, omnino non referri. Ut taceam, reuocationem donationis inofficiosæ, quæ liberis concedi solet, pinguiorem esse *Caluisiana* actione. Enimuero *Caluisiana* actione, quod §pho V. est ostensum, *liberalitas liberti in filios*, aut prouidentia paterna, *qua filiam dotauit*, non reprehenditur, aut reuocatur. Ita enim *VLPIANVS* l. 1. §. 2. & 10. D. *si quid in fraud. patr.* auctor est. Sed a liberis etiam immodicæ donationes, in alium *filium* collatæ, & dos *filiae*, quibus parentum facultates exhaustæ sunt, efficaciter subinde reuocantur. l. 1. 2. 3. 4. 5. 6. C. *de inoffic. donat.* & l. vn. C. *de inoffic. dotibus.* Ut vel hac ex causa credam, *Tulliam*, cuius §pho II. mentionem feci, pretium venditionis *inter* quinque *liberos* diuisum, *Caluisiana* actione aduersus filium venditoris instituta, non potuisse reuocare, sed ordinario potius remedio *donationis inofficiosæ*, quod liberis accommodatur, vti debuisse.

Illud non dissimulo, ordinarium illud remedium, ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti, *quinguennio finiri*. Hoc enim *CONTANTINVS* & *IULIANVS* l. 9. C. *de inoffic. donat.* praeceperunt. Sed *Caluisianam* quidem perpetuam videri supra ex *VLPIANO* l. 3. §. 1. D. *si quid in fraud. patr.* est probatum. Hoc fere induxerat *Tulliae* patronum, ut *Caluisiana* mallet experiri, cum in hoc quidem melior conditio patroni, quam liberorum, esse videatur. Sed noli existimare, actionem *perpetuam*, quæ odio fraudis a liberto fabricatæ, iure singulari, contra iuris rationem, patronis accommodata est, etiam ad liberos trahi, quorum querela potius, propter odium querelæ liberorum, contra parentum negotia, prudenter & circumspicte *quinguennio* est circumscripta.

Dilcedam ab hoc loco, si illud vnum adiecero, quod, quæ de donationibus dicta sunt, eadem de *inofficiosis parentum venditionibus* accipienda sint. Si enim nuda & imaginaria venditio fuerit, cum pretium remittitur *donationis causa* a parente; secundum *VLPIANVM* atque *PAVLLVM* l. 36. & 55. D. *de contrah. emt.* ut reliquæ liberalitates immodicæ, *querela inofficiosæ donationis*, non *Caluisiana* actione, reuocantur. Modo appareat veram donationem inesse in venditione. Sin, tantum paullo vilius res vendita fuerit, venditio valebit, & reuocandi libido, iuxta *VLPIANVM* atque *GRAT.* l. 38. D. *contrah. emt.* & l. 15. C. *de rescind. vendit.* excludetur, quod supra §. VI. copiose demonstratum. Neque enim parentibus ingenuis facultas alienandi intercepta est, neque donandi, copia penitus adempta. l. 2. D. *si a parent. quis manumiss.* & l. 38. D. *de contrah. emt.* Certe durum esset, cum ne *creditores* quidem, qui de *damno* solliciti sunt, bona debitoris, quæ *in fraudem* ipsorum vendita fuerunt, nisi ab *emto*re fraudis *conscio*, reuocari possint, l. 6. §. 8. & l. 10. §. 3. D. *quæ in fraud. credit.* contra *liberos*, qui *lucrum* captant ex parentis patrimonio, *emtores innocentes*, quod prator patrono per-

permittit, l. 1. §. 4. D. si quid in fraud. patron. Caluisiana actione conuenire posse. Si minus dimidio veri pretii pater consecutus fuerit, sed ab emtore circumscriptus, liberi ex persona parentis, remedio legis 2. C. de rescind. vendit. sed non Caluisiana actione, venditionem impugnabunt: sin consilio fraudandi liberos, immodica donatione, ultra dimidium veri pretii pater remiserit emtori; inofficiosa donationis querela liberis dabitur arg. l. 38. D. de contrah. emt. in fine. Tunc enim vt §pho VI. obseruatum est, res uno nummo, non pretio, vendita videtur, ideoque negotium donationis instar habet, l. 46. D. locat. & l. 10. §. 2. D. de adq. vel amitt. poss. Cum restricta sit enormis liberalitas parentum.

§. X.

Sed grauiorem nobis difficultatem PAVLLVS l. 13. D. si quid in fraud. Al arrogatis patr. obicit, qui arrogato, postquam sine causae cognitione emancipatus, aut exheredatus fuerit, quasi Caluisianam actionem aduersus parentem arrogatorem dedit, si quid in fraudem quartae partis alienatum fuerit, quae ex constitutione DIVI PII arrogato filio debetur.

Imo vero, res salua est, nihil enim muto: quamuis potior omnino liberorum naturalium, propter sanguinis coniunctionem, quam arrogati, qui ciuili vinculo duntaxat cum parente est conglutinatus, habenda esse ratio, videri possit.

Enimuero arrogati impuberes, quos pater citra causam idoneam, familia eiecit, & emancipauit, non secus, ac patronus a liberto circumuentus, de perfidia queruntur, in cuius poenam DIVVS PIVS quartam ipsis, consolationis causa, assignauit. Igitur digni miseratione videbantur, qui, cum sui iuris essent, se & sua omnia arrogantis potestati permiserant, sed graui iniuria affecti atque circumuenti, spe successione excluduntur. Ideoque illa quarta, tanquam a alienum arrogantis, iure singulari ad arrogatum pertinebat. Sed naturalium liberorum legitima portio, nihil commune habet cum quarta DIVI PII; quod supra §pho I. est a nobis comprobatum. Agnouit hoc PAPINIANVS l. 8. §. 15. D. de inoff. testam. qui negat arrogatum de inofficioso testamento queri posse, cum quarta eius, tanquam a alienum, ex Diui Pii constitutione, peti possit. Sed ad hanc legem quidem FACHINEVS s) frigidissime respondet. Sufficit autem, quod ex illo loco summum discrimen inter quartam arrogati, & legitimam partem liberorum intercedere, intelligatur. Imo vero arrogatis etiam restitutio in integrum aduersus arrogantem datur, l. 3. §. 6. D. de minor. quae naturalibus liberis negatur. l. 2. C. qui & adu. quos in integ. vt appareat, male ab arrogatis ad naturales liberos argumentum duci.

§. XI.

s) FACHIN. controu. iur. VI. 85. vid. CUIAC. ad Afran. tr. l. p. 1294.



§. XI.

*Judicium de
specie propo-
sita*

Contrahemus vela, cum fere in portu nauigemus. Sed superest, ut rationes subducamus. Credo enim satis ex his, quæ dicta sunt, intelligi, Tullia, in illa specie quam §pho. II. proposui, non dari potuisse quasi Caluissianam actionem. Primo enim Tullia ne quidem dixerat, fundum *villiori pretio* a parente venditum fuisse: neque potuisset illud affirmare, propter incertissimam æstimationem præstationum annuarum, quas pater sibi, *dum viueret*, stipulatus erat a filio emtore. Ideoque apparet, illi *non venditionem* inofficiosam, quæ *iusto pretio* facta videbatur, sed assignationem pretii, quod pater inter reliquos liberos diuiserat, fraudi quodammodo fuisse. Quæ propter non possessor fundi, sed *liberi*, qui pretium acceperant, conueniri debuissent.

Deinde faciamus, *venditionem* fuisse *inofficiosam*: tamen facta erat *filio*, cui etiam libertus poterat donare. l. i. §. 4. D. *si quid in fraud. patron.* Quare apparet *quasi Caluissianam* non dari potuisse ad venditionem illam reuocandam. Porro Tullia *ne pretium quidem emtori offerebat*, quod ille venditori numerasset. Sed in *Caluissiana* non solum pretium emtori restituitur, sed ipsi etiam *datur optio*, utrum iustum pretium supplere velit, an discedere ab emtione. l. i. §. 16. D. *eod.* Præterea exemplum *arrogati*, ex l. ult. D. *si quid in fraud. patr.* frustra ad *naturales* liberos trahi videbatur, quibus aliud remedium suppetit, ut ne possint quidem Caluissiana, quæ tantum in subsidium datur, experiri. l. i. §. 19. D. *eod.* Extremo, venditionem villiori pretio ab auo factam neptis, quæ illi succedere volebat, ipsa etiam agnoscere debebat. Hæ enim rationes Tullia patronum ab actione repulerunt. Res clarius intelligitur, si adiciamus quæ a præside scripta sunt, cum de illa specie pronunciaret.

Diemeil Kläger, soviel die gesuchte Rescission des Kauffs, und das Pflicht- Theil betrifft, nicht durch die Verkaufung des Hufen-Guths, so Beklagter titulo singulari, und größtentheils oneroso, an sich gebracht, dessen Vater aber inter vivos, nach seinen Gefallen veräußern können, sondern allenfalls durch die Distribution und Assignation der Kauff-Gelder, an ihrem Pflicht- Theil verfürhet worden, und also diejenigen, so davon titulo lucrativo participiret, pro rata, zu rechter Zeit belangen sollen, demnach mit der actione quasi Caluissiana, welche, als ein remedium rescissorium, ohne dies strictæ interpretationis ist, l. ult. D. *si quid in fraudem patron.* um so viel weniger sich behelffen kan, als die actio Caluissiana und Fabiana selbst darauf, daß ein Grund-Stück, so in fraudem patroni veräußert worden, von dem Käufer entweder ohne Entgeld abgetreten, oder etwas von dem bereits bezahlten Kauff-Gelde heraus gegeben werden müsse, nicht gerichtet, l. i. §. 12. & 16. D. *si quid in fraudem patroni.*

und



und wider den Käufer, wenn das Kauff-Geld, wie in gegenwärtigem Falle, andern Personen von dem Verkäufer geschenkt worden, ordentlicher Weise nicht statt hat,

d. l. i. §. 14. & 16. D. si quid in fraudem patroni.

auf den Umstand aber, daß Beklagter dabey zur Ungebühr, und zu der Klägerin Schaden etwas lucrirt habe, oder die übrigen Geschwister nicht solvendo wären, nicht libellirt worden, ausserdem auch bey den Eltern der animus defraudandi nicht vermuthet wird, demnach Klägerin diesfalls zum Armen-Rechte nicht zu lassen, sondern mit ihrem Suchen abzuweisen; So ist, beschehener massen, billig verabschiedet worden.

XXXIX.

OBSERVATIONES

DE ORIGINE ET VIRTUTE
IVRIS NON SCRIPTI.

VITEMBERGAE, AD D. . IVLII. A. Q. S. P. E. MDCCXXXIX.

§. I.

Mirifice falluntur architecti institutionum, quibus elementa artis non strae comprehensa sunt, dum *ius non scriptum* cum vulgi consuetudine confundunt. Aiunt enim, *sine scripto ius* venire, quod *usus* approbavit: cum *diuturni mores*, consensu vrentium comprobati, *legem imitentur*, §. 9. I. de *iure natur. gent. & civil.* Sed magis adhuc decepti sunt, cum *originem* illius iuris non scripti, & *consuetudinarii*, quod illi fingunt, ab institutis Lacedaemoniorum deriuarunt. Enimuero in nulla republica minus permissum est ciuibus, & consuetudini, quam apud Spartanos. Hi quidem certe non suo ingenio vixerunt, sed a LYCVRGO formati & instituti sunt *seuerissimis praeceptis*. Imo vero, cum aliquando ab ipsis diuerteret LYCVRGVS, nunquam rediturus; iureiurando illos obligavit, ne aliquid peregrini inuherent, aut desererent mores patrios ab ipso institutos: quod PLVTARCHVS testatur. Sed *legibus scriptis*, quae certis *tabulis* comprehenderentur, ut illos noluit; ut leges magis *memoria* ciuium & *traditione*, quam

V 2

vlla

n) PLVTARCH. in vita Lyeurgi p. m. 47. & circa finem. CRAGIUS de republ. Lacedaemon. l. III. c. i. apud GRONOV. in thes. T. V. p. 2587 sq.



illa re alia, sanciret. Quod ut commodius succederet, TERPANDER ANTISTHÆVS illas ἐμελοποίησε, modulos & numeros accommodavit legibus LYCVRGII. ^{b)} De quo argumento præses, commentatione singulari, de *primitiis legum poeticis* tractauit.

Igitur apparet, interdum *legem expressam iure non scripto* contineri, & non omne ius *non scriptum populi consensu* constare, sed interdum ab ipso legislatore constitui & proficisci. Neque enim locus esse potest dubitationi, quin & ea, quæ *voce præconis* edicuntur ab imperantibus, aut quæ *nutu, aliæ declaratione luculenta* constituuntur, quamvis litteris & verbis non expressa sint, *legis* rationem habeant, & ab auitis etiam debeant, *necessitate iuris*, custodiri. Imo vero, ipsa etiam *naturalia præcepta*, quæ scimus quam sancta sint, & æterna, & totius humani generis propria, quamvis litteris non sint perscripta, tamen sola *naturali ratione*, quam ICI appellant, id est, *ratiocinando*, ex *factis* summi & certissimi legislatoris, maxime ex *creatione* huius vniuersi, eiusque moderamine & *conseruatione*, ab omnibus gentibus intelliguntur. Quod *ius*, quamvis *sine scripto* veniat, ita certum est, & luculentum, & vel sine consensu nostro, necessarium, ut, qui verba legislatoris expressa desideret, næ, ille imperantibus, qui *cogendi* facultatem habent, & *nutu* omnia administrare possunt, præscribet formulam orationis, qua ad ciues suos uti debeant: quod non est ferendum.

Itaque apparet, quid inter *ius non scriptum* & *consuetudines*, quæ consensu vrentium reguntur, discriminis interlit. Ausim enim affirmare, maximam partem *iuris ciuile non scriptam* esse, nec tamen *consuetudine* inuentam, sed a ICtis duntaxat, *interpretatione* & *responsis*, introductam. Aperite POMPONIVS l. 2. §. 12. D. de orig. iur. In hac ciuitate, inquit, aut *iure*, id est *lege* constituitur, aut est *proprium ius ciuile*, quod *sine scripto*, in sola *interpretatione prudentium*, consistit.

Ex quo loco apparet, quæ in XII. Tabulis non perscripta essent, aut postea consensu populi in comitiis, solenni suffragatione non comprobata, *ius ciuile*, & *non scriptum* appellari, illudque a *solis prudentibus*: citra consensum populi, introductum. Tantum enim abest, ut *consensu* vrentium, & ciuium opus fuerit, ad *ius* illud *ciuile* confirmandum, ut potius, idem POMPONIVS d. l. 2. §. 35. D. de orig. iur. auctor sit, usque ad TIBERIVM CORVNCANIVM ICtos *ius ciuile* in *latenti* retinere cogitasse, ut vix innotuerit ciuibz interpretatio prudentum. Neque eo secius *ius* illud *receptum*, & *ius*, quod *obtinerit*, appellabatur. In quam sententiam plura RÆVARDVS ^{c)} disputauit.

Igitur

^{b)} CLEM. ALEXANDR. I. I. Stromat. p. 308. & 533. ^{c)} RÆVARD. ad L. XII. tab. c. 16. p. 84. idem de regul. iur. p. 125.



Igitur etiam *ius civile*, quod *interpretatione prudentum* introductum est, merito *iuris non scripti* species habetur. Imo vero, illa *ICtorum* interpretatio *moribus* recepta esse dicitur; ut intelligatur etiam *mores* non semper consensu populi, sed *ICtorum arbitrio*, constare. Audiamus PAVLUM, qui l. 12. §. 2. D. de iudic. & l. 1. §. 2. D. ad SCtum Vellei. *moribus* impediri, ait, foeminas & seruos, ne iudices omnino dari possint: non quia non habeant iudicium, sed quia *receptum* sit, ut civilibus officiis non fungantur. Sed, ne credas, consensu civium obtinuisse, ut foeminae iudiciis & virilibus officiis excluderentur. Constat, iudices non a civibus, sed a magistratibus duntaxat, datos esse: constat etiam, *receptum* dici, non, quod populus probauerit, sed, quod a *prudentibus*, *disputatione fori*, fuerit definitum. Huc & pertinet illud ULPIANI, qui l. 1. D. de donat. int. vir. & vxor. *moribus receptum esse*, ait, ne donationes inter virum & vxorem admittantur. Nemo enim dubitabit, hoc non a populo, sed a *prudentibus*, profectum esse. Igitur ne *mores* quidem populo, sed plerique *ICtis*, & *prudentibus*, debentur. Elegantissime QVINCTILIANVS, quod ab ALCIATO observatum est, d) rem expressit. „Constituendum est, inquit, quid *consuetudinem* vocemus. Quæ si ab eo, quod *plures* faciunt, nomen accipiat, periculosissimum dabit præceptum, non orationi modo, sed, quod magis est, vitæ. Vnde enim tantum boni, ut pluribus, quæ recta sint, placeant? Nam, ut taceam, quemadmodum vulgo imperiti loquantur; tota sæpe theatra & omnem circi turbam, exclamasse *barbare*, scimus. Ergo, *consuetudinem sermonis* vocabo, *consensum eruditorum*, sicut *viuendi*, *consensum bonorum*.”

Ex quibus verbis intelligitur, maxime in illis rebus publicis, vbi summa rei publicæ ad paucos, aut etiam ad vnum peruenit, ius receptum, & mores, non semper ex consensu populi, sed potentiorum, & in republica Romana, postquam iudiciis a sententiis *ICtorum* recedere non permissum, a *ICtis* maxime profectos esse.

Hoc est, quod CALLISTRATVS l. 38. D. de legibus rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem, vim legis obtinere ait, ut ostendat, *ICtorum* maxime consensum in constituendis moribus desiderari.

Sed ita quidem de *moribus* habendum. Paullo aliter de illa iuris particula, quam *bonos mores* appellamus. Caue enim, *bonos mores*, cum consuetudine, & *moribus*, confundas. Hi enim, ut omne ius consuetudine inuectum, circa res nulla lege definitas & *indifferentes*, quod philosophi aiunt, inprimis occupantur, ut, quæ ita obtinuerint, etiam aliter constituta esse possent: hinc sæpe *incerti* sunt, & per tempora *mutantur*, & patiuntur vices suas. Contra, boni mores, ab ipsa voce *naturæ* excitati & constituti

sunt

V 3

d) ALCIAT. ad tit. ff. de lib. & posthum. Op. T. I. p. 640. n. 41.



sunt, & ipsam æquitatem, atque omnia, quæ *naturaliter honesta* sunt, fere comprehendunt. Hinc *boni mores*, omnibus gentibus legem faciunt, & perpetui sunt, & negligi aut contemni temere non possunt; ut, generaliter, quod PAPINIANVS ait, l. 15. D. de *condit. institut.* quæ facta lædunt *pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & contra bonos mores fiunt*, ea nec facere nos posse, credendum videatur.

§. II.

Quadam lege a prima- etiam a iureconsultis, inuectum esse: ne iure incerto in republica utamur. Sed, si aliquando defecerit Ictorum diligentia, & nihil obtinuerit, etiam iuris incerti. Odium consensu populi consuetudo introducit; maxime in familiaribus negotiis, & quæ pertinent ad domesticas cuiusque rationes. Ita enim IULIANVS l. 32. D. de *legibus* præcipit ut, de quibus *caussis scriptis* legibus non utimur, id custodiri oporteat, quod moribus, & consuetudine inductum est: & si qua in re hoc deficiat, tunc, quod proximum & consequens est, arripiamus: & si nec id quidem appareat, tunc ius, quo vrbs Roma utitur, seruemus.

Ex quo loco intelligitur, quam sollicitè indagandi sint iuris fontes, ex quibus *regula* quædam viuendi, & decidendæ causæ, peti possit. Recte enim obseruauit, ARISTOTELES hominem esse ζῷον φύσει πολιτικόν, animal natura comparatum ad quærendas quasdam regulas viuendi, quibus in communi societate plurium utatur. Aut omnia me fallunt, aut nihil homini, quamuis natura cupido & studiosissimo suæ libertatis, nihil inquam homini sano & erecto magis molestum est, quam versari in tenebris, & sine luce, id est, sine *certis principiis*, quæ philosophi appellant, aut sine *regula* vagari, in negotiis suscipiendis. Cui non iucundum est, scire, in quam viam tuto possit ingredi, ne sublabatur? Quæ est illa libertas, quæ coniuncta sit cum metu lapsus & offensionis & cum periculo, ne incidamus in difficultates, ex quibus nos deinde extricare non possumus. Hanc nemo, præter infantes & dementes, facile exoptet. Sed non solum nobis iucundum est, scire, quid periculo careat, sed illud etiam iucundius, si etiam de aliis confidere possimus, atque præuidere, quid nobis præstare *teneantur*, & quid ab illis, propter necessitatem iuris possimus expectare. Qua re euenit, ut *iuris incerti odio*, multa, quæ alias nos inuitos non tenerent, tamen *recepta* sint, & *vim legis* dicantur obtinere.

Sed illud tamen inter *liberos & seruos* interest, ut, cum hi quidem in *omnibus*, etiam *indifferentibus*, negotiis, de quibus nihil lege definitum, potestati domini subiiciantur; contra ciues liberi, in his, quæ iuris regulam desig-



desiderant, sed *iure scripto* non sunt certis finibus inclusa, ipsi inter se *ius* sibi quoddam constituent, quo in causis dubiis utantur.

Certe *privatis* etiam permittitur, de quibusdam rebus suis, inter se legem constituere, ut sciant, quo iure in posterum utantur. Non tractabo illud famosum oraculum antiqui iuris, quo constitutum est, ut, pater familias vii super pecunia sua *legasset*, id est, *legem dixerit*, ita *ius esset*; id est, ut ultima voluntas eius, qui nullius iuri subiectus esset, legis instar atque vim haberet. Sed illud attinet monere, quod *VLPIANVS* l. 52. D. *de verb. oblig.* observat, in conventionalibus stipulationibus contractui *legem* a contrahentibus dari posse, cum contra praetoriae stipulationes legem accipiant ex animo praetoris: ut appareat, quaedam, quae etiam a privatis constituta sint, *vim legis* obtinere inter partes. Eo pertinet, quod *PAVLVS* l. 33. D. *de servit. praed. urb.* illam conventionem, qua servitutes adium vicinarum descriptae sunt, *legem adium* appellat: & generaliter, quod *legem* venditionis, locationis, traditionis, appellamus, quidquid partibus placuit, cum res traderetur, aut venditio, & locatio, contraheretur. Sic *la-gem Commissoria*, quae in venditionibus adiicitur, dicimus, si, quod *POM-PONIUS* ait, l. 2. D. *de lege commissoria*, venditor fundi, in *lege*, id est, in conventionem, cauerit, ut, si ad diem pecunia non soluta sit, fundus sit inemptus.

Sed haec voluntas privatorum iustior est in *consuetudine*, & *consensu omnium*, qui efficit, ut, quae *diuturnis* moribus recepta, & *crebro* a pluribus *similiter* facta sint, in posterum etiam inuitos teneant; ne iure incerto in republica utamur. Enimvero non solum magna vis est *consuetudinis*, ut morem, cui semel animum ciues accommodauerint, deferere, atque in aliam viam discedere sine magno suo incommodo vix possint; sed durum etiam, & cum periculo coniunctum esset, si homines simplices maxime, qui sensibus reguntur, & quae ab aliis facta sunt, memoria retinent, & imitantur, si simplices, inquam, homines *consuetudini* confidere, & certam spem concipere non possent, fore, ut, quae adhuc diu, similiter, & a pluribus facta sint, etiam in posterum seruentur. Nihil certum aut securum esset, si mores civitatis in horas mutarentur. Habent omnino ciues, cur negotia, & familiaris rei rationes ad illa componant, quae *plerumque* fieri observauerunt, si *iure scripto* nihil definitum. Quae enim hominibus plebeiis ad spem magis opportuna sunt, quam quae *sepe*, etiam *a sapientibus*, fieri viderunt?

Haec *aquitas* omnem, quae non sit improba, aut legibus adversa, *consuetudinem* commendat. Sed quae de *consensu principis tacito* dicuntur, mihi non videntur expedita. Quis enim credat, tot mores civitum dissonos, & in pagis fere singulis diuersos, *principi innotescere*, aut de illis, per spe-

cu-



rentu consuetudinis, propter frequentiam delicti, impunitatem non merentur. Quod & CONSTANTINVS obseruauit. l. 2. C. *quæ sit long. consuet.* Falluntur enim aduocati, qui in excusandis delictis clientium, ad consuetudinem, aut desuetudinem etiam subinde, confugiunt, spe poenæ euitandæ. Hæc enim si *certa & definita* fuerit, propter consuetudinem peccandi, a iudice non temperatur. Frequentissime illud accidit, in exigenda multa XX. Ioachimicorum, quæ *ordin. polit. Sax. elect. de A. 1612.* in illos constituta est, qui ultra tempus lege definitum in popinis & compotationibus versantur. Huius enim legis sanctio, quamuis passim a multis negligatur, tamen semper loquitur: vt Icti reum, qui eius rei accusatus fuerit, quotidie poena definita condemnent, nec locum veniæ relinquant, nisi a principe illa impetretur: quod *praeses* mihi indicauit.

Ceterum, in poenis *arbitrariis* constituendis, aliquando magis fere illis parcitur, qui non sine exemplo, sed ex consuetudine multorum, peccauerunt; si ex negligentia iudicis, qui delicti poenam aliquoties non exegit, iudicari possit: reos *ignorantia*, aut spe erronea impunitatis, deceptos deliquisse. Non enim *dolo* tam insigni peccauit, qui *imitatione* reliquorum seductus est ad delinquendum. Sed tunc temperamentum poenæ admitti posse *VLPIANVS* præcipit. l. 5. §. 7. D. *de poenis.* Mitigamus igitur poenam aliquando, si quis seductus *consuetudine*, peccauit. Sed *impunitas* frustra speratur consuetudinis obtentu. Multo minus, *ius* facit frequentia delicti. Eo pertinet, quod mercatores *in cambiali negotio*, & mutui datione, plerumque de ipsa sorte, iniustissima *anticipatione*, *deducunt vsuras*, & quod reliquum est, duntaxat numerant; sed cambio totam sortem, quamuis non *integra* numerata sit, plerumque comprehendunt, & annis sequentibus, quasi ex tota sorte, exigunt vsuras. Quod quamquam ipsis familiare & vsu frequentatum est, tamen vitio non caret; vt in reconuentione reperi possit, quod ita iniuste sit exactum. *Praeses* mihi retulit, haud ita pridem a *curia prouinc. Vitemberg.* iudicatum esse, vt lucrum illud restituatur debitori:

Daß denenjenigen Wechsel-Gläubigern, welche die Zinsen vorausgenommen, und inne behalten, dasjenige, was sie auf solche Masse zur Ungebühr erhalten, von denen Capitalien abzuziehen, und die Zinsen nur von dem Rückstand, nach gehöriger Ausrechnung, von Jahren zu Jahren anzusehen,

Quæ sententia etiam a *supremo senatu prouocationum* confirmata est.

Sed *temperatur* tamen poena facti illiciti, quod quis non *dolo*, sed *imitatione* aliorum, & consuetudine adductus, admisisse videatur. Imo vero aliquando qui *consuetudine* peccandi a pluribus recepta, malo increbrescente, licentiosius deliquerit, cum non ignorantia, sed maiori audacia, peccasse videatur, seuerius punitur: vt reliqui exemplo supplicii deterreantur. Nam

Fasc. V.

X

gene-



generaliter, *poena arbitraria*, tunc demum, propter consuetudinis excusationem, mitigatur, si appareat, non tam, *dolo*, quam ignorantia, peccatum esse.

Hæc igitur quidem *consueta* sunt, sed vim consuetudinis & legis nunquam obtinent, atque opponuntur *insolitis*, quæ *raro*, & *sine exemplo*, admittuntur. In his quidem *dolus insignis*, & inauditus, proditur. Ideoque tantum abest, ut veniam mereri possint, ut potius *gravius* animaduertendum sit, si nouo exemplo improbitatis delinquatur. Neque enim ibi consistunt exempla, quod *VELLEIUS* *f)* ait, unde coeperunt; sed, quamlibet in tenuem recepta tramitem, latissimam euagandi viam sibi faciunt. Igitur in his fere locus *privilegio odioso* relinquitur; ut sine exemplo puniantur, qui sine exemplo peccauerunt: uti *Hadrianus* *Vmbriam* matronam, quod, sine exemplo, ex leuissimis causis, ancillas suas atrocissime tractasset, in quinquennium relegauit. l. 2. f. D. de his, qui sui vel alien. iur.

Ita quidem de *delinquendi consuetudine* habendum. Sed sunt & alia *consueta*, quæ quamuis *licite* suscipiantur, tamen vim legis non obtinent, & *iuris necessitate*, neminem obstringunt. Sed hæc quidem *res merae facultatis* appellantur. Quoties enim, quod supra dictum est, *non animo*, *constituendi regulam*, aliquid inualuit, quamuis & multis frequentatum sit, vim consuetudinis & legis non habebit. Eo pertinent, quæ vel *non diu* satis, vel *non ab omnibus*, sed a multis duntaxat, neque *perpetuo similiter*, obseruata sunt: ut appareat, cuiusque arbitrio permissum esse, an sequi velit exemplum reliquorum. Neque tamen, quæ a *plurimis* facta sunt, prorsus negligimus in iudicando. Solent enim, quæ *plerumque fiunt*, quamuis non expressa sint, in dubio, *presumi*; nisi appareat, *diuersum* placuisse. Ita *POMPONIUS* tradidit, l. 3. D. de reb. cred. si certum petat.

§. IV.

Consuetudines singulorum.

Multum igitur *consensui* videntium tribuunt praecepta artis nostrae; sed tanto minus *consuetudini singulorum*, quæ aliis necessitatem legis non imponit. Sed in his quidem quemuis patimur suo sensu abundare. *IULIANUS* tamen, ius, quo *vrbs Roma* vitur, aut, si qua alia est *vrbs urbium*, si nihil aliud appareat, etiam ab aliis seruandum esse, ait. l. 32. D. de legibus.

Sed *privatorum* quidem *singulorum consuetudines* necessitatem imitationis nemini imponunt. Dolum tamen excusat illa consuetudo, si quis non animo nocendi, sed *ex sua consuetudine*, quamuis minus recta, aliquid fecisse arguatur. Tunc enim magis culpa, quam dolo, videbitur peccasse. *Præses* mihi indicauit, nuper *ordine Ictorum Vitembergensium* eiusmodi speciem oblatam mercator aliquis vsurpabat sæpius, in consuetudine loquendi, quædam vocabula diminutiva & ludicra, quæ aliquid iniuriæ omnino continebant, aduersus plerosque, quasi per iocum, quamuis cum illis nunquam

f) *VELLEI*. Patere. II. c. 35.



quam familiariter vixisset. Sed aliquando inciderat in virginem honestam, quæ indignius ferebat rusticitatem importuni mercatoris. Hæc rem ad iudicem detulerat, & sibi satisfieri petebat. Reus per testes comprobabat, se sæpius, animo innocenti, verbis illis, quasi *blanditiis*, vsum esse: & *notam* esse hanc ipsius *consuetudinem*. Igitur placuit, illum iniuriarum non tene-ri: cum *VLPIANVS* doceat, neminem facere iniuriam, nisi *sciat*, se iniuriam facere, cum contra, quæ *per iocum*, quamvis illiberalem facta sint, non videantur per iniuriam facta esse. l. 3. § 2. & 3. D. de iniur. Sed *culpa* reus non vacabat. Igitur responsum, a iudice graui illum increpatione coercendum esse, & expensas ab ipso exigendas.

§. V.

Ne brutorum quidem *consuetudines* iurisprudencia neglexit. Illæ qui-
dem ius *brutis* non faciunt, quæ *naturam*, id est, voluntatem creatoris, *Ex consue-*
per instinctus naturales ipsis proditam, quam *IUSTINIANVS* non male *tudine ani-*
ius naturæ omnium animantium appellat, sequi debent. Igitur si brutum *coniectura*
prauam consuetudinem contraxit, vt, si bos cornu petere *solitus*, aliquem *dominii peti-*
petierit, aut equus *calcitrosus*, calce percusserit, deliquisse videbitur; vt
dominus de *pauperie* subinde teneatur. l. 1. §. 4. D. *si quadrup. pauper.*
fecisse.

Sed ex *consuetudine* animantium tamen *animus* ipsorum colligitur, &
coniectura capitur de domino, cuius potestati fuerint subiecta. *POMPO-*
NIVS enim l. 37. D. de furt. & l. 8. §. 1. D. *fam. hercise.* itemque *IUSTI-*
NIANVS §. 15. l. de rer. diu. pauones, & feras bestias, quæ ex *consuetudi-*
ne in syluas ire & redire soleant, tamdiu *nostras* esse aiunt, donec *animum*
reuertendi habeant, quem tunc videntur delinere habere, cum *reuertendi*
consuetudinem deseruerint. Talis erat ille ceruus Latinorum, g)

— — — forma præstanti & cornibus ingens,
Tyrrhida pueri, quem matris ab ubere raptum
Nutribant, Tyrrhusque pater: cui regia parent
Armenta, & late custodia credita campi.
Assuetum imperiis soror omni Syluia cura
Molibus intexens seruabat cornua fertis,
Pectebatque ferum, puroque in fonte lauabat.
Ille manum patiens, mensæque assuetus herili,
Errabat syluis, rursusque ad limina nota
Ipse domum, sera quamuis se nocte, ferebat.

Sed hunc *Ascanius* cum iaculo occidisset, iustam indignationem latinorum
prouocauit, nisi, quod ignorantia excusatione vt potuisse videretur.

Nuper quidem ex *equi consuetudine* dominium, artificialiter, quod
aiunt *ICTi*, probatum esse, *præses* mihi retulit. Equus furto subtractus erat,

X 2

&

g) VIS. 12. Aen. VII. v. 483.



& a domino deinde deprehensus. Hic vero, hunc equum suum esse, iuritrando affirmare detrectabat: sed offerebat aliam probationem. Inter alia enim petebat, equum ad domum adduci suam & obseruari, quid contingat: quod facile impetrauit a iudice. Equus cum ad centum passus abesset a tugurio domini, dimissus ab auriga, confestim tugurium apertum cursu citato petiit: intromissus stabula nota quæsiuit; quæ cum ab aliis equis occupata essent, non quieuit, donec viam sibi faceret ad præsepia, atque adeuntem locum, in quo olim consistere solitus fuerat: ita dominus obtinuit, ut equus redderetur.

XL.

OBSERVATIONES

DE SERMONE MARITALI
CVM VXORE
TESTAMENTI FACIENDI CAUSSA.

AD L. III. D. SI QVIS ALIQVEM TESTARI PROHIB.

VITEMBERGAE, AD D. . IVL. A. Q. S. P. E. MDCC XXXIX.

§. I.

*Concordia
coniugum
affectio ma-
riti, animus
vxo-
ris.*

Cum omnes reipublicæ articuli & ordines nulla re magis, quam mutua *benevolentia* conglutinentur; publice interest, *societatem coniugum* imprimis, genitricem illam, altricemque ciuitatis, tanto arctiori vinculo adstringi, atque contineri, quanto certius, si illa solutior fuerit, ipsa compages ciuitatis percutitur, & perturbatur. Hinc inter laudes defunctorum, quæ posteritatis iudicium mereri possint, lapides litterati apud GRVTERVM ^{a)} non semel *concordiam coniugum* commendant ut intelligatur, vel propter hanc solam virtutem dignos videri coniuges, ut memoria ipsorum consecratur. Hinc VALER. & GALLIENVS conditionem illam institutioni heredis adiectam, inutilem esse aiunt, & bonis moribus aduersam, qua *concordia coniugum* perturbetur, & vxor diuertere a marito iubeatur l. 5. *C. de instit. & substit.*

Sed *concordia* illa coniugum imprimis *affectione* mariti, & *animo* vxoris continetur. VLPIANVS enim l. 5. §. I. D. *de bon. damnat. affectio-*
nem,

^{a)} GRVTER. inscript. T. I. fol. 521. n. 7.



nem & animum distinguit, & vxore etiam deportata, tamen virum affectionem mariti, mulierem contra animum vxoris retinere posse, ait. Quibus verbis ne quis Ictum fortuito & temere vsum esse credat; attinet monere, Ictos veteres plerumque cum de mariti beneuolentia tractauerunt, affectionem mariti appellasse. Imo vero ALEXANDER, etiam rebus vxoris affectionem deberi a marito obseruauit, l. 2. C. qui dare tut. vel cur.

Contra, viri affectioni, in maritali concordia, vxoris animus respondet. d. l. 5. §. 1. D. de bon. damnat. qua voce omnem calorem, omne studium vxoris comprehendimus. Ita mariti apud LIVIUM ^{b)} post raptum Sabinarum, suas quisque vxores demulcebant, & obtestabantur: vt, quibus fors corpora dedisset, illis animos darent. Neque alia mente HORATIUS FLACCUS, ^{c)} cum Lydiam placare veller, illam recantatis opprobriis amicam fieri, animumque reddere, rogabat. Ita etiam STALYNVS ille, apud PLAUTVM, ^{d)} cum vxorem obiurgaret, ipsam domare animum, illumque marito dare, & quod vir fieri velit, potius facere, quam ipsi aduersari, & controuersias alere, iubebat.

§. II.

Sed debuit quidem illa coniugum concordia non venalis esse, & in feruilem modum, mercenaria, sed affectione mariti, & animo vxoris, id est mutuis studiis, & communi beneuolentia, gigni atque conseruari. Ideoque ANTONINVS imp. l. 3. pr. D. de donat. inter vir. & vx. donationes coniugum infirmatas esse, ait, quia honestus amor solis animis aestimandus sit, & famae etiam coniunctorum consulendum fuerit, ne concordia pre-
Ius ciuile fauet testamenti coniugum. Saepe vxores a maritis, quam mariti ab vxoribus scripti sunt heredes in re publica Romana.

Enim vero, cum nulla re magis animi hominum, quam spe commo-
di cuiusdam etiam in amoribus, regantur; aut, certe apud neminem dignius collocentur beneficia, quam apud illos, qui amore & officiis illa mereantur; lucri opportunitas coniugibus quoque non inuidenda esse visa est, si honestis artibus praemium coniugalitatis fidei & bonitatis alter ab altero quaerent, & impetrarent. Illud vnum duntaxat excipit ANTONINVS, ne coniuges se spolient fortunis, & deterior forte meliorem, profusa facilitate deceptum, opibus emungat, & pauperiorem faciat l. 3. pr. D. de donat. inter vir. & vx.

Huius vero rei nullum erat periculum, si coniux, ex testamento coniugis, hereditatem lucraretur. Igitur non solum admissa, sed etiam collaudata sunt, testamenta coniugum, in quibus coniux heres scriberetur. ALCIATVS ^{e)} constitutionem THEODOSII adducit, qua mirifice proba-

X 3

b) LIV. lib. I. cap. IX.
act. XI. sc. III. v. 34.

c) HORAT. I. od. XVI. v. 27.

d) PLAUTVS Casin.

e) ALCIAT. parerg. lib. II. cap. 31.



tur *pietas coniugum*, Leontii & Iucundae, qui in iisdem tabulis ambo testamentum condiderant, & alter alterum scripserant heredem. Neque enim facile coniux alium, digniorem coniuge, heredem scriber. Inimvero societas illa & consortium omnis vite, quod *MODESTINVS* laudat l. i. D. de ritu. nupt. coniugem quodammodo dominum facit omnis patrimonii, quod ad alterum coniugem pertinet: ut, si *NERVAM* audiamus l. i. D. de act. rer. amotar. ne furtum quidem inter coniuges, tanquam condominos suarum rerum, fieri omnino posse videatur. Praeterea, una domus, commixta familia, quod *VLPIANVS* ait, l. i. §. 15. D. ad SCt. Silan. vix permittit, ut separatis rationibus utantur. Tot inter illos officia permutantur, tot molestiae communicantur, ut par gratia nequeat referri. Sed inprimis vxores quam gratiam referent maritis? Quorum in umbra & tutela sunt, quorum sudoribus aluntur, quorum beneficio & dignitati, ipsae suam dignitatem, & locum in ciuitate, amicitias, familiam probe ordinatam, omnes delicias humanae vitae, sua omnia, inprimis debent. Igitur quae inuidia est, quo minus illud, quantillum sit, bonorum, quod ad ipsas pertinet, cum e vita emigrabunt, illis potius relinquunt, quorum tot sunt beneficiis ornatae, & quibus proximus post parentes, & aliquanto etiam potior, locus dari debet: ut iustiora propemodum vxorum, quam mariti, testamenta videantur, quibus hereditas coniugi superstiti relinquitur.

Sed utraque profecto pia sunt, & merito fauore singulari defenduntur. Illud tamen subit mirari, cur apud Romanos rarius mariti ab vxoribus, quam vxores a maritis, scripti sint heredes. Trecentae in digestis occurrunt species, in quibus mariti, quae sexus nostri facilitas est, & bonitas, hereditatem vxori dicuntur reliquisse testamento. Et apud *GRVTERVM* f) in marmore, Aurelia Valeria, quasi inter titulos honoris, se carissimo coniugi heredem esse, profitetur. Imo vero *AGRICOLA* etiam inter summa pericula, & durissimas necessitates, cum Domitianum heredem scribere omnino cogeretur, tamen optimam vxorem principi coheredem dedit, ut pietatis officio defungeretur. g) Illa est maritorum pietas, in optimas vxores. Contra, vix semel atque iterum, veteres magistri artis nostrae vxores commemorant, quae maritis hereditatem reliquerunt. *AFRICANVS* l. 33. D. solut. matrim. tractat eiusmodi testamentum, ex quo maritus damnosam hereditatem vxoris adiit, ut in multas incideret difficultates, & magis oneratus videretur vxoris testamento. Certe, in omnibus fere illis speciebus, quae occurrunt, non nisi sub conditione, aliquanto duriori, ab vxoribus heredes scripti sunt mariti, quod *LABEO* l. 20. D. de condit. instit. & *PHILIPPVS* l. 7. C. de hered. instit. & plerique alii, testantur.

Sed

f) *GRVTER* inscript. tom. I. pag. § 21. n. 7.g) *TACIT.* vita Agric. cap XLIII.

Sed hæc vicunque fuerint, pium certè est vtriusque coniugis studium, quo hereditas coniugi superstiti defertur. Ideoque merito fauet ius civile coniugum supremæ voluntati, ne subtilitate iuris iustissimum iudicium intervertatur: qua de causa quaedam *singularia* recepta sunt, vt coniugum testamenta defendantur; & plenior illis interpretatio accommodata est, *favore pietatis*. Extat eiusmodi species apud IULIANVM l. 13. *de lib. & posthum.* in qua testamentum mariti, humanitate suggerente, liberalius interpretatus est, quam iuris subtilis ratio permittit. Scripserat aliquis testamentum, vt, si filius sibi natus esset, ille ex bese, sin filia, illa ex triente, sed ex reliqua parte vxor heres esset. Apparebat, testatorem de alterutro tantum casu, non de utroque, cogitasse, id est, filium duntaxat, vel filiam, sperasse. Sed testatori postea & filius & filia nati erant. Igitur, *subtili iure*, ruptum erat testamentum; cum præter spem testatoris duo liberi ipsi nati essent, adeoque propter agnationem sui heredis, de quo antea non cogitatum erat, infirmatum esse testamentum videretur. Sed IULIANVS ait, vxorem nihilominus cum utroque liberorum ita admittendam esse, vt filius altero amplius haberet, quam vxor, filia minus altero tanto quam vxor ipsa vero partem reliquam hereditatis occuparet, vt pietas mariti exitum haberet. Itaque *benignius* accipimus pietatem coniugum in testamentis. Huc & illud pertinet, quod *vxorem quocunque*, quamvis minus apto nomine appellatam, in testamento, tamen recte heredem scriptam esse iudicemus, modo intelligatur, coniugem heredem esse ex testatoris voluntate. GORDIANVS enim l. 5. *C. de hered. instit.* ait, vxorem heredem esse, quamvis in testamento *affinis* appellata esset. Igitur sufficit vxorem heredem institutam, quamvis non recte *affinis* nominata sit; cum alioquin, si quis illum quasi cognatum, vel affinem, instituatur heredem, qui non sit cognatus vel affinis, facile nascatur suspicio erroris, & testamentum subinde infirmetur l. 4. & 7. *C. de hered. instit.*

Igitur, *coniugum gratia*, obtinuit, vt quocunque nomine heredes vtiliter instituantur. A quo non est alienum, quod & *iisdem tabulis*, coniuges, vt supra obseruatum est, recte condant testamentum. Quamvis alias non admittatur captatoria institutio heredis, & possit esse suspicio, ne tacita conditio, hereditatis ab altero coniuge lucranda, lateat, in mutua heredis institutione, quae iisdem tabulis sit comprehensa.

Sed cum iustissimæ sint coniugum affectiones, &, quod PAPINIANVS ait, illa non sit captatoria institutio, quae mutuis affectionibus, prouocata est, l. 70. *D. de hered. instit.* facilius credantur coniuges amore coniugali, quam cupiditate lucri, coniugi superstiti hereditatem reliquisse. Ex eodem fonte deriuatur, quod, quamvis liberrimum esse debeat supremum iudicium, tamen *maritalis sermo*, quo vxor ad testandum prouocata est,

non



non sit impedimento, quo minus valeat vxoris testamentum. Audiamus enim PAPINIANVM, qui l. 3. D. *si quis aliquem test. prohib.* Virum, ait, qui non per vim, nec per dolum, quo minus vxor mutata voluntate contra eum codicillos faceret, intercesserat, sed, *ut fieri assolet, maritali sermone* offensam ægræ mulieris placauerat, in crimen non incidisse, neque hereditatem ipsi auferendam esse. Idem & DIOCLETIANO & MAXIMIANO placuit, qui l. 3. C. *si quis aliquem test. prohib.* rescripserunt, non esse criminofum, *maritali sermone* iudicium vxoris supremum in se prouocare. Sed quis sit ille maritalis sermo, operæ pretium est, vt diligentius tractemus.

§. III.

Sermo maritalis de iugum, quasi per importunas sollicitationes, aut metum, extorta, impugmare audent, vel vltimas illorum voluntates, quasi blanditiis & sermone maritali prouocatas, tanquam iustas & liberas, defendunt. Subtile enim discriminem est, quo sermo maritalis & blanditiæ, ab importuna sollicitatione & minis, seiunguntur. Nuper aliquis causam dicebat pro marito, qui quando etiam iurget.

Nunquam facilius decipiuntur aduocati, quam vbi vel *testamenta coniugum*, quasi per *importunas sollicitationes*, aut metum, extorta, impugmare audent, vel vltimas illorum voluntates, quasi blanditiis & sermone maritali prouocatas, tanquam iustas & liberas, defendunt. Subtile enim discriminem est, quo sermo maritalis & blanditiæ, ab importuna sollicitatione & minis, seiunguntur. Nuper aliquis causam dicebat pro marito, qui quando etiam iurget. *fustibus* vxorem adegerat ad hereditatem relinquendam. Et parum aberat aduocatus, quin *fustium* etiam *admonitionem*, quam CALLISTRATVS appellat l. 7. D. *de poenis*, crederet, *sermone maritali* contineri: de quo deinde locus erit disputandi. Sed DIOCLETIANVS quidem l. 3. C. *si quis aliq. test. prohib.* permittit marito, vt iudicium supremum vxoris prouocet sermone maritali: PAPINIANVS etiam l. 3. D. *eod.* patitur maritum placare offensam vxoris *sermone maritali*, & intercedere, ne marito adiumat, quod ipsi testamento antea relictum erat, vel, facili codicillis, diminuat hereditatem. Vix potest locus esse dubitationi, quin vterque *blanditias* inprimis intelligant, quibus prouocetur mulieris iudicium, & offensam ægræ mulieris placetur. Has enim LIVIVS ^{h)} maxime efficaces ad muliebri ingenium preces esse, arbitrat. Nemo autem probabit illud rusticum NASONIS ⁱ⁾ qui lites & asperitatem coniugibus credit conuenire. Sed ille quidem:

Lite fugent nuptæque viros, nuptasque mariti,
Inque vicem credant res sibi semper agi.

Hoc decet vxores: dos est vxoria, lites.

Rectius Romani, qui Sabinas rapuerant, blanditiis indignationem vxorum moliebant, & cupiditate atque amore, factum, quod admiserant, purgabant. ^{k)} Imo vero rectius idem NASO alio loco ^{l)} agnoscit, laudes & præconia muliebri ingenium efficacius mouere:

N.c

^{h)} LIV. l. I. cap. IX. in fine.

ⁱ⁾ OVID. de A. am. II. v. 153.

cap. IX. f.

^{l)} OVID. de A. am. l. 623.

^{k)} LIV. lib. I.



Nec faciem, nec te pigeat laudare capillos,
Et teretes digitos, exiguntque pedem.
Delectant etiam castas praecordia formae.

Certe facilius apud probas laudatione proficimus, quam iurgio & rixa. Hoc CATULLO in mentem veniebat, cum reflagitaret pugillares ab amica. Ille enim primo rustice & incontinententer. m)

— — o lutum, lupanar,
Aut, si perditius potest quid esse,
Moecha putida, redde (scribe) codicillos,
Scribe, putida moecha, codicillos.

Tandem vero mutato consilio, & recantatis opprobriis:

Sed nil proficimus, nihil mouetur,
Mutanda est ratio, modusque nobis:
Pudica, & proba, scribe codicillos.

Desiderat igitur blanditias PAPINIANVS, sed tales, quibus, ut fieri assolet, offensa mulieris placari possit, id est, non lasciuas illas atque iuueniles, sed consuetas in coniugio, & quae amorem ingenuum, & deliberatum, spirare videantur. Hoc enim etiam OVIDIUS n) praecipit:

Sit tibi credibilis sermo, consuetaque verba:
Blanda tamen.

Quandoquidem ipsa simplicitas orationis plerumque veritatis habet argumentum; & quae minus ornate dicta sunt, minus fraudis habere iudicantur. Nemo aptius expressit simplicitatem sermonis maritalis, quam OVIDIUS NASO o) dum Romanos inducit, iram Sabinarum, post raptum, oratione mollientes:

— — Quid teneros lacrymis corrumpis ocellos?
Quod matri pater est, hoc tibi, dixit, ero.

Sed paullo copiosius & non minus eleganter, in eodem fabula LIVIUS: p)
„Parum id superbia factum, qui connubium finitimis negassent; illas tamen
„in matrimonio, in societate fortunarum omnium, ciuitatisque, & quo
„nihil humano generi carius sit, liberorum fore. Mollirent modo iras, &
„quibus fors corpora dedissent, darent animos. Saep̄ ex iniuria postmo-
„dum gratiam ortam: eoque melioribus vsuras viris, quod annixurus pro se
„quisque sit, ut, quum suam vicem functus officio sit, parentum etiam, pa-
„triaeque expleat desiderium. Accedebant blanditiae virorum, factum pur-
„gantium, cupiditate atque amore.„ Ex quo loco intelligitur, sermonem
maritalem illum consuetum, quo mariti plerumque uti solent, excusatione,
pol.

m) CATULL. epig. XL.

n) OVID. de a. am. l. 469.

o) Ibid. 129.

p) LIV. l. 9.



pollicitationibus, *laudatione* etiam, constare; vt credi proffit, ex vero amore profecta esse, quae dicuntur a maritis. Ceterum, quae sint illa *consueti* verba, & quid Jupiter Iunoni in aurem dicat, nolim indagare. Amor enim, si occasio tulerit, forte per se disertus est.

Sed, si ex laudibus defunctorum, quibus a maritis subinde in marmoribus antiquis ornatae sunt, licet coniecturam facere, quam blande viuas tractauerint vxores; ausim affirmare, nullam omnino gentem honestius & liberalius & amabilius in coniugiis versatam. In illis enim, *coniux* optime merens, anima innocens *q)* incomparabilis foemina, cuius nullam cupiditatem expertus sit maritus *r)* carissima, erga se diligentissima *s)* clarissima, omnium virtutum foecundissima *t)* castissima, purissima, dulcissima, insignis pudicitiae, rari exempli, desideratissima *u)* sincerissimae fidei & simplicitatis *x)* sanctissima, quae veteris probitatis admirabilia exempla superauerit. *y)* *Coniux virginea* *z)* pia, frugi, casta, pudica *a)* rarissima *b)* spiritu incomparabili *c)* iucundissima, *d)* quae, cum vixit, Dea, & sanctissima dicta est *e)* & centum alia occurrunt, ex quibus colligimus, amor ille castus, quam ingeniosus sit, ad mutuos amores prouocandos. Sed si viuis blandirentur, teste PLAYTO, *f)* qui naturae simplicitatem omnium pulcherrime imitatus est, etiam alia vocabula amoris ludicra, vt, *mea cura*, *mea amoenitas*, *mea anima*, *mi lepos*, *mea funo*, *mea festiuitas*, adiecta.

Ita quidem Romani, aliquando cum vxoribus sermocinati sunt. Sed, non est obscurum, quod PAPINIANVS etiam *vxoribus* permittat, vt *maritali sermone* prouocent suprenum iudicium mariti. Neque enim dubito, quin maritalis sermo etiam ad vxorem pertineat, cum verba facit ad maritum. Enim vero non solum PAPINIANVS l. 52. ff. i. D. de don. inter vir. & vx. utrumque coniugem, maritos appellauit, vt intelligatur, etiam vxorem nomine *mariti* comprehendi; sed VALERIUS & GALLIEN. etiam l. 5. C. de instit. vxori *maritalem concordiam* commendant. Itemque apud GRVTERVVM *g)* in marmore, laudantur coniuges, *maritali concordia* incomparabiles: vt dubitari non possit, vxoris etiam negotia, quae cum viro administrat, *maritalia*, & sermonem eius cum viro, *sermonem maritalem* recte appellari. Igitur ex sententia PAPINIANI, etiam vxoribus ignoscitur, quae hereditatem mariti, *sermone maritali*, exorauerunt. Certe illas de maritorum testamentis sollicitas fuisse, inter alias laudes mulierum, refert IUVENALIS: *h)*

Te-

- q)* GRVT. inscr. fol. 758. n. 8. *r)* id. 604. n. 5. *s)* id. 326. *t)* id. 1141.
u) 1116. n. 2. *x)* 1145. n. 2. *y)* id. 1098. *z)* 932. n. 8. *a)* 826. 6.
b) 448. 6. *c)* 563. 7. *d)* 900. 3. *e)* 613. 5. *f)* PLAYT.
casin. II. sc. III. v. 14. sqq. *g)* GRVT. inscr. fol. 435. 2. *h)* IUV.
VEN. sat. VI. v. 268.



Testandi cum sit lenonibus atque lanistis.
Libertas, & iuris idem contingat arenæ;
Non vnus tibi riuallis dicabitur heres.

Illas enim fere magis ad amicam orationem & maritales blanditias natura comparauit. Huc fere illa pertinent, de quibus Dametas apud VIRGILI-
LIVM. i)

O quoties, & quæ, robis Galatea locuta est.
Partem aliquam, vendi, diuum referatis ad aures.

Neque minus disertæ sunt in lapidibus antiquis apud GRVTERVVM, in quibus *maritum benignissimum*, carissimum, k) *dulcissimum*, l) *dignissimum*, m) *incomparabilem*, n) *patientissimum*, indulgentissimum, o) *obsequentissimum*, p) omnibus exemplis bene de se meritum, q) *optimum*, sanctissimum, r) *γλυκύτατον ἀνδρα*, s) *σύμβιον ἀσύνκρητον*, *σύμβιον τελεσιότατον* t) appellant. Denique, cum Græce amare discerent, imprimis frequentatum est illud, *ζωὴν καὶ ψυχὴν, κέρει μὲ, μέλι μὲ, ψυχὴ μὲ*, quod IUVENALIS u) atque MARTIALIS x) inter familiaria coniugum vocabula, referunt.

Habes blanditias *sermonis maritalis*, quibus coniux coniugis animum, testamenti faciendi causa, demulcebat. Et discedam ab hoc loco, si illud vnum adiecero, etiam *iurgium* mariti cum vxore, aliquando *sermone maritali* contineri, neque esse impedimento, quo minus valeat testamentum. DIOCLETIANVS certe l. 3. C. *si quis aliqu. test. prohib.* omnem sermonem, quo vii soleant mariti ad vxores, liberaliter admittit, ad iudicium supremum vxoris prouocandum. Sed quis dubitet, in illa societate tot calamitatum communium, in tot offensionibus humanæ vitæ, in tanta leuitate sexus muliebris, interdum vinci & pertundi patientiam mariti, ut cum vxore, dissimulatis tantisper blanditiis, *serio* agere, merita in illam sua ostendere, eius incontinentiam, & temeritatem verbis castigare, ita illam ad frugem reducere, & a consilio perdendæ hereditatis, & mutandi iudicii supremi, reuocare debeat, & spem tot beneficiis quaesitam, quocunque possit modo, conseruare. IUVENALIS enim auctor est, hunc sermonem coniugibus maxime consuetum esse. y)

Semper habet lites, alternaque iurgia, lectus,
In quo nupta iacet,

Y 2

Quæ

- i) VIRGIL. ecl. III. v. 72. k) GRVT. infc. fol. 424. 3. l) id. fol. 727. 2.
m) 338. 5. n) GRVT. 466. 1. o) 704. 6. p) 349. 2. 778. 6.
q) 459. 9. r) 472. 4. s) 758. 6. t) 770. 4. 777. 19. u) IUV-
VEN. sat. VI. v. 795. x) MART. X. ep. LXVII. y) IUV. sat. VI. v. 268.



Quae quamvis dura sint, & præter viri honesti votum eueniant, tamen in illa coniunctione, quae vix dissimulationem doloris admittit, interdum veniam merentur, atque aliquando iusta sunt, & culpa carent.

§. IV.

*Facilius
ignoscitur
solicitationi-
bus coniu-
gum. Iurgia
etiam contin-
gunt testa-
menta non
infirmant.
Vis & do-
lus prohiben-
tur.*

Nimirum, ex his, quae adhuc disputata sunt, non difficile erit iudicare, quid permixtum sit maritis, ut iudicium supremum vxoris in se prouocare possint. Blanditias, officia, mutuas affectionem, quibus quis hereditatem mereri studeat, PAPINIANVS generaliter in omnibus admittit l. 70. *D. de hered. instit.* Sed, aut omnia me fallunt, aut d. l. 3. *D. & l. ult. C. cum testis si quis aliquem test. prohib.* plus maritis indulgetur: ut vincant animum vxoris. *Sermo maritalis*, quem PAPINIANVS & DIOCLETIANVS permittunt, certis fere finibus non regitur, sed *in tanta coniugum familiaritate*, in tam longo consortio, liber est, ut non facile certis vinculis adstringi possit. Multae sunt, & quotidianae opportunitates, quæ inuitent ad sermonem de hereditate relinquenda. Miror GOTHOFREDVM, qui ad d. l. 3. *D. si quis aliqu. test. prohib.* negauit, *suggerendam* esse vxori testamenti factionem sermone maritali. Hoc si verum esset, nunquam valerent testamenta coniugum. Quis credat, illos, inter tot blanditias, & occasiones, nunquam de scribendo testamento, & de hereditate relinquenda, inter se deliberare. Enim vero DIOCLETIANVS d. l. 3. diserte permittit, ut maritus supremum iudicium vxoris *prouocet* sermone maritali. Sed hoc fieri vix potest, nisi aliquando, etiam *directo*, cum illa, de testamento faciundo, & hereditate sibi relinquenda, habeat sermonem. Imo PAPINIANVS etiam d. l. 3. *si quis aliqu. test. proh.* marito ignoscendum esse ait, si vxorem, quae mutandi testamenti, & adimendae hereditatis consilium ceperit, *auocare ab eo proposito*, & illud dissuadere, atque offensam mulieris placare studeat, sermone maritali, ne faciat omnino codillos. Sed hæc fere cogitari non possunt, sine aliqua *suggestione*. Quæ esset illa familiaritas, si cauendum esset *coniungi*, ne ipsi excideret verbum de testamento, & si esset periculum, ne a cognatis suae vxoris postea sollicitationis importunae & immodicae accusaretur? Quis hoc ferre posset, si exquirerentur post mortem omnes arcani coniugum sermones. In tanta coniunctione rerum omnium, obtestationes, preces, etiam crebrae atque repetitæ, quae in aliis ferri vix possent, nihil habent *importunitatis*.

Ita etiam de *iurgio* habendum, & de *seuera increpatione*, qua maritus intercedit, ne vxor sibi adimat hereditatem. Et hic enim maritalis sermo, a coniugibus quandoque, si res postulet, non minus quam blanditiæ, frequentatur. Finge enim, maritum sua in ipsam merita ostendere vxori, beneficia commemorare, quot eius offensiones & iniurias tulerit, qua pati-
en-



entia ipsius imbecillitati indulserit, quibus sudoribus patrimonium eius ser-
nauerit, quo suo incommodo illam aluerit, & ornauerit, vt se digne exhi-
bere posset, enarrare; praeterea ipsum conqueri, quod haec ipsi gratia red-
datur, quod opes, suo studio auctae & seruatae, aliis deglutiendae offerantur,
se, cum sentiat, ita secum agi, ipsum etiam alio in illam animo futu-
rum; finge illum porro, liberorum mentionem iniicere, suam calamitatem,
indigentiam prolis periculum futuri temporis, sermone maritali explicare;
finge denique vxorem, his rationibus & querelis permotam, tandem cedere,
& maritum scribere heredem; & censeo, valere testamentum sermone maritali
pronocatum. Inter coniuges certe haec tanto facilius feruntur, quanto
iustiores sunt preces illae, quibus illam sibi, pro tot meritis, gratiam referri
petunt, vt heredes scribantur testamento.

Neque vero quisquam obiiciat, *metu coactam* videri testatricem, cui
maritus sermone maritali, eoque seueriore, persuaserit, vt ipsum scriberet
heredem. Respondet enim *VLPIANVS* l. 14. §. 1. D. *solut. matr.* rece-
ptum esse, vt maritis *reuerentia* exhibeatur. Sed quae *metu reuerentiae* de-
bitae, & cogitatione officii, de quo vxor admonita fuit a marito, facta
sunt, metu illiberali non extorta iudicantur. *CELSVS* enim l. 22. D.
de ritu nupt. docet, illam, quae reuerentia alterius, cuius iuri quodam-
modo subiecta est, tandem consentit, *inuitam* non censi, sed *maluisse*
hoc videri, in quod, per reuerentiam consensit.

Vnum illud prohibet *PAPINIANVS*, ne per *vim* ac *dolum* maritus
intercedat, ne vxor, mutata voluntate, codicillos faciat, d. 1. 3. D. *si*
quis al. test. prohib. sed *vis* ac *dolus* non *praesumuntur* in *maritali concor-*
dia coniugum. Omnia alia facilius credimus interuenisse, quam viri *vim*
& *dolum*. Multa videntur *ad vim* spectare, quae, in illa familiaritate
coniugum, nihil habent vitii & culpae. Igitur oportet euidentissimis *pro-*
bationibus docere, vim adhibitam fuisse. Qualia sunt, quae habet *V-*
PIANVS l. 1. pr. ff. *si quis aliqu. test. prohib.* vt, si prohibuit testamenta-
rium, id est, scribam, cum testibus, introire, cum vellet vxor muta-
re testamentum.

Generaliter *ALEXANDER* l. 1. C. *eod.* desiderat, *compulsam* esse testa-
torem ab eo, qui heres institutus est, vt testamentum, quali per *vim* ex-
tortum, infirmetur. Ausini affirmare, non videri *compulsam* vxorem ad
testandum, nisi *vis immediate*, quod dicunt Philosophi, *circa actum te-*
standi cum illa perseveraret in illo consilio, adhibita fuerit vxori. Hoc osten-
dit exemplum *VLPIANI* d. 1. 1. *eod.* & l. 3. §. 5. D. *ad SCtum Trebell.*
Fasc V. Z vt,



ut, si quis abigat testamentarium & testes. Tunc enim videtur impedimento fuisse, ne testamentum ordinari posset; quod non permittit *DIOCLETIANVS* l. 2. C. *si quis aliqu. test. prohib.* Cetera, quae in matrimonio durius gesta sunt, non videntur vim, testamenti causa illatam, continere. Alioquin dura esset conditio mariti, cuius omnia dicta & facta in coniugio, post mortem uxoris, pessimo exemplo, inquiri, & in malam partem trahi possent a coniunctis, spe testamenti infirmandi. Multa in matrimoniis fiunt, & per affectionem maritalem condonantur, quae, ab aliis facta, vim continere & pessimo exemplo suscepta viderentur. Finge igitur, maritum, sermone maritali, uxorem compellasse, ut se scriberet heredem; finge illum, cum vxor aliena esset ab illo consilio, remisisse aliquid a pristino calore & studio in ingratissimam uxorem, imo etiam cum illa rixatum, & rustice ac incontinentem rem gessisse, aliquando, per occasionem, ad verbera peruentum esse, post ea factum esse ab uxore testamentum, ut mariti animum placaret. Sed non videbitur vis adhibita uxori, quia *immediate*, circa actum testandi, cum perseveraret in consilio mariti excludendi, non pulsata fuit a marito. Nuper certe *scabini* Vitembergenfes, in eiusmodi specie oblata, dixerunt valere testamentum; quamvis appareret, uxorem aliquando pulsatam esse a marito. Sufficiebat enim, quod non *immediate circa actum testandi*, aut testamenti causa, ab illo pulsata videretur.

Eadem fere etiam de *dolo* mariti dicenda sunt, quo testamentum uxoris infirmatur. Neque enim videbitur maritus *dolo* quid gessisse, nisi *immediate circa actum testandi* aliquid fraudis admiserit, quo uxoris libertas impediretur. Talia sunt illa, de quibus *PAVLVS* l. 2. D. *si quis aliqu. test. proh.* tractauit: ut, si dolo malo fecerit, quo minus testes conueniant, & *per hoc* deficiat facultas testamenti faciendi. Tunc enim dolus manifestus interuenit. Sed si uxori submisit curatorem, qui repeteret sermonem mariti, & suaderet heredis institutionem, testamentum etiam scriberet, & uxori commendaret; nihil vitii habebit testamentum.

Hæc non ideo disputata sunt, ut barbaram mariti incontinentiam & asperitatem excusemus. Ut quisque est vir optimus, ita maxime detestabitur rixas & iurgia, pestem illam dulcissimæ & amicissimæ societatis; ut malit non habere, quae ab uxore inuita in ipsum transferantur. Defendendæ sunt uxores a maritis, quod *PAVLVS* praecipit l. 2. D. *de iniur.* quae in mariti sinum & tutelam, cum tanto suo incommodo, confugiunt, seque & sua omnia permittunt liberaliter marito, blande & humaniter afficiendæ sunt, quæ non habeant alium, cui confidant, in cuius umbra requiescant. Sed cognatis etiam non indulgendum est, qui iniuriam marito faci-



faciunt, &, quæ innocenter ab ipso facta sunt, in criminationem *violentiae* & *doli* trahunt, iustissimæ hereditatis adimendæ causa.

Quæ cum ita sint, cauendum est aduocatis, ne, dum testamenta coniugum impugnare audent, *generaliter*, vxorem a marito, ante testamenti factionem, aliquando, aut sæpius indigne tractatam, aut importunius de hereditate relinquenda sollicitatam esse, dicant. Frustra enim victoriam sperabunt, nisi *speciatim* commemorent, *quomodo vis* aut *dolus immediate*, circa actum testandi, interuenerit, vt appareat, an *compulsa* fuerit a marito ad testandum.

§. V.

Satis credo, comprobatum est, maritum non facile existimari, aliquid per *vim* & *dolum* gessisse, circa vxoris testamentum. Sed res minus habet dubitationis, si vxor *vixerit post testamentum*, & nihil conquesta sit, de vi, qua compulsa sit ad hereditatem relinquendam, & nihil mutauerit de suprema voluntate. *ALEXANDER* enim l. 4. C. de his, qui *bus vt indign.* permittit vxori, vt possit declarare, maritum non mereri *voluntatem suam*, ad quam edendam fuerit compulsa. *Excluditur suspicio violentiae si vxor superstes fuerit non mutato testamento.* Consensio enim *DIONYSIO GOTHOFREDO*, qui ad dictam legem 4. arbitratur, commodius probari metum illatum testatrici, si coram aliquot testibus significauerit, se vi compulsum ad testandum. Contra, si nihil illorum ab vxore factum fuerit, si perseuerauerit in voluntate, quamvis colloqui potuerit, cum amicis, aut iudicem adire; certissime diluitur suspicio violentiæ aut doli admissi a marito. Aperte enim *VLPIANVS* l. 23. pr. D. *quod met. causa* non est verisimile, inquit, *compulsum* aliquem in vrbe quid fecisse, quum potuerit ius publicum inuocare, & adire aliquem potestate præditum, qui vtique, vim eum pati, prohibuisset. Sed huiusmodi præsumptioni debet apertissimas probationes violentiæ opponere.

Neque tamen aliquis obiciat, *ab initio non valuisse* illud testamentum, ad quod vxor compulsa sit, ideoque illud ex interuallo *non conualescere*, propter silentium vxoris. Enim vero huic responderetur, non illud conualescere ex interuallo; sed silentium illud esse argumento, vim non adhibitam fuisse, & testamentum *ab initio* omnino substuisse. Ita certe haud ita pridem visum est *scabinis Vitembergensibus*, quibus eiusmodi species offerebatur. Marito male conuenerat cum vxore sua: secubuerat interdum per dies aliquot ab vxore, sæpe de testamento illam interpellauerat, multæ contortiones inter coniuges ortæ erant, aliquando etiam verberauerat vxorem, tandem vxor fecerat quidem testamentum; sed ex *suggestione* mariti, qui ipse



curatorem eius aduocauerat, & ab illo, vt testamentum scriberet, atque uxori commendaret, impetrauerat: quae omnia libello comprehensa erant.

Vxor acceperat scripturam curatoris, singulis paginis nomen suum subscripserat, ita subscriptum testamentum iudici obtulerat, pro tribunali: postea vixerat per menses aliquot, nihil mutauerat, nihil conquesta erat. Sed cognati volebant infirmari testamentum, & pro nullo declarari. Iudicatum est, Daß die Klage, immassen sie angebracht, nicht statt hat. Res erit luculentior ex rationibus adiectis:

Diemeil Kläger, worinnen das ungestüme Anhalten, und die Bedrohungen, durch welche Beklagten verstorbenes Ehe-Weib, zu Verrichtung ihres letzten Willens, von demselben gezwungen worden, bestanden, und, daß Beklagter sie unmittelbar zu der Unterschrift des Testaments mit Gewalt oder List genöthiget, eigentlich, und mit einiger Gewisheit, anzuführen nicht vermogt, die übrigen in der Klage enthaltenen Umstände hingegen das gerichtlich übergebene Testament, welches die Vermuthung der Solennität und Richtigkeit vor sich hat, nicht entkräften mögen, in mehrerer Erwägung, einem Ehe-Manne, durch Zureden, und Vorstellungen, das Ehe-Weib zu Abfassung eines letzten Willens zu bewegen, nachgelassen,

l. 3. D. & C. si quis aliq. test. proh.

Hiernächst die zwischen denen Ehe-Leuten, dem Anführen nach, zu gewissen Zeiten entstandene Uneinigkeit, wegen welcher die Ehe-Frau ihrem Manne sich dann und wann entzogen, dem nachhero errichteten letzten Willen seine Wirkung nicht benehmen kan, gestalt auch dem Ehe-Manne, seiner Frauen Vermögen an sich zu nehmen, und solches zu administriren frey gestanden, überdieß die Erblasserin, das von D. N. aufgesetzte Testament nicht allein eigenhändig unterschrieben, sondern auch gerichtlich insinuiert, mithin ihre Genehmigung hinlänglich zu erkennen gegeben, auch, bey solcher Bewandniß, da Sie des Schreibens nicht unerfahren, die Vorlesung des Testaments nicht nöthig gewesen, ausserdem dieselbige, nach beschehener gerichtlichen Insinuation, noch einige Zeit am Leben geblieben, gleichwohl ihre Willensmeinung, wie ihr freigestanden, nicht geändert oder widerrufen, daher, daß selbe solches Testament wider ihren Willen übergeben, nicht behauptet werden mag,

L. 23. pr. D. quod met. caus.

nächst dem die angezogene Furcht vor ihrem Ehe-Manne, durch welche sie zur Unterschrift des Testaments bewogen worden, in Ermangelung anderer Umstände,



stände, allenfalls pro metu reverentia zu achten, mithin der Beständigkeit des letzten Willens dadurch nichts benommen wird:

arg. l. 22. *D. de rit. nupt.*

So ist, als im Urtheil enthalten, von uns billig erkannt.



Index diff. huius fasc.

- XLI. Obseruatt. ad L. 6. D. de transact. *Quando efficaciter de testamento transigatur non inspectis tabulis*, defend. Io. Gottl. HAHN Longosallissa-Thuringus Vit. d. Oct. 1739. pag. 897
- XLII. *De usufructu praedii voluntarii; ad L. 13. §. 4. D. de usufr. disp.* auct. Io. Fr. PACKBVSCH. Lipsiensis. Vit. d. 22. Dec. 1739. 905
- XLIII. Obseruatt. ad L. 195. D. de verb. signif. *de his quae familiae relictæ sunt*, defend. Io. Gottl. STOCKMANN Kuhnitzsch. Misn. Vit. d. Aug. 1740. 931
- XLIV. Progr. inaug. *de immunitate & vacatione a muneribus*, summos vtr. iur. hon. Io. Chrst. SCHVMANN Dresdensi aduoc. immatric. & not. publ. caesar. conferendos ind. Vit. d. 21. Nou. 1740. 942
- XLV. *De iure viuariorum; von Thier-Gärten*, disput. Io. Gottl. Frid. PEZOLTVS, Islebientis. Vit. d. Dec. 1740. 945
- XLVI. Progr. inaug. *de iure bagarum & viuariorum apud Germanos*, Summos vtr. iur. hon. Io. Gottl. Frid. PEZOLT conferendos ind. Vit. d. 28. Dec. 1740. 978
- XLVII. *De ignorantia facti proprii interdum innocua; ad L. 22. pr. D. de condict. indeb.* disput. Ge. Frid. PECKOLDVS, Schenkendebriensis. Vit. d. Mart. 1741. 983
- XLVIII. *De tutore aneclogisto & quando rationes tutelae reposci nequeant; ad L. 5. §. 7. D. de administ. & periculo tutor.* disput. Io. Frid. OTTO, Sorbigiensis Misnicus. Vit. d. Iun. 1741. 1006
- XLIX. Obseruatt. *de cautela Socini & quando illa sit inutilis*, defend. Chr. Frid. MEYER. Iutreboc. Saxo. Vit. d. Aug. 1741. 1027
- L. *De deposito cum fideicommisso utili ut res post mortem deponentis tertio restituantur; ad L. 26. D. depositi, & L. 77. D. de legat. 1.* disput. Carol. Frid. RICHTER. Vitembergensis. Vit. d. Iul. 1742. 1041
- LI. *Quomodo legatum nuda voluntate adimatur; ad L. 3. §. 11. D. de adimend. vel transfer. leg.* disput. Ioann. Chph. HEMPELIVS, Lengenfeld. Variscus. Vit. d. Iul. 1742. 1064

