

**Landesbibliothek Oldenburg**

**Digitalisierung von Drucken**

**Dissertationvm Atqve Programmatvm Crellianorvm**

**Hendel, Johann Christian Hendel, Johann Christian**

**Halae ad Salam, 1784**

**VD18 90544366**

**urn:nbn:de:gbv:45:1-13911**

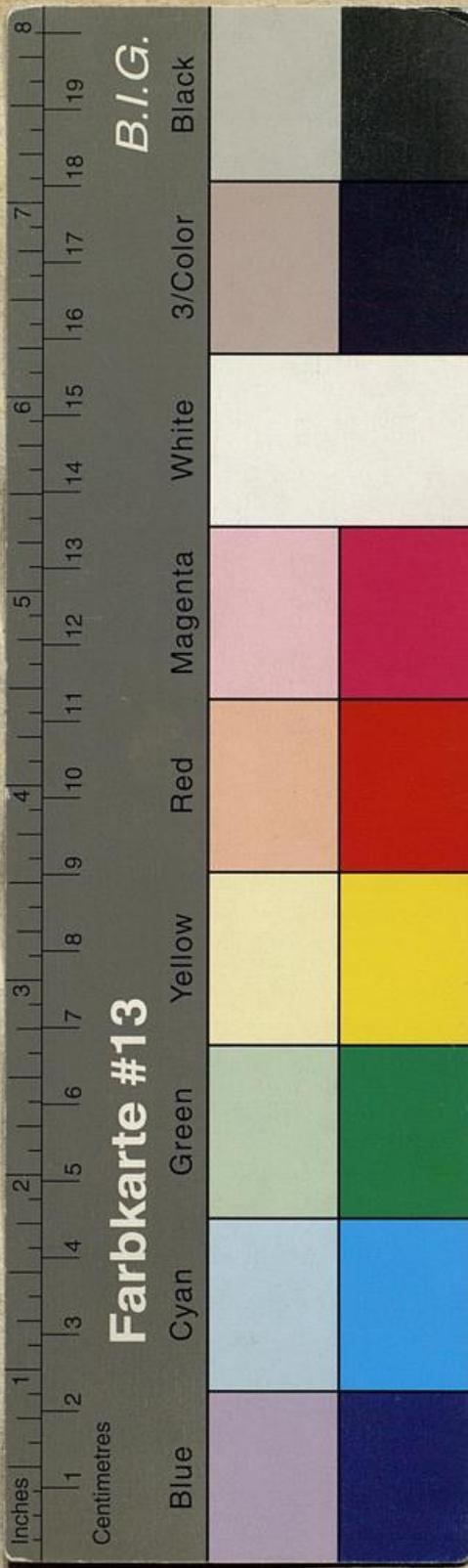
DISSERTATIONVM  
ATQVE  
PROGRAMMATVM  
CRELLIANORVM  
FASCICVLVS XI.



---

HALAE AD SALAM  
TYPIS ET SVMTV L. C. HENDEL.  
1784.





*Index dissertt. huius fasciculi.*

---

- XCIV. Dissert. *de arrha a sponsae heredibus restituenda*, ad L. 3. Cod. de sponsal. & arrhis; disp. defend. Frideric. Gottlieb WILISCH, Advoc. Haynensis in El. Sax. immatric. Viremb. d. 12 Oct. 1753. pag. 1777
- XCIV. Theses iur. ciu. & Germ. *de praescriptione immemoriali*; defend. Io. Fridr. OTTENS, Beltzigio - Saxo. Ib. d. 23 Mart. 754. 1809
- XCVI. Diss. *de filia vidua ad patrem reuersa*, ad Leg. 12. D. de adoption. & emancipation. disput. Io. Iosua IAHN, Zahna - Saxo. Ib. d. Maii 754. 1811
- XCVII. Diss. *de intercessione pro debitore mortuo*; ad Leg. 22. D. de fideiussor. & mandator. disp. Io. Georg. FRANKKE, Islebiensis. Ib. d. Maii 754. 1827
- XCVIII. Obseruatt. *de foro viduarum*, ad Leg. 22. §. 1. D. ad municipal.; defend. Frid. Adolph. KRIEGK, Gubena-Lufatus. Ib. d. Iun. 754. 1851
- XCIX. Theses iur. ciu. *de fideiussione tacita, seu quasi fideiussione*; ad Leg. 2. pr. D. ad municipal. ad disp. proposuit Carol. Frid. RICHTER, Geylinga - Misnicus. Ib. d. 16 Iul. 754. 1869
- C. Diss. *de periculo obligationis alienae sine fideiussione*, ad L. 4. §. 3. D. de fideiussione & nomin. disp. defend. Erdmann Benjamin FEYEREISEN, Groslogauensis. Ib. d. 20 Aug. 754. 1872



- CI. Progr. *de confessione debiti inofficiosa*. Cum pro licentia gradum doctoris vtr. iur. obtinendi disp. Erdm. Beni. FEYEREISEN. lb. d. 20 Aug. 754. 1893
- CII. Obseruatt. *de filio patris aut matris curatore, ad Leg. 1. §. 1. D. de curator. furios. & aliis*. disp. defend. Carol. Aug. HVNDIVS, Gommera - Saxo. lb. d. Sept. 754. 1897
- CIII. Obseruatt. *de fructibus pratorum ante tempus pascendi perceptis*. (Von der Wiesen - Nutzung zu geschlossenen Zeiten.) *ad Leg. 31. D. de verborum significatione*. disp. defend. Ern. Ludov. LANGBEIN, Radeberg. Misnicus. lb. d. Oct. 754. 1922
- CIV. Obseruatt. *de poena instigationis, ad Leg. 20. D. de his qui not. infam.* disp. defend. Gottlob Aug. PIERSIG, Niemitschio - Lusat. lb. ad diem Dec. 754. 1939



## XCIV.

DISSERTATIO INAUGVRALIS  
DEARRHA A SPONSAE HEREDIBVS  
RESTITVENDA.

AD L. III. COD. DE SPONSAL. ET ARRHIS.

VITEMBERGAE, AD DIE XII. OCTOBR. A. Q. S. P. EST CIOIO CCLIII.

## L. III. C. De sponsalibus

Imppp. GRATIANVS, VALENTINIANVS &  
THEODOSIVS AAA. Eutropio P. P.

Arrhis sponsaliorum nomine datis, si interea sponsus vel sponsa decesserit, quae data sunt, iubemus restitui, nisi causam, ut nuptiae non celebrarentur, defuncta persona iam praebuit. Dat. 15. Kal. Iul. Theff. GRATIANO A. V. & THEODOSIO A. I. CONSS. 380.

## §. I.

Gaudemus quidem etiam de *absentibus* amicis. Honestum enim amorem, quod ANTONINVS imperator apud VLPIANVM docet, *solis animis & mutua affectione aestimamus* L. 3. pr. D. de donat. inter vir. & uxor. Sed LVCIVS ANNAEVS SENECA illud gaudium leue & euanidum esse indicat, nisi *sensu quodam praesente & conspectu* confirmetur. Conspectus & praesentia & conuersatio habent aliquid viuae voluptatis <sup>a</sup>. Hoc autem conspectu quum perfrui semper non possint, qui *spem matrimonii & consortii aeterni* conceperunt, *pignora & monimenta* mutui amoris substituant, quae *ingerant & inculcent auctorem* suum, & absentem quasi oculis subiiciant, ideoque prohibeant, ne donatoris possimus obliuisci <sup>b</sup>. Hoc consilio vtuntur morituri, qui, quum discedere cogitant & iam parati sunt ad tenebrosam illam & tritissimam profectioem, volunt *exflare vestigium sui*, quo *memoriam & gratiam* amicis & posteris commendent. Ita Damoe-

In negotiis ar-  
duis pignora  
desiderantur  
ut constet de  
seria voluntate  
maxime in spe  
matrimonii.

125

a) SENEC. Epist. XXXV.  
Fasc. XI.

b) idem de benef. Lib. I. c. 12.

tas ille, VIRGILIUM MARONEM, quum aliud non haberet, fistulam donavit Corydoni

*Et dixit moriens: te nunc habet ista secundum c)*

Ita Damon, quum munera deessent, quae mitteret amicae, versiculos maenios reliquit:

— — — *extremum hoc munus morientis habeto d)*

Pro suis enim quisque facultatibus liberalis est, sed liberalis tamen & muneribus non parcit, ut *sui memoriam* relinquat. Magnificentius igitur Thracius Cisseus Anchisae cratera impressum signis dono dedit &

*Ferre sui, iussit, monumentum & pignus amoris e)*

Generaliter S. POMPEIUS FESTVS *f)* atque VLPPIANVS *monimenta* appellant, quae quis *memoriae seruandae causa* fieri iusserit, aut quae facta sint ad memoriam aeternam L. 2. §. 6. *D. de religiof. cet.* Hoc loquuntur lapides illi litterati apud GRVTERVM, sepulcris impositi, quos *monimenta & memorias* plerumque appellabant, & ab heredibus poni, testamento & fidei commissis maxime, praecipiebant. Hinc multis lapidibus inscripta formula M. M. T. FEC. *memoriam ex testamento fecit g)*.

MACER, Iureconsultus, obseruat, testatores interdum desiderasse monumentum amplum cum portationibus in circum, ut posteris *memoriam* sui commendarent & iucundiolem facerent spatiosa deambulatione L. 37. *D. de religiof.*

Hanc morientium solertiam iustius imitantur *viui*, quorum magis interest, ne ipsorum *absentium memoria* confestim deponatur. Pauci enim tam grati sunt, ut, quod non vident, cogitent, sed *pignora mansura* desiderant, & quasi spirantia, ut *memoria* amici cum ipso munere in oculos incurrat *h)*. Caduca est memoria & illa perdita esse existimat, quae praeterierunt, nec praesente sensu animum afficiunt *i)*.

Expectant igitur plerique *monimentum* aliquod amoris, ut absentium saepius, cum tenera quadam animi affectione, recordentur. Haec sunt illa *pignora mutuae charitatis* quae FABIVS QVINCTILIANVS amantibus commendat *k)*. Neque tamen in *amoribus* duntaxat, sed etiam in *veris amicitis* & serua coniunctione animorum desideramus luculentam aliquam significationem, ut de mutua voluntate extantioribus monumentis utriusque amicorum constare possit. Quamuis enim perfecta amicitia sit consortium ali-

quod

c) VIRGIL. Eclog. II. v. 38. d) id. Eclog. VIII. v. 60. e) VIRGIL. Aeneid. Lib. V. v. 53. f) FESTVS de verb. signif. in voce: *monimentum*. g) GRVTERVS inscript. Tom. II. p. 1139. num. 13. h) GRVTERVS ibid. i) SENECA de benef. Lib. I. c. 12. k) idem ibid. Lib. III. c. 3. in fine.

quod inter *sapientes* <sup>l)</sup>, qui non sola utilitate praesente res aestimant; Tamen etiam apud sapientes, quae recentia viguerunt, interiecto spatio subinde obsolescunt <sup>m)</sup>. Eaque de causa *pignoribus* efficiendum est, ut *memoria* meritorum haereat, praesente monumento confirmata <sup>n)</sup>. Haec sunt illa corpora, quae, *IACOLENVS* <sup>o)</sup>, non pretio, sed affectu aestimanda esse, docet, ut expediatur, interdum eum magno onere aeris alieni, illa comparare *L. 36. D. de oper. libert.* *CAIUS VALERIUS CATVLVS* anxie reposcit linteum, quod

*Ipsam non mouet aestimatio,*

*Verum est μνημόσυνον boni sodalis,*

ideoque non minus ipsi amandum videtur, quam Fabullus, qui hoc ipsi donauerat monumentum pristini amoris <sup>p)</sup>.

Sed maxime tamen *in sponsalibus*, quibus fidem nostram *sponsae* obstringimus, *pignora* desiderantur. Enim vero, qui matrimonium promittunt, cum illis personis iungunt amicitiam, quarum multae sensu magis praesente, quam deliberatione animi reguntur. Perit plerumque gratia facti veteris, nisi quotidie *reficiatur*.

Interdum quidem nihil magis obligat fidem, quam si amicis *sine pignore* credamus & fidem ipsis sponte habeamus, cum sibi quisque *credi* velit in amicitia <sup>q)</sup>. In amore vero futurorum coniugum, qui plerumque impotens est & incertus <sup>r)</sup>, desideramus *alimentum* aliquod amoris, ut fides mutua, quasi assiduo & perpetuo conspectu, nutriatur.

Frustra igitur *OVIDIUS NASO* <sup>s)</sup> amantibus indignatur, qui munera deposcant, quum ipse fateatur, necessaria esse munuscula, in primis annulum, quo dato,

*Illam datam vere sentiat esse fidem* <sup>t)</sup>

Nimirum in omnibus negotiis magni momenti, consuetudine omnium gentium exiguntur quaedam *pignora*, quibus datis intelligatur, rem ab vtraque parte *serio* administratam esse. Plerisque contractibus, quamuis consensu perficiantur, accedunt *arrahae*, quasi *signum* aliquod *perfecti* & mutui consensus, ut animis contrahentium omnis dubitatio, *pignore* praesente, extimatur, *L. u. ff. 6. circa fin. D. de act. emt. L. ult. de lege commissor.*

Quum veto plerumque dubia sit mercantium & vendentium fides, si omnia alia pignora deficiant, *poenae* stipulatione sibi prospiciunt, qua illius,

A 2

qui

l) *QUINCTILIAN* in prooem. instit. orat. p. 6 inedit. *Burm.* m) *SENECA* de benef. Lib. VII. c. 12. n) idem ibid. Lib. III. c. 1. o) idem ibid. Lib. II. c. 14. p) *CATVL* Epigr. XII. in *Asinum.* q) *LIVIVS* Lib. XXII. c. 22. r) *PLIN* Lib. II. Epist. 2. s) *OVIDIUS* de arr. amand. Lib. I. v. 420. Q. aequae aliquid dandum est, illa sit tua dies. t) id. amor. Lib. II. eleg. XV. v. 26.

qui fidem dederit, poenitentia & inconstantia, quasi quodam pignore, coërcetur, nostri pecuniam poenitentialem, seu multam poenitentiae, *den Neufauf*, voce germanica, appellant. Haec, si a contrahentibus promissa esset, olim ab illo, qui discedere voluerat, in poenam solius leuitatis & conatus, exsoluenda erat, vt aduersarius, quodam quasi pignore, retineretur. Quamuis enim pecunia poenitentialis exsoluta esset, nihilominus aduersus soluentem directe agi poterat, ad fidem contractus principalis adimplendam, *arg. L. 47. D. de act. emt. L. 6. C. de rescind. vendit.*<sup>u)</sup> Hodie vero, in Saxoniae electoratu, hoc sine promittitur multa, vt, illa exsoluta, & re adhuc integra a contractu discedatur. *Decis. Elect. Saxon. nouissim XVI.*

In his igitur negotiis, quae serio administrantur, vel *pignora mutui consensu* dari solent, vel poena a contrahentibus promitti, in eum casum, si quis fidem contractus deserere auderet. *PAVLLVS* vero *solam spem matrimonii* excipit, ne illa *poenae* stipulatione confirmetur. Inhonestum enim & bonis moribus aduersum iudicauit, *spem nuptiarum*, multae vinculo obstringi, & sponsalia *conventionali poena* obligari *L. 134. pr. D. de Verb. Oblig.* Quapropter, quum poenae locus esset, *arrharum pignore* potius fidem certissimam in sponsalibus significandam esse, *LEO* & *ANTHEMIVS* imperatores praeceperunt, de quibus deinceps exponemus. Vides, *pignora* nonnunquam necessaria esse in conciliandis amoribus, iisque retinendis.

*SEXTVS CAECILIVS* & *PAVLLVS* & *POMPONIVS* tamen sponsis autaxat donandi facultatem permiserunt, sed, inito iam coniugio, noluerunt ratas esse inter maritum & vxorem simplices donationes, ne, *muneribus* inuicem datis, fidem obligarent, quum ipsi iam corporibus vniti sint & perpetuo consortio coniuncti *L. 2. D. de donat. int. vir. & vxor. L. 1. & 3. pr. & L. 31. §. 7. D. eod.* Timebant enim, ne concordia coniugum *pretio* conciliari videretur, quod magis meretricibus conueniebat. Noluerunt permittere, vt melior ad paupertatem perduceretur, & deterior pars fieret locupletior cum damno inuocentis. Praeterea prospiciendum erat, ne vxor, donationibus assuera, corpore quaestum facere disceret & honestissimam conjunctionem lucri studio contaminaret. Coniugum enim fidem ipsa communium liberorum procreatio satis censebatur obstringere, quum liberorum cogitatione nihil sit efficacius ad humanum ingenium deuinciendum<sup>x)</sup>. Haec de causa ipsos *liberos matrimonii pignora* dicere solebant, quibus concordia mutua contineretur<sup>y)</sup>. Eleganter *IUSTINIANVS* obseruauit, indignum videri, si vxor, quae marito se ipsam tradidit, deinceps pignora ab ipso

<sup>u)</sup> Vid. de *BERG.* in *oeconom. iur.* Lib. III. Tit. v. §. 7. dissentit *STRYK.* in *Vsu Modern. Pandect.* Lib. XVIII. Tit. 1. §. 11. p. 280. <sup>x)</sup> *LIVIVS* Lib. I. c. 9. in *fine.* <sup>y)</sup> *OVID.* Lib. III. *Metam.* v. 134. & pignora cara nepotes. *it. QVINCT.* *mittit. orat.* Lib. VI. c. 1.

ipso postulare, quasi timeret perfidiam mariti *L. 2. C. ne fideiussor. vel mandat. dot. det.*

## §. II.

Amor igitur, ut diximus, *pignora desiderat & liberalitatem* aliquam, quae sumptibus non parcat, donec vinculo perpetuo & certo obligetur. Ipsa natura mutui amoris efficit, ut profusa facilitate, quod *SEXTVS CAECILIIVS* ait, inuicem ostendere cupiant studium bene de se inuicem merendi. *L. 2. D. de donat. inter vir. & vxor.* Amor enim purus & nulla conditione circumscriptus, est desiderium coniunctionis, ortum ex cognita alterius perfectione & perspecto mutuo amore, ex quo nascitur studium bene de altero merendi. Haec res postulat enixam & luculentam significationem voluntatis & assiduam diligentiam, ne blandiri & iocari duntaxat videamur, sed, ut alter intelligat *serium affectum*, utque ipsi persuadeamus, quod vere a nobis cognoscantur virtutes eius & quod non indigni simus mutuo amore. Nihil efficacius est ad mouendum muliebre ingenium, nihilque magis in sensus incurrit, quam si *muneribus* & donis studium nostrum sponsae comprobemus, ut cognoscat, quanto desiderio illius teneamur. Igitur perpetua quidem, sed non eadem amantium est sollicitudo, qui spem matrimonii cogitant. Vix res illa administrari potest sine muneribus & donis, sed *diuerso* tamen *animo & consilio* sponsis & coniugibus donatur. Dona enim necessaria sunt & interueniunt, non solum in conciliandis amoribus, sed etiam retinendis & resciciendis, in placandis similitudinibus, quae consortium perturbant, denique in confirmando mutuo amore. Intellexit hoc *OVIDIVS NASO*, qui semper blanditias desiderari, ait, donec amor conualecat:

*Per numeros venient ista gradusque suas 2)*

*Nec tamen indignum est a diuite munera posci. a)*

Haec consiliorum diuersitas mirifice perturbat interpretes, in primis si, alterutro mortuo & ipsa spe nuptiarum peruersa, expediendum sit, quo *animo & consilio* res quaelibet donata esse videatur.

Plerique veterum, & ipsi imperatores in primis variauerunt in iudicandis donationibus, quibus *sponsus sponsam* demereri laborauit. *SCAEVOLA*, quae *ante nuptias donata* sunt, *non reuocari posse*, credit, quamvis matrimonium deinde infirmetur. *L. 66. §. 1. D. de donat. inter vir. & vxor.* *ALEXANDER*, imperator, si nuptiae non secutae sint, omnia, quae vel sponsae, vel eius patri & matri donata fuerint, sponso restituenda esse iudicauit. *L. 2. C. de donat. ante nupt.* Contra *DIOCLETIANVS* & *MAXIMIANVS*, non reuocari posse, censent, quae a sponso donata sint, quamuis sponsus interfectus sit, ante diem nuptiarum. *L. II. C. eod.* Denique *CON-*

*STAN-*

2) *OVID.* art. amand. *L. I. v. 484.*

a) *id. amor. Eleg. 10. v. 53.*



STANTINVS, sententia veterum, qui donationes ante nuptias, quamuis matrimonium non sequatur, omnino ratas esse censuerant, explosa, constituit, omnia, quae sponso aut sponsae donata fuerint *cogitatione nuptiarum*, nuptiis non secutis, sponso sponsaeue aut *eius heredibus* restituenda esse, nisi culpa donatoris aut parentum eius effectum sit, vt nuptiarum consilium distraheretur, *L. 15. C. eod.* Tandem vero, mutato parumper iudicio, idem CONSTANTINVS, si morte alterutrius nuptiae impeditae fuerint, donationes a sponsa in sponsum collatas prorsus infirmandas & donata restituenda esse, praecepit, quae autem a sponso profecta sint ad sponsam, osculo non interueniente, mortua sponsa simpliciter reuocanda esse, sin osculum interuenerit, dimidiam partem donationum reuocandam & ab heredibus sponsae reddendam esse iudicauit, *L. 16. eod.* Extremo GRATIANVS, VALENTINIANVS & THEODOSIVS *arrhas* post mortem alterutrius, si nulla culpa interuenerit, sine vlla exceptione reddi iussit, ne superstes, cum luctu, etiam damnum patiatur *L. 3. C. de sponsal.*

Quaeris, cur haec tam varie & tanto dissensu a veteribus ordinata sint. Videbimus, quomodo rem difficilem expediamus. Nimirum IULIANVS recte obseruauit *L. 1. D. de donat.* tria esse genera donationum, quae etiam inter sponsum & sponsam subinde interueniant. *Prima* est, quum sponus aliquid ea mente donat, vt statim velit accipientis fieri, neque villo casu ad se reuerti, solius munificentiae & liberalitatis exercendae gratia, quae *simplex*, *vera* & *propria donatio* esse dicitur. *Secunda* species est, si donator rem ea lege duntaxat accipientis facit, *vt aliquid fiat*, prius quam rata sit donatio. Haec donatio *sub conditione* fieri dicitur, vt dominum rei donatae ad accipientem non pertineat, nisi conditio adimpleatur: tertia species haec est: quum donator quidem rem transfert in accipientem, sed saluo *iure reuocandi*, si quid factum vel non factum fuerit, quae donatio *sub conditione soluitur* & infirmatur. Ita, eodem teste IULIANO, sponus sponsae interdum aliquid *haec mente* donat, vt donata *confestim* accipientis fiant, interdum, vt habeat sponsa donum hac conditione, *si nuptiae sequantur*, nonnunquam, vt interim quidem habeat donum, sed illud restituat, si interuersa fuerit spes nuptiarum *d. L. 1. §. 1. D. de donat.*

Apparet itaque, totum hoc negotium ex eo aestimandum esse, *quam mente* & quo consilio aliquid sponsae a sponso fuerit donatum. Sed haec mens & hoc consilium quum in amoribus raro loculentis verbis declaretur, ex *coniecturis*, & his, quae circumstant, ex ipsa rei donatae natura, ex loco, ex tempore & occasione, qua aliquid donatum est, mentem donantis iudicamus. Ita quaedam ex *natura rerum donatarum*, imprimis si *res mortuae*, hoc est, quae cito periturae sint & per exiguum momentum vilita-

litatem praebent, quocumque tempore vel loco donatae fuerint *simpliciter*, sine reuocandi animo donata esse iudicantur, quum sciat donator, res illas non diu duraturas esse. MARCELLVS igitur, etiam inter coniuges donationem ratam esse censuit, per quam vxor *non fiat locupletior*, ideoque valere donationem, si maritus vxori dederit pecuniam, vr vnguenta & aliae res mortuae coemerentur L. 7. §. 1. D. de donat. inter. vir. & vxor.

Difficilior est interpretatio, si ex solo *tempore*, vel *loco*, vel *occasione*, aestimandum est, vtrum spontus sponsae aliquid pure, an sub conditione, donasse videatur.

Piget amantium ineptias animo repetere & contemplari, sed res perplexa fere alia ratione expediri & recto iudicio definiri non potest. Certe in *conciliandis* amoribus vix proficies, nisi animum tenerum & deditissimum sponsae futurae muneribus & liberalitate comprobaueris, vt illa intelligat, nos omnia contemnere alia, solius mutui amoris causa. Pleraque enim didicerunt retia tendere <sup>b)</sup> & asperitatem simulare, donec muneribus deliniantur. Haec talia magis ea mente donari solent, vt *confestim* accipientis fiant & de his intelligendus est IULIANVS, qui iudicat, sponsae quaedam donari hoc animo, ne vnquam reperantur L. 1. §. 1. D. de donat. Igitur, si rationi obtemperes, illa nunquam reuocari possunt, sed pro perditis habenda sunt. Simpliciter enim donata censentur, vt amica de illis gaudeat. Plerumque haec dona etiam non sunt grandia, sed modica duntaxat, ne magnitudo, quod PETRONIVS ait, statim ab initio liberalitatem faciat suspectam <sup>c)</sup>. Hinc facilius credimus, illa simpliciter donata esse.

Eadem donandi necessitas amantibus incumbit, quum *retinendi* sunt amores. Hi enim desiderant perpetua quaedam alimenta, vt supra a nobis obseruatum est. Pertinet ad sponfos illud PLAVTI

*Benefacta benefactis aliis protugio, ne perpluant d)*

Haec munera multiplicantur & crebro danda sunt, ne spes concepta pereat & corrumpatur

— — — — *Inuenit artem*

*Femina, qua cupidi carpat amantis opes e)*

Igitur dicemus potius, haec munera quum exhauriant opes donatoris, si res per tempus longius trahatur, non *simpliciter* donari, sed cum conditione tacita, *si nuptiae sequantur*. Quaedam enim negotia, maxime inter sponsum & sponsam celebrata, *tacitam conditionem* habent, quamuis illa ver-  
bis

b) OVIDIVS L. I. Eleg. VIII. v. 69. *Parcius exigit pretium, dum retia tendis.*  
c) PETRONIVS Satyr. cap. 86. in fine. d) PLAVT. in *Terentium*. Act. II. Scen. II. v. 41. e) OVIDIVS de art. amand. Lib. I. v. 421.

his non expressa sit. Ita **ULPIANVS** de dotis stipulatione iudicauit, ne illa omnino rata sit, nisi matrimonio secuto, propter tacitam matrimonii conditionem *L. 21 D. de iure dot.* Neque enim credibile est, sponsam perseveraturum fuisse in consilio sumtuosae liberalitatis, nisi iniecta fuisset spes prosperi euentus. Haec proprie *sponsalitia largitas*, seu donationes, *largiendi animo* factae, appellantur, quibus amor mutuus retineatur. *L. 15. C. de donat. int. vir. & vxor.*

Eodem numero habenda sunt munera, quae *placandae* sponsae causa in simulatibus, post offensiones aliquas, donantur. Semper enim, quod **PLINIUS** ait *f)*, amor est *mixtus*, ut, quum feruet amor, facile amanti irascamur. Sponsa in primis, quasi contempta & neglecta, *irascitur* subinde, si

nondum subacta ferre iugum valet  
 ceruice, nondum munia comparis  
 aquare — — — g)

Haec res sine donis & blanditiis confici non potest. **PAPINIANVS** enim non solum sponsis, sed etiam marito permisit, ut *offensam* aegrae mulieris, ut fieri assolet, *maritali sermone*, hoc est, blanditiis & munusculis placaret. *L. 3. D. si quis aliquem test. prohib.* Haec vero munera quum *saepius* exhibenda sint sponsae, in diuturno amore molesta sunt, ut credi possit, sponsum illa non sine spe nuptiarum & matrimonii sponsae daturum fuisse.

Multo fecius iudicandum est de his, quae amore magis adulto & in ipso aestu amoris, quasi pretium & alimentum praesentis iucunditatis offeruntur *h)*. Haec enim *profusa facilitate*, quam **POMPONIVS** appellat, exhibentur hoc animo, ut confestim accipientis fiant. *L. 2. D. de donat. int. vir. & vxor.* Ad has donationes proxime accedunt illae, quas **CONSTANTINVS**, ait, *interueniente osculo* fieri, hoc est, inter gaudia & in usu variae iucunditatis, *L. 16. C. de donat. ante nupt.*

Ex solo tempore & occasione, qua aliquid donatur, vix tuto iudicabitur, qua quid *mente* sit donatum, quum *tempus* aliquando quidem sponso necessitatem donationis imponere possit, sed non mutet consilium donantis. Itaque difficilis interpretatio munerum, quae *die natali* sponsae, ad augendum usum laetitiae, transmittunt. Haec nim **PAVLLVS** *solemnia munera* appellat, quae cognatis & parentibus mittantur. *L. 12. §. 3. D. de administrat. & peric. tut.* Imo vero ne seruis quidem remittebatur illius muneris necessitas, quod domini subinde natali die exigere solebant *i)*. Sed inprimis

*f)* **PLINIUS** Lib. II. Epist. 2. *g)* **HORATIUS** carmin. Lib. II. Od. 5. *h)* **PETRON** Satyr. c. 85. & 86. **OVID.** amor. Lib. I. Eleg. X. v. 47. *i)* **PLAVT.** in Pseudolo. Act. III. Scen. 1. v. 9. sq.

mis virgines non credebant diem natalem transigi omnino posse, nisi quis in aurem aut lunulam aut anulum aureum misisset, quod ille apud PLAVTVM ait<sup>k</sup>). Igitur noli dubitare, sponsam die natali donum a sponso expectare. Enim vero illa, apud OVIDIVM NASONEM, etiam per mendacium fingit diem natalem, ideoque, lucri causa,

— — quasi natali deposcit munera lbo,  
Et quoties opus est, nascitur ipsa sibi l).

Sed quo animo datum dicemus, quod a sponso natali die sponsae erogatur? Res imprimis ex magnitudine & pretio videtur aestimanda esse. Quae enim exigua sunt, & pro sponsi facultatibus, modica aut cito peritura, si naturalem rationem audias, sponsae serio dantur, vt confestim sine omni conditione accipientis fiant. L. 31. §. 8. D. de donat. int. vir. & vxor. Voluit enim sponso hoc dono ostendere, se in societatem illius gaudii venire, seque omnibus illis rebus, quae ad sponsam pertinent, attingi. Contra qui munera solemnia & non inusitata, sed magni pretii, miserit, videtur, matrimonium futurum cogitasse, vt sponsae spem iniiceret felicissimi consortii, & ostenderet, se annexurum esse, ne quid ipsi desit ad fructum iucundissimae felicitatis. Haec igitur grandia munera, nisi conditio personarum aliud suadeat, videntur continere tacitam conditionem, si nuptiae sequantur.

Vides, si de donantis animo quaeramus, omnia incerta esse & perpetua regula non posse defini, sed ex pluribus argumentis, ex natura muneris, ex conditione personarum, ex tempore & loco, ex verbis, ex omnibus, quae circumstant, difficili aestimatione colligendum esse, vtrum quis pure donauerit, an sub tacita conditione nuptiarum. Haec res effecit, vt ipsi imperatores tam varie iudicarent de donis sponsalitiis a sponsae defunctae heredibus sponso superstiti restituendis.

§. III.

Non vacat persequi omnia genera donationum, quibus sponso sponsam demereri solet. Sed arrhas attingere debeo, quae & ipsae sunt species aliqua donationis, qua sponso sponsae animum deuincit. PLAVTVS quidem generaliter munus, quod ab amantibus donabatur, etiam conciliandi amoris gratia, imprimis vero anulum, arrhabonem amoris appellauit.

Hunc arrhabonem amoris primum a me accipe m).

Audi  
Arrha sponsae  
soluta est  
signum perfecti consensu  
sponsae  
arrha restituenda sit ab heredibus defunctae sponsae.

k) PLAVTVS in Epidico Act. V. Scen. I. v. 33. sq. l) OVID. de art. amand. L. I. v. 431. m) PLAVTVS in Milite gloriof. Act. IV. Scen. I. v. 11.



Audiamus PLINIVM SECVNDVM, qui annulum in *signum* perfectae spon-  
sionis atque emtionis, arrhae loco datum apud suos affirmat <sup>n</sup>). Immo vero,  
si A. GELLIO credimus, maior vis & acrior in *arrha* & arrhabone, quam  
in pignore <sup>o</sup>), quum arrhabo & arrha vinculum certissimum fidei vtrunque  
datae habeatur. Forte hic annulus remansit ex veteris *coentionis ritu*, quo  
in nuptiis Romani utebantur <sup>p</sup>). Sed de hoc ritu deinceps exponemus.  
Illud certum est, *venditionibus* arrhas accessisse, non quasi non esse posset sine  
arrhis emtio, *sed ut evidentius probari posset*, conuenisse de pretio *L. 35. D. de contrah. emt.* Hoc mouit VLPIANVM, ut crederet, *arrham sine*  
*caussa* apud venditorem esse, si postea conuenerit, ut irrita sit venditio.  
Arrha enim data est, ut consensus probaretur, a quo contrahentes deinde  
discesserunt, *L. 11 §. 6. D. de contrah. emt.* Solebant etiam *instrumenta*  
de arrhis conscribi, ne qua dubitatio superesset, & ut de certa voluntate  
contrahentium constaret, *L. 17. C. de fid. instrument.*

Eodem consilio *sponsalibus arrhae* sponsalitiaae adhibebantur. *Arrha*  
enim dicitur, quod *ipso die sponsaliorum* sponso aut sponsae datur, consen-  
sus mutui significandi causa. Etiam ille, qui officium in prouincia admi-  
nistrat, ideoque prouincialem mulierem, non quidem ducere, sponsam ta-  
men habere potest, dicitur *arrhas accipere* aut restituere *L. 38. D. de ritu*  
*nupt.* ut intelligatur, maxime in *sponsalibus arrhas*, ut pignora, interuenisse,  
LEO & ANTHEMIVS imperatores *arrhas* sponsalitiaae pro ipsis sponsalibus  
appellauerunt *L. 16. C. de episcop. audient.* quae enim post sponsalia fiunt,  
post arrhas sponsalitiaae fieri dicuntur, *d. L. 16. C. de episc. audient.* Mos  
ab antiquissimis temporibus profectus etiam nunc durat, ut sponsalia *arrha-*  
*rum* luculentissimo indicio probentur. Pontifices mulierem, quae sponsalia  
celebrauit, a sponso *subarrhatam* esse dicunt *c. 10. X. de sentent. & re iu-*  
*dicat. c. fin. X. de desponsat. impuber.* Nostri den *Mahlchaf* appellant,  
hoc est, munus, quod in signum perfecti consensus datur. Germani enim  
*Mahl* appellant signum, quod finium indicandorum aut memoriae seruandae  
caussa constitutum, hinc *Mahlstein* <sup>q</sup>), *Mahlbaum* <sup>r</sup>), *Mahlhausen*, *Mahl-*  
*statt* <sup>s</sup>), ein vermählter Acker, vsu sermonis frequentantur. Forsitan ipsae  
voces, *vermählen*, *Bermählung*, *Gemahlin*, quibus in causa nuptiarum  
utimur, a voce *Mahl*, i. e. *signo*, quo fides sponsaliorum confirmata est,  
descendant. Ut vero appareat, Germanos inprimis arrhas eodem animo,  
quo

<sup>n</sup>) PLINIVS hist. natur. Lib. XXXIII. c. 2.      <sup>o</sup>) A. GELLIVS in noct. attic.  
Lib. XVII c. 2.      <sup>p</sup>) vid. NIC. HIERON. GVNDLING. diff. de emtione  
vxorum §. 6.      <sup>q</sup>) vid. PAVLL. MATTHIAS WEHNER in obseruat.  
praet. sub voce: Gränze.      <sup>r</sup>) CHRISTOPH. BESOLDVS. in Thesaur. Praet.  
sub voce: Mahl.      <sup>s</sup>) IOAN. GRYPHIANDER de Weichbild. Saxon.  
c. 65. n. 9.

quo in emtionibus arrhae dari solent, sponsalibus adhibuisse, admonendum est, veteres arrhas sponsalicias nonnunquam den Lehkauf, vtrata in emtionibus voce, nominasse, quasi sponsa emtionis iure sponso acquisita videretur. Certe in reformatione Decanatus Bambergensis Anno 1463. promulgata Art. 40. sponsus & sponsa arrhis, durch den Lehkauf, dicuntur inter se obstringi: daß der Official und geistliche Richter, in caussis matrimonialibus, den Lehkauf oder arrham für sich nehme &c.

Nemo igitur facile habebit, cur dubitet, quin arrhae a Germanis, maxime in sponsalibus solemnibus, vt in emtionibus, quasi *signum perfecti consensus* nuptialis a sponso & sponsa inuicem exhibeantur. Sed apud Romanos quidem maior erat licentia a sponsalibus subinde discedendi. DIOCLETIANVS enim atque MAXIMIANVS mulieri sponsae, seu alii desponsatae, permiserunt renunciare interdum conditioni & alii nubere. L. 1. C. de sponsal. & arrhis. GAIVS etiam obseruat, sponsam nonnunquam sponsalibus hac formula renunciasse: *conditione tua non vtor* L. 2. §. 2. D. de diuort. & repud. Igitur, quamuis arrhae in sponsalibus datae essent, tamen sponso & sponsae, vt in emtionibus, quae nondum profus perfectae erant, integrum fuit poenitere & discedere a sponsione, quum in contrahendis nuptiis libera debeat potestas esse L. 5. C. de sponsal. Quapropter qui post arrhas datas vellet discedere, duplum arrhae, quam acceperat, vt in emtionibus imperfectis, restituere debebat, nisi *noua causa* renunciationis, quam contrahentes antea ignorauerant, interuenisset. Tunc enim cessabat quidem poena, sed arrha tamen, quam sponsa acceperat, sponso reddebatur. d. L. 5. C. de sponsal. & arrhis, & L. 16. C. de episc. audient.

Illud expeditum est, semper restituendas fuisse arrhas, si nuptiae non secutae essent. Immo vero, si *absque vllius culpa*, solo casu fortuito, nuptiae impedirentur, inprimis, si alterutrius morte spes matrimonii interciperetur, placuit, simpliciter arrhas restitui, nisi persona defuncta suo facto matrimonium impediuerit, adeoque heredibus suis ademerit arrhae repetitionem L. 3. C. de sponsal. Nihil aut luculentius aut iustius potuit constitui. Quamuis enim arrharum datio sit species aliqua *donationis*, tamen non *pura* est donatio, sed talis, quae sub conditione, si nuptiae secutae non fuerint, reuocatur. Ita IULIANVS rem interpretatus est L. 1. D. de donat. Nemo enim dubitat, *hac mente* arrham donari, vt *spes nuptiarum* confirmetur, quibus non sequentis, necesse est, illam sponso, qui eam donauit, restitui, quam donatio *sub conditione* resoluitur. Profecto sponsus non *hoc animo* arrham dedit sponsae, vt sponsae *heredibus*, sibi forte ignotis, aut certe nullo vinculo coniunctis, illo dono prospiceret, sed *de matrimonio futuro cogitauit*. Omnes, qui sapiunt, dum donant liberaliter, non quidem di-



recte & simpliciter id agunt, vt donata, vel loco illorum aliud quid, recipiant, sed nolunt tamen *perdere* illa, quae ob causam futuram donauerunt. Hoc *SENECA* diligenter obseruauit <sup>1)</sup>. Neque tamen prorsus omnes interpretes hodie consentiunt, quod arrha restituenda sit a sponsae defunctae heredibus, si nuptiae *illius morte*, sine vllius culpa, sola fati inclementia prohibeantur. Res erit luculentior ex specie, quae haud ita pridem ICtis Vittebergensibus proponebatur. Iuuenis pauper opulentioris adolescentulae nuptias perierat. Impetrato omnium, quorum interest, consensu, ipso die sponsaliorum omnia, quae de demenso suo comparerat & quae ex hereditate paterna ad ipsum peruenerant, in primis omnia instrumenta argentea, quae ad mundum muliebrem pertinebant, comportauerat, & arrhae sponsalitiaie nomine donauerat sponsae suae. Haec, arrha accepta, paucis diebus interiectis, diem obierat supremum. Miser ille, haud ita pridem sponsus, nunc quasi viduus, atque, vt fieri solet, luctu mirifice commotus, etiam ad paupertatem se redactum sentiebat. Igitur repetebat arrham a sponsae heredibus & inuocabat fidem *L. 3. C. de spons. & arrhis*, quae arrhas, sponsaliorum nomine datas, si sponsa interea decesserit, abscisse iubet restitui. Apparebat, non solum ciuili iure, sed etiam naturali ratione hominem miserum defendi, quum res ipsa loqueretur, sponsum *spe matrimonii*, exhaustis facultatibus, omnia, quae corradere potuerat, in manus sponsae contulisse, vt fidem inuicem datam probaret, & ipse feliciore matrimonio in posterum frueretur, non vero hac mente, vt ipse egeret, & sponsae heredibus, consummo suo patrimonio, consuleret, sine spe gratiae & mutuae utilitatis. Haec res mouit ICtos Vittembergenses, vt *Mense Nouembr. anno MDCCCL.* ad consultationem praefecti Sulani, vnanimi consensu heredes sponsae condemnarent, ad arrham sponsalitiā restituendam. Iuuabit, ipsa verba sententiae adscribere. • Daß Kläger die Gewehr der Klage zur Nothdurft angelobet, hingegen mit dem geforderten Vorstande, der Widerklage und Unkosten halber, in Ansehung seiner beygebrachten Unsässigkeit, zu verschonen. Dieweil hiernächst Beklagter auf die erhobene Klage geantwortet, und deren Grundes geständig, so ist er, nach klarer Disposition des *L. 3. C. de sponsal* den libellirten Mahlschaf, an einem angehörten Doppel Ducaten, einem dergleichen einfachen Ducaten, einem angehörten Species Thaler, 2. unangehörten Species Thalern, einem vierköpfigten 8 Gr. Stücke, einem silbernen stark überäuldeten Ringe, mit Klägers darauf gestochenen Namen, 2 doppelten silbernen Heinden Knöpfen von durchbrochener Arbeit, einer silbernen Heinden Schnalle, güldenen Tressen, weißen Spitzen, Cattun, Schleier Tuche, Silber Bande, Strümpfen und Pantoffeln, Klägern wieder auszuantworten, oder, in so weit solche Stücke nicht mehr vorhanden, den Werth dafür, wie solchen Kläger, in Entstehung eines

<sup>1)</sup> *SENECA* de vita beata c. 24.

eines gütlichen Vergleiches darüber, eidlich zu bestärken vermag, demselben zu bezahlen schuldig. Nachdem auch Kläger das ihm zugeschnittene Hemde und den Trauer-Flohr, Beklagtem zurück zu geben sich erbothen; so hat es dabei sein Bewenden, und ist er diesem seinem Erbierthen gebührend nachzukommen verbunden. Die von beyden Theilen auf diesen Proceß gewandten Unkosten aber, sind aus bewegenden Ursachen zu compensiren. *B. N. W.* Heredes praedae & lucro inbianres, interposita leuatione, impetrabant, vt ipsi, actore repulso, arrhis retentis, absoluerentur. Mouebat enim contrariae sententiae auctores, quod *hodierno iure* arrharum datio vim *simplicis donationis* habere videretur, deinde, quod *Lex tertia C. de spons. & arrhis* ad sponsalia *de futuro* duntaxat pertineret, extremo, quod *moribus* abrogata esset doctrina de arrhae sponsalitiaie restitutione. Audiamus sententiam *Actorum* dissentientium, qui in eadem causa, *Mense Octobr. 1751.* responderunt: Nunmehr aus denen Acten so viel zu besinden, daß Beklagten Principal den libellirten *Mahl-Schah*, Klägern wieder auszuantworten, oder in so weit solche Stücke nicht mehr vorhanden, den Werth dafür, wie solchen Kläger, in Entstehung eines gütlichen Vergleiches darüber, eidlich zu bestärken vermag, demselben zu bezahlen nicht schuldig, sondern es hat Klägers Suchen nicht statt. *B. N. W.* Actor, quum spem prosperi euentus ex lege luculenta concepisset, ipse etiam, leuatione interposita, rem denuo tentabat, ne cum luctu etiam ad paupertatem reduceretur. Igitur res ad *Scabinos Vittembergenses* delata est, qui nihil inuenerunt, quo minus *L. tertiae C. de sponsal.* obsequerentur: quapropter, reformata proxima sententia, anno sequente *Ordini iuridico Vittembergensi*, qui heredes ad arrham restituendam condemnauerat, ad stipulati sunt, vt arrha sponso a sponsae mortuae heredibus omnino redderetur. Neque enim satis certum erat, moribus *L. 3. C. de spons. & arrhis* in Germania abrogatam esse, quum intelligeretur, omni tere tempore *Iureconsultos* de hoc argumento inter sese dissensisse &, quasi discessione facta, in diuersas partes abiisse. ERNESTVS TENZELIVS, *Iurisc. consultus Erfordienfis*, eundem dissensum iam olim obseruauit <sup>1)</sup>. Ait enim, in causa non ab simili, quae in *Consistorio Lipsienfi* ventilata sit, ita iudicatum: Daß Klägers Suchen, weil die zurückgeforderten Sachen theils bona fide consumirt, die reciproce beschene Schenkung durch des Bräutigams zuerst, und hernach der Braut erfolgten Tod bekräftiget, und durch diesen, nicht aber durch ein ungebührliches Factum derer Beklagten Tochter, die Ehe Vollziehung hintertrieben worden, nicht statt hat. *B. N. W.* Sed, interposita leuatione, priorem sententiam reformatam & heredes condemnatos esse, ideoque *Actos Vittembergenses* has rationes dissensus sui adduxisse: Wann gleich in gegenwärtigem Falle, die Ehe nicht

pro-

<sup>1)</sup> ERNEST TENZEL. *diff. de restitutione arrhae & sponsalitiaie largitatis morte sponsi vel sponsae interueniente an. 1730. habita p. 20. 19.*



propter culpam vel moram sponsae accipientis unterblieben, sondern deren Vollziehung bloß und allein durch des Sponsi frühzeitiges Absterben verhindert worden; hiernächst bekannt, quod conditioni, *caussa data, causa non secuta*, locus non relinquatur, quandoquidem accipiens per casum fortuitum, e. g. mortem, in implendo impeditus fuerit *L. 5. pr. D. de condict. caus. dat. L. 10. C. de Condict. ob caus. dat. ibique Brunnem. in Comment. ad Cod. Carpz. P. II. C. 35. D. 24. n. 17.* Dennoch aber und dieweil die Rechte klärlich verordnen, quod arrhae sponsaliorum nomine datae, si interea sponsus vel sponsa decesserit, restitui debeant *L. 3. C. de sponsal. ibique Brunnem. in Comment. ad Cod. n. 1. Dn. de Berger oecon. iur. p. 105. n. 1.* siquidem etiam sponsa, dummodo sponsus eam tempore sponsaliorum osculatus sit, quod in dubio praesumendum, post mortem sponsi duntaxat dimidiam partem sponsalitiaie largitatis lucratur, ad alteram vero dimidiam sponsi heredibus restituendam obstringitur *L. 16. C. de Donat. ante nupt. ibique Gothofredus lit. G. & Brunnem. in Comment. Not. 1. ac Perez. n. 13. ad L. 6. pr. D. de condict. caus. dat. &c.* Im übrigen wenn eine Sache in natura nicht restituiret werden kann, deren rechter Werth dafür zu entrichten, vid. *Moeller semestr. L. 2. C. 42. n. 3. Barbosa & Faber Loc. comm. L. 1. c. 42.* so erscheinet allenthalben so viel, daß des verstorbenen Sponsi Vater und heres ab intestato von dessen Braut und vero Eltern dasjenige, was die Braut von dem Sohne zur arrha sponsalitia erhalten, wie auch die Helfte von der sponsalitia largitate, zurück zu fordern befugt, und ihm solches vermittelst einer eidlichen Specification, entweder in natura wieder auszuantworten, oder der rechte Werth dafür zu bezahlen. *B. N. W. Operae pretium fuerit, si de illa causa diligentius tradamus.*

## §. IV.

*Arrhae datio non est simplex donatio sed sub conditione soluitur. Donatio ex animo donantis indicanda.*

Optime IULIANVS ait, in donationibus maxime spectandum esse, qua mente aliquid fuerit donatum, inprimis si sponsus sponsae donauerit, inquirendum esse, vtrum hoc animo sponsus dederit, vt res confestim sponsae fiat & nunquam ad ipsum reuertatur, an potius hoc consilio, vt, nuptiis non secutis, res sponsae auferatur *L. 1. pr. & §. 1. D. de donat. Mentem* igitur donantis maxime spectamus. Sed haec quum ex coniecturis intelligenda sit, nemo dubitabit, quin *nuptiarum cogitatione* arrha sponsae sit donata. *Arrha* enim, vt diximus, est signum certi & plenissimi consensus. Sed haec signa desinunt esse signa consensus, si res ipsa, in quam consensus, existere non poss., neque opus est probatione consensus per arrhas sponsalitias, si nuptiae, in quas consensus, sine nostra culpa, morte mulieris, impediuntur. Certe in emtione, si annulus datus fuerit consensus probandi causa, deinde vero irrita fiat venditio, *VLPIANVS* ait, annulum reddendum esse, quasi  *finita causa*, propter quam datus erat; ne *sine causa* ven-

venditori relinquatur *L. 11. §. 6. D. de act. emt.* Enim vero ne quidem proprie donatio dicitur, si quis ea mente donat, ut tunc demum, quando aliquid factum fuerit, res accipientis fiat, aut si donator voluerit, rem ad se reuerti, si aliquid non factum fuerit, quod IULIANVS ait, *L. 1. pr. D. de donat.* Generaliter VLPPIANVS stipulationem, quae ob causam fiat, non proprie donationem esse iudicat *L. 19. §. 5. D. de donat.* Res ipsa ostendit, non hac mente donatam esse arrham, ut donator heredibus sponsae praeter beneficium, sed sponsum sponsae viuae indicium certae voluntatis dare voluisse, ut sponsa de illo gaudeat, neque dubiter de prospero euentu. Haec spes vero quum, muliere defuncta, extinguatur, finitur causa, propter quam arrha liberaliter donata est. Luculenter idem, quem antea laudauimus, IULIANVS, inspiciendum esse, ait, in donationibus, quae ob causam fiunt, utrum non daturus fuisset, si sciuissem, quod causa vel falsa sit, vel certe non sit exitura. Si hoc non appareat, illud, quod ob causam futuram donatum est, magis sub conditione donatum videtur, ut valeat demum donatio, quando causa, ob quam aliquid datum est, existat, *L. 2. §. 7. D. de donat.* Sed sponsum, ut antea comprobauimus, non daturus fuisset arrham sponsae, si sciuisset, nuptias non secuturas esse. Ideoque ausim affirmare, sub conditione resolutiua, quam dicunt, datam esse arrham, ut, si nuptiae non sequantur, res sponsae auferatur.

## §. V.

Odiosae quidem sunt conditiones, inprimis in donationibus, quae ex liberalitate & amore debebant proficisci. Qui enim sub conditione amat, non vere amat, sed si em amoris facit, si conditio existat. Plerumque illa, quae sub conditione data sunt, hamata & viscosa beneficia videntur, seu insidiae magis, quam munera, ut PLINIUS x), SENECA y), & MARTIALIS z), rem interpretantur, maxime, quum quis donat utilitatis suae causa, quasi recepturus. Hoc adduxit VLPPIANVM, ut crederet, etiam in vltimis voluntatibus, conditionis adiectionem non praesumi, sed euidentissimis probationibus ostendendum esse, quod testator non, nisi sub conditione, voluerit legare, *L. 2. pr. D. de condit. institut.* Etiam in heredibus eligendis praefertur institutio, quae pura est & nulla conditione circumscripta, quoniam illa benignior & plenior videtur. *L. 67. D. de hered. instituend. L. 27. §. 1. D. eod.* Ne quis hoc credat ad sola testamenta pertinere, DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS, nec non VALERIANVS cum GALIENO praeceperunt, etiam in donationibus conditionem stipulatione luculenta adiciendam, vel alia ratione docendum esse, quam legens

x) PLINIUS Lib IX ep. 30. y) SENECA epist. 8. z) MARTIALIS Lib. IV. epigr. 56. Qui potes insidias dona vocare tuas. idem Lib. VI. epigr. 63. Munera magna dedit, sed munera misit in hamo.

*gem* donator rei suae dixerit & qua lege dona transfulerit in accipientem. *L. 9. C. de donat. & L. 1. C. de donat. quae sub modo.*

Est hoc aliquid, fateor. Sed opportune occurrit *VLP IANVS*, qui in liberalitatis interpretatione, imprimis in *conditionibus* maxime *voluntatem dantis* spectandam esse, ait, quum *voluntas* illa regat & efficiat *conditionem* *L. 19. pr. D. de condit. & demonstr.* Donationes enim imprimis ita explicandae sunt, ut inquiratur, *qua mente* sit donatum *L. 1. D. de donat* quum quilibet rei suae *legem*, quam velit, in donationibus dicere & suo arbitrio illam transferre possit. *L. 21. C. mandat. L. 9. C. de donat. & L. 1. C. de donat. quae sub modo.* Sponsus imprimis sponsae semper, dum liberalis est, blanditur, ideoque non opus est, ut *verbis expressis conditionem* adiciat, quae ex ipsa *natura negotii* satis elucescit. Sponsus enim, qui dat *arrham*, *probandi* consensus sponsaliti gratia, propter solam *spem nuptiarum* donat, ideoque non habet, cur, contra formulam blanditiarum, adiciat, se donationem reuocaturum esse, si nuptiarum consilium morte alterutrius fuerit peruersum.

Ponamus igitur, quod res ipsa loquitur, *sola spe* matrimonii arrham dari. Nihilominus nobis grauius obstat *CELSVS*, qui negat, *sola spem*, qua quis aliquid donauit, sufficere, ut donatio, si spes illa non adimpleatur, reuocari possit. Ait enim, illum, qui ea spe donauit, ut amiciorem haberet istum, cui dedit, donata repetere non posse, quamuis opinione falsa sit *deceptus*. *L. 3. §. 7. D. de condit. caus. dat. caus. non secut.* Itaque videri posset, sponsum quidem arrham non recte repetere, quamuis *sperauerit* nuptias, quum arrham daret.

Verum enim vero *CELSVS* intelligendus est, vel de spe quadam *turpi*, vel certe de spe *non probabili* & singulari, quam donator *solo animo* concepit & retinuit, ut ne quidem coniectura quadam accipiens suspicari poterit, alterum, cogitatione *spei* futurae, donauisse. Tunc enim donator se cum conqueri debet & sibi imputare, quod non luculenter dixerit, se, propter *causam futuram* & *sub conditione* aliqua, donare. Aliter vero iudicandum est de donationibus, in quibus ex *qualitate rei* donatae, ex tempore & occasione, ex fine negotii principalis, luculentissime intelligitur, quod non simpliciter, sed ob *causam futuram*, & *cum conditione*, aliquid donetur.

Nimirum quaedam *conditiones tacite* insunt negotiis, etiamsi verbis non expressae, modo ex ipsa natura rei gestae intelligatur, rem ob causam futuram & sub conditione dari. Hoc iure etiam *in dotibus* utimur. *Do-*cente enim *VLP IANO*, stipulationes, quae *ob causam dotis* fiunt, *in se conditionem habent*: si nuptiae fuerint secutae *L. 21. D. de iure dot.* ideoque dos repeti potest, si matrimonium impediatur. Dabitur certe mulieri repetitio,

titio, quamvis ante matrimonium dotem dederit & pacta sit, ut dos statim accipientis fiat. Misso enim nuncio & sponsalibus solutis, conditio tacita matrimonii futuri videtur defecisse, *dist. L. 21. D. de iure dot.* Imo vero si extraneus sponso aliquid dederit *ob matrimonium* mulieris, habebit repetitionem, si nuptiae non sequantur, quamvis *expressis verbis* in hunc casum donator sibi non prospexerit. *L. 6. D. de condict. caus. dat. caus. non secut.*

Ex his, quae adhuc disputata sunt, apparet, *arrham*, quae *ob matrimonium* datur, perinde ut dotem, *sub tacita conditione* dari, si nuptiae sequantur, cum tota solennitas sponsaliorum *ob futurum matrimonium* celebretur, ut ne quidem opus sit verbis in re manifesta. Rectissime vero IUSTINIANVS ait, reuocandam esse donationem, si *conuentio* seu *conditio* donationi adiecta ab accipiente non adimpleatur. Tristissimum enim esse censet, si quis res donantis capiat, citra voluntatem donatoris, aut irrideat alterius frugalitatem, *L. 10. C. de reuocand. donat.* Quae quum ita sint, non permittendum est, ut heredes sponsae defunctae dona sponsi retineant & donatorem derideant, spe matrimonii deceptum. Quamvis enim sponsus non *expresse* donauerit quasi recepturus, tamen, docente SENECA <sup>a)</sup> non creditur donasse, *quasi perditurus*. Sed *perdere* videtur beneficium, cui res donata non restituitur, etiamsi causa matrimonii, propter quam arrha sponsalitia a sponso data est, sponsa defuncta, non sequatur.

## §. VI.

Accepisti, donationibus, quae ipso die sponsaliorum fiunt, inesse *tacitam conditionem*, si nuptiae sequantur, ideoque arrham recte a sponso repeti, si sponsa decesserit ante diem nuptiarum. Sed video, quid te pungat. Ais, *funestam* esse *mortis* commemorationem & mali ominis videri, ideoque illam conditionem non conuenire nuptiarum consilio, in quo de *vitae* totius confortio & de *vita* ad seros nepotes propaganda cogitamus. Certe inter illa gaudia spes diuturnae iucunditatis *bona verba* desiderat, & pleraque pleno affectu & facilitate tenerrima ministrantur. Ab his negotiis videtur aliena esse *mortis cogitatio* & conditio funesta, ut *arrha* restituatur superstiti, altero mortuo, priusquam nuptiae sequantur.

*Funestae conditiones non praesumuntur nisi ipsa natura negotii talem conditionem comprehendat.*

Meretur haec dubitatio, ut diluatur. Generaliter enim, quae contra *votum commune* accidere possunt, ne commemorari quidem a contrahentibus, aut illis in mentem venire debent. Ita non possumus pacisci, ut res sacra nobis acquiratur, si aliquando profana esse coeperit, quum haec talia nec optare, nec cogitare debeamus *§. 2. I. de inutil. Stipulat.* Ita parentes

<sup>a)</sup> SENECA de vita beata c. 24.



res non facile cogitant de liberorum hereditate acquirenda, quum *communis voto* parentum hoc repugnet, vt, turbato ordine mortalitatis, liberorum hereditas ad parentes reuertatur. *L. 15. pr. D. de inoff. test. L. 7 §. 1. D. si tabulae testam. null. ext. L. 50. §. 2. in fin. de bon. libert.*

Ex his forte causis credi posset, *funestam* mortis conditionem non praesumi, nec tacite inesse in arrhae sponsaliciae donatione. Verum enim vero, quamuis non facile praesumamus, de funesta conditione inter gaudia cogitatum esse, tamen aliud dicendum est, si *ipsa natura negotii* contineat *mortis* commemorationem. In sponsalibus promittitur *aeternum consortium*, quod non, nisi *morte*, debeat dissolui. Haec igitur sponsalia sponso & sponsae inculcant *mortis* cogitationem, vt non possit non sponso animo praevidere, quod

*linquenda tellus & domus & placens*

*Vxor b),*

ideoque sponso inuitus adducitur, vt cogitet de morte coniugis futurae. CORNELIVS TACITVS auctor est, in quibusdam ciuitatibus Germaniae receptum fuisse, vt *virgines* tantum nubere, *viduae* autem spe secundi matrimonii penitus excluderentur, ideoque in sponsalibus cum vxore de spe & voto eius & tota vita *semel* transactum esse, ne sponsa, mortuo marito, spem nuptiarum concipere, aut de matrimonio futuro cogitare posset c). Haec igitur pacta etiam inuitis iniiciunt *necessariam mortis* cogitationem. Quomodo enim de vitae *totius* societate, quae non, nisi *morte*, dissolui debet, conuenire posset inter coniuges, sine mortis cogitatione? Itaque sponso, qui arrham donat, propter *totius vitae consortium*, vi oppositorum, hac lege donat, vt si nuptiae *morte* alterutrius impeditae fuerint, quasi causa non secuta & finita, arrhae restituantur donatori. Eodem enim modo, vt antea diximus, sponsa interdum ante nuptias sponso dotem affert, propter futurum matrimonium, hac tacita conditione, vt, nuptiis non secutis, dos restituatur, *L. 21. D. de iure dot.* Vt rem paucis comprehendam, ad officium hominis frugi pertinet, vt etiam tristia illa & funesta, quae *saepius accidere* solent, prospiciat & animo contempletur in negotiis gerendis. Quapropter credi potest, sponsum in arrhae datione de *morte* coniugis futurae cogitasse, ideoque voluisse, vt restituatur arrha, si nuptiae, propter sponsae mortem, non fuerint secutae.

§. VII.

*Lex. III. cod. de sponsalibus non tantum pertinet ad sponsalia de futuro sed*

Igitur non simpliciter donat sponso, qui arrham die sponsaliorum sponsae tradit, matrimonii futuri cogitatione. Recte enim IULIANVS ob-

b) HORATIUS Carm. Lib II. od. XIV. v. 21, 22. Mor. Germ. c. 19. circa finem,

c) CORNEL. TACIT. de



obseruat, illum, qui ob causam futuram donat, vt res, si aliquid secutum non fuerit, ad ipsum reuertatur, non donare, sed totum hoc negotium *resolui sub conditione*, L. 1. pr. D. de donat. Sed video, hoc non omnibus placere. CARPZOVIVS <sup>d)</sup> enim, & qui illum sequuntur, multi atque magni nominis Iureconsulti negant, arhas, in sponsalibus de praesenti datas, restituendas esse, quamuis sponsa, ante consummationem matrimonii, diem obierit supremum. Aiunt enim, Legem III C. de sponsalibus, quam in fronte dissertationis proposuimus, duntaxat ad sponsalia de futuro pertinere: sed hodie, arbitrantur, sponsum sponsae, ipso die sponsaliorum, confertis manibus, consensu perfecto, per verba de praesenti concepta, fidem obligare, hinc arrham hodie, non obstante Lege III. Cod. de sponsalibus, simplicis donationis iure heredibus sponsae, ante nuptias defunctae, relinquentiam esse. Verum enim vero haec me non mouent, vt legem luculentam Imperatorum deseram atque a sententia discedam. Romani ignorauerunt subtile illud, inter sponsalia de praesenti et de futuro, discrimen, quod Pontifices excogitarunt. c. 22. et 31. X. de sponsal. Omnia sponsalia, quamuis sponsum et sponsa perfecte consentiant, propter matrimonium futurum contrahuntur. Itaque, imaginarium est illud discrimen, quod inter sponsalia de praesenti et de futuro intercedere fingitur. Nisi forte aliquis sponsalia illorum, qui non perfecte consentiunt, vt impuberum, velit sponsalia de futuro appellare. Huic enim non quidem vehementer resisto <sup>e)</sup>. Sed haec imperfecta sponsalia potius plane non sunt sponsalia, quum sponsiones certum & deliberatum consensum postulare videantur. Vera sponsalia causam futuram respiciunt, sed consensu perfecto, quo nuptiae futurae promittuntur. Ipse CARPZOVIVS agnouit sponsum & sponsam, etiam post sponsalia de praesenti, nondum iure coniugum censerit, donec benedictio sacerdotalis & consensio rhalami sequatur <sup>f)</sup>. Ex quo apparet, in sponsalibus etiam hodie futurum aliquem euentum respici, & in futurum tempus, quamuis proximum, consummationem matrimonii promitti. ULPIANVS quidem L. 6. D. de sponsal. sponsalia spem nuptiarum appellauit <sup>g)</sup>. Sed etiam hodie sponsalia, quamquam verbis de praesenti contracta sint, solam spem nuptiarum & matrimonii postea consummandi, certam & consensu perfecto confirmatam continent. Igitur, si vera sponsalia cogites, nihil discriminis inter sponsalia de praesenti & de futuro interest, quum omnia sponsalia pura & perfecto consensu inita possint sponsalia de praesenti & de futuro

C 2

d) CARPZOV. Part. III. Const. XIX. def. 13. no. 10. p. 200. Meucken in Tract. Synoptica Pandect. ad Lib. XXIII. Tit. 1. p. 340. Hahn in obseruat. ad Wesenbec. Lib. XXIII. Tit. 1. de sponsal. n. 5. Tom. II. p. 176. & alii quem plurimi.

e) vid. ZIEGL. & THOMAS. ad Lancel. Lib. II. Tit. X. p. 791. De Berg. Oecon. iur. Lib. I. Tit. III. th. 4.

f) CARPZOV. Part. III. Const. XIX. Def. 13. no. 13.

g) vid. ALB. GENTILIS Lib. II. cap. 21. de nuptiis.



ruro appellari. Quis igitur diceret, *Legem III. C. de sponsal.* qua arrhae sponsalitiæ post mortem sponsæ restitui iubentur, ad sola sponsalia *de futuro* pertinere? Nihilominus enim arrhae post mortem sponsæ ab heredibus restituendæ sunt, quum omnia sponsalia ad incertum euentum matrimonii *futuri*, quod multis casibus impediri potest, referantur.

Neque nos perturbat, quod Romani poenitentiae interdum locum dederunt, etiam post sponsalia, *L. 1. C. de sponsal.* quum hodie contra, post sponsalia *perfecta*, sine iusta causa, sponso non permittamus, ut deserat fidem datam & sponsalia rescindat. *CARPZOVIVS* quidem, hac de causa, arrhae dationem pro *simplici donatione* habendam esse, iudicat, quia pura sponsalia & publica hodie perfectam obligationem pariunt, nec poenitentiae iniustae locum relinquunt *b)*. *Arrha* enim, ut supra comprobauimus, etiam negotiis *perfectis*, maxime vero emtionibus, *probationis* tantum gratia, accedit, *L. 35. pr. D. de contrah. emt. vendit.* Sed nihilominus, si postea irrita fiat emtio, sine culpa contrahentium, arrha restituenda est, & recte repetitur actione ex contractu, *L. 11. §. 6. D. de action. emt.*

Ex hoc loco apparet luculenter, quod arrha, in *signum perfecti* negotii tradita, non *simpliciter donata* videatur, sed, negotio, propter quod datum est, finito, aut infirmato, restituenda sit, *quasi causa non secuta aut finita*. Immo vero in emtione, cuius *probandae* gratia annulus arrhae loco datus est, annulus repetitur, si emtor & venditor obligationem suam impleuerint; quia, post emtionem impletam, arrha *sine causa* a venditore retinetur. *d. L. 11. §. 6.* Haec species manifesto indicio comprobatur, *arrham*, quae negotio *perfecto* accedit, ab accipiente non acquiri iure *simplicis donationis*, sed restitui debere. Itaque non possum assentiri *CARPZOVIO*, qui arrhae dationem in sponsalibus ideo simplicem donationem esse censet, quia hodie sponsalia *de praesenti* consensu *perfecto* contrahantur. Arrhae enim *perfectae* etiam emtioni, *probationis* causa adiectae, nihilominus restituendae sunt, si negotium deinceps vel infirmetur, vel etiam a contrahentibus ex omni parte impleatur.

Ipse *CARPZOVIVS* alio loco *i)* non dissimulat, arrham esse *signum* matrimonii promissi & *complendi*, ut testes, qui viderint arrharum donationem, certiori indicio intelligant & affirmare possint, vero consensu sponsalia contracta esse. Sed non opus est *signo* *perfecti* consensus, si negotium postea casu fortuito, sponsa mortua, interuertatur. Quapropter dicemus, etiam hodie, quamuis a sponsalibus non facile liceat recedere, tamen arrhae dationem *non esse simplicem donationem*, sed, sponsa mortua, ab eius heredibus illam *sine causa* retineri, ideoque recte peti posse, ut arrha a sponsae heredibus restituatur.

## §. VIII.

*b)* *CARPZOV.* loc. cit. *i)* *CARPZOV.* iur. con. L. II, T. III. def. 51. n. 9. sq. p. 77

## §. VIII.

Vt quisque est ingeniosior, ita facilius inuenit alium atque alium colorem, quo sententiam, animo conceptam, in iudicio commendat. CARPZOVIVS quidem, quum nolit arrhas restitui, hanc donationem remuneratorem esse ait, ideoque arrham credit simpliciter donari, hoc animo, ut nunquam ad sponsum reuertatur. Quoniam enim non solum sponso sponsae, sed etiam sponsa sponso, solempni die sponsaliorum, arrham donat, visum est CARPZOVIO, mutuas donationes esse & arrhas utrimque remunerandi animo efficaciter donari. Nimirum etiam inter veros coniuges admittitur compensatio mutuae donationis. Diuus enim HADRIANVS constituit, si maritus vxori quinos aureos, vxor marito etiam quinos, donauerit, compensationem fieri donationum, L. 7. §. 2. D. de donat. inter vir. & vxor. Non multo secius VLPIANVS iudicauit de liberalitate mariti, qua aliquid in vxorem contulit, ut illa se & familiam commodius pasceret. Hanc enim donationem repeti non posse, ait, quia compensata sit alimentis ab vxore praestitis, quae ad onera mariti pertinebant. L. 21. §. 1. D. eod. vid. Const. Elector. Saxon. XIII. Part. II.

Arrhae datio non est donatio remuneratoria hinc arrha iuste repetitur a sponsae defunctae heredibus. Naturalis ratio commendat restitutionem arrhae neque moribus haec abrogata est.

Quum igitur remuneratoria donatio admittatur inter veros coniuges, qui inuicem simpliciter donare non possunt; multo magis dicendum videtur, subsistere donationem arrhae, quam sponsa pariter, donatione arrhae mutuae, in solempni desponsatione, compensauit. Quum enim sponsa non minus soleat arrhas dare, videtur illa remuneratio, compensationis iure, in sponsalibus valere & non restituenda esse ab heredibus defunctae.

Verum enim vero non videtur esse remuneratio aut compensatio, quum arrhae mutuae a sponsa & sponso inuicem donantur. Primo enim neutra pars habet animum vere & simpliciter donandi, sed sponso pariter, atque sponsa, arrhas dare solent, probationis causa, ut, serio utrosque consensisse, ex arrharum munere intelligatur. Igitur sponso & sponsa quidem donant, sed non tam ex mera liberalitate, quam potius ob causam matrimonii futuri.

Secundo remuneratio inter coniuges tantum valet compensationis iure, d. L. 7. §. 2. & d. L. 21. §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor. Sed compensatio desiderat utrimque debitum eiusdem generis, ut obligationes mutuae tollantur. Hinc iura non permittunt, ut species cum specie diuersa compensetur, L. 4. C. de compensat. L. 18. pr. D. de pignorat. act. Hoc Diuus HADRIANVS agnouit, qui in L. 7. §. 2. D. de donat. inter vir. & vxor. tunc demum compensationem donationum inter coniuges admisit, quum vxor marito, vel maritus vxori, quinos aureos, i. e. quantitatem pecuniae donasset, ut quantitas cum quantitate compensetur. Sed in sponsalibus

libus



libus plerumque species quaedam, aut certa corpora, quae *affectionem* recipiunt, arrharum nomine, donantur, quarum nulla est inter se compensatio. Multo iustius igitur Imperatores praeceperunt, ut ipsa corpora arrharum cuilibet, a quo profecta sunt, si nuptiae non secutae fuerint, restituantur, *L. 3. C. de sponsal. & arrhis.*

*Tertio, in compensationibus debitum, quod utrinque aequale sit, desideramus, aut, quod vulgo dicunt, si virimque quantitas debita sit, ut compensatio fiat ad summam concurrentem, ff. 30. I. de action.* Plerumque autem sponsus plus donat, quam a sponsa in sponsalibus donatur, quod recte CONSTANTINVS observavit, *L. 16. C. de donat. ante nuptias.* Ipse DIUS HADRIANVS tunc demum admisit *compensationem* inter coniuges, quum maritus uxori vxor marito quinos aureos, h. e. aequalem pecuniae quantitatem donauissent, *L. 7. ff. 2. D. de donat. inter vir. & vxor.* Ex quo apparet, non esse *iustam compensationem*, si sponsus & sponsa arrham retineant, atque ita, qui plus accepit, locupletior fiat cum damno innocentis.

Vides arrhae dationem, nec *remunerationis*, nec *compensationis* iure, efficaciter, post mortem sponsae, retineri posse. Neque enim remuneratio est, quum arrhae utrimque, *probandi consensus* gratia, ob causam futuram dentur, neque compensatio admittitur, quum arrha plerumque sit species, aut quantitas inaequalis, quae cum alia specie aut summa maiore, nisi ad summam concurrentem, non potest compensari. Cur igitur deserimus iustissimam *Legem tertiam C. de sponsal.* quae arrhas utrimque restitui iubet, sponsa defuncta, ne pars altera fiat locupletior, arrhis inaequalibus retentis.

Sed ait CARPZOVIVS, *aequitatem* tamen suadere, ut ab hoc praeepto Imperatorum discedamus. Fateor, me non inuenire causam illius aequitatis, quum naturalis ratio, qua bonum & aequum aestimari debet, non patiat, alterutram partem locupletiolem fieri cum damno innocentis. Qua fronte enim *heredes* sponsae arrham retinebunt, quum arrha non hoc animo a sponso data sit, ut ipse *heredibus* sponsae prospiceret, sed ut *sponsae viuuae* seriam voluntatem matrimonii futuri proxime contrahendi, dato pignore, significaret. Imo vero tristissimum est, sponsum damno duplici mulctari, & sponsa mortua, non solum luctu perturbari, sed etiam spoliari bonis, quae ad sponsam attulerat matrimonii communis causa. *Heredes* enim sponsae merum omnino *lucrum*, illudque duplex, caperent, si non solum hereditatem defunctae, sed etiam arrhas a sponso datas retinerent; quum, contra, sponsus, qui plerumque arrham pretii maioris dedit, luctu & damno non exiguo afficeretur. Sed expeditum est, magis fauendum esse illi, qui de *damno vitando* certet, quam isti, qui *lucrum captare* videatur, *L. 11. ff. 6. & L. 34. pr. D. de minor. XXV. ann.* Certe dignissimus est

mise:

miseratione sponsus, qui in aestu & feruore amoris non semper cogitat de modulo patrimonii, & facile arrham pinguiorem donat spe communis utilitatis in matrimonio futuro. Igitur aequitas omnino postulat, ut sponso liberali succurramus.

Quum omnia alia deficiant, moribus hodie abrogatam esse Legem III. C. de sponsal. contendunt. Non satis luculentum est, quos mores intelligant CARPZOVIVS & ceteri Icti, qui illum in hac controuersia sequuntur. Si bonos mores intelligunt, h. e. simplicitatem naturae & aequitatem, quam Germani moribus suis maxime sectati sunt <sup>k)</sup>, prorsus a CARPZOVIO discedo. Vox naturae & simplicitas iuris gentium, a Germanis frequentata, praecipit, ut, quae ob causam futuram data sunt, restituantur *caussa non secuta*.

Fortè igitur intelligendus est CARPZOVIVS de consuetudine quadam aut obseruantia, Iureconsultorum sententiis inuecta. Sed primo obseruantia Iureconsultorum non potest legem iustam & aequissimam abrogare <sup>l)</sup>. CALLISTRATVS quidem, inspiciendum esse, ait, quo iure ciuitas retro in eiusmodi casibus vsa sit, sed tunc demum, si de interpretatione legis quaeritur, L. 37. D. de legibus. Non vero iudicantibus permittit, ut leges iustissimas abrogent, quas defendere & quibus obsequi debebant.

Secundo, obseruantia Iureconsultorum allegari non potest, nisi consensus quidam plurimorum aut omnium proberetur. Sed supra obseruauimus, quum de arrhis post mortem sponsae restituendis quaesitum fuerit, Iureconsultos, quasi diuisis studiis, in sententias diuersas discessisse <sup>m)</sup>. In tanta varietate sententiarum, inter se pugnantium, ad certam obseruantiam aut consuetudinem non tuto prouocatur. Consuetudo ex consensu ventium & vsu diuturno aestimatur §. II. I. de iur. nat. gent. Sed, quis probauerit, sponso plerumque, sponsa mortua, heredibus sponsae arrham reliquisse, quum tot controuersiae, a sponso hac de causa motae, luculento indicio ostendant, moribus ventium legem iustissimam, ad quam toties a sponso prouocatur, non esse abrogatam.

## §. IX.

Satis, credo, comprobauimus, neque vocem naturae aut aequitatem, neque mores Germanorum iustissimae Legi III. C. de sponsal. aduersari,

neque  
Arrha non  
est pretium  
emtionis.  
Germani de-  
serunt vxor-  
es emere.

<sup>k)</sup> TACIT. de Morib. Germ. c. 19. in fin. <sup>l)</sup> GRIBNER de obseruant colleg. Iuridic. in Opuſcul. iur. publ. & priuat. Tom. IV. Sect. II. p. 43. <sup>m)</sup> Arrhas restitui iubent inter alios Ioann. Brunhem. ad L. 3. C. de sponsal. & arrhis. Lauterbach. in tract. de arrhis cap. VIII. Sect. V. §. 141. seqq. pag. 93. Quirin. Schacher. in colleg. pract. Lib. XXIII. Tit. 1. p. 240. Ernest. Tenzel. in diss. de restitut. arrhae §. VI. & alii complures.

neque obseruantiam Ictorum quorundam impedimento esse, quo minus arrha, post mortem sponsae ante nuptias defunctae, repetatur. Sed posset alicui in mentem venire, *emtionis* speciem esse, quum quis vxorem sibi copulat solemnī sponſione. *Arrha* quibusdam videtur esse *pars pretii*, quo vxor acquiritur. Constat autem, *periculum* ad emtorem pertinere, si res emta *extincta* fuerit, sine culpa venditoris, neque *pretium restitui*, quamuis res emta casu fortuito sit intercepta, vt nequeat ad emtorem peruenire §. 3. I. de emtione vendit. L. 1. C. de pericul. & commod. rei vendit.

Igitur si *emimus* vxores, & arrham, tanquam *partem pretii*, soluimus, videtur arrha repeti non posse, quamuis sponsa diem suum obierit, priusquam nuptiae consummarentur. ISIDORO enim visum est, *arrham* esse *partem pretii*, quae pro re emta detur, vt pretium deinceps compleatur <sup>u</sup>). Germani das *Angeld* appellant. Itaque, si ISIDORO fides haberetur, *arrha* non auferenda, sed complenda esset, sponsa *emtitia* ante nuptias defuncta <sup>o</sup>).

Dignum videtur argumentum, quod diligentius excutatur. Neque enim dissimulandum est, ad *exemplum emtionis* in sponsalibus arrhas dari, inprimis annulum, qui in emtionibus perfectis, vt consensus mutuus probari posset, arrhae nomine dabatur, L. 11. §. 6. D. de action. emt. vendit. p). Multarum enim gentium consensu obtinuit, vt ritus emtionis in sponsaliorum solemnitate, imitatione quadam obseruarentur,

*Nempe sibi generum Tethys emit omnibus vudis q*).

Forte illud in mentem venit OVIDIO NASONI, qui sponsae *emtionem* sponsi commendauit,

*si te non emtam veller, emendus erat r*).

Inprimis femina, quia plerumque potestate aliena regebatur, *redimenda erat*, vt libere abduci posset <sup>s</sup>). Quis ignorat, Isaacum Rebecam <sup>r</sup>), Sicheum Dinam <sup>u</sup>), sponſas, donis & pretio *emisse* <sup>x</sup>). Immo vero Lea Iacobum maritum a Rahele sorore donis & muneribus, quae a filio Rubene acceperat, redemit, vt ex illo foetum conciperet & prolis suae numerum augeret <sup>y</sup>). Non attingam Graecos <sup>z</sup>) & Romanos, apud quos nuptiae per coemtionem, ritu veteri, fiebant. L. 66. §. 1. D. de donat. inter vir.

§

<sup>u</sup>) ISIDOR. de origin. Lib. V. cap. XXX. sub voce: *arrha* ex edit. Gothofr. p. 932.  
<sup>o</sup>) ISIDOR. loc. cit. <sup>p</sup>) HEINECCIUS in element. iur. german. Lib. I. tit. 9. §. 185. p. 144. <sup>q</sup>) VIRGIL. GEORG. Lib. I. v. 31. <sup>r</sup>) OVID. Lib. I. amor. Eleg. VIII. v. 34. <sup>s</sup>) GVNDLING. de emtione vxorum §. 2. p. 1. & 2. <sup>t</sup>) Genes. cap. XXIV. v. 53. <sup>u</sup>) Ibid. cap. XXXIV. v. 12. <sup>x</sup>) vid. NICOL. HIERON. GVNDLING. de emtione vxor. §. III. p. 2. <sup>y</sup>) Genes. XXX. v. 16. <sup>z</sup>) AELIAN. variar. histor. Lib. 17. cap. 1. it. *Perizon.* in commentar. ad Aelian. ibid.

Et vxor a). Mos etiam ad gentes reliquas prouectus, & si quibusdam auctoribus fides est, maxime ad illas, quae cum Romanis bella gesserunt & colonos ab ipsis receperunt. Thraces olim, si POMPONIO MELAE credimus, virgines formosas & probas vendebant sponis, nuptiarum causa. Reliquas mercede conducentibus locabant b). Sed hi mores vetustate extincti sunt. Venio igitur ad tempora recentiora. Apud Wisigothos sponsae pretio a parentibus redimebantur c). Magis attinet monere, apud Germanos olim maritum vxori, vxorem viro munera dedisse, quae si a cognatis, quasi pretium emtionis, probarentur, nuptiae hoc vinculo contractae & in perpetuum sancitae credebantur d). Prisca lex Saxonum trecentis solidis vxorem a parentibus emendam esse, praecepit, vt solemni ritu in matrimonium acciperetur e).

Vides, desponsationem vxorum non nihil commune habuisse cum emtionibus, quae pretio fiebant, & perfectae erant, quum primum de pretio & merce conuenisset. Faciamus igitur, sponsalia etiam hodie simulacrum & speciem aliquam emtionis continere. Nondum tamen tuto colligitur, arrham sponsae heredibus relinquendam esse, si illa ante nuptias decesserit, spe matrimonii delusa. Arrha enim, quae emtionibus accedit, non est pars pretii promissi. Fallitur ISIDORVS, quem antea adduxi, qui arrham dixit esse partem illius quantitatis, quae pro re emta sit promissa f). Arrhae nomine in emtione plerumque species aliqua, in primis annulus, dabatur, quod supra ex L. ii. ff. 6. D. de act. emt. a nobis comprobatum est. Sed species & annulus non sunt pretium emtionis, quum constet, emtionem pretium emens seu quantitatem pecuniae desiderare. DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS luculenter arrham a parte pretii distinguunt, & permittunt, vt aurum, quod arrhae loco datum est, contractu infirmato, repetatur, sed pretium emtionis exsolutum vix condici posse arbitrantur. L. 2. C. quand. liceat ab emt. Hoc discrimen quodammodo Saxones obseruant, vid. Decis. Electoral. nouiss. XVI. de an. 1746. Neque tamen dissimulo, interdum nummos aureos & argenteos aut alios subinde in emtionibus arrhae loco dari, & nummos vulgares postea, quum contractus adimpletur, compensationis iure, de pretio deduci, L. ult. D. de leg. Commissor. g). Ceterum

a) vid. CHRISTIAN. VERICI GRYPEN libell. de vxor Rom c. V. p. 197. seq. vid. Cic. pro Flacco c. 34. & pro Muren. c. 12. Nonius Marcellin. in voce: Nubentes c. 12. in edit. Gothofredi pag. 783. seq. b) vid. POMPON. MELAE, de situ orbis Lib. II. c. 2. c) vid. Leges Wisigothor. Lib. III. Tit. IV. n. 2. apud LINDENBR. in Cod. legum antiquar. p. 63. d) TACIT. de Morib. Germ. c. 18. e) Lex Saxon. c. VI. de coniugiis apud LINDENBROG. in Cod. LL. antiq. p. 476. f) ISIDOR. de orig. Lib. V. c. 25. p. 932. g) de BERGER in Oecon. iur. Lib. III. Tit. V. §. 7.



terum Franci etiam & Germani in sponfalibus arrham a pretio emtionis feiunxerunt. Veteres Franci annulum mittebant sponfae & recipiebant, qui *arrhae loco* esset. Praeterea solidos argenti, quasi emtionis pretium, adiciebant, quod ex veteri formula apud BALVZIVM apparet <sup>b)</sup>. Immo vero si largiamur interim, *arrham* fuisse *partem pretii*, tamen ea fuit integritas & fides Germanorum, ut, sponfa mortua, nihil, quod a sponso profectum esset, apud heredes sponfae voluerint remanere, quod NICOLAUS HIERONYMVS GVNDLINGIVS probavit <sup>i)</sup>. Hoc enim certissimum praeceptum aequitatis omnes fere gentes agnouerunt. ALEXANDER etiam munera, quae a sponso parentibus sponfae data fuerant, ut filiam vxorem duceret, restituenda esse iudicavit, *L. 2. C. de donat. ante nupt.* Sponsus in formula veteri apud BALVZIVM <sup>k)</sup>, quam antea commemoravi, expresse pactus est, ut, matrimonio secuto, demum dominium rerum donatarum transferatur.

Praeterea quicquid de *pretio emtionis* ICti argutentur, certe hodie Germani, ad simplicitatem iuris gentium reuersi, in sponfalibus nunquam de *emtionem vxoris* cogitant, sed didicerunt, verum esse, quod PAVLLVS atque VLPRIANVS docuerunt, sponfalia & omnem *spem maurimonii* consensu illorum regi, qui consilium nuptiarum & consortii aeterni susceperunt. *L. 2. D. de Rit. nupt. L. 30. D. de R. I.* Arrhas inuicem donant, ut fidem signo quodam & monimento praesenti comprobent atque obstringant, & studium bene de se inuicem merendi, liberalitate sua, propter spem nuptiarum, ostendant. Sed, nuptiis non secutis & spe intercepta, nolunt cum damno alterius locupletiores fieri, & quae ob causam data sunt, bona fide restitunt, causa non secuta.

## §. X.

*Res cito periturvae & quae nos locupletiores non faciunt, arrhae loco datae non repetuntur. Sed res fungibiles tamen. Res in specie restituenda est, aut aestimatio.*

Etiam munifici hominis liberalitatem fortuna regit; suae enim cuique facultates modum erogationis & impensarum statuunt. Pauperes igitur homines & quibus non suppetit, quod donent, defuncti officio videntur, si *rustica* munera liberaliter offerant, significandi studii & affectus causa. Quae enim liberaliter data sunt in amoribus & amicitis, non pretio, sed affectu aestimantur. *L. 36. D. de bonis libert.* Plus est amari & de studio alterius in nos persuaderi, quam praesente munere locupletiores fieri & modica accessione patrimonium amplificare. Ille, apud VIRGILIVM MARONEM, etiam gloriatur de munificentia sua, quum sponfae aliquot columbas destinauisset. Ita enim ille:

Parta

b) BALVZ. in Capitular. Reg. Francor. & veter. formbl. Tom. II. formul. 75. pag. 533. vid. Heinecc. in Element. iur. Germ. Lib. I. Tit. IX. §. 182. pag. 141.  
 i) GVNDLING. de emtion. vxor. §. 25. sq. p. 26.  
 k) BALVZIVS loc. cit.



*Parva meae Veneri sunt munera: namque notavi*

*Ipsæ locum, aëriæ quo congesse Palumbes l),*

Immo vero etiam opulentiores interdum, si res confestim administranda sit, fortuita & obuia dona arripiunt, quibus fidem sponsalitiâ in opportunitatibus improvisis comprobare possint. Quoniam sua quemque propria voluptas trahit, pro ingenio sponsae interdum *modica & cito peritura* arrhis adiiciuntur, quae sponsam quidem locupletiores non faciunt, sed tamen iucunditatem aliquam pariunt, & cum usu hilaritatis consumuntur. Haec talia MARCELLVS atque VLPIANVS res mortuas appellant, imprimis vnguenta, quae quidem nobis iucunda sint, sed cito expirent & vestigium sui vix relinquunt, neque augeant patrimonium accipientis, L. 7. §. 1. D. de donat. inter vir. & vxor. GREGORIUS TYRONENSIS obseruauit, Francos sponsae cum annulo etiam calceamenta & res exigui momenti, quae praesentem duntaxat voluptatem parere potuerint, transmississe, quum haec munera sponsae iucunda esse intelligerent, quamuis scirent, illam voluptatem per exiguum temporis momentum duraturam esse m). Supra comprobauimus, haec munera *animo serio* donata censeri, vt confestim accipientis fiant & nunquam ad sponsum reuertantur. L. 1. §. 1. D. de donat. Haec igitur, si solam naturalem rationem sequimur, quamuis cum arrhis transmissa sint, *efficaciter* translata sunt & a sponsae defunctae heredibus non restituuntur. Credi enim potest, ipsam sponsam superstitem haec munera repudiaturam fuisse, si potuisset suspicari, illa non serio donari, sed casu quodam interueniente, ab heredibus restituenda esse. Hinc MARCELLVS, donationes *rerum mortuarum* etiam inter coniuges valere, censuit, quum coniugibus non interdictum sit, vt vitae usum sibi iucundiores faciant, quamuis coniux coniugem opibus emungere & foenaliâ amore, patrimonii augendi causa, donum a coniuge accipere non deberet, L. 7. §. 1. D. de donat. inter vir. & vxor. Imprimis quae *manducantur* & cum voluptate consumuntur, quamuis sint alicuius pretii, reperti non possunt, quum sciuerit sponsum, haec dona confestim perdi & consumi. Ex hac causa *Lex Alamannorum* mulieri viduae, quae hereditate mariti abstinuit, omnia bona reddi iussit, exceptis illis, quae *manducata* essent n). Haec talia pro perditis habentur. Eodem iure etiam Romanos inter coniuges usos fuisse, POMPONIUS testatur L. 31. §. 9. D. de donat. inter vir. & vxor.

Hand paullo fecius de aliis *rebus fungibilibus* iudicandum est, quae usu quidem consumuntur, sed tamen vtilitatem duraturam pariunt, & nos

D 2

locu-

l) VIRGIL. Eclog. III. v. 68. seq. Patr. cap. XVI. pr. & cap. XX. in Cod. LL. antiq. p. 377.

m) GREGORIUS TYRONENS. in Vitis n) Lex Alamann. cap. LV. apud LINDENBR.



locupletiores facere censentur. Si enim res fungibiles aliorum consumimus, interea rebus nostris parcimus, quae consumendae fuissent, nisi res eiusdem generis nobis donatae essent. Inprimis *pecunia* sponsae donata aut ex rebus donatis redacta, quamvis expendatur, tamen accipientem videtur locupletiores facere. Hae igitur *res fungibiles*, licet bona fide consumtae sint, causa non secuta, iuste repetuntur, *L. 5. pr. D. de condict. caus. dat. caus. nonsecut.*

Quum deliberato res administratur, sponsus non facile res *cito perituras* arthae loco dabit, sed obsequetur *SENECAE* praeepto, qui *dona mansura* desiderat in beneficiis, quibus alterum demereri & devincire cogitamus <sup>o)</sup>.

Solebant etiam sponsi & sponsae sibi cum arrhis aut loco arrharum *vestes* inuicem donare. Haec vestimenta, si *quotidiana* sint, medii generis habentur, & non consumuntur quidem confestim, sed usum tamen non praestant, nisi cum insigni ipsius substantiae detrimento, aut multum pretii sui perdunt, si semel ad usum, cui destinata sunt, adhibeantur. *L. 9. §. 3. D. de Vusufructuar. quemadmod. caueat.* *IULIUS POLLUX* in onomastico, apud Graecos, inter *προγάμια*, seu donationes ante nuptias, etiam *vestimenta* commemorat. Vestes, apud Lacedaemonios, sponsa etiam sponso mittere solebat, quamvis Lacedaemonii virgines *indotatas* ducerent, teste *AELIANO* <sup>p)</sup>, ne pecuniam magis, quam uxorem quaesuisse viderentur. Etiam Romae sponsa sponso interdum paludamentum dabat, quod ipsa suis manibus confecerat. Ita *HORATII* soror, quae vni ex Curiatii, ab *Horatio* intererentis, *desponsa* fuerat, apud *TITVM LIVIVM* <sup>q)</sup>, cognito super humeros fratris triumphantis *paludamento sponsi, quod ipsa confecerat*, soluit crines, & flebiliter nomine sponsum mortuum appellavit.

Ceterum, si *species* donatae fuerint, ipsae *species*, quae adhuc *extant*, repetuntur. Eodem enim iure etiam in *dotibus* vimur, quae ante nuptias datae sunt. Eleganter *PAVLLVS*, si res, etiam aestimatae, in dorem datae fuerint, *nuptiis non secutis, res ipsas*, non pretium, restitui, docuit, quia matrimonium futurum sola contrahendi causa fuerit. *L. 17. §. 1. D. de iure dot.* Si vero quaedam bona fide ita consumta sunt, ut sponsa ex illis *facta sit locupletior*, illorum *pretium & aestimatio*, non securo coniugio, recte condici potest, *L. 5. §. 18. D. de donat. inter vir. & vxor.* Nihil enim apud defunctae heredes remanere debet, quod arthae nomine a sponso datum fuerit, matrimonii contrahendi causa.

Quodsi

<sup>o)</sup> *SENECA* de benef. Lib. I. c. 12.    <sup>p)</sup> *AELIAN.* var. hist. Lib. VI. cap. 4. & L. VI. c. 6. vid. Comment. Perizon. ad Aelian. pag. 414.    <sup>q)</sup> *LIVIVS* Lib. I. cap. 26.



Quodsi de pretio non constet, actori iuranti atque pretium certum indicari creditur. Obtinuit enim, ut, si debitum probatum fuerit, *iuri- iurando suppletorio actoris*, qui certam scientiam habet, in primis contra heredes, qui pretium ignorant, fides de pretio habeatur. Maxime vero, si actor *de damno vitando*, reus *de lucro captando* certet, actoris iuramento potius credendum. *L. 1. §. 40. D. depositi.*

## §. XI.

Restituendae igitur sunt arrhae a sponsae defunctae heredibus, si matrimo- *Qui culpam*  
nium non fuerit secutum; sed vnam speciem Imperatores excipiunt, si ille, qui *commisit, ni-*  
arrham dederit, *sua culpa* effecerit, ut nuptiae impedirentur. Hoc enim *hil repetit.*  
casu voluerunt cessare repetitionem, & donata perdi sine poenam leuitatis, *Arrha vel*  
*L. 3. C. de sponsal.* Hoc CONSTANTINVS in omnibus donationibus, *vindicari*  
quae *futuuri matrimonii causa* sunt, adeoque etiam in sponsalitia largitate, *vel condici*  
quae facilius sustinetur, iussit obseruari. Qui enim *causam dedit*, ne nu-  
ptiae contraherentur, ipse res donatas restituere cogitur, & si sua munera  
repetit, ab actione officio iudicis repellitur, *L. 15. C. de donat. ante nupt.*

Contra, si morte sponsae, sine cuiusquam culpa, spes nuptiarum fuerit interpellata, sponsalia *pro infectis* habenda sunt, & arrha, quae sub *ma-*  
*rimonii tacita conditione* data est, *sine causa* apud sponsae heredes esse iu-  
dicatur, *L. 3. & 5. C. de sponsal.*

Superest igitur, ut videamus, qua actione repetatur arrha sponsalitia, quae a sponsae defunctae heredibus *sine causa* retinetur. Nimirum generaliter receptum est, ut res donatae, si *conditio expressa* vel *tacita* donatio- nis non fuerit impleta, non solum actione personali *condicantur*, sed etiam vtili in rem actione *vindicentur*.

Interdum, quod supra vidimus, hac lege aliquid donatur, ut res do- nata tunc demum accipientis fiat, *si aliquid sequatur*. Igitur si *caussa non secuta* sit, non efficaciter translatum est dominium, sed mansit apud donato- rem, quum tota res conditione sit suspensa. Sin translatum quidem domi- nium, sed hac lege, ut, si aliquid non secutum fuerit, res accipienti aufe- ratur, donatio *sub conditione resoluitur*, & causa non secuta, totum ne- gotium pro *infecto* habetur, ideoque res vtili actione, quasi non alienata, vindicari potest, *L. 1. D. de donat.* Eandem rationem Diui Principes secuti sunt. Hi enim, conditione non impleta, non solum *condictioni* locum dederunt, sed donantem etiam vindicatione uti voluerunt, ut dominium pristinum resti- tuatur. *L. 1. C. de donat. quae sub modo.* Non alia ex causa, si culpa alterius partis interuenerit, donata vel condici vel vtili in rem actione repeti posse, CONSTANTINVS tradit *L. 15. C. de donat. ante nupt.* Scitissime  
vete-



veteres in eadem, apud BALVZIVM, formula, quam saepe commemoravi, *expressis verbis* pacti sunt cum sponsa, ut dominium rerum donatarum ipso demum die nuptiarum ad coniuges futuros transferatur. Adscribam ipsa verba formulae concepta: *ut haec omnia superius nominata sponsa, quandoquidem euenerit nuptiarum dies, & Deus nos coniunxerit, ab illo die haberet, teneret atque possideret, vel, quicquid exinde facere voluerit, liberam ac firmissimam in omnibus haberet potestatem* \*).

Hoc pactum, quum *in rem* conceptum sit, sine dubio efficit, ut dominium usque ad diem nuptiarum apud donatorem mansisse videatur, ideoque dubitari non potest, quin *species extantes* a donatore possint *vindicari*.

Immo vero si etiam translatum esset dominium, sed hac lege, ut, quando nuptiae non secutae fuerint, res restituatur, *utilem* rei vindicationem donatori non recte denegamus. Quum enim donatio sub conditione resoluitur & pro infecta habeatur, ut diximus, & dominium pristinum donatori, propter aequitatem, fictione iuris interueniente, restituendum sit, donator non *directa* quidem, sed *utili* tamen rei *vindicatione* efficaciter experietur. *L. i. C. de donat. quae sub modo.*

Sed praeter rei vindicationem *utilem*, etiam *condictionem ob causam dati, causa non secuta*, donatori interpretes & ipsi imperatores concesserunt, *L. 15. C. de donat. ante nupt. L. i. C. de donat. quae sub modo.* VLPRIANVS etiam in emtionibus, annulum, arrhae loco datum, quamuis omnia a contrahentibus impleta atque consummata sint, *quasi finita causa*, ob quam datus est, *condictione* personali non merito repetendum esse, arbitratur, *L. ii. §. 6. D. de act. emt. vendit.*

Idem VLPRIANVS alio loco pecuniam, alicui ob causam futuram, velut ad iter faciendum & mandata expedienda, numeratam *profectione* impedita, *condici* posse, docet, deductis expensis, quas accipiens, paratus ad proficiscendum, *profectionis causa* erogauit, *L. 5. pr. D. de condict. caus. dat. caus. non secut.*

Arrham igitur, non secutis nuptiis, a defunctae sponsae heredibus *condictione* ob causam dati, causa non secuta, repetemus. Inprimis si species donatae non amplius extent, ideoque vindicari nequeant a donatore. Neque locus esset dubitationi, nisi DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS scrupulum iniicerent, quem, operae pretium est, ut euellamus. Aiunt enim,

\* ) STEPHAN. BALVZIVS in capitul. Regum Francor. formul. 75. p. 333.

enim, tunc demum huic conditioni locum esse, si sponsa, *quum posset*, legi, quam sponsus donationi adiecerat, non sit obsecuta. *L. 8. C. de condict. ob caus. dator.* Ceterum, si causa, ob quam pecunia data est, *non culpa* accipientis, sed casu fortuito impedita fuerit, ideoque causa illa, propter vim maiorem, sequi non potuerit, cessare repetitionem voluerunt *L. 10. C. eod.* Sponsa itaque defuncta ante nuptias, nisi fatum accelerauerit, morte voluntaria, aut delicto mortis poenam merita fuerit, *casu fortuito* duntaxat & vi maiore impedita est, quominus matrimonium contraheret & consummaret. Itaque dicendum videtur cum DIOCLETIANO, arrham a sponsae successoribus non repetendam esse *d. L. 10. C. eod.* quum causa matrimonii, propter solum fortuitum casum, non secuta fuerit.

Enim vero res salua est, & non habemus, quod a DIOCLETIANO & MAXIMIANO timeamus. Regulam enim *generalem*, quae *plerumque* vera est, sed exceptiones tamen singulares non excludit, *dicta Lege decima* definiuerunt. Non est nouum quod *casus fortuitus* a nemine praestetur in negotiis adm. nistrandis, *L. 23. in fin. D. de R. I.* Hanc regulam DIOCLETIANVS etiam tunc sequendam esse, iudicauit, si pecunia data fuerit ob futuram causam, & illa causa, propter casum fortuitum, non fuerit secuta, *dict. L. 10. C. de condict. ob caus. dator.* Sed *primo* per hanc legem non derogatur constitutioni speciali, qua arrhae, defuncta sponsa, ab eius heredibus restitui iubentur, *L. 3. C. de sponsal.* Haec enim singulares habet rationes, quae efficiunt, vt a *generaliori regula*, *plerumque* duntaxat vera, discedamus. Hoc eleganter PAVLVS L. 1. D. de R. I. obseruauit. Non enim voluit DIOCLETIANVS permittere, vt heredes sponsae per casum fortuitum locupletiores fierent, cum damno sponsi innocentis, feruore amoris & spe nuptiarum misere decepti. Haec vera causa fuit, propter quam imperatores iudicarunt, arrhas ab heredibus restituendas esse.

*Secundo*, si omnia alia deficient, obseruandum est, varie & inconstanter de donationibus sponforum iudicatum esse, vsque ad tempora CONSTANTINI, qui magis, ex aequitatis ratione, de donationibus sponforum disposuit, donec tandem THEODOSIVS cum collegis, re penitus perspecta, simpliciter definiuit, arrhas vtrunque restituendas esse, sponsa mortua, nisi culpa sponsi aut sponsae praecessisset. *L. 3. C. de sponsal. & arrhis.* Haec lex THEODOSII est tempore posterior, anno CCCLXXX. promulgata, ideoque sine dubio derogat legibus DIOCLETIANI generalibus, *octauae & decimae Cod. de condict. ob caus. dator.* quae anno CCXCIII. & CCC. prodierunt.

Ter-



*Tertio*, generalis illa *DIOCLETIANI de casu fortuito* regula sic accipienda est, ut ab analogia iuris civilis abque manifesta imperatoris voluntate nunquam recedamus. Qua de causa certius est, *DIOCLETIANUM* duntaxat de illa specie intelligendum esse, si pecunia ideo data fuerit, ut accipiens aliquid *faceret* & voluntati dantis, quantum in se fuerit, labore suo & industria obtemperaret. Hic igitur, si, quantum per ipsum steterit, omnia conatus sit, & laborem, pro quo pecunia data est, perfecit, impensas etiam erogauerit, quibus pecunia sit consumpta, merito vititur *casus fortuiti* excusatione, quamvis res caruerit euentu, *L. 5. pr. D. de condict. caus. dat. caus. non secut.* Sed aliter iudicandum est, si donatio *in futurum euentum* sit collata, ut tunc demum subsistat, si causa, propter quam data est, *eueniat*, & conditio, tacite vel expressis verbis donationi adiecta, realiter existat, hoc casu enim donationem non valere, sed a *conditione suspendi*, *IULIANVS* obseruat *L. 1. D. de donat.* ut omnia in incerto sint, donec constet de *prospero euentu*. *IAVOLENVS* vero recte monet, quae *ob matrimonium* data fuerint, hanc conditionem tacitam habere, *si matrimonium sequatur*, & simpliciter repetenda esse, *si nuptiae quacunque de causa non secutae sint*, aut spes illarum intercepta fuerit, sine culpa donatoris, *L. 10. D. de condict. caus. dat. caus. non secut.* Eodem iure etiam in *dotibus* vitimur, ut si mulier illi, cui nuptura est, pecuniam dederit, nuptiis non secutis, pecunia, quae iam *sine causa* apud sponsum eiusque heredes manet, *conditione* repetatur, *dict. L. 10. D. de condict. caus. non secut.*

Alii, *conditione ex Lege III. C. de sponsal.* adeoque propria & singulari actione arrham repetendam iudicant <sup>5)</sup>. Alii *conditionem sine causa* donatori concedendam esse tradiderunt. Quibus non valde repugnauerim, parum sollicitus, quo nomine actio veniat, dummodo arrhae sponsalitiaie repetitio detur donatori. Neque tamen opus est, ut ad *conditionem sine causa vel conditionem ex lege* singularem recurramus, quum *communia* remedia suppetant, quibus arrha aut vindicari possit, aut condici.



<sup>5)</sup> *QVIRINVS SCHACHER.* in colleg. Paric. ad Lib. XXIII. Tit. 1. pag. 240.

XCV.

THESES IVRIS CIVILIS ET GERMANIC  
DE  
PRAESCRIPTIONE IMMEMORIALI.

VITEMBERGAE, AD DIEM XXIII MARTII MDCCCLIV.

I.

Si quaeritur, an rei & facti memoria exstet, non de sola hominum memoria quaeritur, an quis illius meminerit. Caduca enim est memoria, & potest accidere, ut nemo meminerit, quo tempore aliquid gestum sit. L. 28. D. de probation. & praesumpt.

II.

Memoria rei vel facti non exstare dicitur, si nullo modo probari possit, quando aliquid factum sit. L. 28. D. de probation. & praesumpt.

III.

Igitur, si quis prouocet ad praescriptionem immemoriam, & asserat, actus contrarii memoriam non exstare, non necesse est, ut aduersarius testes producat, qui actus contrarii meminerint, sed sufficit, si per instrumenta fide digna probari possit, actus contrarii memoriam exstare. IOANNES PETR. a LUDWIG in Commentar. ad Aur. Bull. Tit. 1. §. 1. Tom. I. p. 767. Ita thesaurus dicitur vetus depositio pecuniae, cuius memoria non exstat. L. 31. §. 1. D. de A. R. D. Sed hic tamen restituendus est domino, si ex schedula adiecta appareat, quis deposuerit.

IV.

Etiam instrumenta, in primis publica, dicuntur memoriae. Ita A. GELLIUS ait, in veteribus memoriis scriptum esse, Lib IV. Noct. Atticar. cap. VI. Hinc monumenta, quae in sepulchris exstant & nomen defuncti ostendunt, memoriae appellabantur, GRUTER. in Corpore inscription. Tom. II. pag. 827. num. 8. Ideoque minus recte asseritur, quod memoria non exstet, si ex documentis initium aut actus contrarius proberur, quamuis testes initii aut actus contrarii plane non meminerint. Non obstat L. 6. C. de religios.

V.

Instrumenta conscribuntur, ut, quod actum sit, per ea facilius probari possit, L. 4. D. de fide instrumentor. Hinc fortior est probatio ex instru.  
Fasc. XI. E



strumentis, quae fide digna sunt, quam si aliquid probetur per testes, qui facilius corrumpi possunt, et quorum memoria interdum multis causis decipitur. *L. 10. D. de probat. et praesumption. et L. 31 C. de donat. m. §. 16. I. de inutil. stipulat. et L. 134. §. 2. D. de V. O.* Certe luculenta instrumenta non minorem vim habent, quam testes, *L. 15. C. de fide instrument. etc.* Non obstat *Lex 3. §. 3. et 4. D. de testibus*, ubi de nudis testimoniis agitur.

## VI.

Cum asseritur, memoriam contrarii non existare, immemorialis praescriptio efficaciter opponitur, modo probetur *opinio communis*, quod actus contrarius non extet, et illa opinio neque per testes, neque per instrumenta refelli possit. *L. 28. D. de probat. et praesumpt.*

## VII.

PAVLLVS quidem *per testes* probari ait, quod memoria non extet, si testes dixerint, se neque audiuisse, neque vidisse, quod aliquid factum sit, neque ex iis audiuisse, qui vidissent, aut audiissent, *L. 28. de probat. et praesumpt.* Sed idem PAVLLVS non excludit alias probationes, quibus contrarium doceri possit.

## VIII.

Ius Civile praescriptionem immemoriam per *testes* probatam, tantum in causis leuioribus admittit, in quibus non refert, difficili & operosa probatione ius suum deducere. Exempli gratia, si disceptatur de purgatione fossae aut de aqua pluvia arcenda, *L. 1. §. 23. D. de aqua & aqua plu. arcend. L. 2. §. 4. & 8. L. 23. §. 2. in fin. D. eod. & L. 28. D. de probat. & praesumpt.* In his enim satis est, si testes non meminerint, neque audierint ex aliis, quod aliquid factum sit. Sed in arduis causis *plenior probatio* desideratur.

## IX.

*Testes*, qui dicunt, se non meminisse, neque ex aliis aliquid audiuisse, reuera sunt *negantes*, ideoque in rebus magni momenti plenam fidem non faciunt, nisi de actibus positivis simul aliquid affirmant. MYSINGER *Cent. 1. obseru. 30. CARPL. Part. I. Const. 16. def. 74. n. 16. sequ.* DE LEYSER *Medit. VII. Specim. CCCCLX.*

## X.

In probatione immunitatis non sufficit, si testes non meminerint, quod tributa ab aliquo soluta sint, daß er je in Menschen Gedächtniß in des Reichs Hülfen contribuirt, sed desiderantur alia argumenta libertatis, quibus illa praesumptio confirmetur. *Recess. Imper. Augustan. de ao. 1548. §. 54. 56. 63. & 64.*

## XI.

Praescriptio immemorialis per testes probata praesumptionem iuris parit, quae possessoris causam commendat, ipsumque liberat ab editione tituli *cap. 1. de praescript. in 6to.* Non tamen probationem contrarii excludit.

## XII.

Nemo potest sibi ipsi causam possessionis & titulum mutare. *L. 2. & 7. §. 6. C. de praescriptione 30. vel 40. ann. L. 8. C. de usufructu. Constit. Elector. Sax. 40. Part. II.* Itaque, si ex documentis probari possit, quid ab initio gestum sit, cessat praescriptio immemorialis contrarii tituli, quamvis testes initii non meminerint.



## XCVI.

## DISSERTATIO

## DE

F I L I A V I D V A  
AD PATREM REVERSA.

AD LEGEM XII. D. DE ADOPTION. ET EMANCIPATION

VITEMBERGAE, DIE MAII MDCCCLIV.

*Lex XII. D. De adoption. & emancipation.*

VLPIANVS, Lib. XIV. ad SABINVM:

Qui liberatus est patria potestate, is postea in potestatem honeste reuerti non potest, nisi adoptione.

## §. I.

**H**aud ita pridem mense Decembri superioris anni Collegio Ictorum Vitembergenſium proponebatur, uxorem viduam, quum, mortuo marito, creditores eius conuolarent & venditionem praediorum postularent, praesente & probante patre suo, ad quem, soluto matrimonio, reuerſa erat, pro hereditate mariti mortui, interceſſiſſe. Vxor vidua, diſſipato patrimonio, *Species ſingu- laris propo- nitur. Filiae viduae & de- vertae ad pa- trem reu- rntur.*

E 2

nio, non multo post mortem mariti ipsa etiam bonis lapsa, creditores ad agendum & liquidandum, quod dicunt, prouocauerat. Mariti creditores solutionem ab vxore vidua frustra exigebant. Haec enim fidem S<sup>C</sup>ti Velleiani inuocabat, quia neque renunciauerat huic beneficio, neque *curatorem sexus* adhibuerat intercessioni. Creditores *auctoritatem patris*, quo praesente vxor vidua pro marito mortuo intercesserat, sufficere arbitrabantur. Respondebat vxor vidua, se olim ex patris *potestate exiisse*, hinc obligationem sine curatore sexus contrahi non potuisse. Sed instabant creditores, & filiam. soluto matrimonio, ad lares paternos reuersam, *in patris potestatem recidisse*, illoque consentiente efficaciter pro marito mortuo interuenire potuisse, obrendebant. Nobis quidem visum est, repellendos esse creditores, quum inutilis esset illa mulieris intercessio. Filia enim vidua, quamuis ad patrem reuersa, *sui iuris esse* iudicabatur. Digna res visa est, de qua diligentius a nobis exponatur.

Neque enim raro hoc accidit, vt filiae, vel repudiatæ, vel desertæ, vel quomodocunque a marito diuulsæ atque in magnas calamitates delapsæ, ad *patrem*, quasi ad anchoram, confugiant, atque sub eadem umbra, in qua procreatæ & enutritæ sunt, quiescant. Europe illa famosa, si HORATIO FLACCO fides est, quum non inueniret tutum fugæ consilium, tandem *patris* fidem inuocauit:

— — — — Pater o relictum

Filiae nomen, pietasque, dixit,

*Victa furore! a)*

Tiberius Nero, quum audiuisset, Iuliam vxorem suam adulterii damnatam, ipsique repudium suo nomine, auctoritate Augusti, missum esse, officio suo conuenire duxit, filiae *patrem* frequentibus literis exorare, vt eam reciperet, ne ab omnibus deserta videretur *b)*. Notissimi sunt illustrium familiarum casus, quibus coactæ *filiae* a maritis reiectæ & dimissæ ad lares paternos redierunt. Ille quidem apud PLAVTUM, ad quamcunque fortunam confidentiori animo accedit, quia

*Est ipsi auxilium in patre c)*

& quia portum aliquem nouit, in quem se recipiat, si qua maior tempestas fuerit coorta. Certe si patris seueritas repugnet, matres filiabus adiutrices & auxilio esse solent in paterna & mariti iniuria *d)*. Ipsa enim natura illas videtur inuitare, vt, si aliud consilium non videant, ad *origines* suas reuertantur.

a) HORAT. Lib. III. Od. 27. v. 34. sq. b) SVETONIUS in vita Tiberii c. 11.

c) PLAVT. in Amphitruone prolog. v. 92. & Act. I. Sc. I. v. 5. d) TER-  
RENT. in Heaut. Act. V. Scen. 2. v. 38.

tantur, & a quibus spiritum & sanguinem duxerunt, ab his in rebus turbidis auxilium expectent.

Licentia diuortiorum, quae vsque ad saeculum XII. in Germania durauit, quum ipsi principes de causis sui diuortii cognoscerent, effecit, vt frequentius redirent vxores ad parentem. Carolus M. Desiderii, regis Longobardorum, filiam suo arbitrio dimisit e). Henricus Auceps Harheburgim ex causa voluntaria repudiavit f). Fridericus I. Adelheidam quoque dimisit. Nota etiam est Henrici Leonis seueritas, qua in vxorem vsus est, vt illam a suo consortio seungeret. Haec necessitates coegerunt illustres etiam feminas, vt ad patrem confugerent, a quo profectae erant, nisi malent monasteriis & claustris contineri.

Sed ista iam attingere non vacat. Non tamen perdemus operam, si expediuerimus potius, quo iure utantur filiae apud patrem, ad quem, soluto aut perturbato matrimonio, viduae & destitutae redierunt.

## §. II.

Facilius intelligetur, quo iure filiae, soluto matrimonio, apud patrem versentur, si tradiderimus, quo loco ante, quam nuptias contrahunt, in familia paterna habeantur. Romani quidem olim, quum ante L. Iuliam & Papiam non satis foecunda essent matrimonia, & ciuitas vix hominis aetatem duratura esse videretur, studio immortalitatis, filios & omnes personas, per virilem sexum coniunctas, in plerisque causis, filiabus praetulerunt. In familiae enim perpetuitate, quae per masculos propagatur, magnum versari momentum reipublicae, arbitrabantur. Ita in exheredatione liberorum placuit antiquitati, filios nominatim vel heredes institui, vel ab omnibus gradibus excludi; filiae inter ceteros & quasi in folle, exheredari poterant & sine vitio supremae voluntatis praeteriri. Hoc vnum desiderabatur, vt appareret, non per obliuionem, sed vero iudicio filias neglectas fuisse a parente. Hinc si legatum filiabus reliquisset pater, quamuis in heredum institutione ipsas non commemorasset, silentium patris pro exheredatione habebatur. §. 1. I. de exheredat. liberor.

Filias in familia paterna interdum filius praefertur, & iura quaedam retinent post nuptias contractas. Patria potestas in filias modo laxior modo restrictior, quam in filios.

Parentes igitur, qui in supremis tabulis immortalitatem nominis & familiae in primis cogitabant, facilius negligere poterant filias, quam masculos heredes. Sed, etiam durante patria potestate, inter viues, non tam solícite filiarum rationem habendam esse censuerunt. Certe ex XII Tabularum praeceptis, filios ter vendere licebat, vt post primam & alteram venditionem reuenterentur in patris potestatem, & tertium venditi, ex pacto fidu-

e) EGINARD. in vit. Carol. M. apud Freher. p. 439. f) DITM. restit. Lib. I. p. 324. apud Leibnit.



fiduciae, remancuparentur patri ab emtore. Cauebant enim, ne filii, quorum salute spes posteritatis maxime continebatur, in perpetuum, omnibus vinculis dissolutis, a patribus seiungerentur. Sed GAIUS <sup>g)</sup> atque ULPIANVS <sup>h)</sup> docent, aliud in filiabus obseruatum, quae una emancipatione in perpetuum e patris potestate exierunt, quum non referret, illas in familiam reuerti.

Magis ad institutum nostrum pertinet, ut de matrimoniis dispiciamus. Et filius quidem, quem sperabant post mortem patris caput familiae futurum, cogi non poterat a patre, ut nuptias contraheret, sed propria & expressa voluntatis declaratione, iussu parentis praecedente, uxorem & sponsam eligebat. Generaliter TERENCEIUS CLEMENS, non cogitur, inquit, filiusfamilias uxorem ducere, L. 21. D. de ritu nuptiar. nisi facto luctulento, libertate sua usus, parentis voluntati obsequatur, quod CELSVS obseruauit. L. 22. D. eod. Non ita solícite filiarum consensus a veteribus est exploratus, quae, teste IULIANO apud PAVLLVM, creduntur semper patri consentire, nisi euidenter dissentiant, quum silentium filiarum facilius pro consensu libero accipiatur. L. 7. §. 1. D. de sponsal. Abscisse etiam HONORIVS & THEODOSIVS, filiam, in sacris paternis constitutam, non suo, sed patris arbitrio nubere affirmant. Tunc vero, si sui iuris & intra vigesimum quintum annum constituta fuerit, ipsius etiam filiae assensum explorari voluerunt. L. 20. C. de nuptiis.

Itaque apparet, laxiorem parentum in filias, quam in masculos, fuisse potestatem, in quaerenda conditione nuptiarum. Immo vero pater nuncium remittere potuit sponso filiae, in sua potestate constitutae, ut sponsalia distraherentur, quum totum hoc negotium arbitrio parentis regi videretur. L. 10. D. de sponsal. Praeterea imperatores ne quidem per nuptias primas, quamuis emancipatione subsecuta, ius patris in filias prorsus infirmari voluerunt. Viduae enim, intra quintum & vicesimum annum degentes, etiamsi emancipationis libertate gaudeant, tamen secundas nuptias, sine patris sententia, contrahere non possunt. L. 18. C. de nuptiis.

Vides, duriori vinculo potestatis filias teneri, & negligentius illarum voluntatem & consensum exquiri, ex iuris antiqui disciplina. Nolim tamen, existimes, exigui momenti filias in patris familia fuisse. Certe affectione & caritate patribus non minus, quam filii, coniungebantur, imprimis si ulli essent filii, & spes tota recumberet in filiabus. IULIVS AGRICOLA apud CORNELIVM TACITVM natam sibi, post filii obitum, filiam in pro-

g) GAIUS instit. Lib. I. T. VI. v. 3. apud Schulting. in Iurispr. Anteiustin. p. 59.  
h) ULPIANVS fragmentor. Tit. X. §. 1.

provincia cum sensu maximae iucunditatis suscepit, quum in illa & subsidium & solatium se inuenire iudicaret. Filiabus enim, si non essent filii superstites, curam domus vniuersae & totius familiae veteres plerumque commendabant. Audiamus VIRGILIUM MARONEM <sup>k)</sup> ita de Latini regis familia canentem:

*Filius huic, fato diuum, prolesque virilis*

*Nulla fuit: primaque oriens erepta iuuenta est,*

*Sola domum & tantas seruabat filia sedes.*

Has igitur & viuas in pretio habebant, & mortuas anxie & cum honoris significatione deplorabant. Hinc marmora, apud GRVTERVM, appellant *filiam* γλυκυτάτην <sup>l)</sup>, dulcissimam <sup>m)</sup> bene merentem, cuius ingenium aetatem excedebat <sup>n)</sup>, forma singulari, & moribus piissimis, doctrinaque supra legitimam sexus sui aetatem praestantissimam <sup>o)</sup>, vt ex illo parentum luctu intelligatur, non postremo filias loco in familia fuisse. M. TVLLIVS <sup>p)</sup> commemorat Lucium Paullum, qui, in bellum profecturus, quum filiolam suam tristiculam animaduertisset, quiescere non potuit, sed osculatus & arctius complexus est filiam & discedere noluit, nisi causam doloris ipsi exemisset.

Immo filiae praeferebantur interdum filiis, si miseratio sexus & affectio paterna illud postularet. Plerique veteris iuris conditores *filiabus furiosi* nuptias contrahere permiserunt, quum in filiis, sponsam petentibus, constitutum esset, ne possent ducere vxores, sine patris voluntate, ideoque illis olim exspectandum esset tempus, quo pater respiceret vel moreretur. L. 25. C. de nupt. Ita filias pudicitiae fauor liberavit, ne ob delictum noxae dederentur, quum magis fere per corpus filiae corpus patris periclitari videretur. §. ult. D. de noxal. action. sed facilius admissum, vt filii noxae dederentur ob delictum. Hoc PAVLLVS obseruauit <sup>q)</sup>. Forte ex hoc fonte defluxit, quod IVSTINIANVS credidit, veteres pubertatem filiarum ex solis annis aestimasse, quum masculi etiam inspectionem corporis pati cogentur. pr. I. quib. mod. tutel. finit. Hac de causa hortes populi Romani in *obsidibus* eligendis *feminas* maxime postulabant, vt parentes ipsarum, cogitatione pudicitiae, in filiabus magis terrerentur, ne desererent fidem, cuius sancienda causa obsides dabantur. Hinc magnam gratiam apud Romanos iniit Cloelia, quod impetrata potestate libe-

<sup>r)</sup> TACIT. in vita Agricol. cap. 6.

<sup>k)</sup> VIRGIL. Aeneid. Lib. VII. v. 22.

<sup>l)</sup> GRVTER. oper. Inscript. Tom. II. p. 1036. num. 8.

<sup>m)</sup> ibid. Tom. I.

p. 699. num. 14.

<sup>n)</sup> ibid. Tom. I. p. 684. num. 2.

<sup>o)</sup> ibid. Tom. I.

p. 690. num. 4.

<sup>p)</sup> CICER. de diuinat. Lib. I. cap. 46.

<sup>q)</sup> PAVLL.

recept. sentent. Lib. II. T. 31. §. 9.



liberandi obfides, quas vellet, in primis foeminas, easque impuberes, elegerit, quarum conditio & aetas apud hostem, iniuriae opportuna videbatur 7).

*Igitur non contemnebatur*

— — *magno patre nata puella,*

quod HORATIVUS FLACCUS adnotavit 8). Certe PAVLLVS monuit, senatoris filiam libertino, aut vilioribus personis non posse efficaciter coniungi, L. 16. pr. D. de ritu nuptiar. L. 42. D. eod. ut dignitas familiae in filiabus etiam custodiretur.

Praeterea SEVERVS & ANTONINVS praeceperunt, ut parentes filiabus conditionem nuptiarum quaerent & offerrent, & dotem constituerent. L. 19. D. eod. Certe ne quidem exheredare pater potest filiam, virginem vel viduam, LXXVRIOSIVS vinentem, si dotem & conditionem nuptiarum filiae non obtulit. Nouell. 115. c. 3. §. 11. Contra filii suo arbitrio & consilio uti debebant in vxore deligenda, modo consensus patris non negligerebatur. Non commemorabo filias patrum perduellium, quas mitius tractari placuit, quam filios, quia, propter sexus infirmitatem, minus ausurae videbantur. Itaque portionem legitimam ex matris hereditate retinebant filiae, quam legis seueritas perduellium filiis omnino subtrahebat. L. 5. §. 1. & 3. C. ad L. Iuliam maiest.

Video, etiam Germanis placuisse, ut inter filias & filios perduellium discrimen aliquod admitteretur. Aur. Bull. Tit. 24. §. 6. Venio igitur ad Germanos & reliquas gentes, quae Romanorum instituta ignorarunt. Thraces quidem filias plerumque neglexerunt, quum non traderentur viris a parentibus, sed vel locarentur, vel publice venderentur eis, qui maiori pretio illas in foro redimebant. Ita POMPONIVS MELA tradit 9).

Germani, quam diu militiae dediti fuerunt, maius robur familiarum illustrium in filiis, quam in filiabus, esse crediderunt. Illis enim possessionem & regimen terrarum atque praediorum, quibus diuitiae veterum continebantur, commodius, quam filiabus, tradi posse intellexerunt. Feuda maxime, non solum regalia, sed etiam minora, feminis exclusis, ad filios duntaxat peruenire voluerunt. Ita, apud Saxones, constitutum, es vererbet niemand kein lehn, denn allein der Vater auf den Sohn, Sächs. lehn-Recht cap. 21. donec affectione filiarum obtinuit, ut feuda impropria constituerentur, in quibus etiam feminis locus aliquis relinqui posset.

Illud

7) LIVIVS Lib. II. cap. 13.

8) HORATIVUS Lib. I. Serm. Satyr. 2. v. 72.

9) POMPON. MELA de situ orbis Lib. II. c. 2.



Illud ab antiquissimis temporibus receptum, vt *dotem* acciperent filiae ex feudo, non solum ex nouo, sed etiam auito. Certe, si pater dotis causa aēs alienum contraxisset, illud placuit ad feudi onera referri, vt omnibus successoribus necessitas illius debiti soluendi, quamuis non consenserint, imponeretur. *Const. Elect. Sax. XLVI. Part. II. & Const. inedita II.*

Maxime vero propter *affinitatum* spem & splendorem, magnum apud Germanos momentum illustris familiae in *filiabus* positum fuisse, obseruamus. Hinc nunquam probauerunt inaequalia matrimonia, vt, ademia eligendarum ignobilium potestate, suas quisque *filias* digno matrimonio collocare posset. Quapropter vasallus dominum grauissima iniuria affecisse celebatur, qui *filiam* eius, vel neprem, vel sororem, quae in domo eius mansisset & adhuc in *capillo* esse diceretur, *stupro* cognouisset. Hoc enim Germani a Longobardis didicerunt. *1. F. 5. pr. 2. F. 24. §. 2.* Immo si quis per mendacium gloriatur, se *filiam* alterius *stupro* contaminasse, haec atrocissima iniuria habetur. *Const. Elect. Sax. XLV. Part. IV.*

Generaliter AVGVSTVS apud SVETONIVM obseruauit, masculos plerumque negligi ab externis gentibus, si *filios* suos obsides dedissent, ideoque nouum genus obsidum, *filiis* a quibusdam gentibus accipere maluit, vt cogitatione pudicitiae & periculi, in quo filiae constitutae essent, facilius in fide & amicitia retinerentur <sup>u)</sup>). Ex quo loco intelligitur, plerasque gentes non exiguam sollicitudinem pro *filiabus* suscepisse. CORNELIUS TACITVS obseruat, Germanorum pietatem non in *filiabus* tantum substitisse, sed longius porrectam ad reliquos cognatos. Inprimis *filios sororis*, aut eodem honore apud auunculum fuisse, quo apud patrem habeantur. Quidam enim sanctiorem arctioremque hunc nexum sanguinis arbitrati sunt, & in accipiendis obsidibus eos magis exegerunt, quasi illi & animum firmiter & domum latius tenerent <sup>x)</sup>). Neque vero hoc nouum, neque sine exemplo factum est. MODESTINVS enim monuit, pietatis affectionem praesumi in auunculo, qui sororis *filiam* aluerit, vt familiae & cognationis honori per sororis *filiam* prospiceretur. *L. 27. §. 1. D. de negot. gest.*

## §. III.

Satis, credo, expediuimus, neque a Romanis, neque a maioribus nostris *filiis* neglectas, sed magno illas in pretio fuisse, quam diu manserint in familia paterna. Magis autem attinet inuestigare, quo loco *viduae filiae*

<sup>u)</sup> SVETONIUS in vita Augusti cap. 21. cap. 20.

Fasc. XI.

<sup>x)</sup> TACITVS de Mor. German.

F

*Odiosa fuit redintegratio patriae potestatis post matrimonium filiae viduae. Haec non potuit honeste*



*reuerſi ſine  
adoptione.*

apud parentem fuerint, quae, *ſoluto matrimonio, ad patrem rediſſent.* Nimirum *viduam* filiam hoc loco appellamus, quae in matrimonio a parente collocata, ſoluto illo conſortio, ſine marito, cum quo antea coniuncta fuerat, vitam degit, atque ad patrem confugit, vt ſub eius umbra deliſceat. Olim iam exploſa eſt *LABEONIS* ſententia, qui non ſolum eam mulierem, quae aliquando nupta fuit, ſed virginem etiam, quae nunquam maritum habuit, *viduam* appellat *L. 242. §. 3. D. de V. S. 1).* Virgines enim viduas, quae nunquam ex ſacris paternis abierunt, certum eſt, ſub poteſtate patris eſſe, donec in matrimonium a patre collocentur. Nobis autem de *vidua* ſermo eſt, quae nupta fuit, & ſoluto matrimonio, reuerſa ad parentem. Ante omnia vero obſeruandum, quod pater, filiam vxorem, inuito prorfus marito, diuertentem atque ad lares paternos redeuntem retinere & in poteſtatem recipere non poſſit, ſed ad illam exhibendam interdico compellatur. Eleganter *HERMOGENIANVS* comprobauit, patrem de vxore filia exhibenda conueniri poſſe a marito. *L. 2. D. de liber. exhibend.* Certe ſi *VLPIANO* obſequimur, matrimonia non turbari debent a parente, obtentu poteſtatis, ideoque patri, qui filiam vxorem retinet, perſuadendum eſt, ne acerbe vtatur poteſtate ſua, ſed vt filiam vxorem relinquat in matrimonio mariti. *L. 1. §. 5. D. eod.* Ne quis dubitare poſſit, aperte *DIOCLETIANVS* rem definit, neque patitur, vxorem filiam a parente retineri, ſed illam marito exhiberi iuber, inprimis ſi haec malit in matrimonio manere. *L. 11. C. de nupt.*

Nullum igitur certum ſuffugium vxori viduae in laribus paternis, ſi durante matrimonio, ſine iuſta cauſa, a marito reuerſa fuerit ad patrem. Sed quid dicemus, ſi *ſoluto matrimonio* maluerit in gremium patris conuolare? Admonendum eſt autem, *plerasque filias* a ſacris parentis diſceſſiſſe & in mariti familiam tranſiſſe, inprimis ſi per conſarreationem aut coemtionem nuptias, iubente patre, contraxiſſent. Immo vero generaliter, quoties vxor *in manum & poteſtatem* mariti conuenerat, vt tanquam materfamilias in domo mariti verſaretur, liberata videbatur a patris poteſtate, quod *A. GELLIVS* obſeruat <sup>2)</sup>. Hinc mariti iudices domeſtici vxorum, in quibus pater nihil iuris habere videbatur, ſolis propinquis conuocatis, ſententiam dixerunt <sup>a)</sup>. Hoc enim etiam apud Germanos frequentatum eſt, qui marito poenam adulterae vxoris permiferunt, vt coram propinquis, domo eiecſtam

<sup>1)</sup> vid. *ALCIATVS* ad *L. 242. §. 3. D. de V. S.*      <sup>2)</sup> *GELLIVS* Noct. Att. Lib. 18. c. 6. vid. & *Iacob. Baenardus* ad LL. XII. Tab. c. XXI. oper. Tom. I. p. 98. ſeq.      <sup>a)</sup> *TACIT.* Annal. Lib. XIII. c. 32. *Sueton.* in vita Tiber. c. 35. vid. Collatio LL. Moſaicar. Collat. XVI. §. 2. item Collat. IV. 2. apud *Schulſting.* in *Iurispr. Anteuſt.* p. 789. ſeq. item *Vlpian.* in fragm. Tit. IX. & XI. it. *Dion. Halicarn.* L. II. p. 95.

eiectam & nudatam, per omnem vicum verberibus ageret & crinibus abscillis infamia notaret <sup>b)</sup>).

Filiae igitur, quae in manum mariti conuenerant, exsoluebantur potestate patria, relictis laribus paternis. Hinc **MODESTINVS**, post nuptias contractas, tradit, domum & domicilium a filia mutari. *L. 32. D. ad municipalem.* Si dubies de mariti potestate, cogita, nuptias, per coemtionem contractas, remanicipatione dissoluendas fuisse, quod **SEXTVS POMPEIUS FESTVS** comprobauit <sup>c)</sup>, sed non poterat remanicipari vxor, nisi quae fuisset in potestate & mancipio mariti. Praeterea *usurpatione* interdum liberabatur vxor a mariti potestate, si non per annum integrum in matrimonio mansisset, sed per trinoctium, primo anno, abfuisset a marito <sup>d)</sup>. Ex quo intelligitur, etiam in nuptiis, quae *usu contractae* erant, maritum *usucapionis* iure, si illa per *usurpationem* trinoctii non interrupta esset, potestatem in vxorem, more *Quiritum*, acquisiuisse. Nolo verbosus esse in re manifesta. **VLPIANVS** enim certissimus auctor est, vxorem, per in manum conuentionem capitis deminutionem pati & mutare statum familiae paternaе <sup>e)</sup>. Opportune **NONIUS MARCELLVS** monet, filias, quae nupsent, ad domos maritorum transiisse, ideoque dici, sponsas *innubere*, hoc est, e familia paterna transire in mariti potestatem <sup>f)</sup>.

Vides, exiisse filiam ex patris potestate, quae per conuentionem in manum translata est in familiam mariti. Quomodo igitur dicemus, reuerti filiam in patris potestatem, matrimonio soluto? Luculenter **PAVLLVS**, vinculum semel *dissolutum restitui non posse*, iudicauit, *L. 98. §. 8. D. de solution.* quod **PAPINIANO** etiam placuit. *L. 66. §. 1. D. de legat. 2.*

Solo igitur *reditu* & facto suo filia vidua non potuit reuerti in patris potestatem, si semel a patre fuit liberata. Odiosa fuit Romanis ea leuitas animi, qua illud *redintegratur*, quod semel consilio deliberato distractum est. Hinc **PAVLLVS** obseruauit, etiam filium adoptatum, si semel emancipatus sit, non posse per nouam adoptionem *reduci* in patris adoptiui potestatem. *L. 37. §. 1. D. de adoption.* In illis dumtaxat negotiis quae *mero consensu* absoluuntur, tacita voluntate *redintegrari* potest, quod facto aliquo infirmatum est. Hinc **IULIANVS** & **MARCELLVS** nuptias, quas consensus facit, *redintegrari* & renouari credunt, si, parentibus consentientibus, mulier ad eundem virum, dote nondum reddita, post

F 2

modi-

<sup>b)</sup> **TACIT.** de Mor. Germ. cap. 19.

<sup>c)</sup> **FESTVS** de verb. sign. in voce: *re-*

*mancipata.*

<sup>d)</sup> **GELLIUS** Noct. Attic. Lib. III. c. 2.

<sup>e)</sup> **VLPIAN.**

in Fragm. Tit. XI. §. 13.

<sup>f)</sup> **NONIUS MARCELLVS** cap. 2. ex edition. **Ge-**

thofred. p. 554.



modicum temporis intervallum, rediisset. *L. 18. D. de ritu nuptiar. & L. 33. D. eod.* Sed quamvis redintegretur matrimonium, muliere reuerfa ad maritum, noli tamen ex matrimonio argumentum ducere, quod *patria potestas* semel dissoluta, solo filiae viduae reditu, *redintegretur*. Nimirum potestas patria non *consensu* acquiritur, sed vel *natura*, si proles ex legitimis nuptiis nascatur, vel *adoptione & solemnitate*, quod *MODESTINVS* adnotauit. *L. 1. pr. D. de adoption.* Haec talia solo consensu renouari non possunt, sed semel dissoluta nouam solemnitatem aliquam aut iuris fictionem desiderant, vt iure plenissimo restituantur. Recte igitur *VLPPIANVS* illum, qui semel a patria potestate liberatus est, negauit, *in potestatem honeste reuerti posse, nisi per adoptionem. L. 12. D. eod.* Expediti autem iuris est, adoptionem non mero consensu, sed vel principis iussu, vel auctoritate magistratus sustineri. *L. 2. pr. D. de adopt.* Quae quum ita sint, dicemus, filiam viduam, soluto matrimonio reuersam ad parentes, iure civili non recidisse sub patris potestatem, nisi adoptionis vinculo potestas patria resuscitata fuerit. Placuit enim, etiam feminas in locum filiae, imperio magistratus, aut principis rescripto, adoptari posse, *L. 21. D. eod.* quamuis olim, teste *VLPPIANO*, feminae in comitiis per populum arrogari non potuisse videantur *g*).

## §. IV.

*Filia vidua ad patrem reuerfa iure postliminii non videtur, sed magis alumnae loco habetur.*

Satis diu te tenui. Sed nondum licet mihi discedere a civili iure prius, quam illis respondeam, qui filias viduas, ad patrem reuersas, *iure postliminii* in patriam potestatem rediisse, tradiderunt. Hi autem *IUSTINIANI* fidem inuocant, qui liberos, ait, *captos ab hostibus & reuersos, iure postliminii* recidere in patris potestatem, quum fingatur, nunquam abfuisse, qui, captus ab hostibus, reuertitur in ciuitatem. *§. 5. I. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* Possit forte hoc quibusdam verisimile videri. Constat, familiam reipublicae imaginem omnino habuisse, quum *patria maiestas* *b*) efficeret, vt familia formam & speciem aliquam ciuitatis habere censeretur. Maiestas enim, quae patri tribuitur, pertinet ad propriam formam ciuitatis. Itaque familia est quaedam ciuitas, cuius membra sunt liberi. Praeterea dissimulari non potest, filias a sponfis *raptas* fuisse e gremio parentum, exemplo Sabinarum, quas Romani rapuerunt. *TITVS LIVIVS* certe auctor est, plerasque nuptiarum ceremonias imitatione raptus Sabinarum introductas & vsu posterorum frequentatas esse *i*).

Igi-

*g*) *VLPPIAN.* in *Fragm.* Tit. VIII. §. 5. *b*) *LIVIVS* Lib. VIII. c. 7. *i*) Idem Lib. I. cap. 9. *Festus* de V. S. voce; *rapi.*



Igitur videri posset, filiam viduam, quae per imaginariam captiuitatem ad maritum translata est, si postea ad patrem reuersa sit, iure postliminii in ciuitatem familiae, patrisque potestatem rediisse, quasi nunquam abfuisset.

Verum enim vero frustra ab his, qui in bello capti sunt, argumentum trahitur ad sponfarum imaginariam captiuitatem. Si quis ab hostibus captus esset, in *suspensio* erat ius ciuitatis & familiae, vt reuersus omnia reciperaret, quasi nunquam ciuitatem amisisset. Sed filia, nuptiis contractis, propter conventionem in manum prorsus a patris potestate liberatur, ad quam reueri non potest, nisi per adoptionem. *L. 12. D. de adoptione*. Nimirum *ducebatur* vxor a marito, *L. 15. D. de condit. & demonstr.* vt intelligeretur, illam, per conventionem in manum quasi *abductam*, ex patris potestate exiisse *k*). Ita Virgines Vestales, quasi *captae* a pontifice in imaginariam captiuitatem ducebantur, sed confestim in perpetuum a patris potestate, sine emancipationis ritu, liberatae censebantur *l*). Quapropter quum non *suspendatur* patria potestas per imaginariam captiuitatem, sed in perpetuum dissoluatur, filia vidua reuersa ius postliminii non habet, sed per adoptionem demum recipitur in patris potestatem. *L. 12. D. de adoptione*. Praeterea multum discriminis interest, inter illum, qui ab hostibus reuertitur in ciuitatem, & filiam viduam, quae, soluto matrimonio, ad patrem redit. Captiuus cum bonis omnibus & magna congratulatione bonorum omnium reuertitur in ciuitatem; filia vidua, contra spem & votum parentis, funesta familia, ad patrem confugit eiusque auxilium implorat. Qua de caussa non audemus fauorem captiuorum cum filiabus viduis communicare.

Itaque quum reuersa ad parentem nondum in potestatem patris redierit, censemus illam non *filiamfamilias* videri, quamuis a patre recepta sit, sed *quasi alumnam*, loco filiae in patris aedibus versari. *Alumnam* enim dicimus, quae a nobis alitur & educatur in familia, absque vinculo legitimae & perfectae potestatis. Ita PLAVTVS notauit prolem, quam quis

— — — — amicae suae

Dedit, vt educaret eam pro filiola sua *m*).

IUSTINIANVS etiam commemorat *alumnam*, quae loco filiae habeatur, quamuis iuribus filiae legitimis & domesticis non utatur. *L. 26. C. de nupt.* Denique VLPIANVS prohibuit, ne illa confestim *pro filia haberi* possit, quam iudex a patre alii & nutririi iussit, quum ex alimentorum praestatione non

*k*) vid. DEMPSTERVS ad Rosin. p. 177. cap. 12.

*l*) GELLIUS in Noct. Att. Lib. I. Seen. 3. v. 28.

*m*) PLAVT. in Cistellar. Act. 2. Seen. 3. v. 28.



non recte iudicemus, illam, quae alitur, in nostra potestate esse. *L. 10. D. de his, qui sui vel alien. iur.*

## §. V.

*Geruani no-  
luerunt fili-  
as viduas ad  
se reuerti,  
hinc orta do-  
talitia. Sepa-  
rabantur fi-  
liae nuptae.  
Solut conui-  
ctus non pa-  
vis potesta-  
tem.*

Venio ad maiorum nostrorum instituta. Hi quidem *de filia in matri-  
monium collocata semel* transigere volebant <sup>u)</sup>. Ideoque contra spem & votum parentis accidebat, si filia vidua ad lares patrios rediret, quam *sepa-  
ratis rationibus* uti in posterum voluerat, ne reliquis liberis, quibus non dum prospexerat, spes hereditatis imminueretur. Non ignorabant hoc mariti, ideoque in pactis dotalibus liberaliter consulebant vxoribus, quas in societatem laborum & periculorum cooptauerant. Hinc forte orta *dotalitia*, *Witthum, Leibzucht, Leibgedinge*, etiam in illustribus familiis, vniuersali Germaniae consue tudine recepta, ne vxor egeret post obitum mariti, aut dotem ac donationem propter nuptias repeteret, cum magno incommodo familiae & successorum <sup>o)</sup>. Ita cauebant, *ne vxor vidua ad parentem reuerti cogere*tur. Haec iura dotalitii olim incognita Romanis, quorum vxores plerumque segnes & desides mariti bona luxu dissipabant & nugis impendebant. Hac de causa marito mortuo olim duntaxat dotem repetebant, donec ipsis ab imperatoribus pars aliqua hereditatis assignata. Contra, vxores Germanorum, sociae periculorum & laboris, augebant patrimonium mariti, ideoque merito in communionem aliquam admittebantur, & partem praediorum & fructuum post mortem mariti retinebant. Interdum tamen ipsae vxores, viuis maritis, si non bene cum illis conueniret, aut hi, militiae & peregrinationibus dediti, diutius abessent, maluerunt ad suam originem reuerti <sup>p)</sup>.

Haec igitur, si reuersae fuerint, non poterant ad ius familiae & communionem bonorum paternorum, a qua discesserant, redire. Enim vero *coëmebantur* vxores & mariti <sup>q)</sup>, ut appareret, quasi *mancipatione* facta, dissolui ius patrum, & filiam nubentem non ad domum patris, sed mariti pertinere.

Francorum filiae ex lege Salica subinde cum multis cerimoniais a familia paterna se abdicabant & maritum sequebantur <sup>r)</sup>. Plerumque illis cum dote pars aliqua bonorum assignata. His rebus contentae esse & hereditate paterna abstinere, vel si malent cum reliquis liberis succedere, omnia reddere atque ad communem hereditatem conferre iuebantur <sup>s)</sup>. CARO-

LVS

<sup>u)</sup> TACIT. de mor. Germ. c. 19.

Bull. Tit 25 §. 5. p. 548.

<sup>o)</sup> vid. IO. PETR. & LUDWIG ad Aur. Bull. Tit 25 §. 5. p. 548. <sup>p)</sup> vid Capit. Pipini anni 752. c. 11. apud Baluzium Tom I. p. 164. & Heinecc. iur germ. Lib. I. Tit 14 § 326. Tom. I. p. 269.

<sup>q)</sup> vid NICOL. HIERON. & GUNDLING de emtione vxor §. 3. p. 1. & Praesid. Dissert. de arrha a sponsae hered. restit §. 9.

<sup>r)</sup> Lex Salica Tit. 63. apud Lindenb. 19. p. 342. <sup>s)</sup> ius prouinc. Sueti. Cap. 382.



Lvs IV. in aurea bulla, haec bona, quae filiabus nubentibus dantur, emancipationes appellauit, id est, bona, quae liberis emancipationis causa tribui solebant, vt se ipsi pascere & deserere parentis donum \*).

Saxones etiam non alieni fuerunt ab illis institutis. Cogitur enim pater filiae nubenti *bona materna* & aduentitia restituere, er soll ihr, wenn sie sich von ihm absondert, ihr sämtlich mütterliches Gut überlassen und wiedergeben. *W. Lib. I. Art. 11.* Praeterea, si filias a se prorsus separare velit, *partem bonorum illis assignat* pater, quibus se alere possint cum marito & *post obitum mariti.* Non raro etiam filia in iudicio renunciabat paternae hereditati, post illam *separationem.* Immo vero si non renunciasset, ad iudicium familiae eriscundae non admittebatur, nisi omnibus bonis redditis, quae pater, separationis causa, ipsi attribuisset. Sondert ein Vater seine Tochter mit ihrem Gute ab, will sodann die verheyrathete Tochter an ihre unausgestattete Schwester Anspruch machen, so muß sie alle das Gut, womit sie abgesondert worden, in die Theilung bringen. Hätte sie auch auf ihr völliiges Erbtheil daran Verzicht geleistet, so soll sie dessen entbehren u. *W. Lib. I. Art. 13.* Eiusdem moris vestigia obseruat *Serenissimus Elector Sax.* qui filiae, si iureiurando interueniente, hereditati paternae, parte bonorum accepta, renunciauerit, actionem denegat aduersus coheredes, quamuis pater postea dicatur locupletior factus esse. *Const. Elect. Sax. XXXV. Part. II.* Generaliter etiam placuit, si liberi maiores *rationes suas* a parentibus *separauerint*, wenn die Kinder, so ihre mündige Jahre erreicht, von denen Eltern sich geschieden, *patriam potestatem dissolutam* esse, & liberos pro personis sui iuris in republica haberi, da sich Kinder, so zu ihren mündigen Jahren kommen, von dem Vater mit Anstellung ihrer eignen Haushaltung und Nahrung scheiden, daß alsdenn solches für eine Emancipation zu achten, und derselben Wirkung haben soll. *Constit. Elector. Sax. X. Part. II.*

Satis, credo, ex his intelligitur, Germanos, & Saxones imprimis, noluisse filiam in matrimonium collocatam & bonorum parte data separatam, marito mortuo, ad patrem redire aut iure condomini pristini in patris familia versari. Quae quum ita sint, caue existimes, quod *filia vidua*, ad patrem reuerfa, *iura filiae communia recuperet*, aut *recidat sub patris potestatem* u). In vtraque enim specie filia, si vel *separata* fuerit, bonorum parte accepta, vel tantum in mariti domum se contulerit, & separatam a patre oeconomiam instituerit, discessit e patris potestate, & priori casu ne quidem ad hereditatem patris redire potuit, nisi bonis omnibus, quae acceperat, collatis.

Forte

\*) Aur. Bulla Tit. 24. §. 7.

u) CARPZOV. Part. II. Const. 10. Defin. 2. & 6.



Forte possit aliquis dicere, tolli *separationem*, si filia, ad lares paternos reuerfa, atque a patre recepta, ad *conuictum* eius admittatur. Sed supra comprobauimus, illam, *quae alitur* & in conuictu nostro est, non credi sub nostra potestate constitutam esse, nisi patria potestas argumentis idoneis probetur. *L. 10. D. de his, qui sui vel alien. iur.* Sed luculenter Saxones constituerunt, filiam, bonis acceptis a familia seiunctam, non in patris familia sed *separatam* esse, quamuis *conuictu parentis* etiam postea utatur; es sendert ein Vater seine Tochter mit ihrem Gute ab, sie mögen sich in der Kost scheiden oder nicht, *rc. RN. Lib. I. Art. 13.*

Quamuis igitur filia vidua ad lares paternos redierit & in hospicio eius versetur & *conuictu* patris utatur, quasi filia, vt nihil discriminis inter ipsam & filias interesse videatur, tamen filia vidua, semel separata, in patriam potestatem non rediisse censetur, sed *sui iuris* erit, ideoque etiam *testari* poterit, & bona suo arbitrio administrare, sine patris interuentu, & cum ipso patre contrahere de rebus mobilibus, quum nullo potestatis vinculo contineatur. Desit enim *una persona* esse cum parente. Ex quo consequitur, quod nec ipsa *vfumfructum* bonorum suorum parenti relinquere cogatur. Extremo negotia, quae a muliere soluta *in iudicio, curatore sexus* adhibito, administrari debent, solius patris naturalis auctoritate, non recte perficiet filia, sed curatorem a iudice confirmatum adhibere iubebitur. Neque enim pater filiae emancipatae curam *sexus*, ipso iure, apud Saxones nanciscitur. Ciuili quidem iure pater *legitimus* tutor est, si liberos *impuberes* emancipauerit. *§. 6. in fine I. quib. mod. ius patr. pot. solu. & tot. tit. de legit. parent. tutel.* Sed hoc non trahendum est ad filias adultas, quarum bona non vt pater administrat. *L. 6. §. 2. C. de bon. quae liber & L. fin. §. 3. C. eod. Ord. Proc. El. Sax. Tit IX. §. 1. verbis:* vor Kinder, so noch in väterlicher Gewalt sind. Placuit enim filiabus adultis & solutis, postquam a patre digressae sunt, *curatorem sexus in genere* a iudice competente constitui, & nullam curatoris auctoritatem esse, nisi a iudice sit confirmatus. *Decis El. Sax LIX.* Hac de causa in specie, quam supra capite I. proposuimus, merito intercessionem vxoris viduae inutilem esse iudicauimus, quae, nullo curatore adhibito, patre duntaxat praesente, extra iudicium, pro heredibus mariti interuenerat, quum mulier soluta non possit intercedere, nisi admonita, in iudicio, explicatis beneficiis fideiussoribus, & curatoris *sexus* adhibita auctoritate. *Const. Elect. Sax. XVI Part. II.*

Ex his, quae adhuc disputata sunt, intelligitur, viduam, quae antea maritum secuta est, quamuis ad *patrem* redierit, ab eius potestate liberatam esse. Hac de causa dicendum est, quum solus patris conuictus potestatem non restituat, *adoptionis* vinculum requiri, vt honeste in patris potestatem reue-

reue-



reuertatur. *L. 12. D. de adoption.* Posset autem aliquis dicere, Germanos ignorare *solemnitates* veteris adoptionis, & in simplicitate naturae substituisse, quae liberos antea separatos, sed reuersos, videtur reuocare sub patris potestatem. Sed nihil moueor, quo minus credam, nostro etiam iure, filias viduas, semel separatas, non redigi sub potestatem patris, nisi interueniente legitima adoptione. Nimirum etiam in Saxonia expresse recepta sunt praecepta Romanorum in omnibus causis, vbi de patria potestate tractatur. *Sax. Const. Elector. X. Part. II.* Praeterea, etiam veteribus non prorsus incognita fuit solemnitas adoptio, a iudice subinde confirmanda. Saxones certe pacta successoria, quibus extraneo hereditas promittitur, seruari noluerunt, nisi in iudicio sint confirmata: Wenn sich einer Erbe zusaget, nicht wegen Auerwandschaft, sondern, als ob ihm solches versprochen wäre, das soll man vor Unrecht halten, es könnte denn erwiesen werden, daß das Versprechen vor Gerichte vollzogen worden sey. *W. Lib II. Art. 30. x)* Multo magis igitur, si non hereditas duntaxat, sed plena patris potestas recuperanda sit, auctoritas principis & superioris desiderabitur.

Ceterum hoc facile largior, filiam viduam nonnulla iura, quae alias patri, iure potestatis, competunt, *pactione* in patrem conferre posse. *L. 132. D. de V. O.* Ita nemo dubitat, quin vsumfructum bonorum aduentitiorum patri naturali possit concedere pro alimentis. Ipsum vero ius patrum, cum pleno effectu & cum vinculo vnitatis personae, nudo pacto non potest acquiri, nisi forma legitimae adoptionis obseruetur.

## §. VI.

In patris igitur potestatem filia vidua non reuertitur, nisi adoptetur. *Filia vidua L. 12. D. de adoption.* Neque tamen prorsus omni fructu caret *reditus ius sanguinis filiae viduae*, si, post mortem mariti, ad patris conuictum admittatur. Praecipue enim *ius domicilii paterni recuperat*, si translata sede fortunarum, ad patrem reuertatur. *PAVLLVS* quidem, viduam mulierem amissi viri domicilium retinere, ait, *L. 22. §. 1. D. ad municipal.* Sed hoc ita accipiendum est, si post mortem mariti persistat & maneat in domicilio mariti. Neque tamen *PAVLLVS* impedimento est, quo minus mulier vidua res suas & fortunas in locum alium transferre possit. Translata autem sede fortunarum, constat, domicilium mutari. *L. 27. §. 1. D. eod. y).* Vna species excipienda est, si adhuc *beneficiis viduarum* in domicilio mariti fruatur.

x) vid. HEINECC. in iur. german. Lib. I. Tit. 7. §. 152. sq. p. 116. y) vid. DE BERGER in oeconom. iur. Lib. IV. Tit. 4. §. 1. not. 7. & in E. D. F. pag. 119.



tur. Tunc enim videbitur *duplex domicilium* habere, vt etiam in foro mariti efficaciter conueniatur. *L. 6. §. 12. D. eod.* Sed quid dicemus, si pater foro *priuilegiario* utatur. Videamus, an filia etiam vidua ad patrem reuersa ad priuilegium fori, quod parenti competit, denuo admissa censeatur. Constat, priuilegium fori, academicum in primis, etiam cum liberis, qui in patris conuictu sunt, communicari <sup>2)</sup>. Itaque non dubito, quin vidua filia ad illud forum patris rediisse censeatur, atque etiam *curatorem* se- xus accipere possit a iudice priuilegiario parentis. Hoc enim summam rationem habet. Fori priuilegium patri conceditur, vt a potestate magistratus inferioris & communis, qui plebem plerumque durius coërcere solet, liberetur, ne conspectu licitorum & apparitorum intra lares suos terreatur atque perturbetur. Haec commoditas patribus subtraheretur, si liberi, qui in illorum conuictu sunt, a magistratu inferiori eiusque licitoribus terreri possent. Hoc si accideret, pater magis *per corpus liberorum* terreretur. *§. ult. I. de noxal. action. L. 1. §. 3. de iniur.* Igitur naturali rationi conueniens est, ne liberi in patris conuictu constituti, quamuis a potestate eius liberati, priuilegio fori paterni excludantur.

Certe iura sanguinis retinet filia vidua, quamuis sit emancipata, quum haec nulla ciuili ratione corrumpi possint. Itaque & heres erit patris, si accepta restituat & conferat, cum coherede diuidenda, nisi legitima ratione renunciauerit hereditati, vt supra a nobis obseruatum est.

Ex eodem *conuictus iure* deducitur, quod si pater in ius vocandus sit, filiae viduae citatio efficaciter insinuari possit. Nullum enim discrimen inter liberos, qui in conuictu sunt, admittitur. *Ord. Proc. Elector. Sax. Tit. IV. §. 2. verbis:* die Citation soll denen erwachsenen Kindern in finitret werden, neque dubitari potest, quin etiam filia vidua, quamuis emancipata, inter patris liberos adultos recte referatur.

2) DE BERGER loc. cit. §. 3. not. 5. p. 938.





## XCVII.

DISSERTATIO  
DE  
INTERCESSIONE  
PRO DEBITORE MORTVO.

AD LEGEM XXII. D. DE FIDEIVSSOR. ET MANDATOR.

VITEMBERGAE, DIE MAII CIOIOCCCLIV.

*Lex XXII. D. de fideiussoribus & mandatoribus.*

ELORENTINVS Lib. VIII. Institutionum:

*Mortuo reo promittendi, & ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest: quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium, & decuria, & societas.*

## §. I.

Vulgares amicitiae plerumque morte finiuntur. Qui diligentius colunt officia & bonae mentis studio ducuntur, illis, quod PLINIVS noster ait, sacrosancta est amicorum, etiam *demortuorum*, memoria <sup>a)</sup>. Malunt enim laudem constantiae tueri, & cauere, ne, quos *iudicio* amicos elegerunt, sola praesentis utilitatis cogitatione dilexisse videantur. MARCVS TVLLIVS <sup>b)</sup> Triarium suum, etiam *mortuum*, amavit, & liberis eius tutor fuit, & totam domum Triarii dilexit.

*Fideiussor pro mortuo honestissima est.*

Igitur bene meritum de genere humano arbitramur FLORENTINVM, qui *fideiussores* etiam pro *debitore mortuo* admisit, & non inutilem esse diligentiam amici iudicavit, qui, nondum adita hereditate, memoria pristinae conjunctionis, *mortui* fidem intercessione sua liberavit, L. 22. D. de *fideiussor. & mandator.* Neque vero sine exemplo FLORENTINVS *mortuorum* curam amicis commendavit, quos plerique veteres in deorum cura esse & illorum numine defendi crediderunt. Ita enim naufragus ille mortuus, apud HORATIVM FLACCVM, deprecatur, ne nauta ipsum negligeret, sed, ut cogitaret, deorum sibi iram imminere:

G 2

-- pre-

a) PLIN. Lib. VII. ep. II.

b) CICER. ad Atticum Lib. XII. ep. 28.



— — *precibus non linquar inultis,*  
*Teque piacula nulla resolvent c).*

Dici non potest, qua sollicitudine prospexerint magistri artis nostrae, ne *defunctus aliqua iniuria* afficeretur. *Praetor*, apud *VLP IANVM*, promittit, se iudicium eo nomine daturum, si quis negotium gesserit *mortui* amici, ne quis ex pietate sua damnum aliquod sentiret, *L. 3. pr. D. de negot. gest. L. 12. D. eod.* Hoc *PAV LLO* etiam placet, qui exactam diligentiam desiderat, in *mortuorum* negotiis administrandis *L. 13. D. eod.* Immo vero non meram negotiorum gestorum actionem imitamur, sed solutius aequitatem sequimur, si de illius pietate quaeritur, qui *mortui negotia*, ex communi voto bonorum omnium, suscepit, *L. 14. §. 13. D. de religiof. & sumptib. funer.* Eleganter *VLP IANVS*, alio loco, nihil admittendum esse, ait, quod ad defuncti *contumeliam* pertinere possit, ideoque eum, qui defunctum funeravit, ne quidem expensas recuperaturum esse, iudicat, si *sumptus modicus in contumeliam* hominis locupletis factus sit, qui cum significatione honoris inferri debuisset, *L. 14. §. 10. D. eod.* Haec est *memoria humanae conditionis*, quam *MODESTINVS* heredibus commendat, ne quid omnino faciant, quod cum contumelia defuncti coniunctum esse possit, sed ut potius deserant defuncti voluntatem, si quid testator praeceperit, quod ipsi *contumeliosum* esse videretur, *L. 27. pr. D. de condition. institut.* Audiamus *LAEONEM*, qui ad heredis officium pertinere credit, ne pateretur, ossa defuncti ex loco, in quem illata sunt, eiici, sine principis iussione aut pontificis decreto, sed ut *iniuriarum* actione eum conveniret, qui reliquias defuncti contrectasset, *L. 8. pr. D. de religiof. & sumpt. funer.* *IULIANVS* enim auctor est, adquiri actionem iniuriarum heredibus, si corpus mortui ab aliquo detineatur, aut fama defuncti laesatur, *L. 1. §. 4. & 6. D. de iniuriis.* Praeterea *PAV LLYS* & *HERMOGENIANVS*, hereditatem, ut indignis, auferendam esse, praeceperunt, qui iniuriam, qua defunctus ab aliis adfectus fuerit, inultam esse passi sunt. *Officiose* enim circa mortui vindictam agendum est, & pietatis officium deseruisse iudicatur, qui defuncti contumeliam neglexit, *L. 21. D. de his, quae ut indign. auf. & L. 20. D. eod.*

Noluerunt igitur veteres, *defunctis* impune iniuriam fieri, sed, memoriam eorum pie inuiolateque seruandam esse, censuerunt. Inprimis vero prospiciendum esse visum est, ut *fides mortuorum liberetur*, quorum cineres pollui credebant, si bona ipsorum, post mortem, a creditoribus distraherentur. Itaque *Lege Aelia Sentia* cautum est, ut liceret debitori obaerato, seruum, quamuis creditores inde damnum sentiant, heredem necessarium instituere, qui aes alienum defuncti exsolueret, aut bona eius suo nomi-

c) *HORAT.* Lib. I. Oda. 28. v. 33.

nomine venderet, ne defunctus iniuria afficeretur, *§. 1. I. qui & ex quib. causis manumitt. non poss. & §. 1. I. de hered. qualit. & different.*

Intolerabilis videbatur illa contumelia, si bona debitoris mortui, quasi decocta *fide*, a creditoribus, nomine defuncti, venderentur. Quapropter FLORENTINVS noster laudauit liberale fideiussoris ingenium, qui *pro debitore mortuo* intercessisset, ut macula & contumelia *defunctum* liberaret. Forte posset aliquis dicere, ridiculam & inanem fuisse veterum sollicitudinem, qua vindicarunt existimationem hominis mortui, qui, postquam semel fati defunctus est, sensu rerum humanarum non attingitur, & cuius fere non interest, quocumque iudicio res eius post mortem aestimentur. Verum enim vero

*Sunt aliquid manes. Letum non omnia fuit d).*

Qui solam rationem naturalem audiunt, vix sibi persuadent, plane ad mortuos non pertinere, quicquid de fama ipsorum a posteris constituatur. Omnes enim occulto quodam sensu compulsi, mirifice laborant, ne famae ipsorum, post mortem, obtrectatione aduersariorum, noceatur. Certe, quum *facilis* sit illa pietas, qua manes defunctorum placari & a contumelia defendi possunt, inhumanum esset detrectare officium, cuius denegatio mortuis si illam contumeliam intelligerent, molesta & acerba esse posset. Nimirum, quod naufragus ille apud HORATIUM FLACCUM monet,

*Quamquam festinas, non est mora longa; licebit  
Iniecto ter puluere curras e).*

Quoniam igitur plerumque, non ita magno cum incommodo, defunctorum voto & desiderio satisfacere possumus, viderur cogitatio humanae conditionis postulare, ne subtrahamus nos officio, quod nobis non valde molestum est, & quod intelligimus a defuncto votis omnibus experitum esse. Sed faciamus, quod plerique multis ex causis suspicantur, mortuos non intelligere, quae post mortem de fama & honoribus eorum, a viuentibus circumferuntur, eosque, qui ex hac turba & colluione ad diuinum illud animorum concilium coetumque profecti sunt, ne cogitare quidem, quae in his tenebris gerantur *f*, sed fructu & conspectu rerum incomparabilium a rebus humanis auocari; Certe tamen *viuentium interest*, ut mortuis parcatur *g*. Ne credas, ad solos heredes rem illam pertinere. Totius humani generis & omnium bonorum commoditas in illa re versatur, ne defunctus iniuria contaminetur. Eleganter PAPINIANSVS, etiam *ex here.*

d) PROPERT. Lib. IV. Eleg. 7. v. 1.

e) HORAT. Lib. I. Od. 28. v. 35.

f) CICERO de Senect. c. 23.

g) vid. PARDULPH. PRATEIVS in iur.

risprudent. vet. ad Legem Solon. III. in Thesaur. Otton. Tom. IV. p. 399.



*hereditatis* filiis, ad quos hereditas defunctorum non pertinet, lugendi necessitatem imposuit, quum publice intersit, ne defunctorum memoria ab inimicis conspurcetur. *L. ult. D. de his, qui not. infam.* Nimirum omnes, ut supra diximus, hunc praecipuum inter res humanas fructum laboris & meritorum suorum anxie expectant, ut ipsis a posteris gratia reddatur, aut certe, ne post mortem pro benefactis indigna contumelia ab aduersariis afficiantur. Sed quum intelligant, impune mortuos lacessi, neminem ultorem & vindicem obstare, quo minus defuncti existimatio contamine- tur, tunc vero commouentur omnes *viui* & rem illam ad se pertinere ar- bitrantur. Metuunt enim, ne exempla illius iniuriae longius procedant, & ne ipsis etiam post mortem insidiantur aduersarii, a quibus ipsis fiat iniuria, quam curis omnibus & solitudine maxima subterfugere & arcere studue- runt. Huius doloris sensu etiam *viuentium*, quos illa iniuria non proxime attingit, calamitates & solitudines mirifice augentur, & moriendi conditio, per se satis dura & perhorrescenda, fit intolerabilis, iniecto metu, ne post mortem, rebus omnibus amissis, etiam famae iacturam patiantur.

Parce igitur honori *mortuorum*, & dissensionis memoriam deponere, ne superstites & omnes boni exemplo implacabilis & ferae crudelitatis ter- reantur.

## §. II.

*Fideiussio  
pro mortuis  
& heredibus  
& creditori-  
bus inter-  
dum utilior  
est, quam in-  
tercessio pro  
viuis.*

Ex communi igitur voto bonorum omnium parcimus defunctis, & fidem ipsorum, si qua fieri hoc possit, gratia & auctoritate nostra libera- mus. Noli existimare, quod perditurus sis hoc beneficium, quod mortuo impendis. Maior necessitas exigit, ut mortuorum causam suscipias, quam ut *pro viuis* intercedas. *Vni* debitores ipsi rerum suarum satagunt, ratio- nes suas norunt & computare possunt, illasque cum amicis conferre, alio- rum auxilium & fidem implorare, mille exitus & vias inuenire, per quas ex illis difficultatibus & angustiis rei familiaris elabantur. *Mortuorum* causae a plerisque deferuntur,

— — *diffugiunt cadis*

*Cum faece siccatis amici h).*

Raro inuenitur, qui arcana consilia defuncti inspexerit penitus, & vires pa- trimonii, quas prudentissimus quisque diligentissime occultat, ita inuestiga- uerit, ut possit de illis confidere. *Heredes*, imprimis minores & pupilli, aut qui illorum tutelam & curam suscipiunt, rerum omnium ignari & se- cretarum rationum non participes, quum subito emergit onus aeris alieni, quasi fluctibus demersi, quorsum confugiant, quibus modis se extricent, non inueniunt. *Creditores* a multis aliis decepti anxie concurrunt, omnes sibi

h) HORAT. Lib. I. Od. 35, v. 26.



sibi vigilant & heredibus minantur, tota res familiaris in periculum adducitur, &, quasi impetu facto, perturbatur cum tumultu. In his necessitatibus rara & inestimabilis videtur opera amici, qui *fidem* suam *interponit*, heredes consolatur, creditoribus spem ostendit, nauem oppressam subleuat, &, saluis rebus omnibus, prudenti consilio, ex illa tempestate eluctatur. Res ante aliquot annos comprobata est exemplo. *IAVOLENVS* mercator, facultatibus patrimonii non mediocriter instructus, in nobili quodam Germaniae emporio a debitoribus suis circumuentus, quum nummos ad aes alienum confestim exsoluendum paratos non haberet, inducias a principe, *rescripto moratorio*, quod dicunt, impetrauerat, ut per sex menses quiescerent creditores, & parcerent opulento debitori, qui, intra illud tempus pecunias se corrasurum esse, promiserat. Nulla *heredum* mentione iniecta, rescriptum moratorium ad *solum* debitoris *personam* pertinere censebatur. *Mortuo* intra sex menses *IAVOLENO*, conuolabant omnes creditores, filiae relictae acriter instabant, multi etiam, arresto impetrato, sibi prospicere studebant, crudeliter postulabant, ut bona venderentur. Filia superstes, inops consilii & imperita, hereditati parentis se immiscere non audebat. Res in discrimen adducta erat, filiae paupertas & egestas imminabat, creditores in illa rerum perturbatione, tantaque consilii inopia, de satisfactione desperabant. *GELLIUS* quidam, vir sagacissimus, cui cum *IAVOLENO* diuturnus amicitiae usus fuerat, qui hominis frugalitatem & peritiam nouerat, indignitate rei commotus, petebat a magistratu, ut sibi rationes inspicere liceret. Apparebat, hereditatem soluendo esse, &, impetrato laxamento temporis, periculum euitari, bonaque paterna & auita filiae seruari posse. Hac re perspecta, *GELLIUS* prodibat, fidem suam interponebat, atque ut satisfaceret rescripto *GRATIANI*, *L. 4. C. de prec. imper. offerend.* intra proximos tres menses se ipsum satisfacturum creditoribus, spondebat, suaque auctoritate & gratia efficiebat, ut, dimissa filia *IAVOLENI*, creditores solius *GELLII* sponsoris fidem sequerentur. Hoc consilium non caruit prosperrimo euentu. Rebus enim omnibus feliciter administratis, aere alieno dissoluto, octoginta millia filiae superstiti seruata sunt ex copiis paternis. Haec igitur centum procos iam fastidiose repellabat, quae paullo ante cum extrema paupertate sibi colluctandum esse intellexerat. Creditores sortem cum foenore recuperabant, omnes in *GELLIO* exemplum antiquae fidei & constantiae agnoscebant, ipsique, quasi vindici & liberatori filiae & ipsius Fidei, gratias agebant. Ita vnus beneficio & fides instaurata & bona filiae, quasi ex naufragio, seruata, & creditores suam cum usuris recuperauerunt, & domus antiqua atque opulentissima ad honorem ciuitatis restituta.

Habemus igitur, cur faueamus fideiussoribus, qui causam mortui defendunt, & cur alios ad imitationem illius virtutis excitemus. Multis certe

non



non ita molestum est illud officium, quod mortuis praestatur. Ut quisque est vir melior, ita magis accenditur desiderio mortui amici, cuius contemplatio, ut verbis M. MINVCII FELICIS VTAR <sup>1)</sup>, quantum oculis subtrahita est, tanto firmiter animo & intus sensibus inhaeret, ut dolor carenti recordatione prioris voluptatis augeri videatur <sup>2)</sup>. Hunc dolorem lenire commodius non possumus, quam si omni genere officiorum pertinaciter cum cura defungamur.

## §. III.

*Intercessio pro mortuis est negotiorum gestio post hereditatem aditam. Fideiusor heredum negotia gerit. Hereditas iacens sustinet personam defuncti & heredis futuri.*

Exposuimus, quam liberali & honesto officio fungatur, qui *negotia mortui* suscipit & fidem defuncti liberat, ne bona a creditoribus vendantur. Sed ante omnia prospiciendum est, ne fideiussoribus *damnosum* sit illud beneficium, quo heredibus & creditoribus & ciuitati vniuersae profuerunt. Igitur expediendum est, *cuius negotium* gerat fideiussor, qui pro mortuo se interponit, ut intelligamus, a quo recuperare possit illud, quod pro mortuo impendit. Et prima quidem specie videri poterat, semper *damnosam* esse fideiussori intercessionem, qui, *ante aditam hereditatem*, nullo, nec debitoris mortui, nec heredis futuri, *mandato* instructus aut compulsus, *sponste* interuenit atque aeris alieni periculum suscepit. PAVLLVS enim *mandati* actionem fideiussoribus vult competere, ut efficaciter possint repetere, quod propter fideiussionem exsoluerunt, *L. 20. §. 1. D. mandat. & L. 6. §. 2. D. eod.* Sed ne cogitari quidem potest *mortui* mandatum, pro quo amicus post fata sponste intercessit, neque *heredis futuri*, qui, nondum adita hereditate, deliberat & ipse ignorat, quid constituere debeat de suspecta & ambigua hereditate.

Enim vero quamuis mandati actio deficiat, tamen fideiussori, qui pro mortuo intercedit, ad securitatem videtur sufficere, quod *negotia alterius* gerenda suscepit, cum magna spe certissimae utilitatis, ne bona a sequestre, aut iudice, aut creditoribus, diripiantur <sup>1)</sup>. Luculenter PAVLLVS fideiussori, quamuis mandatum debitoris non antecesserit, *negotiorum gestorum actionem* dari docet, *d. L. 20. §. 1. D. mandat.* MARCELLVS etiam apud VLPIANVM hanc actionem fideiussori vult competere, quamuis nemo mandauerit, ne diligentia amici, fidem nostram liberantis. cum damno & rei familiaris detrimento sit coniuncta. *L. 3. D. in fine de negot. gest.*

Nihil igitur obstabit fideiussori impensas repetenti, quo minus contra-ria negotiorum gestorum actione recuperet, quicquid pro mortuo exsoluit. Nimirum etiam pro furioso & pupillo & *ignorante* efficaciter intercedimus, modò

<sup>1)</sup> M. MINVC. FELIX in Octavio cap. I. <sup>2)</sup> PLIN. Lib. VIII. ep. 5. <sup>1)</sup> vid. IOSEPH. FERDINANDEZ DE RETES excursuum analectorum Lib. III. excurs. V. illatio I. circa fin. in Thesaur. Otton. Tom. V. p. 1269.



modo vtiliter illorum negotia gerantur. *L. 25. D. de fideiussor & mandator. L. 3. §. 5. D. de negot. gest.* Idem IULIANVS etiam & PAVLLVS probauerunt. *L. 6 pr. D. eod. L. 37. pr. eod. m)* Abscisse GAIVS rem definit, qui quemlibet fideiubere pro aliis posse arbitratur, quamuis promissor, hoc est reus, & debitor, ignoret, alterum pro se intercessisse, *L. 30. D. eod.* Ne quis dubitare possit, in ipso edicto, quod de negotiis gestis propositum est, praetor, expressis verbis, mortuorum fecit mentionem, vt, si quis gesserit negotia, quae alterius, *quum moreretur*, propria fuerunt, hoc est, si mortui negotia susceperit, eo iudicio experiri possit, ne damnum ex beneficio sentiat. *L. 3 pr. de negot. gest.* Hoc VLPIANVS ita interpretatus est, vt, sicut in *viuorum*, ita etiam in *mortuorum* negotiis gestis detur haec actio & sufficiat, si vtiliter coeperim mortui negotia administrare. *L. 12. §. 2. D. eod.* Vltius procedit PAVLLVS, vt, si viui negotia susceperim, ne intermittere quidem debeam mortui negotia continuare, sed coepta explicare & conseruare cogar, ne iura amicitiae, quae mihi cum viuo fuerunt, post mortem eius cum dedecore deseruisse videar. *L. 21. §. 2. D. de negot. gest.*

Competit igitur negotiorum gestori actio contraria, quamuis *solius mortui* contemplatione intercesserit. Enim vero lugemus etiam mortuum, quod PAPINIANVS ait, quamuis corpus eius non appareat & quamuis ab illo exheredati simus, quum pietas quaedam, etiam mortuis, subinde debeat. *L. vlt. D. de his, qui not. infam.* Sed, si vere rem aestimes, qui *pro mortuo* se interponit, magis *heredum* causam censetur suscepisse, ad quos omnis vtilitas peruenit ex negotiis administrandis *n)*. Enge enim, hoc solo animo fideiussorem intercedere, vt *mortui famam* tueatur & existimationem eius macula liberet, hoc tamen non magis ad mortuum, quam ad viuos heredes pertinebit. Non inepte enim VLPIANVS iudicauit, contumeliam & dedecus defuncti ad heredum existimationem atque iniuriam spectare. *L. 1. §. 4 & 6. D. de iniuriis.* Ignoscendum est heredibus, qui, propter defunctorum contumeliam, erubescunt atque commouentur, quum intelligant, illos plerumque contemni, ad quos, cum patrimonio, etiam maculae & dedecorum hereditas, a maioribus propagata esse iudicatur *o)*. Quare parcendum est pudori heredis innocentis, quum etiam barbaris crudele

*m)* vid. GUILIELMVS FORNERIVS Selectionum Lib. III. cap. 24. apud Otton. Tom. II. p. 113. & Petrus Pantaia de Aiala Commentar. in L. fin. Cod. de aleatoribus, apud Ottonem Tom. IV. p. 1075. *n)* vid. IOSEPH. FERDINANDVS DE RETES Excursuum Annalistor. Lib. III. excurs. V. Illatio I. in Th. Laur. Otton. Tom. V. p. 1269. *o)* SYMMACHVS Lib. VII. Epist. 88. & Lib. VIII. Ep. 43.



dele visum sit, hereditarium exercere odium in heredes illorum, cum quibus nobis lites & controuersiae fuerunt p.

*Ad heredes* igitur pertinet, si quis pro *mortui* fama & existimatione intercesserit; sed multo magis *heredum* interest, si *patrimonium* defuncti hac intercessione conseruetur. Supra enim a nobis obseruatum est, multum referre, si fideiussor effecerit, ut heredibus laxamentum temporis ad rationes componendas, concedatur. *L. 7. §. ii. D. de administr. & pericul. tut.* Magnae interdum opes conseruantur, si heredibus, mora interiecta, spatium & quies detur, ut possint *opportunitates* aucupari & commodius res defuncti explorare; quum, contra, insignes diuitiae pereant, si res *impetu* &, quasi coorta tempestate, in concursu creditorum, multis praedae inhiantibus, administretur.

Itaque apparet, semper *heredum geri negotia* a fideiussoribus, qui pro debitore mortuo intercesserunt. Sed res aliquid difficultatis habet, si *nondum adita sit hereditas*, & fideiussor, quod plerumque fit, *iacente adhuc hereditate*, fidem suam interposuerit, ne defuncti bona a creditoribus vendantur. Nimirum, antequam heres adeat hereditatem, *incertum* est, ad quem peruentura sint bona defuncti debitoris. Possit vero dubitari, num negotia *incertae personae* geri possint, quum adhuc ignoratur, ad quem utilitas sit peruentura. Sed nihil hoc nos mouet, quo minus censeamus, etiam *incerti heredis* negotia geri posse a fideiussoribus, qui pro mortuo interuenerunt. Liberaliter enim POMPONIVS apud IULIANVM, itemque VLPIANVS & AFRICANVS, humanitatem fideiussoris interpretati sunt, ut detur ipsi negotiorum gestorum actio aduersus eum, *ad quem utilitas pertinet*, quamuis fideiussor ignorauerit, quis commodum & emolumentum aliquod habiturus sit ex sua fideiussione. *L. 6. §. 8. D. de negot. gest. L. 5. §. 1. & L. vi. D. eod.* Si quis enim Sempronii res administrauerit, quum putaret per errorem, illas ad lauolenum pertinere, contra Sempronium, ad quem utilitas peruenit, negotiorum gestorum iudicio experiri potest. *dict. L. 6. §. 8. D. de negot. gest.*

Quae quum ita sint, per se patet, heredem fideiussoribus, qui pro mortuo interuenerunt, obligari, quamuis hi, tempore *iacentis hereditatis*, interuenerint, & quamuis ignorauerint, quis successurus sit defuncto. VLPIANVS certe omnem dubitationem diluit & negotiorum gestoribus aduersus *veros heredes* concedit actionem, quamuis fideiussores, qui pro mortuo aliquid soluerunt, alium heredem mortui futurum esse arbitrari sint. *L. 45. §. 2. D. eod.* Generaliter autem PAVLLVS illi, qui pro mortuo ali-

aliquid exsoluit, totam *mortui hereditatem* obligatam esse iudicavit, ut expensas ab herede futuro recuperare possit, etiamsi tempore solutionis ignorauerit, qui heres sit futurus. *L. 21. §. 1. D. de negot. gest.*

Heres igitur, *quicumque tandem fuerit*, sumptus restituet fideiussoribus, qui fidem defuncti liberarunt, quamvis *nondum adita hereditate*, neque refert, utrum fideiussor *mortui*, an heredis futuri contemplatione, intercesserit, quum sufficiat, utilitatem, illa fideiussione procuratam, ad heredem peruenire, & ipsam hereditatem fideiussori obligatam esse. Eleganter FLORENTINVS noster, hereditatem, ait, *vicem personae sustinere*, eaque de causa fideiussorem, etiam pro *hereditate iacente*, hoc est, ante aditam hereditatem, efficaciter intercedere, quia pro hereditate, quasi pro *persona* quadam <sup>q)</sup>, quamvis *incerta*, intercedat, *L. 22. D. de fideiuss. & mandator.* Quapropter superledere possumus difficili disputatione, quae multos interpretes <sup>r)</sup> exercuit, utrum hereditas *iacens* & nondum adita magis *personam defuncti*, an potius *personam futuri heredis* sustinere videatur. Vtrumque enim veteres dixerunt. GAIVS certe hereditatem iacentem dominam esse; ait, & *defuncti* locum obtinere, *L. 31. §. 1. D. de hered. instituend.* POMPONIO etiamque VLPIANO placuit, hereditatem *dominum vel dominam* videri. *L. 15. pr. D. de interrogat. in iur. fac. L. 1. §. 1. D. si is, qui testam. liber.* Sed idem VLPIANVS & POMPONIVS, quicquid hereditati iacenti acciderit, *ad heredem futurum* referunt. *L. 13. §. 2. D. ad L. Aquil. L. 43. D. eod.* POMPONIVS etiam alio loco luculenter, hereditatem, ait, *personam heredis futuri* sustinere *L. 24. in fine D. de nouationibus.* CASSIVS apud GAIVM tradidit, heredem, qui postea hereditatem adierit, videri statim testatori, *post mortem eius*, successisse, etiam ante quam hereditas ab ipso acquireretur. *L. 28. §. 4. D. de stipulat. seruor. L. 138. pr. D. de R. I.* IVSTINIANVS quidem dabitur & in *plerisque* causis hereditatem iacentem potius defuncti domini, quam heredis futuri, vicem obtinere, arbitrat. *pr. I. de stipulat. seruor. & §. 2. I. de hered. instituend.*

Sed haec, utcumque existimata fuerint, non in magno discrimine ponemus. Satis est, utilitatem ex negotiis defuncti gestis cum ipsa hereditate ad heredem futurum postea transferri. Quapropter dicendum est, heredem negotiorum gestorum actione, utroque modo, conveniri posse, & nihil referre, utrum hereditas iacens defuncti, an heredis futuri personam,

H 2

susti-

q) vid. JOSEPH. FERDINANDEZ DE RETES Excursuum analector. Lib. III. excurs. V. illatio I. in Thesaur. Orton. Tom. V. p. 1269. r) vid. IACOB. RAEVARDVS in commentar. de divers. reg. iur. ad L. VI. de reg. iur. Oper. Tom. I. p. 146. Gerhard Noodt in Comment. ad Pandect. Lib. III. Tit. V. p. 98.

sustineat. Ipsa enim hereditas obligata est, & per hereditatem actiones ad heredem futurum transferuntur. *L. 1. §. 6. D. de iniur.*

Accepisti, quo iure utamur, si quis pro hereditate iacente et nondum adita intercesserit. Superest, ut videamus, cuius negotia gerantur, si quis, *post aditam* hereditatem debitoris mortui, absque mandato creditoribus satisfaciat. Neque vero potest dubitari, quin, post aditam hereditatem, heres omnino certus sit et hereditatis dominium acquirat. Ex quo apparet, solam *heredis* utilitatem in ea re versari, si debita hereditaria ab alio solvantur. Vnum tamen attinet adiicere, quod is, qui, post aditam hereditatem, fideiussit, nihil recuperet, si *prohibente herede* fidem interposuit, nisi cedantur ipsi a creditoribus actiones, ut aduersus debitorem postea experiantur. Generaliter enim constitutum est, *prohibentis & inuiti negotium geri non posse*, quod *IULIANVS* obseruauit. *L. 8. §. 3. D. de negot. gest.*

Hoc quidem iure utimur, si *heres adierit* hereditatem. Sed quid dicemus, si ille, cui delata est hereditas, postquam fideiussor pro hereditate iacente intercessit, vel hereditatem repudiet, vel illa abstineat, vel mediante inuentario creditoribus restituat hereditatem. Permittitur enim heredibus, ut hereditati, intra annum, renuncient, modo nihil fraudis subesse videatur. *Decis. Sax. Elector. LVII.* Res ipsa loquitur, heredem, qui iuste renunciet hereditati, cum iure hereditario etiam onera & debita defuncti a se remouere. Igitur, si sine dolo malo & non intempertiuè renunciatum sit, is, cui delata erit hereditas, intercessoribus aes alienum defuncti dissoluentibus non obligatus est.

Sed fideiussoribus ad securitatem sufficit, quod ipsam *hereditatem* habeant obligatam, negotiorum gestione. *L. 21. §. 1. D. de negot. gest.* Quapropter illis tenebitur quilibet, ad quem bona defuncti transferuntur. Orto etiam *concurso creditorum*, fideiussori locus assignandus erit, sed inter illos, quibus ex nudo contractu, vel quasi contractu, aliquid debetur. Cauebunt igitur fideiussores, ne creditoribus, qui praerogatiua aut iure reali forte muniti sunt, debita exsoluant prius, quam sibi ab his actiones & hypothecae in iudicio credantur, ut in locum illorum succedere & suam recuperare possint. Discederem ab hoc loco, nisi *MODESTINVS* me teneret, qui *L. 27. §. 1. D. de negot. gest.* negotiorum gestori negat actionem dari, si *pietatis respectu* amici res administravit. Forte alicui in mentem venire posset, eos, qui pro mortuis interueniunt, plerumque *pietatis* quodam sensu commotos intercedere, & hinc repetere non posse, quod pro aliis soluerint. Sed facilis est responsio, qua illam dubitationem diluamus. Nimirum sunt gradus quidam pietatis, qua defunctorum manes & superstitue

stites amicos veneramus. Donatricem illam pietatem vix a coniunctissimis personis, cum quibus nobis summa necessitudo est, certa quadam fiducia expectamus. Sed ex verbis & factis eorum, aut aliis rebus, quae circumstant, colligere debemus, quo animo ad negotia nostra accessisse videantur. Extranei non facile alienam fidem liberant & suam interponunt, si, nihil recuperari posse, suspicentur. Pietatis officio se defunctos esse credunt, quod famae mortuorum consuluerint, quod venditionem bonorum prohibuerint, quod creditoribus restiterint, ne cum impetu & tumultu res gereretur, ideoque sperant, se damno carituros esse, quum auctoritate sua effecerint, ut heredes, mora iniecta, rationes suas commodius componere & res sublapsas subleuare possint. Si quis vero pro mortuo debitore interuenerit, cuius hereditatem sciuit non soluendo esse, & ne partem quidem debiti recuperari posse, dubitari non potest, quin animo donandi intercesserit, nihil ab heredibus repetiturus.

## §. IV.

Vidimus, quomodo succurri possit fideiussoribus, qui liberali beneficio pro mortuis interuenerunt. Sed ne effectu careat fideiussio, inspiciendum est, quomodo compelli possit fideiussor ad implendam fidem, quam pro mortuo interposuit. Nimirum in eo quidem omnes consentiunt, si extraneus pro mortuo sponderit, totamque eius obligationem susceperit, illum *actione* fideiussoria ex stipulari <sup>1)</sup>, non secus, atque illum, qui debitum alienum constituit, efficaciter conueniri posse. Vna dubitatio superest, an beneficio *inuentarii*, ex persona heredis, uti possit, qui pro debitore mortuo, seu hereditate iacente, intercessit. *Heredum enim personae benignius prospexit imperator*, ne, si repertorium sine fraude fecerint, *ultra vires hereditatis teneantur*. L. 22. §. 4. D. C. de iure deliberand. & sec. Elect. Sax. L. VII. Sed constat, fideiussoribus *easdem exceptiones* dari, quae ipsis debitoribus competunt, quod IULIANVS atque ULPIANVS docuerunt. L. 15. pr. D. de fideiuss. & mandator. L. 32. D. eod. <sup>2)</sup> Generaliter enim placuit, fideiussorem non posse *in duriores causas* accipi. L. 8. §. 7. D. de fideiussor. & mandat. <sup>3)</sup> Quapropter videri posset, fideiussorem non secus, ac heredem, beneficio *inuentarii* defendi, neque compelli posse ad *integra* debita soluenda.

Verum enim vero, nihil his rebus moueor, quo minus credam, fideiussorem creditoribus hereditariis, apud quos fidem interposuit, *integra debi-*

<sup>1)</sup> vid. PARDVLPHI FRATEII catapodismōv Lib. I. catpod 2. cap. 2. in The-  
souro Euerhard Otton Tom. III. p. 505. <sup>2)</sup> vid. OSIVS AVRELIVS de va-  
riantibus Cuiacii interpretationibus Dispunct. II. in Theaur. Otton Tom. III.  
p. 800. <sup>3)</sup> LVDOLVICVS VITALIS Lectionum variarum Lib. II. cap. 23.  
n. 11. apud Otton. Tom. II. p. 691.



integra debita soluere debere, quamvis vires hereditatis non sufficiant. Nimirum *exceptio inuentarii personae heredis*, eiusque ossibus, inhaeret. Crudele enim videbatur, heredem, si ingens aes alienum subito emerferit, pro lucro, quod sperauit, damno affici & proprium patrimonium perdere, propter culpam alienam. *L. 22. §. 4. C. de iure deliberand.* Sed *exceptiones*, quae *personae* debitoris cohaerent, non transeunt ad alios & ne fideiussoribus quidem profunt, quod PAVLLVS comprobauit. *L. 7. pr. D. de exception.* Certe nec *beneficium competentiae*, quod debitoribus nonnullis datum est, fideiussori tribuitur, qui integra debita soluere tenetur. *dict. L. 7. pr. D. de exception.*

Igitur dicemus, eum, qui pro hereditate intercessit, etiam *ultra vires hereditatis* obligari, ne creditorum facilitas fideiussorum calliditate deludatur. Si enim vere rem aestimes, ille, qui beneficio inuentarii utitur, fatetur, *hereditatem*, pro qua fideiussit, non soluendo esse. Sed expeditum est, si debitor principalis non soluendo sit, fideiussorem simpliciter compelli ad solutionem. Accipimus enim fideiussores, ut diligentius nobis cautum sit, hoc est, ut securi simus, si debitor non sit soluendo. *pr. I. de fideiussor.* Quae vero esset illa securitas, si nihilominus fideiussor, a creditoribus interpellatus, absolueretur, quum diceret, vires hereditatis non sufficere ad integra debita exsoluenda? Ita deciperentur creditores hereditarii, qui fidem intercessoris secuti sunt. Hi enim diffidebant heredibus, & metuebant, ne illi, propter suspectas vires hereditatis, obtentu inuentarii, solutionem detrectarent. Videlicet qui pro hereditate interuenit, promittit sua fide & periculo futurum esse, quicquid hereditas deberet, ideoque se de suo soluturum, si hereditas non sit soluendo.

Neque vero dici potest, quod fideiussor in duriolem causam acceptus videatur, qui promisit, se integra debita exsolaturum esse. Ipse enim debitor mortuus eiusque hereditas, quae mortui personam sustinet, ad *integra* debita soluenda obstringebatur. Quae igitur iniuria est, si idem illud a fideiussore petimus, ad quod soluendum principalis debitor se obligauerat, cuius obligationem suscepit fideiussor? Quae quum ita sint, *remoto beneficio inuentarii*, fideiussor solidum soluere cogetur, quamvis bona hereditaria non sufficiant ad integra debita soluenda.

Sed quid dicemus, si fideiussor, qui pro debitore mortuo aut pro hereditate intercessit, postea apertis tabulis testamenti a debitore *heres* institutus sit & *adeat hereditatem* debitoris? Forte posset aliquis existimare, fideiussorem iam *duplicem* personam sustinere, & quia hereditatem a debito-  
ris adiit, *heredis iure* uti posse, ideoque nunc quidem, ut heredem, bene-  
ficio

ficio inuentarii defendi, ne ultra vires hereditatis teneatur. At vero certius est, fideiussorem, qui antea ex promissione sua ad *integra* debita soluenda obstrictus erat, non posse *suo facto* deteriorem reddere conditionem creditorum. Hereditatem enim sua quisque voluntate vel adire, vel repudiare potest, quapropter iniquum esset, fideiussorem aditione hereditatis voluntaria obligationem suam imminuere, quum antea, ut fideiussor, ultra vires hereditatis, ad *integra* debita soluenda compelli potuisset.

Integra igitur debita exsoluet ille, qui pro mortuo fideiussit, quamuis ipse postea adierit hereditatem debitoris. Sed graviter obstat nobis IULIANVS, qui fideiussorem negat, ut fideiussorem, conueniri posse, si *heres* factus sit ipsius debitoris. Fideiussoris enim obligationem, ait, esse *accessoriam* & minus plenam, qua carere possumus, si fideiussor, *ut heres*, directa & principali actione teneatur. Audiamus verba IULIANI: qui heres factus est eius, pro quo interuenerat, liberatur ex causa fideiussionis, atque, *ut heres*, solummodo tenetur. Plenior enim est obligatio heredis, quam fideiussoris, quapropter fideiussoria, ut minor, perimitur per maiorem heredis obligationem. *L. 5. pr. D. de fideiussor. & mandat. & L. 14. D. eod.* Non minus luculenter PAPINIANVS ait, *fideiussoriam obligationem* perimi, si fideiussor fiat heres debitoris. *L. 50. D. eod. x)*

Si vera essent, quae IULIANVS & PAPINIANVS tradiderunt, fideiussor, qui debitoris heres factus est, non ut fideiussor, sed ut heres duntaxat, conueniretur, eaque de causa *beneficio inuentarii*, ut heres, vii posset, aduersus creditores. Sed obseruandum est, quae IULIANVS & PAPINIANVS docuerunt, ad ius antiquum pertinere, quum olim heres non minus, ut fideiussor, etiam ultra vires hereditatis, obstrictus fuerit ad *integra* debita soluenda y). Hinc inutilis fuit fideiussoria actio, quum fideiussor, ut heres directa actione compelli posset ad soluendum. Sed haec mutata sunt ab imperatore, qui *heredibus beneficium inuentarii* concessit, ne ultra vires hereditatis tenerentur. *L. 22. §. 4. C. de iur. deliberand.* Post hanc legem *imperatoris plenior* est fideiussoris obligatio, qui *integra* debita soluere cogitur, quam obligatio heredis, quem *ultra vires hereditatis* non vrgeri posse, constituit IUSTINIANVS.

Ex his igitur, quae adhuc disputata sunt, apparet, hodie obligationem fideiussoriam non perimi, quamuis fideiussor successerit debitori principali. Duae enim obligationes, quarum altera est pinguior, simul consistere

x) FRANCISC. MARSI GORDONII Praetermissa cap. XIV & XV. apud Ottonem Tom. II. p. 85. seq. y) vid. DESIDERIVS HERALDVS de r. iudicatar. auctor. Lib. XI. cap. 24. §. 25. in Thesaur. Otton. Tom. II. p. 1281.



sistere possunt, vt minor per maiorem augeatur, nec praesumatur animus nouandi & perimendi priorem obligationem. *L. 8. C. de nouat. & delegat. & Decis. Elect. Sax. LXXVI.*

Perfisto igitur in ea sententia, fideiussoris obligationem pleniorē esse, ipsum ue ad integra debita soluenda, vltra vires hereditatis compelli posse, quamuis postea adierit hereditatem debitoris. Illud tamen largior, quod fideiussor, qui debitori successit, aduersus *coheredes* iudicio negotiorum gestorū aut familiae heriscundae experiri possit, vt hi pro portione hereditaria fideiussori restituant, quod pro debitore fuit exsolutum. Hoc enim MARCELLVS & VLPIANVS docent. *L. 24. D. de fideiussor. & mandat. L. 18. §. 3. D. famil. heriscund.*

## §. V.

*Vxor vidua si inutiliter fideiusserit tamen tenetur vt heres mariti. Portio statutaria non debetur nisi soluto aere alieno.*

Satis, credo, comprobauimus, fideiussorem, qui postea debitori mortuo successerit, non *vt heredem*, sed vt fideiussorem conueniri, quum pinguior sit actio fideiussoria, quam directa ex contractu debitoris. Sunt tamen quaedam species, in quibus, *si fideiussio sit inutilis*, ille, qui pro defuncto intercessit, potius vt heres, quam fideiussoria actione, ad solutionem compellitur. In primis, si *uxor vidua* pro marito mortuo, in prima luctus tempestate, nudis verbis fideiusserit, plerumque *inutilis est fideiussio*, quod capite sequenti ostendemus. Sed finge illam, quod non raro accidit, vel ex alio *heredem esse*, vel in *partem quotam* titulo vniuersali successisse. Res ipsa loquitur, quamuis ex fideiussione conueniri nequeat, tamen actioni directae ex contractu, post aditam hereditatem, in uxorem viduam, quasi in heredem debitoris, locum dari, ad aes alienum defuncti dissoluendum. Enim vero inanis est fideiussoria aduersus mulierem actio, quum haec SCto Velleiano defendatur, sed per inanem obligationem non potest vera infirmari, qua mulier, vt heres, obstringitur ad debita mariti. Recte igitur MARCELLVS scribit, si inutilis sit prior obligatio, qua mulier intercessit, *restitui* pristinam creditori actionem, quae, per nouationem a muliere factam, sublata videbatur & *restitutoriam actionem* dari in debitorem & heredem eius, vt debitum soluat. *L. 8 §. 9. D. ad SCtum Vellei.* Hinc actionem DIOCLETIANVS rescissoriam appellat, *L. 16. C. eod.* quasi rescindatur nouatio & mulieris intercessio, vt creditor *actione directa* aduersus debitorem eiusque heredes experiri possit.

Immo vero ne quidem opus actione restitutoria, si inanis est vxoris viduae fideiussio. Ipso enim iure adhuc subsistit verus actio in debitorem, ideoque nulla necessitas exigit, vt creditori restitutoria & rescissoria actione succurratur. Scite igitur obseruat VLPIANVS, si mulier, quae fideiussit,

iuslit,



iussit, veteri debitori successerit, non solum restitutoriam actionem in mulierem dari, sed etiam directam, quasi in heredem debitoris, quum mulieris non interfit, qua actione a creditoribus conveniatur. *L. 8. §. 13. D. ad SCtum Velleian.*

Convenitur itaque vxor vidua, quae pro marito mortuo se interposuit, quamvis inutilis sit fideiussio. *IULIANVS* enim recte monuit, quum vxor lucrum speret ex hereditate, per aditionem hereditatis vxorem non tam suscepisse alienam mariti obligationem, quam potius directe teneri ex contractu debitoris, in cuius personam & obligationem iure hereditario successit. *L. 19. D. ad SCtum Velleian.* Frustra igitur mulier inuocat *SCri Velleiani* auxilium, si post intercessionem agnouit mariti mortui hereditatem. Quapropter non dubito, quin vxor, quae, deficientibus aliis heredibus, ex edicto praetoris *unde vir & vxor*, bonorum possessionem petierit, a creditoribus compelli possit ad solutionem. *L. unie. D. unde vir & vxor.* Neque femina, quae semel agnouit hereditatem debitoris, beneficio restitutionis in integrum fruatur; quum, teste *POMPONIO*, mulier iuribus *minorum* non per omnia gaudeat, sed efficaciter conveniatur a creditoribus defuncti. *L. 32. pr. D. ad SCtum Velleian.*

Mense Decembri superioris anni Ordini *ICrorum Vitenbergensium* oblata est eiusmodi species. Vxor vidua, quum, mortuo marito, creditores conuolarent, vt bona mariti venderentur, praesente & consentiente patre suo, intercesserat hac formula, ne auferatis mihi domum, creditores, omnia soluentur; *nehmen sie mir das Haus nicht weg, es soll alles bezahlt werden, oder ich will alles bezahlen.* Vxor, quum actione pulsaretur, fidem *SCri Velleian.* inuocabat. Responsum est, actioni locum non esse, nisi probaretur, vxorem viduam mariti hereditatem adisse. *Das Klägers Suchen nicht statt hat, er könnte und wollte denn, daß Beklagens Principalin ihres verstorbenen Ehemanns Erbim worden, binnen Sächsl. Frist, wie recht, erweisen, dessen genöffe er billig. &c.* In specie non dissimili *Curia* provincialis *Vitenbergensis* in proximo termino *Erhardi* huius anni, actorem, qui non allegauerat, vxorem mariti heredem esse, propter *SCri Velleiani* auctoritatem, a limine iudicii repulit, hac formula, *daß die Klage, inmassen sie anbracht, nicht statt hat.* Apparebat enim, inutilem esse vxoris fideiussionem, si illa hereditatem mariti nunquam adisset.

*Vt heres igitur tenetur vxor, quae pro mortuo marito, nudis verbis intercessit, quamvis inutilis sit intercessio. Quid vero fiet de vxore, quae ex Nouella CXVII. capite 5. quartam partem, vel, portionem virilem, si cum pluribus coheredibus concurrat, ex bonis mariti mortui lucratur.*  
Fasc. XI. I An



An dicemus, illam, quasi heredem mariti, pro parte hereditaria a creditoribus conueniri posse? Haec quaestio discrimen aliquod admittit. Si enim cum liberis succedat vxor, quartam partem, vel virilem portionem, *iure vsusfructus* duntaxat, salua liberis substantia, lucratur. *dict. Nou. 117. cap. 5.* Sed qui vsusfructum habet ex defuncti bonis, non est heres, sed iure singulari admittitur ad personalem aliquam commoditatem. Itaque in hac specie vxor vidua creditoribus, vt heres, non videtur obligata esse.

Aliud vero dicendum esse censemus, si vxor, non extantibus liberis, cum aliis heredibus concurrat ad mariti mortui hereditatem. Tunc enim portionem ex bonis mariti, iure pleni domini, non tamen certam duntaxat *quantitatem*, sed *partem quotam* totius hereditatis nanciscitur, vt censi possit, vxorem non titulo singulari, sed iure vniuersali, tanquam heredem, ex quarta parte succedere mortuo marito. Hac de causa non inepte dici posset, vxorem viduam pro parte quarta a creditoribus mariti recte conueniri. Sed obiicitur tamen creditoribus, imperatorem, in *dicta Nouella CXVII*, disertis verbis praecipere, vt vxori, cum cognatis concurrenti, pars quarta, *iure domini*, relinquatur. Constat autem, *domini* titulum *singularem* esse, & *vniuersali* titulo hereditatis ita opponi, vt cum titulo domini non coniuncta sit obligatio aeris alieni, quod defunctus contraxit, dissoluendi.

Quamcunque sententiam arripueris, illud tamen expeditum est, vxori quartam partem *ex bonis defuncti* in Nouella assignari. Sed *bona* non intelliguntur, nisi quae, *deducto aere alieno*, supersunt ex substantia defuncti, quod eleganter PAVLLVS noster obseruauit. *L. 39. D. de V. S.* Quae quum ita sint, disputatione vix indiget, vxori de quarta portione decedere quartam partem aeris alieni, quamuis inutiliter pro marito fideiussit.

Ostendimus, quomodo & quo effectu vxor *iure civili* succedat marito. Superest, vt de *iure Saxonico* exponamus, quod non minus liberaliter vxoribus viduis prospexit. In primis vero admonendum est, *iure Saxonico Electorali* vxori *portionem statutariam* non deberi, nisi, *collatis bonis omnibus vxoris*, verbis: *jedoch soll sie alle ihre eingebrachte, angeerbte und andere Güther, zusamt der Gerade, in die gemeine Theilung zu bringen schuldig seyn.* *Const. Elect. Sax. XX. Part. III.* Ex hoc loco intelligitur, vxoris portionem statutariam non ad mera *lucra* referenda esse, sed, *collatis bonis omnibus*, *oneroso titulo* adquiri, ideoque illam ad vxorem, *iure communionis & condominii*, per collationem acquisiti, pertinere. Posset igitur videri, portionem statutariam *tituli singularis* habere rationem, eaque de causa aes alienum mariti cum vxore non communicari. CARP.  
Z. OVI.



z) *ovrvs* 2) certe, & plerique interpretes a), tradiderunt, hanc portionem ante omnia ex bonis mariti deducendam esse, quasi aes alienum a lege constitutum, quod iure perfecto vxori debeatur. Hinc ne liberorum quidem portio legitima recte exsolui posse visa est, nisi, deducta portione statutaria, quae matri vel nouercae ex legis dispositione tribuatur b). Ex hoc fonte deducitur, quod vxor etiam legarariis & fideicommissariis non obstrita sit, qui solum heredem habent obligatum.

Vtunque haec existimaueris, certe lex Saxonica diserte praecipit deducto demum aere alieno, nach Ablegung oder Bezahlung derer Schulden, portionem statutariam deberi. *Const. Elect. Sax. XX Part. III.* Ex quo consequitur, vxorem portionis suae deminutionem pati c), propter debita mariti, quamuis non efficaciter pro illo intercesserit.

## §. VI.

Quoniam vxoris viduae mentio a nobis iniecta est, non alienum erit ab hoc loco disputare, quomodo vxor vidua cum pleno effectu interueniat pro marito mortuo. *CARPZOVIVS* quidem, constitutum aut intercessionem vxoris viduae pro marito mortuo, nisi iureiurando confirmetur, vix actionem parere, qua creditores experiri possint, arbitratur. Ait enim, soluto quamuis matrimonio & defuncto marito, tamen amorem & respectum conjugalem non tam cito cessare, hinc vxorem, quae pro marito mortuo interueniat, non tam pro extraneo, sed potius pro marito, quamuis mortuo, fidem suam interponere, ideoque parum referre, pro viuo, an pro mortuo, fideiussit d). Est hoc aliquid, fateor, & dignum videtur argumentum, quod breuiter excutiamus. Desiderium mortui mariti vxoribus viduis, etiam pudicis & bene animatis, plerumque est intolerabile. Quanto enim iucundius fuit matrimonium, tanto acerbior est carendi dolor, quod *PLINIVS* noster comprobauit e). Ex hoc desiderio profectum est illud famosum, in lapidibus sepulchralibus inscriptum:

INCOMPARABIL. MARITO  
CONTRA. VOTVM. VXOR. POSVIT - f)

aut

CVM. DOLORE. INSCVLPI  
IVSSIT. VXOR - - g)

I 2

&amp;

z) *CARPZOV.* Part. II. const. XXXII. def. 22. a) vid. *MODEST. PISTORIS* Part. I. quaest. 3. num. 12. & alii passim. b) *CARPZOVIVS* Part. I. const. XXVIII. def. 100. c) *CARPZOVIVS* Part. III. const. 20. def. 46. d) *CARPZOV.* Part. II. const. XVI. def. 3. e) *PLINIVS* Lib. VIII. ep. 5. f) *GRVTER.* oper. Inscript. Tom II. pag. 1139. num. 14. g) idem ibidem num. 15.

& quae sunt aliae mulierum in sepulchris coniugum querelae. Inter omnes insignior est querela Furiae apud GRUTERVM:

ITA. PETO. VOS. MANES. SANCTISSIMI  
COMMENDATVM. HABEATIS  
MEVM. CARVM. ET. VELITIS  
HVIC. INDVLGENTISSIMI. ESSE  
HORIS. NOCTVRNIS  
VT. EVM. VIDEAM. *b)*

PETRONIVS habet matronam Ephesinam, tam notae pudicitiae, vt vicinarum quoque gentium feminas, ad sui spectaculum, euocaret. Haec non contenta vulgari luctu, in conditorium etiam maritum profecuta est, positumque corpus in hypogeo, dies noctesque custodire ac flere coepit, & quum *desiderium* extincti mariti non posset pati, vitam inedia finire voluit, vt nec parentes possent abducere, nec propinqui, neque ipsi magistratus *1)*. Ista perturbatio animi videtur efficacior ad muliebrem ingenium flectendum, quam omnes blanditiae viuentis & superstitis mariti. Enim vero tunc demum bona nostra intelligimus, quum praeterierunt. Quapropter ne *absentiam* quidem maritorum, quamuis esset spes reditus, matronae semper ferre potuerunt. Sulpicia, quum a matre Iulia diligentissime custodiretur, ne Lentulum Crustellionem, virum suum, proscriptum a triumuiris, in Siciliam sequeretur, nihilo minus, famulari veste sumta, cum duabus ancillis, totidemque seruis, ad eum clandestina fuga peruenit. Nec recusauit se ipsam proscribere, vt ei fides sua in proscripto coniuge constaret *k)*.

Ex his quidem satis intelligitur, *suspectam* esse coniugum pro mortuo marito fideiussorem, neque creditorem satis tuto posse confidere, illa, quae in prima luctus & desiderii intemperie gesta sunt, animo serio & deliberato a muliere administrata esse. Sed haec perturbatio animi & hae querelae, vt pleraque illa, quae cum impetu & tumultu coniuncta sunt, post exiguam moram deficiunt, & si spes recuperandi non appareat, ipsa temporis diuturnitate mitigantur, & certe post diem tricesimum, quem debitores expectare debent, plerumque deseruescunt. Facile admittitur illa consolatio ancillae apud PETRONIVM: „Quid proderit hoc tibi, si soluta inedia fueris? si te viuam sepelieris? si, antequam fata poscant, in demnarum spiritum effuderis? Id cineres, aut manes, credis, sepulchros  
„sen-

*b)* GRUTER, oper. Inscript. Tom. II. p. 786. num. 5.

*i)* PETRON. Satyri.

con c. III.

*k)* VALER. MAXIM. Lib. VI. c. 7. n. 3.



„sentire? Vis tu, reuiuiscere, reluctantibus fati, extinctam? Vis, dis-  
 „cusso muliebri errore, quam diu licuerit, lucis commodis frui? Ipsam  
 „te iacentis corpus commouere debet, vt uiuas. 1) „

Ita expugnatur mulierum pertinacia, vt malint sibi viuere, seque &  
 suos pascere, quam luctu & memoria mortui mariti animum frangere &  
 corpus consumere.

Facillime autem, si nouo quodam amore & blanditiis viuorum attia-  
 gantur, memoriam superioris temporis dimittunt. Haec enim cogitatio

— — paulatim abolere Sichoenum

1) cipit & viuo tentat praenertere amore

Iam pridem resides animos, desuetaque corda m).

Omnes gaudent, Legem Iuliam miscellam & indictionem viduitatis  
 sublatam esse, cuius necessitatem olim mariti vxoribus testamento impone-  
 bant. L. 2. C. de indiēt. viduit. & Nou. XXII. c. 43. & 44. Non paucae  
 tam cito elugebant virum, vt praetor poena infamiae illas terrere cogeretur,  
 quae intra annum luctus nubere & intempestiue deponere memoriam  
 mariti. Hoc enim NERATIUS apud VLPIANVM obseruauit. L. 11.  
 §. 1. & 3. D. de his, qui not. infam. Olim oblitterati sunt mores Ger-  
 manorum & seuera illorum instituta, vt virgines tantum nubant & cum voto  
 vxoris semel transigatur, omni spe secundi matrimonii sublata n). Clytae-  
 mnestra apud SENECAM tragoedum perfidiam hoc titulo excusat, quod mu-  
 lieres, amere alio sollicitatae, pati non possint absentiam mariti.

Decem per annos vidua respiciam virum? o)

Ne credas, hoc ad solam Clytaemnestram pertinere. Audiamus illam apud  
 PLAVTVM p):

Credo ego miseram fuisse Penelopen,

Soror, suo ex animo; quae tamdiu vidua

Viro suo caruit. Nam nos eius animum

De nostris factis noscimus, quarum viri hinc absunt.

Intra luctus tempus plerumque simulant & obdunt memoriam pri-  
 fini mariti. Hoc prodit illa Panegyris apud PLAVTVM:

Nolo ego, soror, me credi esse immemorem viri q).

Vt

1) PETRONIUS C III. CIT. de Mor. Germ. c. 19. v. 156. m) VIRGIL. Aeneid. Lib. I. v. 724. n) TA- o) SENEGA in Agamemnon. Act. 2. Scen. 1. p) PLAVTVS in Sicho Act. 1. Scen. 1. v. 1. sq. q) PLAVT. loc. cit. v. 4.



Vt quaeque est improbior, ita facilius recordationem pristini matrimonii exiit, & suo lucro intenta est, ne cum mariti morte etiam rei familiaris & patrimonii iacturam patiatur. Sancta illa matrona ephelina apud PETRONIVM facile exorata est a milite, ut cadaver defuncti viri, quem incontinentissime lugere credebatur. *in cruce* deponi pareretur a milite, militis conseruandae causa. Hic enim cruces, quibus latrones affixi erant, custodire iustus erat. Interea, vitio humani ingenii, ad matronam, quae maritum insane lugebat, omissis crucibus, in conditorium delapsus & amore eius retentus, postea reuersus intellexit, vnius corpus de cruce detractum a cognatis & sepulturae traditum fuisse. Hac re commotus, quum videret, supplicium sibi imminere, mortem sibi consciscere cogitavit. Sed non difficulter impetrauit a vidua matrona, ut ex arca tolleretur mortuum maritum, illumque cruci, quae vacabat, affigeret, atque ita supplicium euitaret. Mirabatur autem populus, quomodo mortuus, tanta sanctitate deploratus, iuisset in crucem 7).

Nolim hoc de omnibus dictum esse. Scio, multas sancte feruare memoriam pristini matrimonii, & spectatae pietatis exemplo, etiam de mortuis maritis optime mereri. Sed illud tamen res ipsa loquitur, muliebrem ingenium saepissime magis contemplatione praesentis utilitatis regi, quam temporis superioris cogitatione perturbari. Igitur facilius credi potest, vxorem viduam, *sui compendii & lucri* causa, quam pro mortuo marito, intercessisse. In illa specie, quam supra adduximus, facile prodebat vxor vidua, quod suas res potius gereret, quam defuncti. Dixerat enim vxor vidua: ne mihi domum auferatis, creditores, omnia meo periculo soluentur, nehmen sie mir das Haus nicht weg, es soll alles bezahlt werden. Quapropter visa est, magis domus seruandae causa interuenisse, quam pro fama & memoria mariti laborasse.

Illud quidem certe supra abunde comprobauimus, *heredum* magis, quam mortui amici, negotium geri, si quis pro debitore defuncto intercedat. Quare vxor vidua potius pro liberis suis, pietatis causa, aut pro heredibus extraneis, se interposuisse videbitur, quam ut mortuo officium praestaret.

## §. VII.

*Vxor suae utilitatis causa se obligans in negotiis hereditariis mariti etiam iure*

Non igitur inanis est vxoris viduae pro mortuo marito fideiussio, quamuis quodam modo negotium alienum attigisse videatur. Enim vero iuris ciuilibus interpretes non prorsus repudiant diligentiam vxoris, quae, propter *suam utilitatem*, ad aliena, inprimis mariti mortui, liberorum & heredum negotia accedit. PAPINIANVS heredi dat negotiorum gestorum actio-

7) PETRON. Satyricon cap. 112.



actionem aduersus vxorem viduam, quae bona mariti, etiam viuientis, durante matrimonio, administravit. *L. 33. D. de negot. gest.* Inprimis si de adeunda hereditate dubitaretur, & mulier suaderet heredi, vt illam adiret, ipsique indemnitate promitteret, SCto VELLEIANO locus non est, sed efficax censetur mulieris promissio. Ita AFRICANVS iudicauit. *L. 19. pr. §. 1. & 2. D. ad SCtum Velleian.* Praeterea ALEXANDER imperator, ratam esse obligationem, censuit, si mater, quae liberorum patrimonium administrauerat, tutoribus sponderit indemnitate. *L. 6. C. eod.* Sed maxime, si vxor vidua distractionem praediorum, vel suae utilitatis, vel liberorum causa, tutoribus interdixerit, illisque indemnitate promiserit, VLP IANVS PAPINIANI auctoritate commotus, matrem SCto VELLEIANO non defendi, arbitratur. *L. 8. §. 1. D. ad SCtum Velleian.* Generaliter etiam GAIVS mulierem censet obligari, si reuera suam utilitatem procuret, quamuis prima specie negotium alienum esse videatur. Ita, si hereditatem emerit & debita hereditaria in se transferri curauerit, omnino renebitur. *L. 13. pr. D. eod.*

*ciuili obligatur, sed desideratur vera utilitas.*

*Iure ciuili* igitur vxor vidua in illa specie, quam supra proposuimus, videtur, non sine fructu, se interposuisse. Creditores domum vendere & distrahere volebant, ipsa patrimonium liberorum & mariti, post eius fata, administrauerat & porro volebat administrare, creditoribus indemnitate promiserat, his verbis: *nehmen sie mir das Haus nicht, es soll alles bezahlet werden*, ideoque auctoritate AFRICANI & PAPINIANI, non tam obligationem alienam susceperat, quam suum potius negotium gesserat. *L. 8. §. 1. D. ad SCtum Velleian. L. 19. pr. §. 1. & 2. D. eod.*

Verum enim vero apparebat, nullum omnino commodum ex illa intercessione ad vxorem peruenire, sed ipsam, fragilitate sexus deceptam, domum & administrationem bonorum retinere voluisse. Succurrendum autem est mulieri, si infirmitate sexus lapsa, & imagine falsae utilitatis seducta est, quod VLP IANVS obseruauit. *L. 2. §. 3. D. ad SCtum Velleian.* Praeterea vxor vidua disertis verbis se obstringerat ad solutionem aeris alieni, quod maritus contraxerat, vt dubitari non posset, quin obligationem mortui mariti susceperit, contra SCti Velleiani luculentam prohibitionem. ANTONINVS vero, matrem ne pro liberis quidem intercedere posse, constituit, si directe aliena obligatione se obstringat. *L. 3. C. ad SCtum Velleian.* Hac de causa visum est, ne iure ciuili quidem viduam vxorem ex illa intercessione conueniri posse. Maxime enim obstabat, quod neque in iudicio, neque confecto instrumento publico, neque adhibitis tribus testibus, intercesserat. Sed haec si neglecta sint & lucrum vxoris probari nequeat, IVSTINIANVS censet, ipso iure nullam esse mulieris deceptae obligationem. *L. 23. §. 2. C. ad SCtum Velleian.*



In Saxoniae electoratu expeditum est, vxorem fideiubentem, pro marito, tunc demum, absque renunciatione privilegiorum. obligari creditoribus, si id, quod maritus debet, in ipsius *veram utilitatem* sit conuersum: wenn das erborgte Geld in ihren Nutzen verwendet. *Dec. Elector. Sax. nouiss. XXIV.* de an. 1746.

## §. VIII.

*Vxor vidua pro marito defuncto intercedens non obligatur nisi cum curatore in iudicio admonita senatus consulto velleiano renuncianerit, sed iurandum non exigitur.*

Ex his, quae adhuc disputata sunt, facillime iudicabitur, ad quae solemnitas obseruanda vxor vidua adstricta sit, si pro marito mortuo cum effectu interuenire velit. Mihi quidem certe semper ita visum est, sufficere, si ea duntaxat obseruet, quae in fideiussione pro extraneis a muliere soluta, *Saxonico iure* obseruari solent.

Finge enim etiam *amorem* conjugalem in vxore vidua adhuc perdurare, *metus* tamen, & *imperium maritale*, quo vxores saepe coguntur ad fideiussionem, post mortem viri, prorsus extinguitur. Qua de causa multo securius confidimus vxori viduae, quae pro mortuo marito, sine metu coactionis, interuenit, quam, si pro viuo & *iubente* marito se interposuisset.

Ponamus interim, quod res dubia videri possit, vtrum magis pro marito mortuo, an potius pro viuis heredibus, iisque extraneis, interuenisse videatur. Certe tamen in *caussa dubia* praelertur illa interpretatio, per quam negotium *sustinetur* potius, quam infirmatur. Quapropter dicemus, si ea non neglecta sint, quae in fideiussione mulieris *pro extraneo* desiderantur, efficacem videri mulieris viduae intercessionem, quamuis desint illae solemnitates, quae in fideiussione *pro marito*, requiruntur.

Immo vero nequidem *dubia* haec causa est, sed luculenter supra demonstratum, illos, qui pro debitoribus mortuis interueniunt, non tam mortuorum, quam heredum causam agere, & ipsam hereditatem habere obligatam. *L. 21. §. 1. D. de negot. gest.*

Vxor igitur vidua mariti mortui debita suscipiens, videbitur non pro marito, sed pro heredibus extraneis interuenisse. Quia tamen, vt diximus, propter luctus acerbiteriam, suspectum est illud mulieris negotium, omnia diligenter expedienda sunt, quae in fideiussionibus mulierum desiderantur. Itaque ante omnia *SCto Velleiano* renunciandum, quod omnes mulierum fideiussiones, etiam pro extraneis, infirmat. Neque tamen opus est, vt *Authenticae, si qua mulier, C. ad SCtum Vellei.* disertis verbis vxor renunciet, quamuis mariti causa in ea re versari videatur, sed sufficit, si promittat, se beneficiis vxorum, quibus contra fideiussorias obligationes munitae sunt, non usuram esse. Es soll aber in Zuiunfte des *SCti Velleiani*,  
oder



oder der Authenticae, si qua mulier &c. hierbey zu gedenken, oder solche der Eidesnotul mit einzurücken, nicht nöthig, sondern vielmehr gnung seyn, wenn die Weiber sich aller, der Bürgschaften halber, ihnen in den Rechten nachgelassenen Wohlthaten, und die Eheweiber insonderheit derer, welche denen Eheweibern, wenn sie vor ihre Männer sich verbürgen, und das erborgte Geld in ihren Nutzen nicht verwendet, zustehen, nach vorhergehender derselben Erklärung, sich begeben. *Dec. Elect. nouiss. promulgata die 2 Julii an. 1746.*

Praeterea requirimus, vt vxor vidua sit *maioennis*, quum minores sine curatore *aetatis* pläne non obligari possint: Immo vero ne quidem *maior* scio cum effectu renunciat, nisi *curator sexus*, legitime constitutus, huic negotio adhibeatur. *Const. Elector. Sax. XVI. Part. II. & Decis. Elect. XXV.* Quamuis enim mulieres *solutae* de rebus *mobilibus* quodammodo sine curatoribus non inutiliter disponant, tamen in renunciationibus, quibus fideiussiones earum confirmantur, simpliciter curatorem adhiberi placuit, verbis: Witwen und Jungfrauen, auctoritate curatorum, itemque im Beseyn ihrer kriegerischen Vormunden. *dict. Const. Elect. XVI. Part. II. & Decis. XXV.* Nobis certe nuper non sufficere visum est, quod vxor vidua, *praesente patre*, ex cuius potestate olim per nuptias & separationem oeconomiae dimissa erat, fideiussulat, sed censuimus, sine curatore rem confici non posse. Curatoris enim praesentia tanto magis necessaria, quia porro renunciationes *in iudicio* fieri debent, in quo mulier sine curatore nunquam stare potest. Neque prorsus hoc nouum est, quum etiam iure ciuili mulier fideiubere non possit, nisi *instrumento*, publice aut coram tribus testibus confecto. *L. 23. §. 2. C. ad Scutum Velleian.* Quamuis autem *inter consentientes* agatur, tamen nouissime constitutum, vt mulier beneficiis suis, *coram iudice competente ordinario*, aut, si de re immobili vel hypotheca contrahendum sit, coram iudice rei sitae, renunciet: dasß dergleichen Verbürgungen nirgends anders, als vor der Weibspersonen ordentlichem Richter, oder dem Iudice rei sitae, verbindlich geschehen können. *dict. Decis. nouiss. XXIV.*

Tandem, ne imbecillitate sexus etiam in iudicio decepta esse videatur, maxime desideramus, vt *luculenta interpretatione* explicentur & indicentur mulieri beneficia, quibus renunciandum est, ne fideiussio ipsius infirmetur, verbis: auf vorgehende gnungsame Erinnerung und certioration, was ihre Verzicht und weibliche Gerechtigkeit in sich habe. *Decis. Elector. XXV.* itemque nach vorhergehender derselben Erklärung. *Decis. Elector. nouiss. XXIV.* de an. 1746.



Habes formam, qua neglecta mulier, ne quidem pro extraneis, cum effectu obstringitur. Itaque merito infirmauimus fideiussionem vxoris viduae, quae extra locum iudicii, solo patre praesente, nulla beneficiorum iniecta mentione, creditoribus mariti promiserat, sua fide & periculo futurum, quicquid ex hereditate mariti ipsis deberetur.

Ceterum in illa sponsione, qua vxor vidua creditoribus mariti fidem & *personam* suam duntaxat obstringit, non postulamus, vt renunciatio beneficiorum *iureiurando* confirmetur, inprimis si non de *dotis priuilegio*, sed de solis paraphernalibus quaeratur. Quae enim ex *capite 2 de pactis in 6to* adducuntur, ad singularem speciem, si mulier hereditati paternae & portioni legitimae renunciet, pertinent, ideoque non commode ad fideiussiones mulieris solutae trahi possunt. Neque interest, vtrum vxorem viduam, quae apud mortui mariti creditores intercedit pro ipso marito, an pro heredibus interuenire dixeris, quum etiam pro marito constituere & *personam* suam, sine dotis periculo, obligare possit, absque iureiurando corporali, modo reliqua solemnia formae in legibus Saxonice praescriptae non deficient, sed rite obseruata sint <sup>s)</sup>. In illa quidem specie, quam saepius tractauimus, creditores vxorem viduam in foro domicilii, *personali* actione, ex pacto, quo creditoribus mariti mortui se obstrinxerat, conueniebant. Non vero desiderabant creditores, vt in priuilegium vxoris, in concursu mariti, succederent. Liberum enim erat, ex quibus bonis vxor ipsis satisfaceret, modo debitum mariti solueretur. Quapropter cum fructu experiri potuissent creditores, si vxor vidua in iudicio beneficiis mulierum fideiustoriis sibi explicatis, auctoritate curatoris, quamuis omitta *iurisiurandi* formula, renunciaffet.

s) CARPZOV. Part. II. Const. XVI. def. 10.



OBSERVATIONES  
DE  
FORO VIDVARVM.

AD LEGEM XXII. §. I. D. AD MVNICIPAL.

VITEMBERGAE, DIE IVNII CIOIO CCLIV.

*Lex XXII. §. I. D. ad municipal.*

PAVLLVS Lib. I. Sententiarum.

Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet, exemplo clarissimae personae per maritum factae: sed vtrumque aliis interuenientibus nuptiis permutatur.

§. I.

*V*xoribus viduis, quamuis dilexerint maritos, acerba est marito-*Vxoribus vi-*  
*rum* recordatio, vt solum etiam nomen mortuorum non sine morsu aliquo *duis non ra-*  
recurrat *a)*. Ipsa enim vestigia atque ipsi lares inculcant & reuocant ma- *ro moleste*  
ritum. *est domici-*  
*um mariti.*

*Saepe etiam in somnis defuncti venit imago  
Coniugis b).*

Sed nemo libenter eo *redit*, vbi sine tormento esse non potest *c)*. Igi-  
tur impatientia doloris & desiderium mariti

*Accelerare fugam patriaque excedere suadent d),*

quam leniri dolor vix possit, nisi animum & cogitationem a contemplatio-  
ne incommodi praesentis auocemus *e)*. Haec necessitas viduarum animos  
interdum ita perturbat, vt vix perdurare queant *in domicilio mariti*, sed  
quaerant alium locum, vt oculos a conspectu malorum, quibus afflictas sunt,  
auertant *f)*. Audiamus OVIDIVM NASONEM *g)*, qui vix dolorem &

K 2

scru-

*a)* SENEC. Epist. 63.

*b)* VIRGIL. Lib. I. Aeneid. v. 357.

*c)* SENEC.

Epist. 63.

*d)* VIRGIL. Lib. I. Aeneid. v. 361.

*e)* SVLPITIVS

Ciceroni Lib. IV. Epist. XV.

*f)* TITVS. LIV. in praefat. oper.

*g)* OVID. de Remed. Amor. Lib. I. p. 725.

scrupulum euelli ex animo posse arbitratur, nisi quis in alium locum commigrauerit, vt a recordatione praeteritorum retrahatur.

*Et loca saepe nocent. Fugito loca conscia vestri  
Coniugii. Causas illa doloris habent.*

Hoc permouit veteres, vt in testamentis *uxores* relictas *praemiis* & legatis inuitarent, vt maneat in domicilio mariti & cum liberis *habitent*; quum ne liberorum quidem consolatio *uxoribus* viduis sufficeret ad desiderium mariti leniendum & memoriae acerbisatem mitigandam. PAPINIANVS & TERENCEVS CLEMENS admiserunt legatum, quod maritus *uxori* hac conditione reliquerat, *si a liberis non recesserit*, aut *si a liberis impuberibus non nupserit*, quia dolor & luctus acerbisates matres etiam a cura liberorum subinde retrahat, nisi praemio aliquo retineantur. L. 62. §. 2. D. de condition. & demonstrat. L. 72. pr. D. eod. LABEO habet testamentum, in quo testator heredem damnauit, vt ducenta daret *uxori*, si Capuae cum filio esset. L. 30. §. 5. D. de legat. III. Neque enim deberi legatum, ait LABEO, nisi *uxor* vel manserit cum filio Capuae, vel per illam non steterit, quo minus cum filio ex mariti voluntate in domicilio eius habitaret. dict. L. 30. §. 5. D. de legat. III.

Viduae igitur, quamuis concordissime cum maritis vixerint, nonnunquam tamen fugiunt acerbisatem illius memoriae & domicilium mariti. Sed magis tamen illae, quibus vetus & pertinax similtas cum maritis intercessit. Hae enim nolunt recolare eum locum, in quo laesae sunt <sup>b)</sup>, quod PHAEDRVS ait, & velut auiculae ex retibus elapsae gaudent, se emissas esse ex carcere, in quem coniectae erant, atque ex tempestate in portum euasisse. Igitur molesta illis est memoria & praesens vestigium mariti Puerpera illa apud PHAEDRVM <sup>i)</sup> non potuit adduci, vt *thorum maritalem* attingeret, quia

*Minime confidebat, illo posse loco*

*Malum fuiui, quo conceptum est initio.*

Inprimis autem *si liberi non sint superstites* ex priori matrimonio, aut si extraneus *heres institutus*, cuius seueritatem reformidant, malunt mulieres viduae & orbae ad propinquos confugere, quam inter affines & extraneos cum metu & dedecore verlari. Omnium vero maxime, *bonis a marito dissipatis*, ad egestatem perductae, ipsius necessitatis iure ex mariti domicilio expelluntur & alium sibi locum quaerunt, in quo delitescant. Marius apud MARTIALEM maluit praedia vendere, in quibus tot incommoda acceperat

— — Ser.

b) PHAEDRVS Lib. I. fab. 18.

i) ibid.

— — *Servos ubi perdidit omnes*

*Et pecus & fructus: non amat inde locum k).*

Nimirum multae, quum negligentissime maritos habuerint, ut SENECAE verbis utar, miserius illos lugent & moerent effusius, quia verentur, ne dubium sit, an amauerint <sup>l)</sup>. Sed hae quidem, quum primus impetus deserbuit, quiescere non possunt, donec viam elabendi inueniant. Extremo amor & desiderium parentum & cognatorum, qui ope & auxilio viduarum subleuari possunt, illas inuitat, ut, deposita mariti memoria, ad viuos & coniunctos reuertantur.

§. II.

Vides, ignoscendum esse vxoribus viduis, si malint ad propinquos conuolare, quam in *mariti domicilio* recordatione acerba & quotidiana perturbari. Si res ex maritorum voluntate aestimetur, illorum voto conuenientius consilium eligunt viduae, quae diutius perdurant & perpetuo retinent domicilium mariti. Plerique enim desiderant, ut vxores relictæ sanctius custodiant memoriam coniugii prioris. Apud Thraces obtinuit, ut vxores viduae interficerentur super mortuorum virorum corpora, & cum illis sepulcro traderentur <sup>m)</sup>, quem morem etiam hodie ab Indiae quibusdam populis videmus frequentari. Romani *familiaria sepulcra sibi & vxori* & liberis constituebant, *L. 5. D. de religiof. quasi domos aeternas n)*, in quibus quiescerent cum suis, quum nolent vxores etiam post mortem a suo consortio diuelli.

*Voto maritorum conuenientius ut viduae mariti domicilium retineant.*

Praecipue autem *principum* interfuit cauere, ne vilesceret nomen regium, neue *principum* maiestas adduceretur in contemtionem, si vxores ipsorum viduae ab aliis attingerentur. Hac de causa Wisigothi lege publica diligenter prospexerunt, ne quis *regis viduam* matrimonio sibi copulet, sed ut illa pudice & caste colat *memoriam* principis mariti <sup>o)</sup>. Nouimus quarundam gentium moribus inualuisse, ut *illustres viduae*, mortuo marito, in *monasterium* confugiant, cum voto perpetuae *viduitatis*, nisi regis beneficio haec necessitas illis remittatur.

Immo vero etiam *priuati* communi voto cupiunt ita post mortem amari ab vxoribus, ut *viui* amabantur <sup>p)</sup>. Hinc crebra *indictio viduitatis* & *conditio* legatis adposita, *si vxor non nupserit, L. 14. D. de legat. III. Si a liberis non discesserit, L. 62. in fine D. de condition. & demonstr. & L. 72.*

k) MARTIAL. Lib. I. Epigr. 86.    l) SENECA Epist. 63.    m) POMPON. MELA de situ orbis Lib. II. cap. 2.    n) GRVTER. oper. Inscript. Tom. II. pag. 90. num. 5. & pag. 903. num. 6. & pag. 913. num. 6.    o) Leges Wisigothor. Lib. XII. Tit. 1. §. 3. can. 5. apud Lindenbrog. p. 209.    p) P. TRON. Satyr. cap. 71.



*L. 72. D. eod. Si vidua fuerit, L. 3. C. de indict. viduit. Si Capuae cum filio habitauerit in domicilio mariti, L. 30. § 5. D. de legat. III.*

Quum sola spes lucri a maritis prioribus promissi viduas a secundis nuptiis non retraheret, imperatores, etiam damni metu illas terrendas, censuerunt, ne desererent memoriam matrimonii prioris, *L. 3. C. de secund. nuptiis.* Boiuuarii noluerunt, res donatas vxoribus relinqui; nisi viduae memoriam mariti perpetuo obseruauerint pudica castitate <sup>q</sup>). Burgundiones etiam dimidiam partem illorum, quae vxor a marito acceperat, reddendam esse iudicarunt, si vidua maluerit ad secundas nuptias transire <sup>r</sup>). Hoc quoque Longobardis placuisse, ex veteribus illorum legibus intelligitur <sup>s</sup>).

Germanos etiam veteres tetigit studium immortalitatis, vt vellent post mortem quasi superstites ab vxoribus relictis obseruari. CORNELIUS TACITVS inuenit, Germaniae quasdam ciuitates, in quibus virgines tantum nubant, omnisque spes matrimonii vnus mariti morte finiatur <sup>t</sup>). Credebant enim veteres, in vxoribus, quae in unum corpus cum ipsis coaluerant, aliquam sui partem, aut umbram & imaginem relinqui, quae exstinguatur secundis nuptiis viduae relictæ.

## §. III.

*Vxor vidua  
retinere po-  
test domici-  
lium mariti.  
Vidua non  
tantum per  
nuptias, sed  
etiam aliis  
modis domi-  
cilium mari-  
ti mutat.*

Ex his, quae adhuc disputata sunt, intelligetur, vxorem viduam, si communi maritorum voto obtemperare velit in mariti domicilio manere, quamuis interdum ipsi molesta sit temporis superioris recordatio & memoria matrimonii soluti. Enim vero praesentia mariti mortui vestigia perpetuam quidem doloris causam habeat, & efficiunt, vt nomen defuncti quotidie cum moerore aliquo recurrat. Sed hic quoque morsus habet suam voluptatem, & quod ATTALVS apud SENECA M docuit: sic mortuorum memoria nobis incunda est, quomodo poma quaedam sunt suauiter aspera, quomodo in vino nimis veteri ipsa amaritudo nos delectat <sup>u</sup>). Luctus certe diurnitate mitigatur atque deseruescit. Hinc discunt tandem mulieres viduae in domicilio, cui assuetæ sunt, vitam tranquillam & beatam degere, si non aliis irritamentis auocentur. Habuerunt enim maritos tanquam amissuræ, & amissos lugent, quasi illos adhuc habeant <sup>x</sup>), ideoque iucunda malorum, quae praeterierunt, recordatione animum in domicilio seueri etiam mariti consolantur.

Non paucae igitur sponte & volentes eligunt mariti domicilium, in quo viduae diem supremum placide expectent. PAVLLVS miseratione viduae

<sup>q</sup>) Leges Boiuuar. Tit. XIV. cap. 19. §. 3. apud Lindenbrog. p. 429. <sup>r</sup>) Leges Burgund. Tit. XXIV. apud Lindenb. p. 278. <sup>s</sup>) Leges Longobard. Lib. II. Tit. IV. apud Lindenb. p. 587. <sup>t</sup>) TACITVS de Mor. Germ. cap. 19. <sup>u</sup>) SENECA Epist. 63. <sup>x</sup>) ibidem.

duarum, hoc ipsis *beneficium* tribui asserit, ut *retinere* possint domicilia mariti, donec illud permutetur. *L. 22. ff. 1. D. ad municipal.* Noluerunt enim veteres viduam relictam confestim, quasi extorrem & exulem, depellere, & spoliatam rebus omnibus cum indignitate eiicere, contra commune votum & desiderium mortui mariti. Certe ad mortuum maritum spectaret haec iniuria, viduae *uxori* facta, quam defunctus affectu suo ita comprehendit, ut in illa *superstes* esse videatur. *L. 1. ff. 3. D. de iniur.*

Igitur *beneficii causa* mulieribus viduis hoc damus, ut, quamvis soluto matrimonio, *retineant* domicilium mariti. Ne quis dubitet, hoc esse *beneficium*, PAVLLVS ait, *retineri* domicilium mariti a vidua uxore. Sed *retinemus* nostra voluntate, quae nobis *iucunda* & *utilia* videntur; quae vero *molesta* sunt, illa nos potius *tenent* & retinent inuitos. Mirifice falluntur interpretes, qui viduarum illud forum *necessarium* esse crediderunt, ut quasi *captivae* & *dedititiae*, in carcerem inclusae, inuitae in mariti domicilio retineantur, & *effugere* non possint illud forum, in quod adductae sunt a mortuo marito. Liberae personae auerlantur morem barbarum, quem, OVIDIVS NASO auctor est, apud quasdam gentes obtinuisse, ut ciuibus facultas discedendi adimeretur. Neque enim ferri potest, quod Poëta narrat,

— — prohibent discedere leges,

Poe aequae mors posita est patriam mutare volenti y)

*Colonos* quosdam duntaxat Imperatores hoc vinculo adstringendos esse censuerunt, ne ab origine & domicilio suo discederent. *L. vnic. C. de colon. Illyrician.* Hoc ius singulare nunquam ad homines ingenuos & liberos trahitur, Etiam filiusfamilias, quamvis vinculo unitatis cum patre coniunctus sit, parentis *domicilium mutare potest*. *L. 3. D. ad municipal. & L. 3. C. de municip. & originar.* ANTONINVS certe incolis permittit, ut prius, quam ad muera vocentur, *domicilium transferant*, & vnicunque visum sit, quiescant. *L. 1. C. de incolis.*

Noli igitur existimare, quod *viduae* mulieres in *domicilio mariti* quasi vinculis retineantur, adempta facultate elabendi. LABEO habet viduam, quae impune *in aliud municipium* transit & nulla necessitate retenta est, ne domicilium mariti permutaret. *L. 30. ff. 5. D. de legat. III.* Eleganter MARCELLVS, nihil esse impedimento, ait, quo minus quis, *ubi velit, domicilium habeat*. *L. 31. D. ad municipal.* Quae quum ita sint, etiam *viduam* mulierem nulla necessitas prohibet, ne domicilium mortui mariti permutare possit. Vnam speciem PAVLLVS excipit, ne quis *nuda contestatione*, seu verbis duntaxat, mutare possit *domicilium*, sed *re & factis* domici-

y) OVID. Metamorph. Lib. XV. v. 28.



cilium efficaciter transferri, ait. *L. 20. D. eod.* Quapropter dicemus, mulierem viduam, quae *re & factis* copias & *fortunas* suas ex domicilio mariti transtulerit in alium locum, in quo habet, aut negotietur, sacris etiam utatur, & res suas administret, videri *domicilium mariti* permutasse. Ipsa enim natura *domicilii* ostendit, neminem posse domicilium retinere in illo loco, a quo prorsus recessit, rebus omnibus, aut plurimis, alio translatis. Igitur nec vidua *retinet domicilium mariti*, quae res suas, quaerendae *sedis perpetuae* & quietis causa, in aliud municipium transtulit, relictis latibus mortui mariti. Nulla vero lege prohibetur mulier vidua, ne res suas possit in locum alium transferre. Luculenter *VLP IANVS* naturam *domicilii* interpretatur. Si quis, inquit, *negotia sua* non in colonia, sed in municipio semper agit, in illo vendit, emit, contrahit, ibi foro, balneo, spectaculis utitur; ibi festos dies celebrat, omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum, fruitur: ibi magis *habet domicilium*, quam ubi colendi causa diuersatur. *L. 27. §. 1. D. ad municipal.* Sed quum non prohibeatur vxor alibi negotiari & rebus suis operam dare, quid impedimento est, quo minus credamus, viduam vxorem *domicilium mariti* voluntaria translatione *permutare posse?*

Sed ais, *necessarium esse domicilium* mariti, hinc vxorem ex illo se voluntate sua eximere & ab eo se retrahere non posse. Hanc vero dubitationem facillima responsione diluemus. Nimirum *vxoris* domicilium Interpretes *necessarium* appellant, quia vxor ab initio & durante matrimonio, non *sua voluntate* illud eligit, sed *necessario* sequitur domicilium mariti. Igitur dicemus, hoc forum maritalis domicilii *necessarium* esse *ab initio*, quum illud non ab vxore, sed a marito, eligatur. Respectu autem *durationis*, soluto matrimonio, *voluntarium* est domicilium viduae vxoris, quae sua voluntate mariti domicilium retinere & in locum alium se conferre potest. Nihil enim vxorem retinet, quo minus in locum alium transmigrer, sed ipsa mariti domicilium retinet, *si velit* in illo esse uiuere, aut negotia sua explicare. Ipse *PAVLLVS* in famosa illa *L. 22. §. 1. D. ad municipal.* concedit viduae, ut *nuptiis* interuenientibus, permutare possit mariti pristini *domicilium*. Sed nuptiae mulieris viduae impediri non possunt, ne quidem in testamento, ne fraus fiat Legi Iuliae de maritandis ordinibus & nuptiis non prohibendis. Hinc *conditio, si mulier non nupserit*, & indictio viduitatis pro non adiectis habendae sunt, ut liceat mulieri legatum petere, quamuis nupserit, neglecta conditione viduitatis, quam testator appoluit legato. Ita *PAPINIANVS* rem interpretatur *L. 72. §. 5. D. de condition. & demonstr. & L. 79. §. 4. D. eod.* 2). Immo *IULIANVS* docet, ne quidem *fiduicommissio* mulierem onerari posse, hac lege, ut, si nupserit, lega-

2) *BARNAB BRISSENIUS* de formul. Lib. VII. form. 54. p. 590.

legatum alii restituat, ne matrimonia impediatur. *L. 22. D. eod.* De fideicommissio autem aliter videtur iudicasse GAIUS *L. 11. pr. D. de legat. III.* Sed controuersiam diremit lex IVSTINIANI, qua cautum est, ne mulieribus *necessitas viduitatis* imponatur. *L. 2. C. de indict. viduitat.* a) Soli enim marito permissum, ut vxori, sub conditione viduitatis, possit legatum relinquere in suprema voluntate. *Nouell. XXII. c. 44. pr. & seq.* b) De quo argumento deinceps locus erit exponendi.

Quum igitur non possit retineri vidua mulier a secundis nuptiis, quibus interuenientibus *permutatur* prioris mariti domicilium, quis audeat affirmare, domicilium mariti *neccessario* retinendum esse a vidua vxore? Sed turbas tamen dedit CARPZOVIVS, qui pessime interpretatur *Legem 22. §. 1. D. ad municipal.* & *neccessario* retinendum esse domicilium mariti, credit, *donec nubat* mulier vidua, & ita domicilium permutet. Negat enim alia ratione mariti domicilium mutari posse a vidua, nisi *per solas nuptias*, quibus contractis, illa sequitur conditionem & domicilium noui atque extranei mariti c).

Verum enim vero nunquam PAVLLO in dicta *Lege 22. §. 1. D. ad municipal.* in mentem venit, quod domicilium mariti a vidua duntaxat per secundas nuptias mutari possit. Ille enim luculenter permittit viduis, ut *deserant* mariti domicilium, & adiicit exemplum, quod, *secundis nuptiis* interuenientibus, illud permutari possit. *L. 22. §. 1. D. ad municipal.* Minime autem dixit PAVLLVS, viduam mariti domicilium retinere, *donec nubat*, sed docuit potius, *posse* illud *permutari*, eiusque rei exemplum esse in secundis nuptiis; quum permutetur mariti domicilium, *si* mulier vidua *nubat* alii marito. *dict. L. 22. §. 1. D. ad municipal.*

Noli existimare, quod PAVLLVS, commemorata vna specie, in qua permutetur pristini mariti domicilium, excludere voluerit omnes *alios modos domicilii mutandi*. Neque enim potuit PAVLLVS mulierem viduam prohibere, ne in locum alium commigret & ipsa sibi constituat domicilium, in quo res suas commodius & sua voluntate administret. Si vero commigrare & res suas transferre potest in alium locum, potest etiam domicilium mutare. Nam domicilium ex facto habitationis & constituta sede diuturna aestimatur. *L. 27. D. ad municipal.* Ridiculum videri posset, si quis dixerit, viduam, quae Romae habitet, & fortunas suas omnes Romam, perpetuae

a) vid. CORNEL. VAN BYNCKERSHOECK in tract. *de legatis poenae nomine etc.* cap. V. Opuscul. Tom. II. p. 290. b) vid. DE BERG. in Oeconom. Jur. Lib. I. Tit. 3. §. 8. n. 3. c) CARPZOV. Definit. eccles. Lib. III. T. II. def. 18. num. 14. & idem in iurisprud. Forens. Part. IV. Constit. 21. Definit. 11. num. 5.



perpetuae quietis causa, transtulerit, domicilium Carthagine habere, vbi maritus mortuus habitauerat, quamuis ipsa nunquam velit Carthaginem reuerti. Certe nullibi concessum est viduis *ius reuocandi domum*, vi cuius vidua postulare possit ab aduersario, vt ipsam in solo mariti pristini domicilio conueniat, quamuis vidua illud deseruerit, & nolit in mariti domicilium reuerti. Hoc *ius reuocandi domum* legatis & aliis quibusdam personis datum est, quae vnus duntaxat negotii causa Romam venerant, non *viduis*, quae domicilium & fortunas in locum alium, certae sedis & quietis causa, transtulerunt. *L. 2. §. 3. D. de iudiciis.*

Quae quum ita sint, disputatione vix indiget, mulieres viduas non in foro mortui mariti, sed in illo loco conueniri, in quo domicilium constituerint, relicto & deserto domicilio priori. *CARPZOVIVS* malo exemplo confundit *domicilium mariti & dignitatem* atque *fori priuilegium*, quod maritus cum vxore & liberis communicauit. Haec *dignitas* viduarum ossibus perpetuo inhaeret, *donec nubant*, & retinetur, vbicunque constituerint domicilium. *L. 13. C. de dignitat.* Sed *dignitas & fori priuilegium*, quod extraordinarium & singulare est, opponitur *foro domicilii*, atque de potestate iudicis domicilii nos eximit. Contra domicilii forum *commune* est & *ordinarium*, ideoque non debet cum foro priuilegiario confundi. Quamuis igitur vxor vidua retineat *dignitatem & priuilegium fori*, tamen *forum domicilii commune* permutare potest, si vidua domicilium, sua voluntate, in alium locum transtulerit, relicto domicilio mariti. Incola enim, quod *GAIVS* praecipit, eis magistratibus parere debet, vbi incola est, nisi habeat *ius domum reuocandi*. *L. 29. D. ad municipal.* Ex quo apparet, frustra viduam sutoris, quae quondam Capuae habitauit cum marito, sed postea Lipsiam commigravit, recusare, quin Lipsiae conueniatur.

Illud tamen facile largimur, quod non credatur vidua mariti domicilium mutasse, nisi rebus & factis ostenderit, quod, fortunis suis translatis, alibi malit vitam degere & prorsus discedere a laribus mariti. Enim vero si res non satis luculenta sit, veri similis est, viduam in mariti domicilio manere voluisse. Nimirum ceruus ille, apud *VIRGILIUM*, quamuis fera eius natura esset, tamen

— — *mauum patiens mensaeque assuetus herili*  
*Errabat syluis, rursusque ad limina nota*  
*Ipsa domum fera quamuis se nocte ferebat d).*

Itaque non ex quavis profectioe viduarum indicabimus, illas domicilium mariti mutare voluisse, sed si ex translatione fortunarum appareat, viduas, *perpetuae quietis causa*, in alium locum commigrasse.

Sed

d) *VIRGIL.* Aeneid. Lib. VII. v. 470. seq.

Sed quid dicemus, si non raro redeat ad mariti domicilium, quod deseruit, & ibi viduarum beneficiis fruatur, aut negotietur, & per intervalla rursus reuertatur ad nouum domicilium, sua voluntate constitutum. In hac quidem specie potius videbitur vidua duplex domicilium habere & non solum in illo municipio, ad quod commigrauit, sed etiam in domicilio mariti, quod retinuit, conueniri posse. Hoc PAVLLVS contra LABEONEM defendit. L. 5. D. ad municipal.

## §. IV.

Exposuimus de iure Quiritium, quod libertatem viduarum mulierum defendit. Superest, vt de iure Germanico dispiciamus. Maiores nostri quidem, vt supra capite secundo a nobis obseruatum est, maluerunt in vxoribus relictis, quasi dimidia sui parte superstites viuere & memoriam suam sanctius ab illis custodiri. Certe duci vidua non poterat, nisi a propinquis &, si alii non adessent, a fratre mortui mariti emeretur. Ita Lex Salica rem definiuit e). Luculentius fere Lege veteri Saxonica apud Lindenbrogium f) constitutum est, vt vidua sit in tutela priuigni, quem mortuus maritus ex alio matrimonio progenitum reliquerat, aut fratrem mariti defuncti tutorem accipiat & his tutoribus pretium emtionis a sponso, qui illam ducere velit, exsoluatur. Ex quo loco intelligitur, mariti mortui propinquos aliquid iuris in viduam mulierem retinuisse, vt sine ipsorum voluntate vidua non potuerit mariti domicilium mutare, aut secundas nuptias contrahere. Sed eadem illa lege remittitur viduis necessitas obsequii & viduitatis. Si enim tutores illam retinere vellent, ne commigret ad alium maritum, poterat vxor ad alios propinquos confugere & sua voluntate res administrare g). Eundem morem secutae sunt etiam aliae gentes quae cum Germanis iura & sanguinem communicarunt. Apertissime Lex Longobardorum praecipit, vt mulier vidua sit in mundio proximorum vel heredum mortui mariti & ab illis redimatur, si quis eam ducere velit in matrimonium h).

*Iure germanico, in primis saxonico viduarum libertas olim restricta fuit. Domicilium tamen & curatorem libere eligunt viduae.*

Ne tamen credas, viduam quasi in mancipio fuisse heredum mortui mariti. Eadem enim Lex Longobardica dedit potestatem mulieri viduae, confugiendi ad alios propinquos, aut ad parentes suos reuertendi, denique domicilii constituendi, vbicunq; visum fuerit, si appareret, illam indignius tractari ab heredibus mariti.

Igitur veteres noluerunt viduam inuitam in mariti domicilio, quasi vinculis quibusdam, retineri. Immo vero posteri deseruerunt seueritatem

L. 2

illam,

e) Lex Salic. Tit. 46. apud Lindenbrog. p. 334.

f) Lex Sax. cap. VII apud

Lindenbrog. p. 476.

g) Lex vetus Sax. ibid.

h) Leg. Longobard.

Lib. II. Tit. I. §. 4. apud Lindenbrog. p. 587.



illam, & heredibus mortui mariti nihil potestatis in viduam vxorem reliquerunt. Placuit enim viduam in suorum heredum tutelam peruenire, der Erbe ist auch der Wittwen Vormund, bis sie wieder einen Mann nimmt, wofern er ihr ebenbürtig ist. 1. 1. N. Art. 23.

Ne quis dubitationi locus esset, alibi constitutum, viduam mulierem, mortuo marito, *ab eius iure & familia confestim liberari & redire ad natales suos, atque in tutelam parentum aut agnatorum reuocari*: Nach des Mannes Tode ist das Weib ledig von des Mannes Rechte. *Ius Prouinc. Sax. Lib. III. Art. 45.* itemque: Wenn der Mann stirbet, so ist sie ledig von seinem Rechte, und behält Recht nach ihrer Geburt, darun muß ihr, und nicht ihres Mannes nächster ebenbürtiger Schwerdmagen ihr Vormund seyn. 1. 1. N. Art. 45.

Non ausim haec verba cum CARPZOVIO <sup>i)</sup> de sola tutela mulierum interpretari, quum iisdem articulis etiam alia iura mulierum, inprimis Wehrigeldi aestimatio, commemorentur. Hoc certe ex illis legibus intelligitur, nullam viduae necessitatem impositam, qua in mariti domicilio retineretur, sed reueri illam potuisse ad suos, vt iuribus paterni domicilii fruat. Hodie quidem certe vxor vidua videtur *sui iuris esse & res omnes voluntate sua regere, adhibita subinde auctoritate curatoris, quem ipsa libere eligit & magistratui nominat, vt ab illo confirmetur* <sup>k)</sup>. *Decis. Elector. LIX.* verbis: daß einer Weibsperson ein Curator insgemein von ihrer ordentlichen Obrigkeit, darunter sie entweder ihre Güther, oder doch ihre wesentliche Wohnung und Aufenthalt hat, bestätigt werden solle.

Non potest igitur dubitari, quin mulier vidua curatorem in genere possit impetrare *a iudice noui domicilii*, in quod commigrauit mortuo marito. Ibi enim videtur *habitare*, ex mente *Serenissimi Legislatoris*, vbi sedem fortunarum constituerit, wo sie wesentliche Wohnung und Aufenthalt hat, nisi fori priuilegium habeat. Illud quidem alio loco <sup>l)</sup> a nobis obseruatum est, quod vidua, ad patrem reuersa, fori *paterni priuilegio* utatur, denn sie behält Recht nach ihrer Geburt. 1. 1. N. Art. 45. Ipse enim pater recte fruere fori priuilegio, si illud non communicaretur cum liberis, qui in eius conuictu & domicilio morantur. Habet pater priuilegium fori, ne a *magistratu communi* domicilii indignius tractetur. Sed hoc interuerteretur si filia vidua a magistratu domicilii terreri posset. Accipimus enim iniuriam per liberos nostros, non solum hos, qui in patria pote-

<sup>i)</sup> CARPZOV. Part. 4. Const. 21. def. 11. n. 1.      <sup>k)</sup> vid. Praefes de filia vidua ad patrem reuersa cap. v. r.      <sup>l)</sup> vid. Praef. in disput. allegat. ibid.

potestate sunt, sed etiam eos, qui nostro affectui subiiciantur. L. 1 § 3. D. de iniuriis.

Multae olim viduae ad claustra & monasteria conuolarunt & perpetuae viduitatis votum profectae, accepto velamine, solemniter consecratae sunt. Can. 16. Causs. XX. Quaest. 1. Hoc facto, certum est, eas mariti foro & domicilio liberatas esse.

## §. V.

Vidua igitur & Romano & Saxonum iure efficaciter transfert fortunas & domicilium, vt, permutato mariti foro, in illo loco, vbi habitat, ab aduersariis conueniri possit. Sed videamus, an obuenant quaedam species in quibus *necessario vidua retineat* mariti domicilium, & iudici, ad quem defunctus maritus trahi poterat, mutato etiam domicilio, subiiciatur. Certe si vidua *heres* sit mariti, ex obligatione, quam defunctus maritus contraxerat, in foro mortui mariti, quamuis priuilegium fori habeat, recte conuenitur, ne aduersarius, qui marito credidit, ob heredis priuilegium, maiori incommodo afficiatur. *VLPIANVS* ait: *heredes* absentes ibi defendendos esse, vbi defunctus defendi debuit, & conueniendos in foro defuncti, si ibi inueniantur, quum nullo proprio priuilegio excusari possint. L. 19. pr. D. de iudiciis. Lite quidem coepta a defuncto, res caret controuersia, quum ex quasi contractu litis contestationis heredes obstringantur, vt in eodem iudicio controuersiam finiant, in quo defunctus coepit litigare. Apud Saxones ne quidem litis reassumptione opus est, sed, quamuis defunctus procuratorem non habuerit, coeptam causam heredes in eodem iudicio, post quatuor menses, peragere iubentur. *Ord. Process. Sax. recogn. Tit. XVII. §. 1.* Igitur & vidua mariti heres recte in ius vocata censetur, si citatio euidam coheredum, qui in domicilio defuncti haeret, insinuata sit. Hic enim viduae absenti citationem transmittere debet. *Ord. Process. Sax. recogn. Tit. IV. §. 2.* es mag die Citation, wenn die Erben sich noch nicht getheilet, in das gemeinschaftliche Guth oder Haus, demjenigen, der sich darinne aufhält, wohl insinuirt werden. Sed res plus difficultatis habet, si *lis noua* viduae heredi a creditoribus mariti inferatur. *VLPIANVS* quidem docet, ibi heredem *conueniri* posse, vbi defunctus conueniri debuit, si in eodem loco & iudicio *inueniatur*. d. L. 19. pr. D. de iudic. Ipse autem *VLPIANVS* eodem loco non dissimulat, heredem, etiam *absentem*, ibi defendendum esse, vbi defunctus defendi debuisset. Ex quo loco quidam colligunt, viduam, quae mariti hereditatem adierit, etiam *absentem*, requisito in subsidium iudice noui domicilii, in quo habitat vidua, in ius vocari posse *m*).

*Vidua mulier quae heres est mariti, in foro domicilii maritalis conuenitur. Legatum quod a marito accepit vidua sub conditione viduitatis, amittitur secundis nuptiis. Dotale ius vidua quamuis nubat retinere potest.*

Haere-

*m*) DE BERGER Oeconom. iur. Lib. IV. Tit. IV. §. 7. Riini Enunciata Tit. IV §. 6. p. 71.



Haerebit igitur mulier vidua in domicilio mortui mariti, post aditam hereditatem, si actio hereditaria ex persona mariti, cui successit, a creditoribus aduersus heredes instituitur. Sed magis attinet monere, etiam si *legatum* duntaxat vidua a marito acceperit, non semper ab illa mariti domicilium impune mutari. Admiserunt enim veteres *legatum*, in quo maritus uxori *hac conditione* aliquid reliquit, *si vidua*, aut, *dum vidua fuerit*, aut, *quam diu habitauerit cum liberis* in domicilio defuncti. *L. 62. §. 2. D. de condit. & demonstr. L. 72. pr. D. eod. L. 30. §. 5. D. de legat. III.* Quamuis enim *conditio viduitatis* olim imponi vxoribus non posset, tamen licuit testatoribus, curam liberorum & domicilii viduae relictæ commendare. Generaliter receptum est, conditionem, quae non directe matrimonium impediatur, a muliere implendam esse. *L. 71. D. de condit. & demonstr. L. 79. §. ult. D. eod.* Inprimis, si appareat, viduae aliquid, *dum vidua fuerit*, hoc animo relictum esse, *ut viduitatem & tristitiam* relictio beneficio *consoletur*, *legatum* amitti *IUSTINIANVS* censuit, si mulier nubendo mutauerit domicilium mariti. *L. 3. C. de indict. viduit.* Si enim nupserit aut domicilium transtulerit, cessante causa tristitiae & viduitatis & solitudinis, non indigere videbitur legato, quo testator dolorem solitudinis ipsi abstergere volebat. Extremo imperator viduam deliberare iussit, vtrum legato carere malit, an implere conditionem viduitatis, sub qua maritus ipsi aliquid reliquerit. *Nou. XXII. c. 44.* Neque enim vidua conqueri poterit, quasi matrimonium, contra Legem Iuliam, impediretur a marito, quum possit omnino nubere, repudiato & neglecto beneficio mariti.

In his igitur speciebus non facile vidua domicilium viri secundis nuptiis mutabit, aut se a liberis seiungat, si velit *legatum* retinere.

Discederem ab hoc loco, nisi me *viduarum dotalitia* tenerent. Haec enim, si quosdam interpretes audias, *mutato domicilio* mariti, aut certe secundis nuptiis, *amittuntur* <sup>u)</sup>. Sed mihi quidem non videntur hi interpretes rem acu tetigisse, nisi pacto aut consuetudine inductum sit, ut dotalitia, mutato domicilio, aut secundis nuptiis, a vidua amittantur. Enim vero dotalitium *titulo oneroso* ab vxore vidua acquisitum est, quum dote sua illud quasi *emerit* & dos illata dotalitio absorbeatur. Quapropter dote multaretur vxor, si dotalitium propter secundas nuptias viduae subtrahendum esset, quae poena nullis legibus est constituta. Ipsi interpretes, qui hanc sententiam tuentur, hoc agnoscunt, ideoque dotem restituendam esse iudicant, si vidua dotalitium post secundas nuptias amittat <sup>o)</sup>. Sed propter commoditatem heredum & successorum constituuntur dotalitia, ne vasalli viduis dotem  
&

<sup>u)</sup> KEMMERICH. in iur. publ. Lib. VIII. cap. 3. §. ult.  
loc. cit.

<sup>o)</sup> KEMMERICH.



& donationem propter nuptias restituere cogantur. Male igitur consulere-  
tur successoribus, si, dotalitio viduae propter secundas nuptias  
subtracto, dotem illi & donationem propter nuptias reddere de-  
berent. Saxones, nisi aliud pacto definitum esset, dotalitium etiam viduis,  
post secundas nuptias, plerumque reliquerunt. Ius provinciale Saxonicum  
commemorat viduam, quae dotalitium, in priori matrimonio acquisitum,  
alteri marito obtulit, ut illo dotalitio in secundo matrimonio perfrueretur:  
Nimmt ein Mann eine Wittve, die lehn oder Leibgedinge hat, was er in  
dem Guthe mit seinem Pfluge arbeitet, das soll er, wenn die Frau vor der  
Saat stirbt, vollend arbeiten, besäen und abschneiden. 3. L. R. Art. 76. Vi-  
des, mulierem viduam dotalitium, das Leibgedinge, post secundas nuptias,  
ad maritum attulisse. Quid, quod etiam post diuortium vxori, in hono-  
rem prioris matrimonii, dotalitium relinquere debeat maritus. Wird ein  
Mann mit Rechte von seinem Weibe geschieden, so behält sie doch ihre Leib-  
zucht, die er ihr an seinem Eigen gegeben hat. 1. L. R. Art. 21. Leibzucht  
kann den Frauen niemand brechen, weder ein nachgebohrner Erbe, noch der,  
auf den das Gut verstorbet, wofern sie es nicht selbst verwirft. *ibid.* Se-  
cura igitur erit vidua de dotalitio, quamvis permutauerit mariti domici-  
lium P).

## §. VI.

Accepisti, quod viduae mulieres mariti domicilium, sine incommo-  
do, voluntate sua libere permurent, neque tantum secundis nuptiis, sed  
etiam aliis modis, translata fede fortunarum, foro mortui mariti liberentur.  
Sed aliter de dignitate maritorum iudicandum est, quae vxoribus inhaeret,  
vbicunque habitent, & a viduis retinetur, donec nubant, aut dignitatem mor-  
tui cum alia dignitate & privilegio permurent. PAVLLVS comprobavit,  
vxorem per maritum fieri clarissimam personam, & post eius obitum, retinere  
illam dignitatem. L. 22. §. 1. D. ad municipal. Male CARPZOVIVS, ut  
diximus, hoc privilegium dignitatis & fori cum foro domicilii confundit Q).  
PAVLLVS enim ait, utrumque permurari, si vidua nupserit, dict. L. 22. §. 1. D. ad municipal. & sic fatetur, dignitatem & domicilium esse res duas,  
inter se diuersas, quarum quaelibet alio iure aestimetur, quamvis utraque  
permurari possit, si nuptiae interueniant. Nimirum domicilium voluntate  
cuiusque constituitur, ut supra comprobauimus, nisi vidua sit captiua &  
vinculis retineatur. Dignitas vero, semel acquisita, personae mulieris in-  
haeret & retinetur, donec nubat, quamvis mutato domicilio mariti.  
Imperatores liberaliter viduis hoc tribuerunt, ut honore maritorum  
erigantur, genere nobilitentur & ex virorum persona fori privilegium ha-  
beant.

P) HORN. in Iurisprud. Feudal. cap. XXI. §. 11. Stryk. de successione ab intestat.  
D. 4. C. 2. th. 38. Carpzon. Lib. VI. resp. 55. Q) CARPZOV. Part. II.  
Const. 27. Def. 4. n. 6. id. in defin. ecclesiast. Lib. III. Tit. II. Def. 18. n. 14.



beant. *L. 13. C. de dignit.* Nolo disputare, quae sint clarissimae personae. *VLPIANVS* enim clarissimas personas, ait, appellari, quae senatoribus nuptae sunt. *L. 8. D. de Senator. & L. 5. D. de curat furiosor.* quamuis hoc nomen postea sciamus cum pluribus communicatum esse. Male sedulus viderer, si haererem in re manifesta, quam alii trecenti obseruarunt <sup>\*)</sup>. Magis refert admonere, interdum impetrari posse a principe, vt vidua, quamuis postea viliori marito nupserit, retineat *clarissimae personae dignitatem*. *VLPIANVS* vero illud *perraro* fieri notauit, *L. 12. D. de Senator.* Vidua igitur manet clarissima persona ex mariti dignitate, donec nubat, atque ex illa etiam fori priuilegium ad eam peruenit. Neque tamen hoc est perpetuum. De *militibus* enim gregariis constitutum est, illorum vxores *viduas* & liberos iudici communi domicilii parere & vix vti priuilegio militaris fori, nisi cum maritis & parentibus versentur in castris aut hibernis <sup>s)</sup>. So wollen wir jedoch diejenigen Weiber und Kinder derer Unterofficiers und Gemeinen, welche ihren Männern und resp. Vätern nicht zum Regimente folgen, und bey denselben sich wesentlich nicht aufhalten, sondern ihr Gewerbe und Nahrung an einem andern Orte, mit Vorwissen und Genehmigung der ordentlichen Obrigkeit, treiben, davon eximiret haben, und sollen diese in allen Fällen unter der Jurisdiction des Ortes Obrigkeit stehen, auch daseibst belanget werden. Itemque paullo post: Also sind auch die Wittwen und Kinder derer verstorbenen Unterofficiers und Gemeinen dem foro ciuili unterworfen.

Possunt igitur haec iura viduarum legibus & consuetudine mutari. Vix meretur obseruari, vxorem etiam dignitatis *deminutionem* pati, si maritus viuus amiserit dignitatem. Obseruauit tamen illud auctor iuris provincialis Saxonici, qui maritum, ait, posse a dignitate sua discedere illaque se abdicare, *inuita* etiam vxore: Ein Mann kann wohl seinen Heerschild, ohne seines Weibes Erlaubniß, niederlegen. *I. L. R. Art. 25,*

Ex hoc fonte deducitur, etiam viduas *clericorum*, qui vel remoti sunt ab eo gradu dignitatis, vel illum sponte reliquerunt, communi *magistratui* domicilii subiectas esse. Depulsa enim superstitione & exploso *characteris indelebilis* commento, placuit, ipsos etiam clericos, si renunciauerint officio suo, vel a dignitate illa deiecti sint, magistratui domicilii parere, fori priuilegio amisso. *Decis. Elect. nouiss XXXV.* de an. 1746. Kirchen, oder Schuldiener, welche resigniret oder von ihrem Amte removiret worden, sind nicht mehr als geistliche Personen anzusehen, sondern nebst denen andern der Jurisdiction der Obrigkeit des Ortes, allwo sie sich aufhalten, unterworfen.

Cete-

<sup>\*)</sup> *BRISSEONIVS* 3. Sect. 16.

<sup>s)</sup> Königl. Pöhl. und Churfürstl. Sächsl. er. neuerete Ordonnanz cap. X. §. 113. p. 94.



Ceterum clericos, constat, quam diu honoribus funguntur, propter sanctitatem officii sui & varias ob causas, ad iudicem secularem non vocari posse. Pontifex enim excommunicationis poenam iudici minatur, qui clericum, etiam minoris ordinis, ad tribunal suum trahere aut condemnare audeat, sine pontificis decreto. *c. 2. X. de foro competent.* Quamuis autem Pontifex vix cogitare potuerit de clericorum vxoribus & viduis, tamen in plerisque prouinciis, etiam Saxonis, obtinuit, vt viduae clericorum, vbicunq; habitauerint, exemptae foro communi, a consistoriis ecclesiasticis duntaxat curatores accipiant, & coram eodem iudice, cui maritus paruit, conueniantur <sup>1)</sup>. Quapropter vidua pastoris, ne quidem huic foro se subtrahere poterit voluntaria renuntiatione, quum nec maritis vivis hoc facile & sine graui causa perinittatur. Praeterea opportune PAVLLVS monet, dignitatem potius *adiectionem* fori priuilegii dedisse, quam forum commune permutasse. *L. 11. D. de Senatoribus.* Quomodo igitur rem definiemus, si vxor vidua, quae fori priuilegium *ex persona mariti* habuit, mutato domicilio, cum parente suo habitet, qui & ipse alio fori priuilegio vtatur? Dubium videri posset, vtrum patris potius, an mariti priuilegium vidua sequatur, quum & patris & mariti priuilegium etiam liberos & vxores viduas attingat. Dicemus, quum dignitas *adiectionem* fori pariat, pinguius priuilegium praeferrri, quum nemo credatur meliori priuilegio renuntiare voluisse. Vnam speciem excipio, si duo illa priuilegia ita inter se pugnent, vt simul consistere nequeant & alterum ab altero consumatur, aut si alteri priuilegio efficaciter nequeat renunciari. Saxones videntur parentis priuilegium praeferre, si, relicto domicilio mariti, vidua confugerit ad patrem: Wenn der Mann stirbt, so ist das Weib ledig von seinem Rechte, und behält Recht nach ihrer Geburt. *Ius Prou. Sax. Lib. I. Art. 45.* Inprimis vero in his causis consuetudinem prouinciae sequimur, quum ipse etiam Pontifex in controuersis clericorum distrahendis consuetudinem non negligendam esse arbitretur. *c. 13. X. de foro competent.*

## §. VII.

Viri igitur vxores in fortunarum omnium & ciuitatis & domicilii & quo nihil humano generi carius est, communium liberorum societatem sibi libera iter adiungunt <sup>u)</sup>, ideoque etiam *nomen* & familiae *insignia* cum vxoribus communicant, ne ab vlla parte diuini & humani iuris a maritis exclusae videantur. Ita GAIVS vxorem suam nomine proprio inflexo atque ad muliebrem sexum accommodato, quasi animae dimidium suae <sup>x)</sup>, GAIAM in familia appellari iubet. Dicit non potest, quam diligenter veteres laborauerint, ne *nomen*

*Nomen & insignia mariti mulier vidua retinet nec temere mutare potest.*

1) CARPZOV. in defin. ecclesiast. Lib. III. Tit. II. Def. 18. n. 14.      u) LIV. Lib. I. C. VIII.      x) HORAT. Lib. I. Od. 3. v. 8.  
Fasc. XI.      M



*nominis* sui memoria obliuione a posteris contereretur. Romani ne domos quidem suas, quas ipsi aedificauerant, aut a maioribus acceptas possederant, e *nomine* suo *exire* voluerunt. *L. 77. §. 11. D. de legat. II. & L. 77. §. 28. D. eod.*

Multi, quibus liberi non erant, adoptionis iure extraneos necessitate *ferendi nominis sui* obstrinxerunt. Libertos etiam, qui beneficio domini ad libertatem peruenerant, *nomen suum sibi induere iusserunt*, ut immortalitas & ornamenta familiae, quam plurimis in nomen adscitis, aeterna serie ad posteros propagarentur. Hinc PAPINIANVS monet, libertos & libertas ad nomen patroni pertinere. *L. 77. §. 28. D. de legat. II.* Etiam extranei, quos paterfamilias adoptauerat, *in nomen assumi* dicebantur, quum nominis amplificandi causa plerique extraneos arrogarent. Praeterea heredibus & legatariis interdum adscripta est *conditio nominis ferendi*, ut testatoris memoria recoleretur. *L. 63. §. 10. D. ad SCtum Trebellian.* PEGASVS quoque in donationibus hoc obseruatum esse docet, ut daretur aliquid sub *conditione nominis ferendi*. *L. 19. §. 6. D. de donat.*

Hoc consilio mariti vxores *nomen* suum retinere voluerunt, ut memoriam virorum sanctius obseruarent. Etiam *insignia familiaria* vxoribus attributa, donec nubent, ut ipsae praesentia viri mortui vestigia oculis contemplantur. Inprimis Germani, exemplo aliarum gentium, *insignia vxoribus* attribuerunt. Quamuis enim maiores nostri insignia *propter militiam* praecipue assumerent, ut agnati, qui simul militabant in exercitu, erectis clypeis intelligerent, atque signa consistere deberent, vnde insignia plerumque der Heerschild appellantur; tamen noluerunt vxores, periculorum & fortunarum socias, ab usu signorum familiarium excludere, ne illae maritorum obliuiscerentur. Obtinuit in illustribus familiis, ut vxores, *clypeo dimidiato* insignia maritorum vel praeponerent, vel subicerent signis gentilium & auitis, quae a maioribus acceperant 1). Hac de causa etiam duces Burgundiae filiabus olim permiserunt, ut dimidiam partem clypei, in quo parentis insignia exprimebantur, vacuam relinquerent, donec mariti futuri insignia ad signa gentilium adiungi possent 2).

Igitur videamus, an *nomen* mariti vidua *dissimulare*, aut *insignia* eius amoliri & *amouere* possit, ut memoria prioris matrimonii conteratur. IMPERATORES quidem cuiuslibet homini libero permittunt, ut *nomen* sine fraude & periculo *mutare* possit. *L. unic. C. de mutat. nomin.* IULIANVS etiam apud GAIVM censet, heredibus subinde remittendam esse conditionem nominis

1) D. Joh. Wolfgang Trier's Einleitung zur Wapenkunst, c. 10. p. 192.

2) idem

ibid.

minis ferendi, imprimis si famosum & turpe fuerit nomen testatoris. *L. 69. ff. 10. D. ad SCtum Trebell.* Neque dubito recte viduas mariti perduellis & infamis nomen recusare, quum *NERATIVVS* doceat, ne lugendas quidem maritos esse suspensiosos aut perduellionis reos, & quorum memoria damnata est. Etiam hodie non raro viduae, quas pudet prioris matrimonii, insignia virorum amouent & solo nomine gentilitio vtuntur, quod plerique sine periculo fieri iudicant. Certe tamen, si a iudice in ius vocandae sunt viduae, non possunt prohibere, quo minus nomine mortui mariti appellentur. Maxime vero si beneficiis viduarum frui velint, nomen viri defuncti amoliri & dissimulare nequeunt. Neque enim hoc ferendum est, si viduae viri honesti & probi nomen cum iniuria & contemptu auerferentur. *IULIANVS* igitur apud *PAVILLVM* etiam post diuortium coniugibus honorem pristini matrimonii commendat. *L. 2. D. de action. rer. amotar.*



## XCIX.

THESES IVRIS CIVILIS

DE

## FIDEIVSSIONE TACITA

SEU

## QUASI FIDEIVSSIONE.

AD LEGEM II. PR. D. AD MVNICIPAL.

VITEMBERGAE, DIE XVI. IVLII CXCXCCLIV.

I.

**O**lim fideiussiones non solum *interrogationem & responsionem*, sed etiam *verba solemnia*, desiderabant. *LEO* autem & *IUSTINIANVS* non quidem *interrogationem & responsionem* in stipulationibus sustulerunt, sed hoc tamen permiserunt contrahentibus, vt *quibuscunque verbis*, congruis vero & consensum luculenter declarantibus, respondere possent promissores ad *interrogationem stipulatoris*. *L. 10. C. de contrahend. vel committend. stipulat. & ff. 1. D. de V. O.*

M 2

II.



## II.

Iure Ciuili igitur mansit, etiam post *IUSTINIANVM*, aliquod discrimen inter pacta nuda & stipulationes, quum hae sine interrogatione & responsione contrahi vix possent. *Cocceius de usu & differentia hodierna pacti & stipulat. D. sentit a LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XXXIX. medit. V.*

## III.

Veteres non tam anxie desiderarunt verborum solemnitatem in stipulationibus, si finis ille, propter quem solemnitas ista introducta est, alia ratione satis manifeste obtineri posset. Hinc *consensus tacitus*, etiam ante *IUSTINIANVM*, in stipulationibus effectu non caruit. *§. 5. I. de inutil. stipulat.*

## IV.

Certe admissa est *tacita fideiussio* seu *quasi fideiussio*, vi cuius ille *perinde ac fideiussor* tenetur, qui *facto luculento*, quod aliam interpretationem vix admittit, declarauit, *sua fide & suo periculo* futurum, quod alius debet.

## V.

Igitur si filiusfamilias voluntate patris decurio creatur, vniuersis muneribus, quae decurioni filio iniunguntur, obstrictus est pater, *quasi fideiussor* pro filio, quamuis interrogatio & responsio non interuenerit. Consensisse autem pater decurionatui filii videtur, si praesens nominationi non contradixit. Proinde quicquid in republica filius gessit, pater, *ut fideiussor*, praestabit. *L. 2. pr. D. ad municipal.*

## VI.

*Iure praetorio* introductum est *Constitutum*, *ut nudo pacto* suscipi posset *obligationis alienae periculum*. *L. 1. D. de constit. pecun. & L. 27. D. eod.* Sed etiam *iure ciuili* obtinuit, ut quis posset *obligationi alienae* accedere absque stipulatione, si quis consensum suum *facto luculento* & indubio declararet. *L. 2. pr. D. ad municipal.* Inprimis si *fauor causae* vel *aequitas* manifesta suaderet, ut periculum obligationis alienae ad quasi fideiussorem spectaret.

## VII.

Qui *tacite* ipso facto fideiuber, aequae ac fideiussor *beneficiis fideiussoribus* utitur, nimirum exceptione ordinis, diuisionis & cedendarum actionum.

## VIII.

Pater tenetur propter mutuum, quod filius contraxit, si voluntate eius, quamuis *tacita*, mutuum contractum est. *L. 7. §. ii. D. de SCto Macedonian.*

## IX.



## IX.

Si pater non contradixit, quum audiret, filium quasi mandato eius mutuum contrahere, obligatur, *tacito consensu*. L. 16. D. de SCto Macedon.

## X.

Pater videtur *tacite* consensisse, ut filio ea pecunia crederetur, quam ipse *solebat* filio subministrare. L. 7. §. 13. D. de SCto Macedon. L. 2. C. eod.

## XI.

Pater tenetur *quasi fideiussor*, si filius alicui damnum iniuria dedit, vel poena afficiendus fuit, quae in mulctam conuersa est: sed mulctam aut damnorum aestimationem soluere tantum cogitur ex substantia bonorum, quorum proprietas ad filium, vsusfructus ad patrem, pertinet, non vero ex suis bonis. *Decis. Elect. nouiss. XXXVI. de die 2. Iul. an. 1746.*

## XII.

Est aliud exemplum *fideiussionis tacitae* seu *quasi fideiussionis*, si quis *scripserit*, se pro alio interuenisse. Perinde enim habetur, ac si interrogatione praecedente fideiussisset. §. 16. & 17. I. de Inutil. stipulat. §. ult. I. de fideiussor. & L. 134. §. 2. D. de V. O. Sola enim praesentia fideiussoris desiderata est.

## XIII.

Si quis *dolose* & sciens debitorem obaeratum, qui soluendo non est, quasi locupletem, cui sine periculo credi possit, specialiter alteri commendat, *quasi fideiussisse* censetur. *Decis. Elector. XLII.* Igitur

*Si quem commendes, etiam atque etiam adspice, ne mox  
Incuriant aliena tibi peccata pudorem a).*

## XIV.

Qui alteri actionem suam aduersus debitorem suum vendidit, non videtur *tacite* pro debitore *fideiussisse*. L. 4. D. de heredit. vel action. vendit. *Veritatem* enim nominis, non *bonitatem*, praestare cogitur, hoc est, debitorem verum quidem, sed non locupletem. *dict. L. 4. D. de heredit. vel action. vendit.*

## XV.

Qui alteri debitorem suum *assignat*, ipse nihilominus tenetur, si debitor assignatus non sit soluendo, nisi *novatio scripta* interuenierit, per quam debitor assignans, accepta apocho, liberatur. *vid. Mandat. Reg. Pol. Elector. Sax. d. die 23. Sept. Anno 1699.*

a) HORAT. Lib. I. epist. 18. v. 76.





C.  
DISSERTATIO INAUGVRALIS  
DE PERICVLO  
OBLIGATIONIS ALIENAE  
SINE FIDEIVSSIONE.

AD LEGEM IV. §. III. D. DE FIDEIVSS. ET NOMIN.

VITEMBERGAE, DIE AVG. CIOIO CCLIV.

*Lex VI. §. III. D. de Fideiussoribus & nominatoribus & heredibus tutorum & curatorum.*

V L P I A N V S Lib. XXXVI. ad Edictum.

Fideiussores a tutoribus nominati, si praesentes fuerunt, & non contradixerunt, & nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est, perinde teneri, atque si iure legitimo stipulatio interposita fuisset. Eadem causa videtur adfirmatorum: qui scilicet cum idoneos esse tutores adfirmauerint, fideiussorum vicem sustinent.

§. I.

*Periculum obligationis alienae plerumque fugimus.*

**D**ifficillimum est officium, quod MARCVS TVLLIVS praedicat *a)*, *periculum fortunarum* & capitis negligere prae alterius salute, aut pro amicis se in discrimen atque *periculum* inferre *b)*, cum plerique suis ipsi rebus non satis se consulere posse arbitrentur. Vix uxori maritus persuadet, ipsam in societatem *periculorum* communium adscitam esse *c)*, ut res secundae & *pericula* inter coniuges communicentur *d)*. Dubiae & incertae sunt voluntates hominum, ut vix quis tuto audeat pro alio spondere. Ille apud PLAVTVM auersatur *periculum* obligationis alienae, & ipse sibi ma-

*arare, occare, sibi ferere, sibi etiam metere e),*

ne

*a)* CICERO XIV. Epist. ad Fam. 4. *b)* CICERO in Orat. pro L. Corn. Balbo c. 10. *c)* TACITVS de mor. Germ. c. 18. *d)* CICERO de Amicitia. c. 7. *e)* PLAVTVS in Mercat. Act. 1. Sc. 1. v. 71.



ne fructus sementis suae ab aliis, pro quibus se obstrinxit, consumatur. In rebus dubiis multi dant consilium, pauci audent *periculum* sumere *f)*, ne in societatem malorum & calamitatis alienae pertrahantur. Recte PAVLVS noster durum esse ait *fideiussoris* officium, in quo non sola opera amici, nudumque ministerium versetur, sed etiam *periculum* rei familiaris atque fortunarum. *L. 1. pr. D. ad Sctum Vellei.*

Pauci igitur adducuntur, ut promittant sua *fide* & *periculo* futurum, quod alter debeat. Plerisque magis consultum videtur, ex alienis *periculis* discere atque utilitatem aliquam sectari, quam aliorum *periculis* se immiscere. Ita Chremes apud PVBLLIVM TERENTIIVM:

*Scitum est, inquit, periculum  
ex aliis facere tibi, quod ex vſu fiet g).*

Hoc cum intelligerent magistri artis nostrae, non facile praesumendum esse censuerunt, quod quis pro aliis fidem suam adstringere voluerit, nisi verbis luculentis declarauerit animum suscipiendi *periculi* ex obligatione aliena, *L. 99. D. de verb. oblig. L. 44. D. de hered. instit.* Timet enim quilibet, ne *periculum* sentiat ex sua misericordia *h)*, quod VESPASIANO TACITVS accidisse ait. Hac de causa Praetor quosdam etiam *inuitos periculo* obligationis alienae obiciendos esse credidit, ne publica negotia desererentur. Ita VLPRIANVS patrem onerari ait *periculo* decurionatus & tutelae & reliquorum munerum, quae filius suscepit *L. 7. D. de tut. L. 2. pr. D. ad municip. & PAVLLVS* etiam magistratus quasi fideiussores, quamvis *inuitos*, teneri voluit, si non idoneos dederint tutores. *L. 28. D. de tut. & cur. dat.*

Plerique igitur a se amoliantur *periculum*, quod ex facto alieno ad se spectare intelligunt. Neque tamen desunt, quibus *dulce* est illud *periculum* *i)*, in quod se inferunt pro amicis suis. Hi enim liberali officio ferunt beneficia, cum pro aliis intercedunt, ut fructum benevolentiae & honestatis metere & aliis prodesse possint *k)*. Audiamus Euryalum apud VIRGILIVM MARONEM:

*Mene igitur socium summis adiungere rebus,  
Nise, fugis? solum te in tanta pericula mittam l).*

Certe

*f)* TACITVS Hist. Lib. III. c. 69.

*g)* TER. Hent. Act. 1. Sc. 2. v. 36.

*h)* TACITVS Hist. Lib. III. c. 66.

*i)* — — dulce periculum est,

*O Lenae, sequi deum.*

HORAT. Carm. Lib. III. Od. 25. v. 18.

*k)* CIC. Orat. antequam iret in exil. c. 2.

*l)* VIRG. Aen. Lib. IX. v. 199.



Certe *patrem* se oblicere *periculo* tutelae pro filio *ULPIANVS* credit, si tutelam filio delatam agnoscat, aut attingat, aut non contradicat, cum tutela filio defertur, *L. 7. D. de tut. & L. 2. pr. D. ad municipal.* Igitur non perdituri esse operam videmur, si de his, qui *periculo* obligationis alienae subeunt, quamvis solemnī stipulatione se non obstrinxerint, diligentius dispiciamus.

## §. II.

*Periculum est necessitas solvendi. quod alius debet ne creditor decipiatur.*

Ad quosdam igitur, ut diximus, spectat *periculum obligationis alienae*, quamvis non *interuenerint* pro debitore. Si enim *publice interfit*, ut securitati creditoris consulaur, & cautia illa *favore* singulari commendetur, nonnulli etiam inuiti *periculo quasi fideiussores* onerantur. Sed *periculum* <sup>m)</sup> hoc loco dicimus *euentum* obligationis, quam alius contraxit, ut ille, cuius *periculum* est, creditori teneatur, si debitor principalis non *satisfecerit* creditori suo. Hac sententia *ULPIANVS* ait *patrem* <sup>n)</sup> *in solidum* teneri, hoc est, pupillo, perinde ac si ipse tutelam gesserit, satisfacere debere, si agnouerit tutelam filio delatam, cuius *periculum* sciuerit ad se spectare *L. 7. D. de tut. o)*. Ita Romanus *APPVLVS* apud *PAVLLVM* conquestus est, duplex se *periculum* tutelae sustinere, cum & ipse tutor datus esset, & collegam suo *periculo* tutorem nominasset. *L. 28. D. de tut. & cur. dat.*

Sustinemus itaque *periculum* obligationis alienae, si euentus ad nos pertinet, & ipsi exsoluere cogimur, quod verus debitor praestare debuisset. Eleganter *PAVLLVS* noster quaedam *in bonis* nostris, quaedam tantum *nostro periculo* esse iudicauit. Sed ea dicuntur esse *nostro periculo*, quae quidem aliena, neque a nobis ipsis administrata sunt, ita ad nos tamen pertinent, ut *casum & euentum* praestare debeamus. *L. 18. pr. D. de damn. infect.* Idem alio loco nautis, qui res quasdam saluas fore receperint, furti actionem competere indicat, cum *periculum* rerum subreptarum praestare teneantur. *L. 4. D. pr. naut. caup.* Ne quis dubitare possit, aperte *DIOCLETIANVS* *periculum* appellat *casum amissionis* & fortunam *futuri damni*, quam praestare debeat ille, qui susceperit *periculum* rei commodatae, aut qui *indemnitatem* promiserit auctori suo. *L. 1. C. de com. modato.*

Quare apparet, *casum fortuitum & vim maiorem & omne damnum* nonnunquam sentire ac praestare illum, ad quem *periculum* pertinet. Quapropter hoc singulare & contra rationem receptum esse videtur, ut quis sustineat *periculum obligationis alienae*. Iniquum enim esse creditur, si quis prae-

<sup>m)</sup> GREGORII LOPEZ Animadu. iur. ciu. c. 12. in thes. Otton. Tom. III. p. 4. 6.

<sup>n)</sup> vid. DESID. HERALDI Obseru. cap. 30. apud Otton. Tom. II. pag. 134.

<sup>o)</sup> vid. IAC. LECTIVS ad Modest. de poen. in thes. Otton. Tom. I. p. 152.



praestare debeat, quem nullo humano consilio prouidere potuit, fortuitum euentum. *L. 2. §. 7. D. de adm. rer. ad ciu. pert. L. 2. §. 1. D. de per. & com. rei vend. L. 13. §. 1. D. de pign. act. p*). Hinc *VLPIANVS* negat *periculum* in emtionibus praestari a venditore, nisi res perierit *post moram* venditoris, aut nisi per venditorem steterit, quo minus res emtori traderetur. *L. 4. pr. D. de per. & com. rei vend.* Apertius vero *DIOCLETIANVS* tunc maxime *periculum* praestandum esse ait, si quis *fortunam* damni futuri *susceperit conuentione. L. 1. C. de commodat.*

Itaque subinde damna omnia, quacunq; de causa euenerint aut acciderint, *periculi* nomine notamus. Neque tamen hoc est perpetuum, neque semper *periculi* appellatione *omnes casus*, neque omnia damna fatalia sine ullo discrimine, comprehenduntur *q*). Multum interest, *quomodo & qua de causa* aliquis *periculo* obligationis alienae oneretur. Si enim *periculum* facti alieni ad nos pertinet, quia debemus *diligentiam* praestare in regendo & moderando facto debitoris, *periculum* strictius interpretamur, ut illa duntaxat damna intelligantur, quae prouideri & nobis imputari potuerunt. *L. 2. §. 7. D. de admin. rer. ad ciu. pertin.* Sed qui *suscepit periculum* libera *conuentione*, vel *indemnitatem* promisit creditori, & fidem suam pro omni euentu obligationis alienae generaliter obstrinxit, omne illud, quod alius debet, soluere cogitur, si primus debitor creditori suo non satisfecerit. Denique si quis ob reipublicae utilitatem, aequitatis causa duntaxat ut iubetur *periculum* praestare, ille non semper in omnem causam & de omni euentu fortuito tenetur. Praeterea ne ille quidem, qui *expressè* suscepit *periculum*, *omnibus*, *quorum interest*, & qui damnum sentiat ex facto debitoris, obligatur, sed ei tantum, cui promisit *indemnitatem*, & *cuius intuitu periculum* suscepit. *L. 2. §. 5. D. ad municipal.* Ne igitur in re ambigua decipiamur, de singulis speciebus distincte & separatim exponemus.

## §. III.

Nimirum quidam vel pretio inuitati, vel iure amicitiae adducti, vel *Qui suscepit* aliis de causis, *sponte* accedunt ad *periculum* debitoris obaerati, qui sua *periculum ob* *fiducia* & suo *periculo*, ut *PLAVTVS* ait *r*), rem gerere non potest. Hos *casum etiam* igitur fideiussores pro debitoribus sibi obligare solent creditores, ut *diligen-* *tenetur. Fide-* *iusso olim* *tius sibi cautum sit pr. I. de Fideiuss.* hoc est, ut ipsi careant *periculo*, *interrogatio-* *nem & re-* *sponsionem* *desiderant,* *quin* *neque illa so-* *lemnitate fru-* *tu caruit.* quod in fideiussos idoneos transfertur. Quapropter dubitari non potest,

p) vid. *PETRI BVRGII* Elect. c. V. apud *Otton. Tom. I. p. 318.*

q) *GILBERTI* *REGII* *Enantiophanōv* iur. ciu. Lib. II c. 20. apud *Otton. Tom. II. pag. 1508.*

r) *PLAVTVS* in *Bacchid. Act. IV. Sc. IV. v. 100.*



quia hi quidem, si *in omnem causam* negotii se obligauerint, ex luculenta promissione sua, in omnem euentum & de *omni fortuna damni futuri*, cuius euitandi causa accepti sunt, creditori teneantur. Ita enim PAVLLVS rem interpretatur. *L. 54. pr. D. locat. conduct.* Hinc etiam fideiussores, ob moram debitoris in vsuras damnabuntur, nec poterunt constitutiones principum inuocare, quibus cauetur, ne fideiussores, qui ad sortem soluendam se obstrinxerint, in vsuras teneantur. *L. 88. D. de Verb. oblig. L. 68. §. 1. D. de fideiuss.*

Quare intelligitur, duram fuisse, vt supra obseruatum est, conditionem illorum, qui *periculum* obligationis alienae suscepissent. Hoc Parmenio apud Publium Terentium notauit, verbis:

*Si periculum, vltum in te inest,*

*Perisse me vna, haud dubium est s).*

Noluerunt itaque Veteres, iudicem facile suspicari, quod quis *omne periculum* debitoris suscipere, & *in omnem causam* se obstringere voluerit, nisi de *seria* eius voluntate certissime constaret. *d. L. 54. D. locati conduct.*

Hoc consilio inuentae sunt *interrogationes & responsiones*, quarum solemnitate animos leues & dissolutos facillime obstringi posse crediderunt, vt *serio* rem administrarent. *L. 1. §. 2. D. de verb. obl. L. 1. §. 7. D. de obl. & action.* Neque res illa fructu caruit. Habent enim *interrogationes* vim aliquam insignem, qua animus quasi aculeis quibusdam <sup>r)</sup> vrgetur & pungitur, vt secum habitet, & rem, de qua interrogatum est, perpendat atque secum deliberet, quasi responsurus. Certe in Comitibus nihil magni momenti tractabatur, nisi Quirites rogasset magistratus: Velitis, iubeatis, Quirites, ita vos rogo. Germani veteres hoc imitati sunt, qui iudicem scabinos distincte & sigillatim *interrogare* voluerunt, vt de singulis momentis in sententia respondeatur *Ord. Crim. Carol. Art. 84. sequ.* Immo vero in ipsa delicti inquisitione de singulis momentis facti distincte & separatim *interrogandum* fuit, vt certius & luculentius de animo & confessione delinquentis iudici constaret. *Art. 48. ord. crim. Carol.* Quod etiam *Saxonibus* placuit: daß der Richter die Verbrechen Articulweise fasse, dieselbe dem Gefangenen fürhalte, ihn darüber höre <sup>u)</sup>. Eadem solemnitate in aliis magni momenti negotiis, etiam in sponsalibus, *arg L. 1. D. de spons. & copula sacerdotali x)*, quamuis constet de partium consensu, vimumur, ne, neglecta interrogatione, decepti & circumuenti esse videantur.

*Iure*

s) TERENT. Hecyr. Act. 3. Sc. 1. v. 46.

*Fabius Quint.* de inst. orat. Lib. IX. c. 3.

r) CICERO de fin. Lib. IV. c. 3.

u) Wehl. Churf. AVGVSTI

Befehl de Anno 1579. von Inquisit. Proc. in Cod. Aug. Tom. I. pag. 1047.

x) General. Art. 13. in Cod. Aug. Tom. I. p. 684.



Iure igitur civili inventae sunt stipulationes, ut post *interrogationem* vno verbo contraheretur obligatio, ex qua iam maturo iudicio quis condemnari posset 1), quamvis per iocum aliquid promississe videretur 2). Tanta enim vis inesse in his formulis credebatur, ut illae non secus ac postea Exorcismi, etiam genios ac Lemures fugare posse atque diuini aliquid habere censerentur a).

Diu veteres in illis formulis perseuerarunt, donec Leo & Iustinianus *formulas* tollerent, & verba solemnia abrogarent, retenta tamen *interrogationis* & *responsionis* mutuae necessitate. L. 10. C. de *contrah. vel commit. stipulat.* §. 1. I. d. *verb. obl.* PAVLLVS vero obseruauit, plerumque duntaxat *praesentiam* vtriusque partis desideratam esse, ut etiam, si *scripserint* contrahentes, alterum de certa pecuniae summa cauisse, perinde acceptum sit, ac si post *solemnem* *interrogationem* promissor respondisset. L. 134. §. 2. D. de *verb. obl.* §. 16. & 17. de *inutil. stipul.* §. vlt. I. de *Fideiuss.*

In quibusdam tamen causis non solum Iure praetorio, L. 1. & 27. D. de *constit. pecun.* sed etiam civili, admissum est, ut *qualibet consensus* *significatione* *periculum* *obligationis* alienae efficaciter susciperetur.

§. IV.

Accepisti eos, qui pro aliis interueniunt, & *periculum* obligationis ab aliis contractae suscipiunt, luculenta & seria declaratione voluntatis obligandos, ideoque *solemnitatem* aliquam necessariam fuisse, ut fide sua fidem debitoris confirmarent. Certe enim *praesentes* esse debuerunt, qui stipulationem inter se contraherent, & quasi fideiussores fidem suam interponerent pro debitore. Hoc enim VLPPIANVS & IVSTINIANVS, quanquam sublatis formulis & verbis conceptis, retinendum esse iudicauerunt. L. 7. D. de *tutelis* L. 4. §. 3. D. de *fideiuss.* & *nominat.* L. 2. pr. D. ad *municip.* L. 134. §. 2. D. de *verb. obl.* §. 11. I. de *inut. stipul.* Sed, ut diximus, sensum etiam ante LEONEM & IVSTINIANVM descitum est a pristina *Fauore munerum publicorum obtinuit, ut fideiussores & adfirmatores pro tutela & decurionaru tacito consensu obstringi possent.* seueritate, ut quibusdam adferri posset periculum ex aliena obligatione, quamvis non solemniter pro aliis intercesserint. Praecipue si *munus publicum*, ut *decurionatus* aut *tutela*, cuiquam deferebatur, *utilitas reipublicae* & *fauor pupilli* effecerunt, ut *fideiussores nominati*, interdum solo *silentio suo*, pro tutoribus obstringerentur. VLPPIANVS enim ait, *fideiussores nominatos*, si praesentes fuerint, & non contradixerint, & nomina sua in acta publica passi sint referri, propter aequitatem, perinde teneri, ac si iure legi-

N 2

1) CICERO pro Caecinna cap. 3. 2) FLAVTYS in Pseudolo Aq. IV. Sc. 7. v. 126. \*) IAC. BAEVARD. Varior. Lib. II. c. 5. p. 548.



legitimo stipulatio interposita fuisset. *L. 4. §. 3. D. de fideiuss. & nominat.* Hi igitur quamuis non fideiusserint, non secus ac si solemni fideiussione se obstrinxerint, pro tutoribus pupillo tenebantur.

Idem in adfirmatoribus placuit, qui *vicem fideiussorum* sustinent, etiam si, *sine fideiussione*, duntaxat *adfirmauerint*, tutores idoneos videri. *L. 4. §. 3. de fideiuss. & nominat. circa fin.* Est autem *adfirmator*, qui, quamuis *periculum* non susceperit, tamen liberaliter pronunciauit, debitores soluendo esse, ut tuto ipsis credi possit & nequeat de ipsorum fide dubitari. *POMPONIUS* quidem apud *VLPIANUM* non creditur, *adfirmatores* illos, qui debitorem commendauerint, in periculum adduci posse, nisi magna & euidenti calliditate creditorem decessisse videantur, *L. 7. §. 10. D. de dolo malo.* Sed si de *tutoribus* quis *adfirmauerit*, illos idoneos & soluendo esse, ob fauorem pupillorum, quorum salute spes futuri temporis & posteritatis continetur, placuit, illum quasi *fideiussorem periculo* tutelae onerari, *L. 4. §. 3. in fin. D. de fideiuss. & nominat.*

Eodem exemplo etiam *pater* vniuersis muneribus, quae filio decurioni iniunguntur, obstrictus est *quasi fideiussor*, si filius *voluntate* patris decurio creatus. *Consensisse* autem pater decurionatui filii videtur, si praesens nominationi non contradixit. Proinde quicquid in republica filius gessit, pater, ut fideiussor, reipublicae praestabit. *L. 2. pr. D. ad municip.* Hoc autem reipublicae causa, & ne quid illa detrimenti capiat, constitutum esse, ex eo intelligitur, quia pater non cuiuslibet, cui filius damnum in decurionatu dedit, obligatur, sed reipublicae duntaxat tenetur, ut fideiussor, si filius patrimonium reipublicae imminuit, aut rem pecuniariam reipublicae dolo aut negligentia corruptit *dict. leg. 2. §. 5. D. ad municip.*

Pater igitur ut *fideiussor* obstringitur pro *munere publico* filii *nuda voluntate* sine vinculo legitimae fideiussionis. Multo magis igitur in solidum tenebitur pater pro filio *tutore*, quem sciuit suscipere tutelam, & cui, gerenti pupillaria negotia, consensit, aut si scripsit pater in epistola, periculum tutelae non minus ad se, quam ad filium spectare. *L. 7. D. de tut.*

Possit alicui mirum videri, etiam veteres deseruisse notissimam formam fideiussionis, & patrem non interrogatum propter nuda verba fortuita *periculo* tutelae, quae filio delata esset, onerasse. Sed desines mirari, si cogitaueris, multa *extra ordinem* admissa esse, ut securitati pupillorum consuleretur. Eo pertinet, quod, *si plures* fideiusserint pro tutore, hi quidem *beneficio diuisionis* non gaudeant, sed singuli in *solidum* propter periculum tutelae a pupillo conueniri possint. Cum ipse enim pupillus non elegerit fide-

fideiuffores, sed in illos inciderit, & ignorans, facto magistratus, in eam conditionem deductus sit, vt plures habeat fideiuffores, aequius visum est, discrimen aliquod constitui inter fideiuffores, qui pro aliis debitoribus, volente & eligente creditore, intercesserint, & eos, qui pro tutore interuenerint, in securitatem pupilli ignorantis. Obtinuit igitur, fideiuffores, si apud alios creditores fidem suam pro debitoribus interposuerint, diuidendae actionis beneficium habere; si vero pupilli causa pro tutore fideiusserint, in solidum teneri, ne pupillus per plures aduersarios & plura iudicia distraheretur. *L. 12. D. rem pup. salu. fore.* Alii enim creditores sibi imputare debent, quod plures acceperint fideiuffores, neque cauerint, vt hi renunciant beneficium diuidendae obligationis; pupillo autem ignoranti nihil est quod imputetur.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, intelligitur, propter securitatem pupilli, maxime in nominandis & obligandis fideiufforibus, iura quaedam singularia recepta esse, quae iniqua videri possent, si ad alios extenderentur. Ex eodem fonte deducitur, quod fideiuffores tutorum, quamuis non in omnem causam se obstrinxerint, contra iuris formam, de usuris etiam, in quas tutor propter moram & perfidiam condemnandus esset, efficaciter conueniantur. AFRICANVS enim tradidit, fideiuffores, si tutor post pubertatem pupilli, moram fecerit, etiam in fructus & vsuras medii temporis teneri. *L. 10. D. rem pup. saluam fore.* Nouimus autem, hoc non conuenire constitutionibus principum, qui, teste PAVLLO, fideiuffores, mutuum pecuniam pro aliis soluentes, non vsurarum, sed fortis duntaxat periculum agnoscere debere praeceperunt. *L. 54. pr. D. locati conducti L. 68. §. 1. D. de fideiuff. & mandat. L. 73. eod. b)*

Ab his, quae diximus, non multum recedit, quod heredes tutorum, propter summam fidem, quam tutela desiderat, etiam de dolo defuncti, quo in quasi contractu tutelae se contaminauit, a pupillo eiusque heredibus conueniantur. Hoc enim PAVLLVS & POMPONIVS docuerunt. *L. 12. §. 49 D. de obl. & act.* Sed constat tamen, si regulam iuris sequamur, ex dolo & delicto defuncti, heredes innocentes non teneri, nisi ex illo delicto aliquid ad ipsos peruenerit, aut lis iam coepta sit ante obitum defuncti. *L. vnic. C. ex delict. defunct. in quantum hered. conueniantur.*

Cum igitur tantus fuerit fauor pupillorum, vt Legum interpretes regulam iuris desererent, in fideiufforibus tutorum obligandis; nemini displicere debet, solemnem etiam formulam fideiussionis neglectam esse, si quis pro pupilli tutoribus interueniret.

§. V.

b) GERARD. NOODT in Comment. ad Dig. Lib. XXVI. Tit. 7. p. 579.



*Pater ex tutela filii de in rem verso & de peculio tenetur, si tutelam filio delatam non agnouit.*

Quoniam igitur de *patris periculo*, quod ex filii tutela ad ipsum pertinet, quaedam obseruare coepimus, opportunum est, monere, *quando & quale* periculum patri immineat ex muneribus publicis, quae filius, in potestate constitutus, administrat. Videtur enim difficultatem aliquam habere, quod pater teneatur pro filio, cum filius propter aequitatis rationem fere nunquam, nisi pater captiuus aut in carcerem coniectus sit, pro patre soluere cogatur. DIOCLETIANVS enim constituit, filios, *ex patris superstitis* negotiis, nec munerum ciuilium, nec debiti causa, personali actione conueniri posse. *L. 2. & 4. C. ne filius pro patre.* Immo ne cogi quidem potest filius, ut caueat pro patre, qui curator datus sit, ne per aliena negotia distrahatur. *L. 3. §. 3. D. de administr. rer. ad ciu. pert.* Igitur cum iura inter patrem & filium, propter unitatem personarum, *reciproca* esse debeant, posset dubitari, an recte pater, pro quo filius soluere non tenetur, periculum ex obligatione filii suscipere cogatur. Quod ad liberos *emancipatos* attinet, merito regulam iuris sequimur, qua praecipitur, ne pater ex illorum contractibus & negotiis vel lucrum capiat, vel detrimentum. *L. 2. C. ne filius pro patre.* PAVLLVS enim & PAPINIANVS, quae post emancipationem gesta sunt, ad patrem non spectare, iudicarunt. *L. 132. §. 1. D. de verb. obl. L. 47. §. 1. de fideiuss. & mandat.* Sed cum in potestate est filius, primo placuit, quae in *munere publico* a filio gesta sunt, ad Patris periculum quodammodo referri. SEVERVS certe & ANTONINVS rescripserunt, si filius tutor datus sit, patrem obligari, idque exemplo reliquorum *munerum ciuilium* introductum esse, ut appareat generaliter, *ex muneribus ciuilibus* filii, patrem conueniri. *L. 1. C. quod cum eo qui in alien. potest.* Hoc summam rationem habet, cum filios non nobis, sed reipublicae imprimis generemus, ideoque officio patris contineatur, ut exhibeat filium reipublicae, & tueatur negotia in administratione muneris publici a filio contracta. Haec enim munera *necessario* a filiis etiam inuitis suscipienda sunt. Sed, quae *necessario* erogantur, ad periculum patris pertinent; ut ne quidem SCi Macedoniani exceptio creditori recte opponatur, qui filio ad *necessarias* erogationes pecuniam subministravit. *L. 7. §. 14. D. ad SCt. Macedon. c)*

Conuenitur igitur pater ex tutela vel curatione, quam filius suscepit. Sed *quatenus* soluere cogatur, diligentius expediemus. Olim quidem, cum omnia lucra, ex quibuscunque filii negotiis, patris rationibus & patrimonio inferrentur, dubitari non potuit, quin pupillo competeret actio *de in rem verso* aduersus patrem filii tutoris, si quid, quod ad pupillum pertineat, ex tutela

c) L. B. DE WERNHER, P. 4. Obl. 167. p. 780.



tutela filii peruenerit ad patrem. L. 36. D. de pecul. & L. 1. C. quod cum eo qui in alien. potest. L. 21. D. de adm. & per. tut. & cur. L. 47. D. de pecul. d) Hoc enim in omnibus contractibus receptum esse ait Labeo, apud VLPPIANVM, vt, si quid in patris rem conuersum sit, actio detur in patrem, quasi cum ipso patre potius contractum esse videatur. L. 1. D. de in rem verso. Certe si corpus quoddam apud patrem est, quod ad pupillum pertineat, pater sine dolo malo illud retinere non potest, sed restituere iubetur. L. 36. D. de pecul.

Neque tamen consilii est, de *in rem verso* semper experiri, cum difficilis sit probatio specialis & certae *versionis*. Qua de causa placuit, etiam de *peculio* actionem dari in parentem ex munere publico, quod filius administravit. SABINVS enim & CASSIVS apud VLPPIANVM docuerunt, ex omnibus contractibus filii actionem de *peculio* in parentem dari, & in hac specie filium a seruo maxime distare, quod filius libere contrahat, *periculo* parentis. L. 3. § 9. D. de pecul. SENATVS enim duntaxat mutuum pecuniarum & IULIANVS donationes filiorum de actione de *peculio* exceptit, L. 28. § 2. D. de pact. In aliis negotiis, qui cum filio contraxit, duos habet reos, filium in *solidum*, patrem de *peculio*, obligatum, quod VLPPIANVS obseruauit. L. 44. de pecul. Ne quis dubitet, hoc etiam ad quasi contractum administratae tutelae pertinere, VLPPIANVS tradidit, patrem, quamuis non agnouerit filii tutelam, ex illa de *peculio* teneri, L. 7. D. de tutel. immo si quid neglexit filius in muneris publici administratione, ita *periculum* spectat ad parentem, vt de *peculio* conueniatur. L. 3. § 13. D. de pecul. e) Qua in re tanta fuit veterum seueritas, vt etiam de *dolo*, quem filius in tutelae administratione ante emancipationem admiserit, pater pro *peculii* quantitate teneretur. L. 6. D. de tutel. & rat. distrah.

De *peculio* igitur pater ex munere publico filii conuenitur. Neque potest dubitari, quin olim *omne peculium* quacunque ratione a filio acquiritum, hoc nomine comprehensum fuerit, cum ante TITVM & DOMITI-ANVM, CONSTANTINVM & denique IUSTINIANVM, non tam diligenter discreta fuerint filiorum *peculia*. L. 1. pr. D. de testam. milit. L. 1. C. de bon. mat. L. 6. C. de bon. quae liber. Sed postquam bona filiorum, quae extrinsecus ad illos peruenerunt, a reliquis segregari coepta sunt, & constitutum est, vt horum duntaxat ususfructus ad patrem, proprietas ad liberos pertineret, quidam dubitauerunt, an patris ususfructus contractu vel quasi contractu filii ita possit imminui, vt pater ex bonis *aduentitiis* pro filio solue-

d) vid. IAC. CUIAC. Lib. XIII. c. 34. Oper. Tom. III. p. 415.  
CUIAC. Lib. V. l. c. 31. Oper. Tom. III. p. 201.

e) vid. IAC.



soluere cogatur. STRYKIVS *f*) quidem arguitur, & ex contractibus novis executionem in bona adventitia filii, usque ad mortem patris differendam esse iudicat, ne usufructus patris factio filii imminuatur. Sed si rationem naturalem audiamus, non hoc consilio patri usufructus *adventitiorum* bonorum ab Imperatoribus concessus est, ut creditores filii & res publica decipiantur. Pater, qui ex usufructu *lucrum* captat, non praefendus est pupillo, aut reipublicae, cuius tutelam vel curam gessit filius. Hi enim, quorum bona a filio administrata sunt, de *damno vitando* maxime laborant, ideoque potior illorum, quam patris, *lucrum* captantis, ratio haberi debet. Agnovit hoc IVSTINIANVS, & professus est, quod *non sit possibile*, ipsum filium aliquid dependere, si nuda proprietates bonorum adventitiorum filio relinquatur, ideoque constituit, patrem *actiones suscipere* debere, quae *contra filium* propter bona adventitia instituuntur. *L. 8. §. 3. C. de bonis quae liberis.* Optime B. Lib. Baro de WERNHER omnia, quae *neccessario* eroganda sunt, a patre ex bonis *adventitiis* exsoluenda esse observavit *g*). Sed *munera publica* filius, *neccessitate* quadam *iuris*, suscipere tenetur. Praeterea disputatione vix indiget, *omnia bona* tutoris filii, ideoque etiam illa, quorum nudam proprietatem filius tutor habet, pupillo iure *tacitae hypothecae* obligata esse. *L. 20. C. de adm. & per tut & cur. L. unie. C. rem alien. gerent. Ord. Proc. Sax. Elect. Vet. Tit. XLV. §. 4. 5.* Ut taceam, illum, cui *omnium bonorum* usufructus competit, *neccessitatem* exsoluendi aeris alieni non facile subterfugere. *L. 43. D. de Vsu & usufructu & reditu, L. 8. §. 4. de bonis, quae liberis. b*)

Diluit omnem dubitationem Augustissimus Legislator Saxo, qui haud ita pridem constituit, patrem *damnum* a filio datum ex *substantia bonorum adventitiorum* restituere debere, ne cum damno illorum, qui iniuriam passi sunt, *lucrum* ex bonis filii aucupetur. Audiamus Verba legis sapientissimae: Wenn Kinder re. jemand Schaden gethan, und daher ihnen der Ersatz desselben oder auch wegen eines Verbrechens oder Begünstigung eine Geldstrafe und Unkosten zuerkannt, oder die sonst zuerkannte Strafe in eine Geldstrafe verwandelt wird, und dieselben sonst nichts in Vermögen haben, so ist der Vater re. von denen Gütern, davon ihm der Vsufructus zustehet, jedoch nicht von denen Nutzungen, solchen Schaden zu ersetzen, auch die Strafe und den baaren Verlag zu entrichten, verbunden *i*). Non dubito, *damni dati* nomine in hac lege Saxonica etiam *residua*, quae filius, ex rationibus tutelae, pupillo restituere debuit & interuertit, comprehendendi.

Ne-

*f*) SAM. STRYKIVS in Vsu modern. Dig. ad Lib. XV. Tit. I. §. 6. pag. 122.  
*g*) L. B. DE WERNHER P. 4. Obl. 167. p. 480. *b*) AVGVSTINVS a  
 LEYS. Vol. II. Med. ad pandect. sp. 106. M. 2. p. 421. *i*) Dec. El. Nouiss 36.  
 de dato Dresßden den 2. Iulii, Anno 1746.



Neque moueor, quod haec decisio Electoralis, si nexum totius orationis inspicimus, maxime ad debita ex *delicto*, atque ad actionem Legis Aquiliae, non vero ad contractus pertinere videatur. Enimvero *generaliter damni dati* mentio facta est: Wenn Kinder jemand Schaden gethan, quod etiam ad damna a filio tutore data certissime refertur. Si enim pater *damna ex delicto* filii sarcire cogitur, multo magis de debito ex *quasi contractu* filii, qui tutelam pupilli cum huius iniuria administrat, conueniri potest. Immo vero iure ciuili, quae in tutela *dolo, culpaque lata* tutoris admissa sunt, *delicti* rationem habere iudicantur, quamuis iudicio tutelae ciuili vindicentur. *L. 49. §. de obl. & act. L. 12. eod. k).*

Ex quo apparet, si etiam haec lex Saxonica de delictis duntaxat accipienda esset, nihilominus patrem ex hoc delicto filii, quo *damnum* pupillis dedit, conueniri posse, vt soluat ex substantia bonorum, quae pater iure vsusfructus administrat.

## §. VI.

Pater igitur tenetur *de in rem verso*, & semper *de peculio*, propter tutelam, a filio, qui in potestate eius est, administratam. Superest, vt videamus, an non interdum in *solidum* de omni periculo, etiam vltra vires peculii, & quamuis nihil ad ipsum peruenerit, a pupillo conueniri possit. *VLPIANVS* docet, in solidum patrem tutoris teneri, si agnouerit tutelam, quae filio a praetore delata sit. *L. 7. D. de tutel.* Idem *VLPIANVS* alio loco de muneribus publicis praecipit, patrem, si filius, ipso volente, decurio creatus sit, vniuersis muneribus *obstrictum esse, quasi fideiussorem.* *L. 2. pr. D. ad municip.* Luculenter Imperatores *SEVERVS & ANTONINVS* rem definiuerunt: Si filius, inquit, *voluntate patris* decurio sit creatus, vel a magistratibus tutor aut curator datus, pater in *solidum* satisfacere cogitur, cum *id onus exemplo caeterorum munerum* ciuilium introductum intelligatur. *L. 1. C. quod cum eo qui in aliena potest.*

Itaque conuenitur pater in *solidum*, quasi *fideiussor*, ex munere publico filii, si illud *voluntate patris* a filio susceptum est, aut si pater munus publicum filii *agnouit*. Ex hoc fonte deriuatum est, quod tota familia excusetur, si in illa sint tria onera tutelae, quae *ad periculum patris spectare* videantur, & *voluntate patris* a filiis administrantur. *L. 5. D. de excusat.* Idem etiam in feruorum delictis receptum, vt, si *sciente domino*, qui prohibere potuisset, feruus deliquerit, dominus in *solidum* teneatur. *L. 5. §. 1. D. de noxal. action.* *MARCELLVS* tamen excipit *testamentariam filii tutelam*, ob quam pater tantum de peculio, & de in rem verso, non in *solidum*

k) FAB. QVINCTILIANVS Inst. Orat. Lib. VII. c. 4. p. 633.



lidum conueniatur, quamuis ipse illam agnouerit, & quamuis illo *sciente & consentiente* tutelam susceperit filius. *L. 21. D. de adm. & per. tut. & cur.* Dices, cur tam varie in causa manifesta? Videtur MARCELLVM mouisse, quod tutor, *testamento* datus, plane non *satisdet*, sed fides eius simpliciter approbata sit a testatore, etiamsi nemo *periculum* tutelae susceperit. *pr. I. de satisdat. tut. vel cur.* Igitur cum in hac specie *fideiussores* nulli exigantur, durum censuit MARCELLVS, patrem, qui *sciuit*, non desiderari satisfactionem, ex sola *agnitione & consensu quasi fideiussorem* obligari. Neque potuit consensus patris pro fideiussione accipi in illa specie, in qua praetor non postulat satisfactionem, cum nemo, conatu superuacuo, se periculo oblaturus esse, censetur.

In tutelis igitur, excepta testamentaria tutela, patris est *periculum*, si filius a praetore tutor est creatus, & pater *agnouit* tutelam, filio delatam. VLPIANVS notat, patrem agnouisse tutelam, siue *gesserit*, siue filio *gerenti consenserit*, siue omnino *attigerit* tutelam, aut si *professus sit*, *periculum* tutelae ad se pertinere. *L. 7. D. de tut.* Idem alio loco, consensisse, inquit, pater decurionatui filii videtur, si praesens, nominationi filii, non *contradixit*. *L. 2. pr. D. ad municip.*

Habes igitur patrem, qui solis duntaxat *factis & tacito consensu*, *periculum* tutelae, in *solidum* suscipit sine *fideiussione*, & tamen obligatur, *quasi fideiussor*, ad praestandum *periculum* & omnem euentum susceptae a filio tutelae. Neque sine ratione hoc constitutum est, vt pater, qui *agnouerit* tutelam filii, ex illa non modo de peculio, & de in rem verso, sed in *solidum* conueniri possit. Enim vero *de peculio*, & *de in rem verso*, pater *sine agnitione* tenetur ex filii tutela. Igitur *agnitio* debet operari aliquid ultra ius commune, cum in his negotiis, quicquid praeter *naturalia* illorum attributa accedit, non pro superuacuo habeatur, sed ex speciali causa, certo consilio adiectum esse iudicetur. *L. 109. pr. D. de legat. 1. 1)* Quis vero esset fructus *agnitionis & consensus specialis*, si pater etiam post *agnitionem*, de peculio tantum, & de in rem verso, non in *solidum*, pupillo teneretur, cum etiam sine agnitione de peculio, & de in rem verso conueniri possit.

Ex *tacita* igitur *agnitione* tutelae, quae filio a praetore delata est, pater in *solidum* tenetur, multo magis igitur tenebitur, si verbis expressis interuenit pro filio, aut si *iussu* aut *mandato* patris, filius tutor est creatus, aut si pater *intercessit*, cum alius filium suspectum facere cogitaret. Tunc enim

1) CARPZ. P. 2. Const. 37. def. 7. n. 4. vid. Gerard Noodt in Comment. ad Dig. Lib. XXVII. Tit. 7. p. 579.



enim quasi periculum tutelae omnino suscepisse iudicatur. Ita MARCELLVS & DIOCLETIANVS rem expediuerunt. L. 21. in fin. D. de adm. & per. tut. L. 8. C. quod cum eo, qui in alien. potest.

Vides, patrem, si attigerit tutelam, hoc est, si aliquid ipse gesserit, vel prohibuerit, ne filius suspectus ab alio postularetur, perinde teneri, ac si pro filio intercessisset. Sed quid dicemus, si pater monuit filium tantum, vt diligenter tutelam administret. Tractauit eam speciem VLPIANVS L. 7. in fin. D. de tut. & respondit, patrem, si filium tutorem duntaxat monuit, nondum videri tutelam attigisse.

Videlicet qui monuit filium, vt diligenter in munere publico verferetur, potius communi parentum officio defunctus esse, quam extra ordinem & praeter necessitatem, etiam vltra vires peculii, se obligare voluisse iudicatur. Admonitio enim magis ex amore filii profecta est, & inter amicos & familiares locum habet. MARCVS TVLLIVS <sup>m)</sup> & LVCIVS ANNAEVS <sup>n)</sup> SENECA etiam amicos admonendos esse censuerunt, quam admonitionem familiarem <sup>o)</sup> appellamus. Immo vero si MARCVM TVLLIVM audimus, admonitio est lenior quaedam obiurgatio <sup>p)</sup>, quae auctoritatem desiderat, & maxime conuenit officio parentis. Callistratus etiam fustium admonitionem habet & flagellorum castigationem, qua, vt serui, ita liberi homines <sup>q)</sup> ad frugem adducantur. L. 7. D. de poenis. Hae igitur causae permouerunt VLPIANVM, vt crederet, patrem, qui admonuit filium de tutela diligentius gerenda, non hoc consilio admonuisse, quo se ipsum pater periculo tutelae, quasi fideiussor, obligaret, sed vt patris officium impleret. L. 7. in fin. D. de tutelis. In ambiguis enim rebus, illa interpretatio praefertur, per quam liberamur potius periculo, quam adstringitur obligatio, cum quilibet periculum fugere credatur. Certe facilius est, consilium dare & admonere, quam periculum sumere, quod supra ex Tacito obseruauimus <sup>r)</sup>.

§. VII.

Non alienum ab hoc loco fuerit, si a patre ad vitricum diuertamur. Vitricus su-  
Imperator enim GORDIANVS commemorat vitricum, qui paterno affectu stinet pericu-  
lum tutelae  
non solum educauit, sed etiam aluit priuignas, ideoque repetere non po-  
tuit, quod erogauerat in alimenta. L. 15. C. de negot. gest. <sup>s)</sup> Placuit, si mater se  
maternae,  
etiam adfines interdum cogendos esse, vt pupillum educent, si Praetori illud non liberauit  
non liberauit  
ex re, ex tempore & conditione personarum, vel aliis de causis consultum  
onere tute-  
lae ante ma-  
trimonium.  
vide-

<sup>m)</sup> CICERO de amicis. c. 24.

<sup>n)</sup> SENECA de Beneficiis Lib. XXVII. c. 23.

<sup>o)</sup> CICERO de Orat. c. 70.

<sup>p)</sup> CICERO de Orat. c. 83.

<sup>q)</sup> CATVL-

LVS Carm. XXV. in fin.

<sup>r)</sup> TACITVS Hist. Lib. III. c. 69.

<sup>s)</sup> vid.

CARPZ. P. 2. Const. 10. def. 25. 26. 27.



videatur. *L. 1. D. ubi pupillus educari debet.* DIOCLETIANVS obseruauit, priuignos interdum propter affectionem a vitricis <sup>1)</sup> etiam heredes scribi, vt inter liberos succedant. *L. 3. C. de contr. iud. tutel.* Immo vero nonnunquam adoptantur priuigni a vitricis, quod ANTONINVS apud PAPINIANVM vitricis permisit, vt diligentius educent priuignos. *L. 32. §. 1. D. de adopt.* Interdum etiam tutela priuignorū ad vitricum pertinet, & ab ipso retinetur, quamuis nupserit matri pupillorum. *L. 3. C. de contr. iud. tut. L. 32. D. de adopt. L. 2. C. de interdict. matrim.*

Tam bene interdum priuigni de vitrico sperare possunt. Sed VLPIANVS admonuit, vitricum tamen cogi non posse, vt onera munerum ciuiliū inuitus suscipiat pro priuigno. *L. 3. §. 7. D. de muner. & honor.* Contra vero periculum tutelae spectat ad vitricum, si ducat matrem, quae cum liberorum suorum tutelam suscepisset, rationes nondum reddidit, nec tutores novos petiit a magistratu, priusquam nuberet alteri marito. THEODOSIVS & VALENTINIANVS enim bona vitrici, qui matrem vitricem matrimonio sibi iunxerit, priuignis perinde iure hypothecae obligata esse censuerunt, ac si tutelam illorum ipse vitricus gessisset. *L. 6. C. in quibus causis pign* <sup>2)</sup> Videntur enim matris vitricis fortunae cum bonis vitrici post secundas nuptias ita commisceri, vt, quicquid mater debet liberis pupillis, ad vitricum peruenisse atque in rem eius versum esse iudicetur. Praeterea odio matris <sup>3)</sup> hoc introductum est, quoniam illa olim non sine periurii macula secundas nuptias contrahere potuit post susceptam liberorum tutelam. *dict. L. 6. C. in quibus causis pign.* Imperatores enim *L. 2. pr. C. quando mulier tut. officio fungi possit*, constituerunt, matrem, quae tutelam liberorum suscipiat, sacramento obstringendam esse, ne transeat ad secundas nuptias, neue suis liberis vitricum inducat. Qua re effectum est, vt quia peierauerat mater, hereditate liberorum quasi indigna penitus excluderetur. *Nou. 22. c. 40.* Quamuis vero postea sacramentum, propter crebra periuria, remisit IUSTINIANVS, promissione tamen matres obligari voluit, qua SCto VELLEIANO & secundis nuptiis renuntiarent. *Nou. 94. c. 2.* Igitur mater fidem profecto fallit, quae nubit vitrico, priusquam prioris matrimonii liberis tutores aut curatores petierit, aut, rationibus redditis, se liberauerit onere tutelae. Haec perfidia suspicionem parit, ne cum nouo marito consentiat in perniciem liberorum, quos in matrimonio priori procreauit. Itaque vt fraudi occurratur, ipsum etiam vitricum placuit pupillis obstrictum esse, vt his ex bonis vitrici satis fiat, si mater liberis obligata sit ex tutela post prioris mariti obitum administrata. Intelligis  
igi-

1) vid. IAC. CUIAC. Oper. Tom. III. c. 18. p. 249.  
Iur. Lib. I. Tit. 4. §. 3. p. 165.

2) DE BERGER Oec.  
c. 188.

3) CIC. pro A. Cluent. c. 188.



igitur etiam vitricum in hac specie priuignis perinde teneri sine fideiussione, ac si tutelam illorum ipse vitricus gessisset.

## §. VIII.

Venio ad illos, qui diligentiam debent in obseruandis & regendis tutoribus & factis alienis. Hi enim, si quid neglexerint, euentu & periculo tutelae obligantur. Opportune VLP IANVS monet, honorarios tutores nimium sibi blandiri, si credant, se omnino non teneri. Dati enim sunt, quasi obseruatores tutoris & custodes, ideoque imputatur eis, cur, si tutorem male in tutela versari viderint, eum suspectum non fecerint, neque eum depulerint de munere tutelae. Assidue enim rationes a tutore exigere, & solcite curare debuissent, ne male tutelam administraret. L. 3. §. 2. D. de adm. & per. tut. Imperator ALEXANDER hoc etiam ad tutores notitiae caussa datos porrexit, vt, si deseruerint officium suum, periculo tutelae obligentur. L. 1. C. de per. tut. & cur. Hi igitur, si quaedam dissimulerint, quae tutoribus fuissent indicanda, vel fraudem admiserint, vel compendium ex re pupilli quaesuerint, vel tutores male administrantes non suspectos fecerint, pupillo tenebuntur. dist. L. 1. C. de peric. tut. & cur. Generaliter tutores placuit onerari periculo collegae, si hic desit soluendo esse, si cessauerint eum suspectum postulare & diligenter obseruare, ne pupilli fortunae detrimento quodam consumantur. L. 12. D. rem pup. salu. fore L. 1. §. 11. 12. D. de tut. & rat. distrah. L. 14. D. de adm. & per. tutor.

Immo vero ad singulos tutores periculum nominum pertinet, si non diligenter exegerint, quae pupillo debebantur. L. 18. C. de per. tut. & cur. Neque heredibus tutorum parcitur, qui pupillo obligantur, si tutor defunctus vel iniuste cessauerit in suscipiendo munere tutelae, vel si dolo & lata culpa aliquid perdiderit, aut si quid peruenerit ad heredes mortui tutoris. L. 4. D. de magistr. conuen. L. 1. 2. 3. & 4. C. de hered. tut. Sola enim leuis culpa remittitur, quia durum est, rationes diligentius ordinatas ab heredibus poscere, qui arcana defuncti consilia, rationibus ab ipso nondum redditus, ignorant y).

Non multo fecius de magistratibus & nominatoribus iudicabimus. VLP IANVS enim ait, si Ordo periculum susceperit, omnes teneri, qui praesentes fuerint; parui enim referre, nominauerint an fideiusserint & in se periculum receperint. Si igitur vel non dederint tutores, vel non idoneos dederint, pupillo laeso tenebuntur. L. 1. pr. & §. 6. D. de magistr. conueniend. Vnam speciem excipimus, quae supra a nobis indicata est, si nihil imputari possit magistratibus, sed tutores idoneos dederint, qui post susceptam

y) GERARD. NOODT in Commentar. ad Dig. Lib. XXVII. Tit. 7. p. 179.



pram demum tutelam subito lapsi sint facultatibus, ut pupillus in periculum incurrat. Horum enim casum & fortunam providere nequiverunt magistratus. *L. 1. §. 11. D. de magistr. conu.* Idem etiam in aliis *muneribus publicis* receptum, ut creatori *casus fortuitos*, qui postea superveniunt, vix impu-temus. *L. 2. §. 7. D. de adm. rer. ad civ. pert.* Ceterum Imperator *nomi- natores & creatores* non obscure ipsis fideiussoribus comparat. *L. 28. D. de tut. & cur. dat.*

Non possum discedere ab hoc loco, priusquam admonuero, omnes *correos* periculum obligationis inuicem suscipere, ut teneantur in solidum, si alter vel reliqui non sint soluendo. Tunc enim beneficio *diuidendae acti- onis* non utuntur. *L. 10. C. de fideiuss. & mandat. Nou. 99. c. 1. & Auth. hoc ita C. de duobus reis constit.*

Debeo etiam *socios* vniuersorum bonorum attingere, inter quos con-uenit, ut omnia lucra & omnia *impendia* communicentur. Ad socium enim in hac specie *periculum* obligationis a socio contractae *sine fideiussione* perti- nebit. *L. 73. D. pro socio.* ATILICINVS CUM SABINO & CASSIO sola *maleficia* exceperunt, ne socii ex delictis damna communia haberent. *L. 52. §. 18. D. pro socio.*

## §. IX.

*Commenda-  
tio specialis  
& dolosa  
cum periculo  
coniuncta est  
sine fideiussio-  
ne. Qui no-  
men cedit al-  
teri, non ha-  
bet pericu-  
lum, sed qui  
assignat de-  
bitorem, sus-  
cipit peri-  
culum.*

Satis diu te tenui, sed nondum dimittere te possum, cum res postulet, ut de *commendatione speciali* moneamus. VLPIANVS quidem, Mandati eum non teneri, adeoque *periculum* non sentire, ait, qui *generaliter* ro- gauerit aliquem in epistola, ut sibi *commendatum haberet* amicum suum. *L. 12. D. mandat.* Negligendas enim *familiares* istas epistolas, quibus ho- mines *commendamus*, HONORIVS & THEODOSIVS praeceperunt. *L. 12. C. quod cum eo.* Forte hoc MARCO TVLLIO in mentem venit, qui, minimo *periculo* consilium dari, & consulentibus responderi posse, ait <sup>2)</sup>, cum quilibet debeat explorare, an sibi expediat consilium. POMPONIUS narrat, Caecidianum Praetorem propter *consilium*, quod non bene cesserit, non dedisse de dolo actionem, nisi magna & euidenti *calliditate* quis de- ceptus sit. *L. 7. §. ult. D. de dolo malo L. 10. §. 7. D. Mandati.* Idem de *proxenetis* est iudicium, qui, quamuis *laudent* nomen, tamen *periculo nominis* non obligantur. Magis enim monstrare nomen quam mandare & intercedere videntur, ideoque actione pulsari nequeunt, nisi *dolo & callidi- tate* circumuenerint deceptum creditorem. *L. 2. D. de proxenetis.*

Qui *specialiter* commendat mercatori amicum suum, ut huic pecunia credatur, GORDIANVS ait, eum mandati actione de *periculo* conueniri posse.

2) CICERO pro L. Murena c. 28.



posse. *L. 7. C. Mandati. L. 13. C. quod cum eo, qui in alien. potest.* Certe si quis, rogatus, ut excuteret vires debitoris, renunciauit, eum idoneum videri, *VLPIANVS* credidit, renunciantem de periculo teneri. *L. 42. D. Mandati.* Ne quis tamen ambigua formula decipiatur, verba praeciuit *Serenissimus Legislator Saxo in Dec. Elect. 42. cuius verba audiamus*: Wenn einer vorsätzlich, oder wissentlich eine solche Person, so keine Mittel zu bezahlen hat, rühmet, und andere Leute, ihm als einem guten Mann zu trauen, und bey dem keine Gefahr sey, durch solch Vorgeben, zu einem Ansehen oder sonsten Credit zu geben beweget, oder verspricht, er wolle verschaffen, daß der Creditor bezahlt werde, oder doch ohne Gefahr seyn solle, so ordnen und setzen wir, daß eine solche Person um dieser Rede willen, woferne der Schuldner die Zahlung nicht leisten kann, vor die erborgte Summa oder getraute Waaren haften und gelten solle.

Ab illo, qui laudat & commendat nomen, non multum recedit is, qui nomen vendidit, & alteri actionem cessit, aduersus debitorem suum. Venditor enim actionis & nominis, fortunam & euentum non praestabit. Ita *Celsus* rem interpretatur apud *VLPIANVM. L. 4. D. de hered. vel action. vendit.* Generaliter venditor rem praestare debet, quam vendidit, sed an bona sit & utilis, ad iudicium emtoris pertinet, qui inspicere & explorare debet rem venalem, priusquam contrahit cum venditore. Ne vini quidem venditor, si vinum post degustationem acuerit, periculum praestabit, nisi se ad tempus aliquod periculo subiecerit, libera conuentione. *L. 1. pr. D. de peric. & com. rei vend.*

Quae cum ita sint, venditor nominis, emtori, conditionem debitoris non ignoranti, periculum non praestabit, modo nihil fraudulenter actum sit, & debitor, cuius nomen venditum est, vere aliquid debeat, quod ad emtorem possit peruenire. Hoc est, quod veteres dixerunt, debitorem verum non locupletem a venditore praestandum esse. *CELSVS* tamen permittit venditori, ut periculo nominis se possit subicere, voluntaria & libera conuentione, *dict. L. 4. de hered. & act. vend.* Luculenter *HERMOGENIANVS*, qui actionem, inquit, vendidit, dolum praestare cogitur, & ut sit aliquod nomen, non vero, ut illud exigi a debitore possit. *L. 23. D. de hered. & act. vend. L. 74. §. 3. D. de euict.* Immo vero si debitor sub conditione debet, quamuis nondum extiterit conditio, vendi nomen posse, *VLPIANVS* arbitratur. Licet enim postea conditio deficiat, venditor tamen, quia spes vendita est, euentum & fortunam praestare non tenetur. *L. 17. D. de hered. vel act. vendit. L. 8. §. 1. D. de contr. emt.*

Venditori actionis proximus est, qui alii mandat actionem, sed ut procurator exigit nomen a mandantis debitore, suo periculo mandasse iudica-

dica-



dicatur, nisi *delegatio* interuenerit, cuius virtute periculum transit ad eum, qui passus est sibi alium debitorem delegari. *Inuito* enim creditori ius suum auferri, & alius debitor ob rudi non potest. *L. 25. C. de pactis a)*. Debitor igitur, qui *mandauit* actionem creditori suo, non liberatur *periculo*, nisi *apocha* accepta, aut animo *nouandi*, expressis verbis, declarato. *Dec. Elect. Sax. 66.*

Quo iure *mercatores in assignationibus* uti debeant, abscisse definitum in *Mandato Reg. Pol. & Elect. Sax. d. 23. Dec. an. 1699. b)* Debitor nimirum assignans non liberatur, nisi scriptura interueniente, *apocha* accepta, & si creditor expressis verbis dimiserit debitorem delegantem. Audiamus legem sapientissimam: daß solches in *Schriften* zu verfassen, auch der Assignant von demjenigen, an welchen die Assignation geschieht, eine *Quittung* zu nehmen schuldig seyn, oder da solches nicht geschieht, daß die Assignatio bloß *per modum mandati* ergangen, davor gehalten werden solle, also und dergestalt, daß, wenn die assignirte und überwiesene *Pest* nicht bezahlet wird, der assignirende Theil solche wieder zurück zu nehmen, oder wenn sie böse wird, den Verlust über sich gehen zu lassen gehalten, ihme auch, daß es mit der Assignation eine andere Meynung gehabt, weder durch Zeugen auszuführen, noch den *Eyd* hierüber zu deferiren zu verstaten.

## §. X.

*Qui commoda ex re percipit plerumque periculum tacite suscipit. Pater nonnunquam tacite consentit, ut suo periculo filio pecunia credatur.*

Proxime absumus a portu, ad quem contendimus, itaque pauca adhuc quasi in transeursu obseruabimus. Videlicet ex his, quae adhuc tractauimus, intelligitur, non raro *periculum* nostri negotii ad alios referri. Huius rei cum plurimae sint causae, quas diligenter adduximus, haec certe iustissima est, quam *PAVELLVS* tradit. *L. 10. D. de reg. Iur.* Ait enim, secundum naturam esse, *incommoda* cuiusque rei eum sequi, quem *commoda* sequuntur. Haec enim est certissima vox naturae, quod ille *periculum* sentiat, qui *damna* etiam fortuita iucunditate *commodorum & fructuum* consolari potest. Hoc praecipuum Iuris ciuilibus interpretes diligentissime secuti sunt, hinc ortae *noxales* actiones & de *pauperie*. *Damnum* enim a seruo aut quadrupede contra naturam datum, ab illo facilius perferri potest, qui *fructus* ex seruo & quadrupede percipit, quam ab extraneo, qui iniuriam passus est duntaxat. Hac de causa receptum est, *noxam* caput sequi, hoc est, *noxalem* actionem aduersus dominum institui, non qui fuit, cum animal noceret, sed qui nunc est: quia *ad praesentem* dominum *fructus* ex quadrupede pertinent, ex quibus *fructibus* *damnum* a quadrupede contra naturam datum, sarcendum est actori. *L. 1. §. 12. si quadrup. paup. fec. dicat.*

PAVL-

a) *CARPZ. P. 2. Const. 29. d. 23. n. 9.*

p. 200.

b) *Behtagen der Erl. Proc. Ordnung*



PAVLLVS etiam illum, qui animal dolo desit possidere, de damno teneri, ait, si per alienationem possessionis, actio noxalis & de pauperie interuertatur. *L. 24. D. de noxal. action.* Iustissime igitur constitutum, vt, si quis *carere* velit seruo, aut quadrupede, a quibus alter damnum passus est, *noxae deditio* defungatur. GAIVS enim docet, hanc esse vim ac potestatem noxalium actionum, vt liceat nobis *deditioe ipsius corporis*, quod deliquerit, litis euitare aestimationem. *L. 1. D. de noxal. action.* Hoc summam rationem habet, cum, si dominus *commoda & fructus* per noxae deditioem deserat, cesset illa cautela, propter quam dominum diximus de damno sarciendo conueniri. Saxones naturae simplicitatem secuti, nequidem noxae deditioem desiderant, sed sufficere iudicant, si extemplo animal, quod nocuit, abigat dominus & auerfetur. Ita enim cum *fructu* careat pristinus possessor, post animal abactum *damna* sarcire non cogetur. Der Herr des Thieres soll den Schaden nach seinem rechten Wehrgelt oder nach seinem Werth bessern, woferne er dasselbe Vieh nach der Zeit, da er die That erfahren, wieder in sein Gewehr nimmt. Schläget er es aber naus und hauſet und hofet, füttert und tränket es nicht, so ist er an dem Schaden unschuldig, und so kann sich jener dessen vor seinen Schaden anmassen, wenn er will. 2. Idr. *Art. 40.* Neque enim dici potest, quod dominus, qui animal abigit, *dolo* possidere desierit, cum dominus possit rem suam derelinquere, & damnum passio ad *custodiam* non sit obstrictus. *L. 33. D. de noxal. action.* Tutissimum igitur sequitur ille consilium, qui damnum ab animali passus est, si capiat animal, quod ipsi nocuit, & relinquat domino electionem, recipere animal, & sarcire *damna*, an repudiare animal velit & laeso illud relinquere in damni compensationem.

Huic speciei proxima est illa, quod secundum Saxonum praecepta *periculum* animalis, quod *pignori* datum, quodammodo ad creditorem pertineat, qui, si animal moriatur, ius crediti amittit: Stirbt aber ein Pferd oder Vieh während der Verpfändung ohne dessen Verschulden, der es bey sich hat, so ersetzt er es nicht, sein Geld aber, dafür es verſezet stund, hat er verlohren. 3. Idr. *Art. 5.* Quae Saxonum consuetudo, quamuis iustissime abrogata sit *Const. 26. p. 11.* tamen prorsus iniusta & improba, iudicari non potest. PIGNVS, si naturalem rationem audias, magis in *utilitatem creditoris* contrahitur, ideoque *c)* non prorsus iniquum est, *periculum crediti*, amisso *pignore*, ad creditorem pertinere. Non enim debitori suo creditor, sed pignori fidem habuit, quia sine pignore noluit credere. Praeterea probabilis est suspicio, quod animal culpa creditoris perierit, quamuis debitor culpam illam non sine difficultate maxima probare possit. Propter hanc ve-

ro

c) vid. Praef. libell. de custodia pignoris.



ro difficultatem probationis merito ius civile sequimur, ut res pignori data domino seu debitori periisse censeatur.

Ex eodem fonte deriuatur, quod exercitor & mercator, qui magistrum atque institorem nauis & tabernae praeposuerunt, cum *lucra* ex illa negotiatione percipiant, periculum sentiant ex facto instititoris & magistri, qui secundum legem praepositionis obligationem contraxerunt. *L. 1. §. 7. D. de exercit. act. L. 7. §. 2. eod. L. 5. §. 11. & L. 19. §. 3. de instit. act.*

Cum bonis omnibus redeo *ad patrem*, ad quem supra diximus *periculum* nonnunquam ex negotiis filii spectare. Huic enim pariter periculum imminet, quia illud *fructibus* peculii compensatur. Sed patri SCto Macedon. prospectum est, ne teneatur de *mutuo pecuniario*, quod filius contraxit. Solent autem patres interdum filiis, maxime institutoribus suis, *permittere*, ut pecuniam mutuam accipiant. Tunc vero nemo dubitat, quin institutoria actione parentes teneantur. *L. 1. §. 5. & 6. C. de instit. & exercit. act.*

Mutuam igitur, a filio contractam, pater soluere cogetur, si mutuam pecuniam accipiat filius ad *necessitates*, quae patris oneribus incumbunt. Ita SEVERVS & ANTONINVS decreuerunt. *L. 2. C. ad SCt. Macedon.* Haec est illa *summa probabilis* VLPiani, quam pater *solet* filio subministrare, & quam patris pietas non recusatura esse iudicatur. *L. 7. §. 11. & 12. D. ad SCt. Maced.* Quid quod pater, qui *sciuit*, patris nomine filium pecuniam mutuam accepisse, & non continuo contradixit, consensisse videatur. *L. 16. D. ad SCt. Maced.* Habent enim patres nonnunquam, ut PLAVTVS ait *d)*, hunc honorem filiorum ingeniis, ut nolint ipsos egere, sed mutuam malint pecuniam eos sumere, quamuis ipsi non habeant, quod filiis potentibus subministrant.

*Quum me adiit, ut pudentem gnatum aequum est, patrem,*

*Cupio ipsi esse argentum;*

*Viginti iam usu est, filio argenti minis*

*Fac id ut paratum sit.*

Serenissimus Legislator Saxo sapientissime permisit filiis, qui studiorum causa absunt a laribus parentum, aut peregrinantur propter necessitates suas, mutuam pecuniam sumere, quam patris pietas creditoribus restituere non detrectatura videatur. Es bleibt denen Studiosis von fremden und auswärtigen Orten bey Ausbleibung ihrer Gelder und Wechsel unbenommen, zu ihrem unentbehrlichen Bedürfnisse das benöthigte an Gelde oder Waaren aufzunehmen. Mand. de dato Dresden am 29. Dec. 1718. wegen derer Studiosorum Wechselbriefe *e)*. Sed haec, sufficiat, extremis digitis duntaxat tetigisse.

CI.

*d)* PLAVT. in *Asinaria Act. 1. Sc. 1. v. 66. seq.*  
Proceßordnung, p. 185.

*e)* In Beylagen der erl.

CI.  
PROGRAMMA  
DE  
CONFessione DEBITI  
IN OFFICIOSA.

**E**uryalus ille apud VIRGILIVM MARONEM <sup>a)</sup>, splendido mendacio <sup>b)</sup>, se ipsum pro amico reum fecit & periculo obiecit. Maluit enim morti se offerre, quam amicum deserere, quem sponderat, se patri eius redditurum esse.

*Me, me, adsum, qui feci, in me conuertite ferrum.*

Hunc quidem pauci imitantur, neque habent omnino, cur seletentur tristissimum, & quod euentu caruit, exemplum. IULIANVS tamen apud VLPIANVM *confessoriam* actionem commemorat, aduersus illos introductam, qui *confessi sint*, se delicto aliquo contaminatos esse, quamuis, praeter confessionem, nulla alia caussa condemnationis doceatur. *L. 23. §. fin. & L. 25. ad Leg. Aquil.* Quare apparet, non raro, quosdam per mendacium, sua se *confessione*, & sua quasi sententia damnasse.

Contra vero plurimi, etiam in *ciuili iudicio*, cautius se mercari arbitrantur, si *fugiant* sententiam iudicis & *dissimulent* debitum, quo alteri obstricti sunt, ne suo ipsi iudicio prodantur. Quapropter plerique debitores, non secus ac mulieres illae apud PLAVTVM <sup>c)</sup>,

*si bene quid aut fideliter faciendum est, eo deueiunt,  
exemplo obliuiosi ut fiunt, meminisse nequeant.*

Hoc consilio deludunt verecundos creditores, qui lites & perplexae probationis difficultatem auersantur. Quod cum intelligerent veteres, *inficiationis* poenam constituendam esse iudicarunt, ut illos coercerent, qui fraudulenta tergiversatione, negatis omnibus, quae manifesta essent, in iudicio actorem frustrarentur. *L. 24. D. ex quibus caus. maior. L. 80. D. de rei vindicat. L. 2. §. 1. D. ad L. Aquil.*

P 2

Alii

<sup>a)</sup> VIRG. Aeneid. Lib. IX. v. 431.

<sup>b)</sup> HORAT. Carm. Lib. III. Od. II. v. 35.

*Splendide mendax, & in omne virgo  
nobilis acuum.*

<sup>c)</sup> PLAVTVS in Milite glorios. Act. 3. Sc. 3. v. 16. 17.



*Alii quidem sponte, sed cum suorum damno & iniuria, falso profitentur, se alius debere, quibus nullo vinculo tenentur. Ita imminuunt patrimonium suum, & spem illorum, cum quibus vere negotia contraxerunt, decipiunt colore aeris alieni. Inprimis testatores hoc commento vfos esse nouimus, vt, quibus beneficium liberaliter in testamento tribuerent, illis se aliquid debere, mentirentur. Nolebant enim, heredes, quos instituerant, irasci Manibus suis & indignari, si hereditatem legatis & fideicommissis exhaustam atque inane heredum nomen sibi relictum esse cernerent. Igitur placare heredes suos cogitabant figmento debiti adiecto, si in testamento, se legatariis aere alieno obstrictos esse, comminiscerentur.*

IULIANVS apud VLPIANVM notat testatorem, qui TITIO decem legauerat, hoc fucio vsus, *quasi decem TITIO deberet. L. 75. §. 1. de Legat. 1.*

Non miror, hoc saepissime factum esse a *maritis*, qui, blanditis seducti, vt de liberorum hereditate aliquid detraherent, *uxoribus* quantitatem pecuniae legabant, quasi *dotis nomine* ad se allatam, etiam si constaret, illas nihil dotis habuisse. LABEO, & SERVI Auditores retulerunt, admissum esse legatum, cum vir vxori, quae nullam dotem habuerat, centum reliquisset, quasi haec quantitas esset proprium vxoris patrimonium, ad sustinenda connubii onera destinatum. *L. 6. D. de dot. praeleg.* Notae sunt querelae creditorum contra viduarum calliditatem, quae *falso*, mariti chirographo, aut apocha accepta, probare volunt, se certam quantitatem, *dotis causa*, marito obtulisse, vt creditoribus aliis, *privilegio dotis*, in concursu praeferantur *d)*.

Non raro etiam ex feudo *dotulitium* petunt viduae & *illationem dotis* se probaturas credunt, exhibito libello mariti, quo dolose professus est, se dotem ab vxore accepisse *e)*. Hoc artificio *liberos* quidem, mariti mortui *heredes*, deludi posse arbitrantur, cum hi certe defuncti facta & confessionem agnoscere cogantur; Creditores vero & successores, qui titulo singulari ad feudum peruenerunt, recte desiderant, vt dotis illatio ab vxoribus viduis, non tantum suspecto mariti testimonio, & imaginaria confessione, sed aliis potius argumentis idoneis, proberur.

Immo vero ne liberis quidem semper illa necessitas imponitur, vt parentis tabulas agnoscant, si appareat, patrem contra *officium pietatis*, illationem dotis aut alia debita confessum esse, *in fraudem portionis legitimae*, quam nullis commentis & consiliis interuerti aut diminui posse veteres con-

*d)* DE BERGER Oec. Iur. Lib. I. Tit. 3. §. 7. p. 123.  
feudal. c. 21. §. 7. p. 418.

*e)* HORNII Iurisprud.



ſtituerunt. Liberti certe portionem bonorum, quae patronis relinquenda erat, non poterant *faſſa confessione* debiti imminuere, neque eam ad alios transferre. **VLP**IANVS docet, *Fauiana* actione, hanc fraudem libertorum coerceri, ſi, vt minus ex patrimonio ſuo ad patronum perueniret, in lite vinci a falſis creditoribus, & data opera ſe condemnari voluerunt, aut in iure *confeſſi ſunt* debitum, quod nunquam contraxerunt. *L. 1. §. 7. D. ſi quid in fraudem patron.* Placuit enim, ſi quid *dolo malo* liberti alienatum eſſet, vt portioni legitimae patroni aliquid detraheretur, hoc *actione Fauiana* reuocari. *L. 4. D. ſi quid in fraud. patron.* Si **IULIANO** fides eſt, tunc etiam *fraudem creditoribus* fieri Praetor iudicauit, ſi, per *repraeſentationem* temporis, debitor quibusdam conſeſſim ſoluerit, quod in diem & poſt aliquod demum tempus debebat. *L. 17. §. 2. D. quae in fraud. cred. & L. 10. §. 12. eod.*

Multo magis igitur *liberi* habebunt, de quo conſequerantur, ſi parentes *faſſo confeſſi ſint*, ſe alii debere, quamuis nunquam contraxerint obligationem. Quis enim ferret illam parentum inuidiam, qua liberos decipiunt, cum etiam *creditorēs extranei* hoc non ferant, ſi, moto concurſu, debitor communis in fraudem reliquorum *faſſo fateatur*, ſe quibusdam aliquid debere, quibus nullo vinculo tenetur. Huic fraudi occurrendum credidit Potentiſſimus Saxonum Legislator, qui praecepit, debitorem communem aut curatorem litis, iureiurando obſtringendos eſſe, ne *per gratiam fateantur*, quibusdam creditoribus aliquid deberi, qui per exceptionem repellere potuiſſent: Sie ſollen eydlich angeloben, daß ſie keinem vor dem andern per gratificationem etwas einräumen wollen. *Erl. Proc. Dron. Tu 41. §. 4.*

Nimirum vt ad liberos reuertar, etiam *donationes inofficioſae*, quibus patrimonium *in fraudem* liberorum diſſipatur, non ſecus ac teſtamentum inofficioſum, iuſta querela infirmari poſſunt. *L. 1. 2. C. de inoffic. donat.* Sed nemo dubitat, hanc eſſe ſpeciem *donationis*, ſi quis, *colore debiti* contracti vſus, aliquid in alterum liberaliter conferat, vt portio legitima liberorum conſumatur.

Apparet vero, liberis non tunc tantum *fraudem fieri*, ſi quaſi debitum *faſſa confessione extraneo* relinquatur, ſed etiam, ſi inter liberos alter alteri a parentibus ita praefertur, vt, beneficiis in vnum liberorum collatis, alteri ne quidem portio legitima ſuperſit. Iam olim **IUSTINIANVS** luſtuolum filiis eſſe cenſuit, ſi, quod ad vnum illorum pertineret, illud reliquis amore & *gratia inaequali* parentum, concedatur. *§. 1. Inſt. per quas perf. cuique acquir.*

Hae



Hae nos caussae permouerunt, vt Mense Februario an. 1754. admitteremus querelam filii, qui matris liberalitatem inofficiosam accusabat. Proponebatur: matrem, non solum dato chirographo, sed etiam in Iudicio, cum Curatore, professam esse, quod alteri filiorum trecentos solidos deberet, quos ab ipso mutuos accepisset. Audiebantur testes, qui affirmabant, filium illum pauperem fuisse, matrem opulentiozem, ideoque vix credi posse, matrem a filio pecuniam mutuam sumfisse. Conquerabatur igitur alter filius, & negabat, matrem fratri suo aliquid omnino debuiffe, hinc censebat, illud chirographum *donationem inofficiosam* continere. Apparebat, si alteri filio trecenti solidi praecipui darentur, totum matris patrimonium consumi. Igitur filium de inofficiosa matris confessione conquestum omnino quidem audiendum esse iudicauimus. Sed mouebat tamen, quod mater non solum in chirographo, sed etiam *in iudicio* professa erat, quod trecentos solidos alteri filio deberet. Praeterea *amor parentum naturalis*, quo liberos suos *aequaliter*, nullo insigni discrimine admisso, prosequi creduntur, efficiebat, vt matris confessionem non prorsus inutilem esse censeremus. Quare placuit chirographo matris, quod in iudicio agnouerat, tunc demum credendum esse, si filius, cui datum erat chirographum, iureiurando *suppletorio* confirmaret, se defunctae matri vere trecentos solidos dedisse. Neque enim *confessionem debiti* in iudicio a matre agnitam & repetitam prorsus negligere, neque propter paupertatem filii per testes comprobata chirographo matris plenam fidem adiungere potuimus. Erat quaedam fraudis suspicio, sed praesumptio amoris erga liberos aequalis nobis persuadebat, matris confessioni non omnem fidem denegandam esse. P. P. die XXX. August. Anno CIO IO CCLIV.





## CII.

OBSERVATIONES  
DEFILIO PATRIS AVT MATRIS  
CVRATORE.

AD LEGEM I. §. I. D. DE CVRATOR. FVRIOS. ET ALIIS.

VITEMBERGAE, DIE SEPTEMBRIS CIOIO CCLIV.

*Lex I. §. I. D. de curatoribus furioso & aliis extra  
minores dandis.*

VLPIANVS Lib. I. ad Sabinum.

*Curatio eius, cui bonis interdicitur, filio negabatur per-  
mittenda. Sed exstat D. Pii rescriptum, filio potius curatio-  
nem permittendam in patre furioso, si tam probus sit.*

## §. I.

CELSVS noster, *patrem a filio regi indecorum esse iudicavit, ideo-  
que noluit filium patri curatorem dari* L. 12. §. 1. D. de tutor. & curat.  
dat. Forſe enim veteres philoſophos audiuit, qui *contra naturam* eſſe cre-  
diderunt, ſanguinis auctorem ſoboli obtemperare. FABIANVS certe apud  
M. ANNAEVM SENECAM negavit, patrem a filio *dementiae* acculari  
poſſe, niſi appareret, patrem ex morbo furere, hoc eſt, iſum in *furorem*,  
quaſi in *morbum*, incidiſſe. Ideo enim latam eſſe legem, ait, vt pater ſa-  
*netur* a filio, non, vt filii imperio regatur <sup>a)</sup>. Sed *conuenientius naturae*  
diuus PIVS, itemque diui fratres, IVSTIO CELERI <sup>b)</sup> reſcripſerunt,  
*filium*; ſi ſobrie viuat, magis quam extraneum patri curatorem dari poſſe.  
L. 12. §. 1. D. de tutor. & curat. dat.

Est enim prima & certissima vox naturae, quam omnes gentes reue-  
rentur, hac nos lege natos eſſe, vt *parentibus & patriae* inſeruiamus. L. 2.  
D.

a) M. ANNAEVS SENECA Lib. II. Contr. XI. in diuiſ. b) De nomine Iuſtii  
vid. Cuiacius Lib. X. obſ. 37. oper. prior. Tom. 3. p. 316.



*D. de iust. & iur.* Multum interest, quomodo, & qua de causa, quis ab alio regatur. Etiam aurigae, cum curru vehimur, & lecticarii, quorum manibus deferri solemus, nos regunt, & lubentes ipsis obsequimur, si nostro arbitrio & iussu, nostraque voluntate eo, quo destinauimus, nos deducunt. Quid de medicis dicemus, qui, ut vulnus coire possit, aut causa morbi penitus remouea-ur, aegrotantibus, quid facere aut omittere debeant, praecipiant, suoque illis regimine & imperio necessitatem obsequii imponunt <sup>c)</sup>. Praeterea amicorum consiliis interdum veluti lino quodam regimur <sup>d)</sup>, ut ex sinuoso & inextricabili errore in rectam viam & apertam lucem redeamus.

Igitur non semper nobis molestum est, ab aliis regi, si nostro iussu, aut cum spe magnae utilitatis, in magnis difficultatibus & perplexis antrastibus regamur. Eleganter D. PIVS apud VLPIANVM, quosdam consilio regendos esse, ait, non ut opprimantur, sed ut ipsis laborantibus subueniatur. L. 12. §. 2. *D. de tutor. & curat. dat.* Hoc est imperium illud a natura constitutum, ut infirmiores, ne in periculum incurrant, ab integris & potentioribus regantur. Apposite DIONYSIUS HALICARNASSEVS φύσεως, ait, νόμον εἶναι ἅπασιν κοινόν, ὃν ἕδεις καταλύσει χρόνος, ἀρχεῖν τῶν ἡττοτέρων τῶν κρείττορας <sup>e)</sup>. Lex est naturae, inquit, omnibus communis, quam nullum tempus dissoluet, integros & validiores infirmis imperare. Itaque non contra naturam, sed suadente naturali ratione, receptum est, ut parentes infirmi & debiles, filiorum curatione, consiliis & ministerio regantur. Nimirum, qui in tutela & curatione sunt, non ideo tutoribus & curatoribus subiecti sunt, ut quasi in vinculis, cum iniuria & damno suo, habeantur, sed ut infirmitas eorum, providentia & ministerio tutorum & curatorum subleuetur. Opportune IULIANVS, obseruauit, curationem esse speciem aliquam defensionis, cum, consilio & opera curatorum, non solum patrimonium, sed etiam corpus & salus miserabilium personarum defendatur, L. 7. pr. *D. de curat. furios.* sed nemini molestum erit in magnis calamitatibus aliorum cura & ministerio defendi. Igitur non potest esse obscurum, rectissime filios parentibus curatores dari, ut, si rebus suis superesse nequeant, istorum cura defendantur. Sed SERVIUS & VLPIANVS scrupulum iniiciunt, quem euellere debemus. Ait enim VLPIANVS, furiosos <sup>f)</sup> & infirmos in potestate curatorum esse, donec resipiscant. L. 1. pr. circa fin. *de curat. furios.* & SERVIUS ipsam tutelam appellat vim ac po-  
te-

<sup>c)</sup> L. ANNAEVS SENECA Ep. 78. <sup>d)</sup> PROPERTIUS Lib. II. El. 14. v. 8.  
*Daedaleum lino cum duce rexerit iter.*

<sup>e)</sup> DIONYS. HALICARNASS. Lib. I. p. 5, edit. Francof. <sup>f)</sup> vid. IAC. LECTIVS ad Aemil. Macrum de Iudiciis in Thef. Otton. Tom. I. p. 93.

testatem, cui impuberes subiiciantur. L. 1. pr. D. de tutelis. Natura autem non videtur pati, vt filius patrem habeat in potestate, cuius ipse potestate continetur.

Sed, ne deterreamur duriori nomine potestatis, diligenter admonuit SERVIVS, illam non tutoribus datam esse ad consumendas fortunas pupillorum, sed ad tuendum eum, qui se ipsum propter aetatem suam defendere non possit. dict. L. 1. D. de tutelis. Est itaque in curatoribus facultas quaedam administrandi bona aliorum, quam SERVIVS & VLPPIANVS potestatem appellarunt, sed quae nihil commune habet cum potestate illa, qua filius in familia subiicitur parenti.

Quae cum ita sint, pater nullam indignitatem patitur, neque probrum ipsi inferitur, cum filius patri propter infirmitatem & iniuriam fortunae praeficitur curator, in cuius tutela & praesidio latere possit g). Audiamus illum apud VIRGILIVM MARONEM:

non laudis amor, non gloria cessit  
pulsata meru: sed enim gelidus, tardante senecta,  
sanguis hebet, frigentque effuetae in corpore vires h).

Qua re pater in his calamitatibus sine dedecore filium habebit curatorem. Neque patrem pudere potest huius ministerii, quo filius ipsi in magnis difficultatibus succurrit. Coniunguntur enim saepius apud veteres cura & administratio i), vt appareat, curatione & tutela non imperium, aut cogendi potestatem, sed ministerii quandam speciem contineri. Hoc intellexerunt Saxones, qui nullam dignitati maculam imprimi censuerunt, si quis curatorem accipiat infirmitatis causa: Der Mann, der über seine Tage kommt, soll einen Vormund haben, wenn er will, und fränket damit weder seine Basse noch sein Wehrgeß. I. dr. Art. 42. Non inepte Auctor glossae k) germanicae obseruat, tutorem esse defensorem illius, qui in tutela aut curatione est: Der Vormund ist ein Beschirmer, weil er den beschirmt und vertreten soll, der ihm von Rechts oder Magtschafft wegen vertrauet oder befohlen ist, welcher ihm selbst wegen seiner Jugend oder Unvermögens nicht vorstehen kan. Nulla igitur iniuria pater afficitur, de cuius salute filius curam suscipit.

Imo

g) CICERO Orat. pro Muraena c. 10. h) VIRGIL. Lib. V. Aeneid. v. 394.  
i) CICERO de Natura deor. Lib. I. c. 1.

utrum dii omni curatione & administratione vacent.

k) Glossa germ. Iur. prou. Saxon. Lib. I. Art. 11.



Imo vero parentes interdum se *ali* & nutrirī *desiderant* a liberis, ut iudex se interponere & caritatem sanguinis perpendere, ideoque filium cogere debeat, ne detrectet *alere parent. L. 5. pr. Et ff. 2. D. de agnos. Et alend liber. Nou. 12. c. 2.* Sed quis non videt, ita commodissime parentem *ali*, si filius *curationem* bonorum & personae suscipiat, & prospiciat, ne quid patri defit, ad vitam beate transigendam.

Enascuntur autem aliae, ex alis, difficultates. Obiicit enim CELSVS, *turbari ordinem naturae*, si filius praesit parentibus, illorumque bona administret. Sed facile diluimus illam dubitationem. Etiam cum *aluntur* parentes a liberis, *naturae ordo* perturbatur, quae potius filios parentibus commendat, ut ab illis nutriantur. Quae contra votum & consuetudinem accidunt, *insolita* quidem, non iniusta dici possunt, neque naturae aduersari iudicantur, si ex illis insolitis magna utilitas, qua carere non possumus, speretur. CIMONI certe non turpe fuit, cum, *turbato ordine naturae*, vberibus filiae clanculum, in carcerem coniectus, aleretur <sup>l)</sup>. Quis igitur pudor fuerit, patrem *contra ordinem naturae defendi* & regi a filio, quem ipse defendere ac rueri debuisset. Est enim, ut diximus, *curatio* a filio suscepta, species quaedam *alimentorum*, qua pater non minus carere potest, quam cibo & aliis necessitatibus, quibus filius succurrere iubetur.

Neque vero hoc semper *molestum* est parentibus, si, *turbato* conditionis humanae *ordine*, filiorum beneficio & cura subleuentur. GRVTERVS ostendit marmora antiqua, in quibus parentes laudant filium *spem & delicias* <sup>m)</sup> *senectutis, alumnum* <sup>n)</sup> *alendae suae senectutis studiosum*. PAPINIANVS ait, parentes, quamuis malint suam hereditatem liberis relinquere, tamen orbitatem suam consolari, si, *turbato mortalitatis ordine*, filius, contra commune votum omnium parentum, patri potius, quam extraneo hereditatem suam *pie* reliquisset. *L. 15. pr. D. de inoffic. testam.* Gaudet igitur pater de hereditate filii, in qua extraneo praefertur, quamuis hoc eueniat *contra ordinem naturae*, ut pater filio succedat.

Ex his itaque apparet, triste quidem, sed non ingratum tamen parentibus esse *ministerium*, quo ipsis tui *contra naturae ordinem* succurrunt. Quid magis *contra naturam* est, quam *patrem filii seruum* esse, & a filio manumissum, beneficio filii ad libertatem peruenire. Sed IVSTINIANVS *ff. 5. I. qui Et ex quibus caus. manum.* tamen ex Lege Aelia Sentia retulit, hanc iustam manumissionis causam esse, si filius *patrem aut matrem manu-*

l) VALER. MAXIM. Lib. V. c. 4. n. 1. in extern. m) GRVTERVS in Opere Inscript. Tom. I. p. 304. n. 1. n) GRVTERVS ibid. p. 638. n. 5.

*manumiserit.* Potuit enim contingere, ut pater filii seruus esset, si filius a domino heres institutus, totam familiam seruorum, atque inter illos etiam patrem, seruum testatoris, hereditario iure in potestatem herilem recepisset. In hac specie nihil iustius est, quam patrem, filii seruum, ab illo pie manumitti, quamuis *ordini naturae* aduersetur, patrem herili potestati filii tanquam seruum in familia subiectum esse, atque ab ipso manumitti. Neque potest dubitari, iucundam fuisse patri seruo illam pietatem, qua a filio suo, contra *ordinem naturae*, manumittebatur.

Si ergo patris *dignitati* nihil decessit, quod in potestatem filii translatus, beneficio filii libertate donatus est; non potest turpe & indecorum videri, si pater *cura* & solitudine filii in magna calamitate defendatur. FABIO RULLIANO honori & voluptati fuit, quod, equo insidens, *sequi* potuit triumphantem filium, quem ipse paruulum manibus gestauerat in triumphis suis *o*). Plus dicam, FABIO etiam iucundum erat, quod a filii, consulis lictoribus *submotus*, equo descendere, & pedibus ad filium venire iuebatur *p*).

Vides, ne quidem molestum esse parentibus, si filiorum *imperio* regantur, cum intelligant, honorem & virtutem filiorum ad patrum honorem pertinere, & quae in filiis excelsa sunt, ad patres, tanquam ad auctores sanguinis & indolis, referri. Sed, ut supra obseruauimus, *curatio* patris, quam filius suscipit, non *imperium*, sed *ministerium* & *pietatis* officium continet, quod patri non potest dedecori aut acerbum esse. Scite VLPIANVS obseruauit, filium non solum patris, sed etiam matris curationem suscipere debere, cum vtrique parenti *pietas* aequalis debeatur. *L. 4. D. de curat. furios.* Quomodo autem ingrata esse posset *pietas* & gratia, quam filii parentibus pro immortalibus beneficiis referunt, quae nulla *cura* & solitudine pensari possunt.

Ex his, quae disputata sunt, intelligitur, *naturae hoc non repugnare*, si parentes infirmi, filiorum *cura* ac *ministerio* in magnis necessitatibus *regantur* atque subleuentur. ANCHISAE patri non solum non odiosum, sed etiam iucundissimum erat, cum humeris filii, quem paruulum manibus suis rexerat, ex vrbe delatus, morti & incendio eriperetur *q*). Neque focer ANTONINI aegre ferre potuit, cum manibus generi sui in senectute subleuatus esset. Ex hac enim pietate imperatori nomen ANTONINI PII tributum esse, quidam tradiderunt.

Q 2

§. II.

*o*) VALERIVS MAXIM. Lib. V. cap. 7. num. 1. in rom. *p*) VALERIVS MAXIM. Lib. II. c. 2. n. 4. in rom. *q*) VIRGIL. Lib. II. Aeneid. v. 705.



## §. II.

Curatio est  
munus publi-  
cum humilio-  
res potentio-  
rum curam  
fulcipere pos-  
sunt & po-  
tentiores hu-  
miliorum.

Diximus, *praeter ordinem naturae* receptum esse, ut res patris a filio *regantur*. Quae autem ab ordine naturae non nihil recedunt, *insolita* dicuntur, quia praeter consuetudinem, non *frequenter*, sed ex singularibus causis interdum admittuntur. Caue tamen, existimes, omnia *insolita*, quae *praeter ordinem naturae* locum inueniunt, *iniusta* seu *contra naturalem rationem* introducta esse. Haec enim naturalis ratio non prohibet, quo minus interdum *insolita* quaedam remedia, quamuis cum *incommodo* quodam coniuncta sint, nostris necessitatibus adhibeamus, si haec remedia sint *unica*, ut sine his utilitates quasdam procurare nequeamus.

Praeterea nunc locus est admonendi, non prorsus *inauditum*, neque contra *rationem iuris* civilis constitutum esse, ut *filium curatorem* rebus *paternis* administrandis ex *caussa necessaria* praeficiamus. Nimirum, constat, *curationem* non minus, ac tutelam, inter *munera publica* referri, quae propter communem aliquam utilitatem, etiam inuiti suscipere debemus. *L. 1. D. de vacat. & excus. muner. Pr. I. de excus. tut. & cur.* Sed in *muneribus publicis* imponendis, non attendi solet *discrimen* illud *personarum*, propter quod in *familia* diuerso iure inter se uiuunt. Placuit enim etiam *filio familias munus publicum* deferri posse, in quo *patri* suo *praeesse*, resque parentis regere & moderari queat. *ULPIANVS* certe, *filio* qui *magistratum* gerit, permittendum esse, docet, ut *in patrem* suo imperio utatur, ideoque *cogi* posse *patrem a filio*, ut hereditatem adeat & alii restituat ex *fideicommissio*. *L. 13. §. 5. D. ad SCt. Trebell.* Ex eadem causa *AFRICANVS* praecipit, in *priuatis* negotiis, *filium patri iudicem dari*, & contra *patrem* iudicare posse, quamuis patri in familia subiiciatur. *L. 77. D. de iudiciis.* Tempestiue *PAVLLVS* admonet, *iudicis* officium uideri *publicum munus* esse, hinc in illo *munere publico* iudicis administrando negligendum esse ordinem personarum, quo in familia discernuntur. *L. 78. D. de iudic.*

Potest igitur pater filium *iudicem* habere, & filio magistratum gerenti, in priuatis negotiis extra familiam obtemperare, ne ipsa respublica turbetur. *Dignitatis* certe *personalis* rationem in muneribus publicis deferendis non habemus, sed generaliter placuit, *maiolem & aequalem inferioris iurisdictioni* non minus, quam potentioris imperio subiectum esse posse inuerso ordine aut gradu personarum atque dignitatum. *L. 14. D. de iurisdic. L. 13. §. 4. ad SCt. Trebell.* r) Abscisse *HERMOGENIANVS*, *ius publicum*, ait, non sequi *ius potestatis*, hoc est, in munere publico administrando non attendi, utrum in familia potestati illius subiecti simus, contra quem iure magi-

r) GERARD. NOODT. Comment. ad Dig. Lib. V. Tit. I. p. 151.



magistratus nostri vitur. *L. 14. pr. D. ad SCt. Trebell.* <sup>s)</sup> Eleganter TAVRVS philosophus apud AVLVVM GELLIVM cum praeses prouinciae, comite patre suo, ad conuiuium venisset: *In publicis*, ait, *locis, muneribus atque actionibus patrum iura, cum filiorum, qui in magistratu sunt, potestatibus, collata, interquiescere paululum & conuiuere: sed, quum extra rem publicam, in domestica re atque vita sedeatur, ambuletur, in conuiuio quoque familiari discumbatur, tum inter filium magistratum & patrem priuatum, publicos honores cessare, naturales & genuinos exoriri* <sup>t)</sup>. Hactenus GELLIVS. Ne quis tamen credat, hoc ad solos magistratus pertinere, opportune addit POMPONIVS, in publicis causis filium familias, veluti si tutor datus sit, aut curator, loco patris familias haberi. *L. 9. D. de his qui sui vel alien. iur.*

Apparet igitur, si filius curator patri detur, non attendi ius potestatis, sed munus publicum curationis, prout utilitas suaserit, turbato personarum & dignitatis discrimine, etiam filio deferri posse. Ex eodem fonte deriuatur, quod patroni filius erubescere non debeat, si ipsi libertus patris tutor detur. *L. 14. D. de tutor. & curat. dat.* quamuis libertus patrono eiusque liberis obsequium & summam reuerentiam debeat non secus ac parenti. *L. 9. D. de obsequ. parent. & patron. praestand.*

Recte igitur minor, seu inferior, vt libertus, maiori, cui obsequium & reuerentiam non minus ac parenti debet, tutor aut curator datur, nec videntur iura familiae aut dignitatum muneris publici administratione perturbari. Non desunt exempla principum, qui sensu infirmitatis suae permoti, filiis administrationem reipublicae & imperii permiserunt, vt ipsi quodammodo filiis subiecti esse viderentur. Nostra aetate Rex Hispaniae, iam factis defunctus, filio primogenito nunc mortuo, permisit imperium, maluitque filii prouidentiae res omnes gubernandas committere. Non dubitauerunt imperatores imperii Romano-germanici, administrationem regi Romanorum aut vicariis imperii lege constitutis committere, si quando ipsi morbo, vel peregrinationis necessitate impediti, non potuerint reipublicae praeesse. *Aurea bulla Tit. 5. §. 1. u)*

Non inique igitur curatio illis defertur, qui inferiores sunt gradu dignitatis, vt possint res illorum administrare, quibus ad obsequium & obedientiam praestandam obstringuntur. Immo vero quia dignitatis & ordinis ratio in muneribus publicis haberi non solet, vicissim nec maiores nec

s) CORNEL. van BYNKERSHOECK Lib. I. Obseru. Iur. rom. cap. 18. pag. 74.  
t) A. GELL. Noct. Att. Lib. II. c. 2. u) IO. PET. ALVDEWIG. Comment. ad Auream Bullam Tom. I. p. 507. Kemmerich. Introductio ad Ius Publ. Lib. III. c. 8. §. 27. seq.



potentiores puduit, *humiliorum curam* suscipere, ne res eorum consume-  
rentur. Ita & *parentes filii emancipati*, & *patroni* tutelam libertorum im-  
puberum gerunt. *tot. tit. Inst. de legit. parent. & de legit. patron. tut.*  
Apud *Saxones* inprimis, *dominus directus* vasalli impuberis tutelam gerere  
& feudum *tutoris* iure administrare non detrectat. Der Herr ist ja immer  
des Kindes Vormund an dem Gut, das das Kind von ihm hat, dieweil er  
das Angefälle unverstehen hat. Und soll die Gült des Guts nehmen, bis das  
Kind zu seinen Jahren kommen. *Sächs. Lehnrecht Cap. 26. x)* *IMPE-*  
*RATORIBVS* non molestum fuit se *nutricios* & *curatores* ecclesiarum ap-  
pellari *y)*. In ipsis legibus imperii Caesar gaudet, se dici curatorem & de-  
fensorem ecclesiae & orbis Christiani, obersten Voigt der Christenheit *z)*,  
Schutz und Schirm Herrn der Kirchen *a)*. Qua de causa *Saxones* non  
dubitarunt *regem Germaniae, curatoris romani* nomine, posteris commen-  
dare; da er Römischer Voigt von heißt, und darum das er Römischer Voigt  
ist *z)*. *Weichbild. Saxon. Art. 8.* Romanis magistratibus etiam non inui-  
sum fuit, si *curatorum nomen* ipsis a populo tribueretur. *MARCUS TVE-*  
*LIVS* habet *curatores* frumenti *b)* & aediles annonae *curatores* *c)*. *GRV-*  
*TERVVS* etiam commemorat *curatores viae sternendae & reficiendae*, & ali-  
mentorum *curatores* *d)*, quamvis hi omnes magistratum munere in ciui-  
tate fungerentur.

Parum igitur refert, quis alteri *curator* detur, cum & inferiores su-  
perioribus praefici possint, & potentioribus non graue sit, curam suam in  
humiliores & miseros conferre. Noli igitur mirari, quod *filius* etiam *patri*  
*curator* dari possit, cum, ut diximus, in publicis muneribus non attendamus  
iura priuatae potestatis.

## §. III.

*Filius matri* Accepisti, nec reuerentiam patri debitam, nec iura potestatis, prae-  
*recte curator* tori impedimento esse, quo minus filium possit patri curatorem dare. *Cu-*  
*datur. Etiam* ratio enim *pietatis* ministerium & obsequium aliquod continet. Quando-  
*cura sexus* quidem natura primo loco nos admonet, ut patriae parentibusque pareamus.  
*filio deferri* *L. 2. D. de iust. & iur.* Occurrit *VLPIANVS*, qui non tantum *patris*,  
*potest.* sed etiam *matris curationem* ad *filium* pertinere ait. Eius rei hanc affert  
rationem, quod utrique parenti, quamvis non aequalis sit illorum potestas,  
pie-

*x)* vid. *IO. PET. de LVDEWIG* dissert. de different. iur. rom. & germ. in fru-  
ctuum attributione, inprimis tutelae fructuariae p. 6. sequi. *y)* Const.  
Sicilor. Lib. III. Tit. 28. apud *Lindenbr.* in Codd. LL. antiq. pag. 802.  
*z)* Rec. Imper. August. de anno 1530. §. 9 & 10. *a)* Capitulatio nouiss.  
*Francisci* Art. 1. *Io. Linnaeus* ad Capit. Caesar. Art. 1. p. 134. *Christ. Tho-*  
*masius* ad Lancell. Lib. II. Tit. 19. p. 1029. *b)* *CIC.* Epist. 11. ad Att.  
Lib. XV. *c)* *CIC.* de LL. Lib. III. c. 3. *d)* *GRVTERVVS* Oper. in-  
script. Tom. I. p. 435. n. 8. & alibi passim.



*pietas* tamen aequa debeat. *L. 4. D. de curat. furios.* *Pietas* igitur filio persuadebit, ut *matrī* etiam impertiat aliquid curarum, quae magis vere, quam pater, indiget curatore, in cuius praesidio & tutela conquietetur. Maiores enim, si MARCO TULLIO fides est, mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, in tutorum potestate esse voluerunt <sup>e)</sup>. Sed, *patre* quidem *superstite*, non facile inveniunt matres, cur ad filios confugiant, cum mariti consilio & cura defendantur. Durior autem *viduarum* est conditio, quae plerumque sibi consulere, & rebus suis praeesse nequeunt, nisi ab aliis regantur <sup>f)</sup>. Olim quidem Romani dubitarunt, virum patri duntaxat, ceterisque virilis sexus parentibus, filius ad alimenta praestanda, & alia necessaria subministranda, adstringatur, an etiam *matrem* & ceteros per matrem coniunctos alere & protegere cogatur. Sed *VLPIANVS* hoc officium ex aequitate, & sanguinis caritate, aestimandum esse censuit, ideoque *matris viduae* aegritudini non minus, quam patris necessitati a filio prospiciendum esse iudicavit. *L. 5. §. 2. D. de agnosc. & alend. liber.* Noli igitur dubitare, quin filius, qui matrem interdum *alere* cogitur, etiam matri curator dari possit. Ita *CHRISTO*, Seruatori generis humani, visum est, qui iam moriturus, discipulum inter omnes dilectissimum matri suae *filium* assignavit, ut filius ille curam suam & sollicitudinem in matrem adoptiuam, loco filii mortui deriuaret, *Ioann. c. 19. v. 27.* Etiam *PIPINVS* & *LVDOVICVS* Reges, viduas pupillarum iure uti, & iudicis providentiae atque curae inprimis commendatas esse, voluerunt <sup>g)</sup>. Veteri Saxonum iure, videtur *curatio* vxoris viduae relictæ ad *pruignum*, seu filium, quem maritus ex alia vxore habuit, pertinuisse. Ita enim Saxones praeceperunt: *Qui mortuus viduam reliquerit, tutelam eius filius, quem ex alia vxore habuit, accipiat* <sup>h)</sup>.

Multo magis igitur habuerunt posterī, cur, sanguinis caritatem secuti, filio legitimo & naturali, matris suae heredi, eius curationem & tutelam deferrent. Consuetudine enim inuectum est, ut proximus *agnatus* & *heres* curam suscipiat de mulieris viduae salute. Der älteste Schwere: Magen und der Erbe, ist auch der Wittwen Vormund, bis sie wieder einen Mann nimmt, wofür er ihr ebenbürtig ist. 1. Ldr. Art. 23. Itemque alio loco, wenn der Mann stirbet, so ist sie ledig von seinem Rechte, es muß aber ihr nächster ebenbürtiger Schwere: Magen ihr Vormund seyn. 1. Ldr. Art. 45. *Filii* igitur, qui matris hereditatem propter ius sanguinis expectant, tanto iustius aliquid curarum matri impertient, quanto plurium beneficiorum, quae

a

e) CIC. Orat. pro Muraena c. 12. f) FERANDI Adduens. Explic. Lib. I. §. 55. in thes. Otton. Tom. 2. p. 560. g) Leg. Longob. Lib. II. Tit. 48. n. 1 & 2. in Cod. LL. antiq. apud Lindenbrog. p. 645. h) Vetus Lex Sax. Tit. 7. n. 2 apud Lindenbrog. p. 476.



a matribus profecta sunt, recordantur. Cogitare enim debent, matres indulgentiores esse in filios, illos fouere in sinu, in umbra continere, non permittere, ut fleant, tristentur, aut vlllo vnquam incommodo laborent <sup>i)</sup>). Hodie quidem mulieribus viduis aut virginibus *curatores sexus*, inprimis si in iudicio litigent, aut immobilia vel Geradam totam alienent, etiam ex officio a iudice adiunguntur. *Const. Elect. Sax. 15. p. 11. k)* Iudex igitur in hac specie non dubitabit *filium matri curatorem sexus* dare.

## §. IV.

*Filius patris res administrare & negotia gereve potest sine mandato.*

*Pietatis* igitur officio fungitur filius, qui patris aut matris curationem non detrectat. Huic pietati cum fauerent veteres, permiserunt filiis etiam sponte & sine praetoris iussu aut patris mandato res parentum defendere & pro patre in iudicio interuenire. Apud SCAEVOLAM elegans est epistola LVCI TITII, qui naturae conueniens esse iudicauit, filios sine mandato res paternas in familia administrare: Ἐγὼ μὲν κατὰ φύσιν εἶναι νομίζω, τῆ ὑπὲρ πατρὸς πραγματεύεσθαι, διχα τῆ τινα ἐπιτροπικὸν αἰτέιν. Ego quidem secundum naturam esse existimo, pro patre negotiari, sine aliqua concessionis inquisitione. *L. 60. §. 4. D. mandati.* Luculenter VLPRIANVS docuit, si quis ex liberis interueniat pro patre, non exigi mandatum, *L. 3. §. 3. D. iudic. solui.* quamuis etiam possit *expresso patris mandato* filiis administratio permitti. *d. L. 3. §. 3. iudic. solui.* Certe filium pater, sua voluntate, *institorem* negotiationi suae potest praeponere, ut rem totam administret. *L. 19. §. 2. D. de instit. action.*

Liberi ergo, qui in *potestate* constituti sunt, non solum *iussu*, sed etiam *sine mandato*, possunt res patris procurare. *L. 35. pr. D. de procur.* ALEXANDRO quoque placuit, filium, licet non ostendat mandatum patris, *ultra* eius actiones dirigere posse. *L. 12. C. de procurat.* Hoc vnum enim exigitur, ut filii de *rato* caueant, neque aliquid suscipiant, quod sine speciali mandato perfici non possit. vid. *Ord. Proc. El. Sax. rec. Tit. VII. §. 3.* Immo vero laxior est interdum potestatis filii, quam *procuratoris*, *expresso* mandato constituti. Si enim *captiuus* redimendus est pater, poterit filius res patris vendere, aut pignoris iure obligare, ut pecuniam conficiat, patris redimendi causa. Hoc vero *procuratori*, nisi speciali mandato instructus sit, veteres non semper concedendum esse crediderunt. *Nouell. 15. cap. 3. §. 13.*

Quae cum ita sint, plerumque *malunt* patres, inprimis senes, absentes aut infirmi, sine praetoris interuentu, filiis res suas administrandas *privatim*

<sup>i)</sup> L. ANNAEVS SENECA de Providentia c. 2.      <sup>k)</sup> Mand. Reg. Elect. de date Dresden den 22. Nou. 1722. in Cod. Aug. Tom. I. p. 1210.



uatim committere, & commendare. Ita enim euitare possunt difficultatem, & causae cognitionem, cum multis incommodis coniunctam, quae necessaria est, si patris *curatio* a praetore filiis *publice* defertur. Immo vero commodius est, de his rebus priuatim agi inter filium & patrem, vt pater, sine praetoris auctoritate, mutato consilio, cessante causa curationis demandatae, res suas repetere a filio, illasque suo arbitrio ordinare possit. PAVLVS tamen negotia *patris furiosi* videtur excipere, quae geri nequeant sine decreto magistratus; ait enim, furioso animum deesse, hinc dici non posse, quod *rem ratam habiturus sit*, si quis sine *mandato*, ex praesumpta eius voluntate, interuenerit pro furioso. L. 2. ff. 1. D. de procurat. Hac de causa filius cum cautione de rato pro patre furioso non poterit interuenire.

## §. V.

Possunt itaque parentes *priuatim* filiis res suas commendare, vt filii non tam curatorum quam potius procuratorum & institorum officio, sine praetoris interuentu, defungantur. Hoc iure imprimis *senes & infirmi*, qui rebus suis propter aetatem superesse nequeunt, vtuntur. Apud Germanos fere consuetudine inualuit, vt *senes rustici*, ultra sexagesimum aetatis annum prouecti, filiis *vendant* bona sua, & fructus quosdam, seu *alimenta* commoda, sibi reseruent. Ita enim *colore venditionis*, incommoda administrationis, & *curationem bonorum*, in filios transferunt, ipsi vero honesto & securo otio consenescent. Magistratus quidem, qui in loco rei sitae iurisdictionem exercent, *senibus infirmis*, maxime annum sexagesimum aetatis egressis, prorsus resistere, & venditiones illas impedire non possunt. Magna tamen cautione & prouidentia vti debent, ne tales venditiones temere, & sine discrimine ab ipsis confirmantur. Praefecti non permittere debent, vt bona *emphyteutica* aut *centesimica* filiis a parentibus *viliori pretio* in fraudem *centus* aut *laudemii* vendantur. *Laudemium* enim, tanquam pars iusti pretii, domino post veram aestimationem praedii exsoluendum est <sup>1)</sup>, nisi liberis illud interdum remittatur. *Const. inedit. 1.* Porro prospiciendum est, ne, detractis alimentis, quae venditor sibi reseruat, seu fructibus ad alendum destinatis, redditus fundorum ita imminuantur, vt emtori vix sufficiant ad onera ferenda, & operas domino praestandas. Daferne ein Amts Untertthaner, Alters oder sonst Unvermögens halber, seinem Guthe nicht mehr vorstehen kann, so ist die Alienation zwar, jedoch mit keinem Auszuge, dadurch die Güther allzu sehr geschwächt werden, zu gestatten <sup>m)</sup>. Denique si venditores vel *aedicularis* habeant, in quibus alantur, vel fructus quosdam prae-

1) vid. Mand. Elect. de dato Sorgau vom 12. Jul. an. 1681. in Cod. Aug. Tom. II. p. 25 sequ.

m) dict. Mand. in Cod. Aug. Tom. II. p. 25.



praedii ad alimenta sibi *reuerfauerint*, iubentur vel 'vt possessores' aedium als Häusler, vel vt inquilini, als Hausgenossen, census aut operas praestare: Welche Verkäufer bey Uebergabung ihrer Güther, an ihre Kinder oder auch Frembde, gewisse Auszüge sich vorbehalten, theils auch auf des Guths Grund und Boden sich besondere Häuserchen zu ihrer bessern Bequemlichkeit und Aufenthalt gebauet, sollen in dem ersten Fall, wenn sie nur aus den Güthern den Auszug genießen, als Hausgenossen, in dem letztern Falle aber, wenn sie Häuserchen sich erbauet, als Häusler tractiret werden <sup>n</sup>).

Qui igitur *vendunt* bona sua liberis, *senectutis* & *verae infirmitatis* causa, saluo iure domini directi, *privatim* quodammodo *curationem* bonorum, & onus alendae senectutis suae in liberos conferunt, quamuis filius non expulso iudicis decreto, illis curator *publice* constituatur. Alii senes, vt possint consilium mutare, non vendunt, sed locant praedia filiis interdum non ita magna mercede, vt ipsi alantur ex pensionibus, & filii heredes curam & sollicitudinem suscipiant de bonis conseruandis.

Quandoquidem vero, qui vendunt vel locant praedia *cum reseruato rustico*, mit Vorbehalt eines Auszugs, non omnium onerum vacationem habent, sed ad census soluendos aut operas domino praestandas, vt possessores aedium vel inquilini domino plerumque obligantur; *malunt* interdum patres illi, senio confecti, propter summam infirmitatem & virium debilitationem *filios* suos *curatores* accipere, quarum prouidentia ipsi penitus omni sollicitudine & cura liberentur. Hoc enim etiam Saxonico iure *senibus* permissum, vt, si viribus defecti sint, post annum sexagesimum exactum, possint petere sibi *curatores*, in quorum praesidio delitescant: Ueber 60. Jahr ist der Mann über seine Tage kommen, da er einen Vormund haben soll, wann er will, und fränket damit weder seine Basse noch sein Wehrgeld. I. Ldr. Art. 42. Quo loco obseruandum est, filium, qui propter senium & propter ingrauescentem aetatem patri curator datur, magis *administratorem bonorum* esse, quam *personae curatorem*; cum *senes* non tam *regi* velint a curatoribus, quam labore ac molestia administrationis liberari. Ita POMPONIO visum est de curatore, qui tutori ob *senium aetatis* vel aduersam valetudinem adiungitur. Ait enim, hunc magis *administratorem rerum*, quam *curatorem* dici posse. L. 13. pr. D. de tutel.

*Volentibus* igitur senibus, propter infirmitatis priuilegium *curatores* dari possunt, sed non facile *inuitis*, nisi in causae cognitione appareat, illos, quamuis mentis compotes esse videantur, tamen ad egestatem perduci & rebus

<sup>n</sup>) *ibid.* & Mand. Reg. Elect. de dato Dresden den 27. Iun. an. 1709. in Cod. Aug. Tom. I. p. 1755.



bus suis moderari non posse. L. 12. D. de tut. & cur. dat. Ita quidem senibus dantur *curatores*, qui, nulla mercede accepta, omnia pro illis incommoda suscipiunt & rationes reddunt administrationis suae. Sed admonendum est, nulla *senes macula* adspergi, & nullum dedecus inferri illis, qui propter *senium* curatores petunt. Hoc ostendit ille, quem supra adduximus apud VIRGILIUM MARONEM, qui significat, nondum omnes igniculos animi extinctos, sed impedimento esse senectutem, quae prohibeat, ne consilia animi cum fructu perficiat & exsequatur. Audiamus VIRGILIUM senis illius verba interpretantem:

*Si mihi, quae quondam fuerat, quaque improbus iste  
exultat fidens, si nunc foret illa iuuenta o).*

Itemque paulo ante:

*non laudis amor, non gloria cessit  
Pulsa metu: sed enim gelidus, tardante senecta,  
Sanguis hebet p).*

Recte maiores nostri: Er fränket damit weder seine Bussse noch sein Wehrgeld. I. Ldr. Art. 42. Gratulatione potius digni habentur, qui proxime absunt a portu, & in navigatione illa, filiorum ministerio, quasi velis remisque feliciter & circumspicte prouehuntur. Educarunt enim filios, ut in illis inueniant spem & delicias senectutis suae q). Nihil senibus molestius est, quam si nouas sedes quaerere, atque ingrauescente aetate, usum vitae, quo assueti sunt, deserere cogantur. Igitur malunt inter suos in sede, quam olim elegerunt, fata sua opperiri. Ita HORATIUS FLACCUS:

*Haec meae sedes utinam senectae  
sit modus lassae matris & viarum  
militiaeque r).*

### §. VI.

Praetor itaque non dubitabit, his senibus, vel petentibus, vel si indi- *Filius volens*  
geant aliorum consilio, *filium* etiam sponte curatorem dare. VLPIANVS *prae aliis ad-*  
ait, non solum posse filium dari curatorem, sed etiam dari debere potius *mittitur ad*  
*filium*, quam extraneum. L. 12. §. 1. D. de tut. & cur. dat. L. 1. §. 1. de *curationem*  
*curat. furios.* In hac re enim obsequendum est voto communi omnium pa- *patris senis.*  
rentum, qui malunt in sinu propinquorum consensescere & curatione filio- *An etiam sit*  
rum defendi, quam extraneis se committere & illorum iniuriam cum gemitu *tutor legiti-*  
*mus, dubita-*  
*tur. Certe co-*  
*gi potest ad*  
*praestanda*  
*aiimensu,*

R 2

a) VIRG. Lib. V. Aeneid. v. 397. p) ibid. v. 394. seq. q) GRVT. in Oper. inscript. Tom. I. p. 304. n. 1. & p. 758. n. 5. r) HORAT. Lib. II. Carm. Od. 6. v. 6.



tu ac dolore expectare. Ab extraneis enim metuunt, ne vel diuitias suas inuidiae exponant, vel paupertatem detegant, atque ita augeant molestias effectae senectutis. *L. 2. pr. C. quando & quib. quarta pars deb.* Quare gaudent senes illi, si a filiis administrantur bona sua, quae filiorum causa ab illis comparata sunt, & quorum hereditatem, filiis inprimis, destinarunt. *L. 15. D. de inoffic. testam.*

Igitur si parentibus *curatores* dandi sunt, *filiis praeferuntur extraneis*, ne res familiaris, interuentu extraneae personae, affligatur. Neque tamen hoc est perpetuum, cum in illis negotiis, quae arbitrio iudicis reguntur, multa accidere possint, quae efficiant, ut a communi voto atque regula recepta discedatur. Praetor *arbitrium parentis* potest deserere, si quaeratur, ubi quis *alendus* & sustentandus sit, & prospicere debet, ut ille, cui alimenta decernuntur, sine omni maligna suspicione, & sine magno incommodo, alatur. *L. 1. §. 1. D. ubi pupillus educ. deb. & L. 1. C. eod.* Diligenter monuit D. PIVS, tunc demum filium patri curatorem dari, si filius *sobrie* vixerit, & si tam *probus* fuerit, ut sine dubitatione cura de salute & patrimonio parentis filio permitrenda esse videatur. *L. 12. §. 1. D. de tutor. & cur. dat. & L. 1. §. 1. de curat. furios.* Hoc enim negotium ex conditione personarum, ex tempore & loco, ex ipsa quantitate patrimonii, aestimandum est, ut quietem, & tutam sedem senectutis suae, pater inueniat, qui rebus suis ipse satis commode vacare non potest. *L. 1. §. 1. D. ubi pupill. educ. deb.*

Itaque tunc demum, si nihil impedimento sit, nec dubitari possit de filii affectione, praetor filium potius quam extraneum curatorem dabit. Minus autem dubitare poterit praetor, si *paratus sit* filius ad curam familiae suscipiendam. Qui enim bene animati sunt, illis dulcissimum est officium, quo gratiam referre possint meritissimo parenti. In mentem venit ille apud VIRGILIUM MARONEM, qui,

*ut depositi proferret fata parentis,*

*scire potestates herbarum usumque medendi*

*maluit, & mutas agitare inglorius artes s)*

Ab hoc pietatis ministerio filium praetor non facile retrahet aut auocabit.

Sed difficilior est disputatio, si quaeratur, an praetor etiam *cogere* possit filium *inuitum*. D. quidem PIVS & D. FRATRES, ex quorum rescripto filius patri curator dari potest, non videntur de filio *inuito* cogitasse. Aiunt enim, *permittendam* esse filio curationem patris. *L. 1. §. 1. D. de curat. furios.* Sed *permittimus* volenti duntaxat, quod desiderat, non *inuito*,

s) VIRG. Lib. XII. Aeneid. v. 395.

uito, qui potius cogendus est arbitrio praetoris. Praeter ea Imperator GORDIANVS, tantum abest, vt cogat filium inuitum patris curationem suscipere, vt potius iubeat filium curatores petere a praetore, qui perturbata patris negotia sanare possint. L. 3. C. de curat. furios. Hac de caussa non videtur cogendus esse filius inuitus ex rescriptis D. PII atque GORDIANI, qui permittendam duntaxat volenti curationem aut alios ab ipso curatores petendos esse iudicarunt.

Verum enim vero certius est, filium etiam inuitum cogi posse ad curationem patris emeriti suscipiendam. Nimirum alere parentem filius cogitur etiam inuitus. FABIVS QVINCTILIANVS tractauit legem, qua cautum est, vt filius, qui patrem alere recuset, vinciatur, & magistratus imperio coerceatur <sup>1)</sup>. Enuceate VLPIANVS praecipit, parentes, caussa cognita, a liberis alendos esse, L. 5. pr. D. de agnosc. & alend. liber. Ideoque captis pignoribus & mixto iudicis imperio cogendum esse filium, vt alimenta patri praebear pro modo facultatum. dict. leg. 5. §. 10 D. de agnosc. & alend. Nou. 117. c. 1. in fine. ANTONINVS Imperator nullo discrimine admissio, iustissimum esse, ait, liberos succurrere parentum necessitatibus. L. 1. C. de alend. lib. & parent. Apertissime IVSTINIANVS patrem inopem non solum ob spem hereditatis, sed etiam propter ipsam naturam & legis dispositionem, alendum esse constituit. L. 8. §. 5. C. de bon. quae liber. Quamuis enim pater, inquit, legum contemptor & impius sit, tamen pater est. Nou. 12. c. 2. in fine. PAVLLVS certe, patrem, etiam si in insulam relegatum, a filia non immerito ali posse respondit. L. 73. §. 1. D. de iur. dot.

Alendus igitur est pater a liberis. Sed qui alere coguntur, omnibus necessitatibus succurrere & operam dare debent pro modo facultatum, ne quid desit patri ad vitam beate & commode degendam. L. 1. C. de alend. lib. vel parent. & L. 2. C. de aliment. pup. praest.

Noli igitur dubitare, quin filius, qui patrem alere tenetur, etiam curationem personae & bonorum suscipere cogatur. Certissime enim pater ad egestatem perducitur, si, cum rebus suis ipse moderari nequeat, res familiaris & curatio bonorum negligatur. Nimirum, qui egenum patrem de suis facultatibus alere cogitur, multo magis prospicere debet, ne bona patris, ex quibus suo sumtu ali possit, pereant & dissipentur. Ex hoc fonte defluxit, quod potentissimus pater patriae, lege publica prospexit, liberos rusticorum ne quidem a domino iurisdictionis ad ser-

<sup>1)</sup> M. FAB. QVINCTILIANVS Declam. 5. Partulphi Prateij Iurisprudencia Vetus LL. Solonis Lib. IV. in thes. Otton. Tom. 4. p. 400.



seruitia annua cogendos esse, si appareat, parentes liberorum suorum ministerio carere non posse: Wenn der Vater seine Kinder, die zum Dienstzwang erfordert werden, zu seinem Hauswesen selbst unentbehrlich brauchet <sup>u)</sup>, ut appareat, officium, quod liberi parentibus debent, omnibus aliis negotiis praeferrri.

Filius igitur patri curator dari, & interdum etiam cogi potest a praetore. Sed porro expediendum est, vtrum mere *datiua* sit illa curatio, quam filius de parente *senes & debili* suscipere cogitur, an potius filio *immediate a lege* illa cura imponatur, ideoque haec cura *legitima* appellari possit. Si rem ex Iure civili aestimes, non inepte dubitari potest de *legitima* hac curatione. Lex enim XII tabularum *legitimam* tutelam & curationem tunc demum proximis *heredibus* imponit, si certum sit, illis spem hereditatis & successionis, ne quidem testamento & suprema voluntate *domini*, auferri posse. *tot. tit. I. de legit. patron. tutel. L. 1. pr. D. de legit. tut. Furius* igitur & *prodigi*, cum testamentum facere nequeant, in *legitima* cura heredum suorum esse debent. *§. 3. I. de curat. Minores* vero non sunt in *legitima* agnatorum cura, sed a praetore curatores accipiunt, quia hereditatem agnatis testamento eripere, illamque in alios transferre possunt. Eadem videtur esse conditio *senum*, qui quamuis debilitati sint, testamenti tamen factione non prorsus excluduntur. *DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS*, *senectutem solam*, nequidem donationibus inter vivos, impedimento esse, censuerunt. *L. 16. C. de donationib.* Multo minus vero *senes* hereditatem in alios transferre prohibentur.

Verum enim vero, quamuis possint *senes* testamenta facere, nihilominus tamen filii parentis senis curationem *legitimam* suscipere tenentur. Expeditum est enim, filios hodie *certissimam* habere spem successionis, cum *legitima portio* illis interuerti, aut imminui a parentibus nequeat, nisi suo delicto exheredationem mereantur. *Nou. 115. pr. sequ.* Filius igitur, qui partem aliquam paternae maternaeque hereditatis *necessario* consequitur, munere *legitimae curationis* oneratur, nisi causam idoneam exculationis inueniat, qua munus illud declinare possit. *tot. tit. de legit. patr. tut.* Quae cum ita sint, dicemus, patrem esse in legitima filiorum curatione. Haec enim non solum ad filios, qui in patris potestate sunt, refertur, sed ad *emancipatos* etiam, quibus & ipsis praetor bonorum possessionem, & Imperator parentum *hereditatem* liberaliter concedit. Ipse pater liberorum *emancipatorum*, qui sunt impuberes, *legitimam tutelam* nanciscitur, propter spem successionis; ideoque nec liberi emancipati, quibus portio legitima eripi non potest, patris naturalis curationem recusare possunt, quamuis solum sit vinculum civilis potestatis.

Non

<sup>u)</sup> Gesindeordn. de dato Warschau den 16. Jul. anno 1735. Tit. 7. § 7.



Non multo secius de liberis *separatis*, von abgefonderten oder abgefunden Kindern, iudicabimus, qui, parte bonorum accepta, suo arbitrio res suas administrant. Hi enim spem *hereditatis* retinent, & bona a patre relicta dividere possunt cum coheredibus, si *conferre* velint bona, quae acceperunt a parente. I. Ldr. Art. 13. *Separati* igitur liberi, propter spem hereditatis, obstricti sunt ad curam *legitimam* suscipiendam. Sed, quid dicemus, si *renunciauerint* hereditati, parte aliqua accepta? Post *renunciatio-* nem enim, iureiurando confirmatam, non possunt cum reliquis heredibus actione familiae eriscundae experiri, sed prorsus ab hereditate excluduntur. c. 2. de pact. in 6. P. 11. Const. Elect. Sax. 35. x) Sed nihil moueor, quo minus credam, etiam *separatos* liberos, ad munus *curationis legitimae* suscipiendum, cogi posse a praetore. Liberi enim *separati* a viuis parentibus *acceperunt hereditatem*, & plus habent, quam spem hereditatis, ideoque non minus tenentur, quam illi, qui propter solam spem successione, curatione legitima onerantur. Iure civili igitur, pater senex & infirmus in *legitima* est cura filiorum, quia omnes filii certam spem hereditatis paternae retinent. Multo magis vero Iure Saxonico veteri filiis curatio legitima imponi potuit, cum Saxones *senibus* & infirmis non permiserint liberam de bonis suis disponendi facultatem: Alle fahrende Haabe aber kann der Mann ohne der Erben Erlaubniß aller Orten vergeben und Guth verlassen und verleihen, so lange er sich dergestalt vermag, daß er mit einem Schwert umgürtet und mit einem Schilde, von einem Steine oder Stocke, einer Ellen hoch, auf ein Pferd steigen könne, ohne eines Menschen Beyhülfe. Wenn er dieses zu thun nicht vermag, so kann er auch nichts vergeben, lassen noch leihen, daß er es dem entferne, der es nach seinem Tode erwartend ist. I. Ldr. Art. 52. Glossa germanica excipit res exiguas duntaxat, quas *senex* in lecto suo decumbens, in manu tenere & in donatarium transferre potest. Doch sagen etliche, daß er auch auf seinem Siechbette die Ding vergeben mög, welche er über das Bettbret hinwegreichen könne. Sed haec quidem in plerisque locis maximam partem y) defuetudine exoleuerunt. Filiis tamen etiam in Saxoniam propter *certissimam spem* portionis *legitimae*, & quia patri, tanquam patri, etiam sine spe hereditatis obstricti sunt. *curatio parentum* legitima merito defertur. Extremo disputatione vix indiget, curatorem etiam *legitimum* a magistratu *confirmandum* esse. Rec. Imper. de anno 1548. §. 31. Parum igitur refert, vtrum hanc curationem *legitimam*, an datuam appellemus, cum filius nunquam, vt *curator*, bona administrare possit, nisi auctoritate magistratus curationis munus ipsi sit commissum.

## §. VII.

x) CARPZ. P. 11. Const. 35. def. 4. Berg. oecon. iur. Lib. II. Tit. 4. §. 48. n. 5. p. 446. y) vid. Const. El. Sax. 12. & 31. P. 11. Torgauisches Ausschreiben für von Agnaten in Cod. Aug. Tom. I. p. 151.



## §. VII.

*Cura patris  
furiosi &  
prodigi filio  
potius deser-  
tur, quam  
extraneo si  
probus sit  
filius & so-  
brie viuat.*

Tradidimus de scribis, quorum igniculi quidem nondum extincti sunt, & quorum virtus, vt vinum bonum, aetate non coacuit, sed qui tamen propter corporis infirmitatem, in sinu propinquorum requiescere, & vacatione curarum familiarium vti maluerunt. His quidem non inuidemus illud, quod HORATIVS FLACCVS votis omnibus expetendum iudicauit:

*Frui paratis & valido mihi,*

*Latoe, dones; at, precor, integra*

*cum mente, nec turpem senectam*

*degere, nec cithara carentem 2).*

Tristior autem illorum conditio, qui, praeter naturalem senectutis morbum, animi etiam viribus & iudicandi facultate, aetatis aut morbi vitio, deficiunt. Hi enim, cum testamentum condere non possint, ex XII. tabularum praescripto, sunt in *legitima* curatione agnatorum. §. 3. I. *de curator.* Hoc moribus deinde, & ipsa XII. tabularum lege, ad illos porrectum est, qui neque finem, neque tempus expensarum habent, sed bona sua dilacerant, dissipant & profundunt, & generaliter, qui *sanis moribus non utuntur.* L. 1. pr. D. *de curat furios.* VLPIANVS enim furiosis comparat prodigos, qui, quamuis ex sermonibus mentis suae compotes esse videantur, tamen sic tractant bona sua, vt nisi eis subueniatur, deducantur ad egestatem, & rerum suarum furiosum exitum facturi esse videantur. L. 12. §. 2. D. *de tutor. & curat. dat.* Sed hos quidem, qui ex morbo furere coeperunt, cum non intelligant, quid de ipsis fiat, etiam a filiis regi posse, non dubitatur. L. 1. §. 1. D. *de curat. furiosor.* L. 12. §. 1. D. *de tutor. & curat. dat.* CELSVS & FABIANVS apud SENECAM, qui resistunt filiis, ne patri curatores dentur, tamen concedunt, vt pater, qui ex morbo furere coeperit, a filio sanetur a). Hoc pietatis officium etiam matri furiosae a filio deberi, VLPIANVS L. 4. D. *de curat. furios.* obseruauit. IVSTINIANVS hanc curationem parentis furiosi non potestatem, sed *obsequium & diligentiam* appellat, & ita necessariam esse iudicat, vt, qui parentes furiosos neglexerint, ab his resipiscentibus exheredari possint. Immo vero, si admoniti ab extraneis, curam parentum dimiserunt, illamque aliis, misericordia ductis, reliquerunt, placuit, filios tanquam indignos hereditate excludi, eamque ad illos transferri, qui curam furiosi susceperunt. Nou. 115. c. 3. §. 12. Haec igitur curatio non solum *legitima*, sed etiam *necessaria* videtur, cum *iactura hereditatis* puniantur, qui parentes furiosos neglexerunt. Nolo te morari in negotio, quod alii trecenti tractauerunt. Hoc vnum meretur obseruari, vix posse filium diu, nisi curator constitutus sit, in

2) HOR. Carm. Lib. I. Od. 31. v. 17.

a) SEN. Lib. II. Controv. XI. in diuis.



in rebus parentis & rei familiaris administratione, sine incommodo versari. Neque enim illa, quae speciale mandatum desiderant, suscipere audebit, cum in iudicio non facile admittatur pro furioso, quamuis cauere velit, patrem furiosum rem ratam habiturum esse. Certe non expectari potest, ut rem ratam habeat pater furiosus, qui non intelligit, quid fiat, & omnia ignorat. Hinc recepta est regula, neminem, ne filium quidem, cum *cautione de rato* pro furioso interuenire posse, sed huic curatorem dandum esse a praetore. *L. 2. §. 1. D. de procur. & defens. Acquirere tamen patri furioso eiusque bona amplificare poterit filius, propter unitatem personarum, cum patria potestas non finiatur morbo patris furiosi. L. 25. C. de nupt. VLPPIANVS enim docuit, furorem parentum non obesse patriae potestati, cum reliquiae quaedam voluntatis, in patre furioso remanere videantur. L. 8. pr. D. de his qui sui vel alien. iur.*

Sed VARRO quidem & Praetor, ut diximus, non substiterunt in furore, qui ex morbo conceptus est, sed illum, qui moribus sanis non vitur, furioso compararunt. VARRO ait, non minus ac furiosum ad *agnatos & gentiles* remittendum esse eum, qui sumptus atque impensas fecerit, cum videat fructus pro impensa ac labore non reddituros esse <sup>b)</sup>, hoc est, qui temere opes profuderit & furiosum rerum suarum exitum facturum esse videatur. His quidem Praetor, ex moribus populi romani, & ex XII. tabularum lege, propter *nequitiam* interdicebat bonis & curatorem dabat hac formula: Quando tua bona paterna auitaque *nequitia tua* disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re, commercioque interdico <sup>c)</sup>. Hi igitur *interdicti* appellantur propter morum insaniam, quibus VLPPIANVS etiam filium curatorem dari posse iudicauit. *L. 1. §. 1. D. de curator. furios. L. 12. §. 1. D. de tutor. & curat.* Sed, quis non videt, durum esse, & irreuerenter factum videri, si patri a filio insani mores & *nequitia* obiiciantur? Itaque obseruandum est, quosdam etiam sine nequitia, fragilitate quadam & remissione animi delirare, resque suas profundere, simplicitate sua & aliorum nequitia *deceptos*, quos *dementes* & mente *captos* appellamus. Igitur filius, qui patri prodigo & negligenti vult curator dari, non tam *nequitiam* patris, quam potius dementiam & remissionem animi, propter quam pater rebus suis superesse nequeat, praetori indicabit. FABIVS QVINCTILIANVS tractauit eiusmodi speciem, in qua filius curationem bonorum petit propter patris *dementiam* & profusam liberalitatem. Ait autem FABIVS, multa quidem patri *grauia* obiicienda esse in hoc argumento, sed suadet filio, ut doleat eius valetudine, & ostendat, miserrimam esse hanc

<sup>b)</sup> VARRO de re rustica Lib. I. c. 2. §. 8.  
tit. 4. §. 7.

Fasc. XI.

<sup>c)</sup> PAVLLVS recept. sentent. Lib. III.



hanc eius necessitatem, nec hoc paucis modo verbis, sed toto colore actionis, ut id eum non dicere modo, sed etiam vere dicere appareat *d*).

Triste igitur officium obibit filius, qui patri luxurioso vult curator dari. Quapropter LABEO praecipit apud VLPIANVM, actionem *verbis in factum* temperandam esse, ut bonae fidei mentio fiat, ne *dolus malus ac nequitia* patri facile obiiciatur. *L. 11. §. 1. D. de dolo malo.* Sed verbis temperabit actionem, si *nequitiam* tegat & emolliat humanitate orationis & significatione tristissimi doloris. CAROLVS IV. in Aurea Bulla praeter furorē notauit *famosos & notabiles defectus*, propter quos non debeat aliquis hominibus praeesse, quibus verbis credo ab Imperatore *dementiam & morum insaniam* attingi *e*).

Nihil igitur arroganter & superbe fieri debet a filio, qui patris curam suscipere & cauere vult, ne quid res familiaris capiat detrimenti. Mitissimam potius causam debet eligere, propter quam patri curatorem petat. Ita minori furioso, ANTONINVS imperator, potius ut minori, quam ut furioso aut dementi voluit curatorem dari, ut famae & honori hominis iuuenis parcat. *L. 3. §. 1. D. de tutelis.* Filio certe non debet plus licere, quam quod ipsa necessitas postulat, ne pietatis legem deseruisse videatur.

Ceterum bene sperat praetor de filio patris prodigi & interdicti. Hunc enim facilius a filio regi posse arbitratur, qui patris etiam dementis iram & indignationem affectu & sermone familiari, blanditiis & obsequio facilius, quam extraneus mitigaturus esse videatur, ne illa calamitas intolerabilis parenti fiat. Ita PAPINIANVS maritum *sermone maritali* facilius vxoris offensam & iniuriam placare posse iudicauit. *L. 3. D. si quis aliquem testari prohib. §.*

Hoc vnum tamen desiderat praetor in filio, ut probus sit & sobrie vivat, cum velit se patri curatorem dari. *L. 1. §. 1. D. de curat. furios. & L. 12. §. 1. D. de tutor. & curat. dat.* Timetur enim in filio paternae luxuriae & improbitatis hereditariae exemplum. *L. 5. §. 1. C. ad L. Iul. Maest.* Magna igitur praetoris prouidentia opus est, ne filium luxuriosum patri luxurioso curatorem praeficiat, neue totam rem familiarem in summum discrimen ac periculum adducat. SENECA habet *luxuriosum patrem cum filio luxurioso* litigantem, inter quos poterat conuenire, quia similes erant, & pater filium & filius patrem volebat imitari *g*). Hi igitur si *communi consilio* rem familiarem dissipent & consumant, apparet, utrosque ad extremam perniciem peruenturos esse. Quapropter multum arbitrio praetoris relinquendum est, ut curatorem probum praeficiat parenti.

Disce-

*d*) QVINCT. Inst. Orat. Lib. II. c. 1.      *e*) Aurea Bulla c. 25. §. 3. vid. Praefidis disp. de privilegio corporis integri proceri & robusti §. 5.      *f*) vid. Praefidis disp. de sermone maritali.      *g*) SENECA Lib. II. Controu. 14.

Discedam ab hoc loco, si adiecero, arbitrium de prodigalitate & morum infania, inprimis si talia honestioribus personis & opulentioribus obiiciantur, magis ad principem, quam ad magistratum municipalem pertinere. Placuit enim, Magistratus quidem de his rebus cognoscere, prodigos pro dignitate personarum modeste obiurgare; sed, si nihil proficiant, de his causis ad optimum principem referri iussi sunt: Daß sie dergleichen Personen vor sich erfordern, und sie von dem siederlichen und verschwenderischen Leben ernstlich und nachdrücklich, jedoch nach Beschaffenheit derer Personen mit gehöriger Bescheidenheit, abmahnen, und daserne sie keine Besserung von sich spüren lassen, unserer Landes-Regierung, mit Anführung und Vorstellung derer hierüber erlangten sicheren Nachrichten und Umstände ihren pflichtmäßigen Bericht erstatten sollen <sup>b)</sup>.

## §. VIII.

Habebit igitur pater filium curatorem, si vel ipse eum elegerit, vel magistratus illum dederit dementi aut prodigo parenti. Superest, ut discquiramus, quis sit exitus illius curationis, & quid a filio patris curatore exigatur. MARCVS TYLLIVS hanc praecipuam tutelae & procurationis legem esse iudicat, ut ea ad utilitatem istorum, qui commissi sunt, minus vero ad illorum, quibus commissa est, geratur <sup>i)</sup>. CLAVDIVS certe TRYPHONIVS apud SCAEVOLAM non patitur, tutores lucrum facere ex tutela & curatione. L. 58. pr. D. de adm. & per. tut. Quamuis enim filius, si a patris hereditate abstinuit, aes alienum a patre contractum soluere inuitus non cogatur, L. 2. C. ne filius pro patre. tamen creditoribus patris tenebitur, si quid lucri retinuerit ex cura rerum paternarum. Longobardorum legibus filius, qui a patris creditoribus convenitur, debet iurare, quod nihil retinuerit ex patrimonio paterno <sup>h)</sup>. Luculenter MODESTINVS praecipit, curatores semper teneri, si quid dolo fecerint, aut si quid retinuerint ex munere curationis, etiamsi dominus, qui in cura illorum fuit, illis remiserit necessitatem reddendarum rationum. L. 20. §. 1. D. de liberat. legat. L. 28. §. 9. eod. SCAEVOLA omnes procuratores, licet a patre aut propinquis constituti sint, conveniri posse, ait, si quid non ex bona fide, sed fraudulenter gessisse videantur. L. 60. §. 4. D. Mandati. Igitur, si nihil lucri retineri debet, expediendum est, an filius curator semper rationes reddere debeat, si patris bona & fortunas ut curator legitimus administravit. Generaliter quidem VLPIANVS ad officium tutoris pertinere

S 2

cre-

<sup>h)</sup> Mand. wider das Aufborgen junger Leute, §. 7. de dato Warschau den 21. April. anno 1724. in Beſchlagen der Erl. Proceßordnung p. 125. <sup>i)</sup> CICERO de officiis Lib. I. c. 25. <sup>k)</sup> L. Longobard. Lib. II. Tit. 20. 21. apud Lindenbrog. in Cod. LL. antiq. p. 616. It. Const. Sicul. Lib. I. Tit. 54. p. 731.



credit, vt *rationes actus sui* conficiat, cum, si hoc omiserit, iudicio tutelae teneatur. *L. 1. §. 3. D. de tut. & rat. distr. Sed in filii administratione, videtur discrimen aliquod admittendum esse. Multum enim interest, vtrum filius ab ipso patre sene, & mentis compote electus, an a magistratu constitutus sit curator. Senes quidem, qui filiis bonorum curationem committunt, vt supra diximus, plerumque venditionis colore, aut locationis titulo vtuntur, & contenti sunt *pensione annua* promissa, aut si *fructus reseruati* cum pretio venditionis constituto a filio praestentur. In his igitur speciebus, cum filius non secus atque emtor aut conductor bona administret, *rationes* ab illo exigere non possunt. *Coheredes* etiam filii conqueri non possunt, quamuis *uno nummo* facta sit conductio, aut venditio, cum pater etiam donare possit filio partem patrimonii, & prohibere, ne donata ab ipso conferantur. *L. 46. D. Locat. conduct. L. 38. D. de contrah. emt. & vend. L. 66. D. de iure dot.* Hoc enim solum inter liberos requiritur, ne vnus coheredibus suis ita praeferatur, vt ceterorum *legitimae portioni* aliquid per fraudem detraharur. *Const. Elect. Sax. 12. P. 2.* Filius igitur euitabit difficultatem *rationum reddendarum*, si pater tantum *ali* velit cum sua familia ex fructibus bonorum, quae filio administranda commendauit. Certe, si nihil inter viuos de ea re actum fuit, pater testamento filium curatorem necessitate illa liberare & praecipere potest, ne *rationes* ab illo exigantur. *L. 31. §. 2. & 4. D. de liberat. legat.* Immo vero, si modicum sit praedium, cuius fructus facile a familia consumi possint, capi potest coniectura, quod pater noluerit filium scrupulosa difficultate *rationum reddendarum* onerare <sup>1)</sup>.*

Res magis impedita est, si *magistratus* patri prodigo aut dementi *curatorem* dederit, ne res parentis consumantur. *L. 1. pr. D. de curat. furios. L. 12. §. 1. D. de tut. & cur. dat.* D. enim *fratres* rescripserunt, filio tunc demum permittendam curationem patris, si *probus* sit & *sobrie* res administret. *dict. L. 12. §. 1. D. de tut. & curat. dat. L. 1. §. 1. D. de cur. furios.* Sed de vita sobria & probitate filii vix constare potest magistratui, nisi *rationes* annuae cum inuentario exhibeantur. Ipse pater, qui filiorum, quos emancipauit, impuberum tutelam legitimam suscepit, *rationes* reddere iubetur, nisi filius illi postea remiserit hanc necessitatem. *L. 28. §. 3. D. de liberat. legat.* Neque *mater*, quae tutelam gessit, ad secundas nuptias festinare potest, nisi antea *rationes* reddiderit administrationis suae. *L. 2. C. quando mulier.* Multo minus igitur filio parcat praetor, cui *parentis curatio* delata est a magistratu. *Saxones* quidem *legitimum curatorem*, & proximum heredem, liberalius tractandum esse censuerunt. Hic enim liberatus est necessitate *rationum reddendarum*, si dominum pro modo facultatum *aluerit*, ex fructibus bonorum: Wo aber der Vormund auch zugleich

1) vid. Praesid. disp. de tutore aneclogisto §. 3. sequ.

gleich der Erbe ist, da darf er niemanden des Kindes Guth berechnen, noch Bürgen setzen. 1. Ldr. Art. 23. <sup>m)</sup> Igitur hoc iure *filius unicus*, cui patris curatio permilla est, *rationes* reddere non cogetur. Sed si *coheredes* habeat, quorum interest, bona paterna & auita conseruari, vt tutele, vel negotiorum gestorum, vel familiae eriscundae iudicio, compelli potest, vt rationes curationis coheredibus exhibeantur: Wer aber des Kindes Erbe ist, dem soll des Kindes Vormund von Jahren zu Jahren des Kindes Guth berechnen und ihm erweisen, daß er es wider Pflicht nicht verthue, bis das Kind zu seinen Jahren kommen ist. 1. Ldr. Art. 23.

Iure imperii curatores, nullo discrimine constituto, singulis annis non solum post *interpellationem*, rationes reddere, sed etiam *sponte* illas offerre debent: Sie sollen jährlich nicht allein auf Erfordern der Obrigkeit, sondern auch selbst, wegen ihres anbefohlenen Amtes, um ihre Verwaltung, Rede und Antwort geben. *Reform. Polit. de anno 1577. Tit. 32. §. 3.* Hoc etiam Serenissimo Legislatore Saxoniae placuit, *Const. Elect. Sax. XI. P. II.* daß alle Vormünder, ohne Unterschied, jährlich ihrer Verwaltung halber, Rede und Antwort geben, auch gebührliche Rechnung thun sollen <sup>n)</sup>. Certe nec matri nec auiae permillum, vt fructus cum alimentis annis compensent, sed vtraeque rationes reddere iubentur. *Dec. Elect. Sax. 62.* Praeterea sapienter constitutum est, vt rationes *propinquis & heredibus* singulis annis expungendae, a tutoribus exhibeantur: Daß die Obrigkeit von allen Tutoren ohne Unterschied die Rechnungen abfordern, dieselben denen nächsten Freunden übergeben, und von ihnen justificiren lassen solle. *Resol. Grau. de anno 1612. Tit. 2. von Iustit. Sachen. §. 6.* Hodie igitur, onus reddendarum rationum, frustra deirectabit filius, quem magistratus dedit patri curatorem. Alio enim modo intelligi non potest, vtrum *sobrie* viuat, an patrimonium cum damno coheredum dissipet & corrumpat. Quia tamen in parente etiam prodigo & furioso, quasdam *voluntatis reliquias* manere arbitramur, *L. 8. pr. in fin. D. de his qui sui vel alien. iur.* merito magistratus, communi voto omnium parentum, hoc dare debet, ne nimis *scrupulose* rationes a filio querannis exigantur. Sapienter Imperatores THEODOSIUS & VALENTINIANUS obseruarunt, *durum & inhumanum* esse, si rationes rei familiaris, patre superflite, protrahantur in apricam lucem, atque ira vel *paupertas* eius detegatur, vel diuitiae, quas viri boni occultare malunt, inuidiae aduersariorum exponantur. *L. 2. C. Quando & quibus quarta deb.* Hac de caussa ALEXANDER permittit tutori, vt pupillo alimenta, arbitrio

<sup>m)</sup> vid. IO. PETR. a LVDEWIG libellum de different. Iur. Rom. & German. in fructuum attribut. in primis tutele fruct. p. 6. Item in comment. ad Auresm Bullam P. 2. p. 962. Heineccii Elements Iur. Germ. Lib. I. Tit. 15. p. 348. sequ.

<sup>n)</sup> vid. DE BERGER Oecon. Iur. Lib. III. tit. 5. §. 2. not. 1. p. 711.



trio tutoris innocenti, sine interuentu iudicis, praestentur, ne *secreta patrimonii* pandantur cum damno & iniuria pupilli. *L. 2. C. de aliment. pupill. praestand.* o) CAROLVS V. ne quidem *furta domestica*, a proximo herede facta, nemine accusante, *ex officio* a magistratibus inuestigari aut puniri voluit, ne arcanae rationes familiae contra parentis votum extraneis prodantur. *Ord. Crim. Carol. Art. CLXV.* So einer etwas nimmt von Gütern, deren er ein nächster Erbe ist, soll der Richter in diesen Fällen und Amts wegen nicht klagen oder strafen. Multo magis igitur parceretur filio innocenti & bono viro, qui sine suspicione delicti res domesticas administravit.

## §. IX.

*De patre facultatibus lapso.*

Egimus de quibusdam *pietatis* officiiis, quae parenti a filio cum *gemitu* praestantur. Sed non minus *febile* est illud, quod patres, *lapsi bonis & facultatibus*, a filio expectant. *L. 7. C. de cessione bonor.* Qui enim defierunt soluendo esse, ideoque, orto *concurso creditorum*, *miserabili* beneficio *cessionis bonorum* vsi sunt, his necessitatibus interdum a filio succurri volunt, ne causa desperata ab extraneis negligentius & remissius curetur. *L. 8. C. de cessione bonor.* Neque dubito, quin *filio* debitoris *cura litis* a iudice deferri possit, vt, praestito prius solenni iureiurando, creditoribus parentis respondeat, & patrem debitorem, oppositis exceptionibus, defendat. Cum enim ipse debitor, aut eius procurator mandato debitoris, cum creditoribus, praestito iureiurando, litigare possit; nihil impedimento est, quo minus filius debitoris *curator litis* a magistratu dari queat. Erl. Proc. Ordn. *Tit. 41. §. 4.* Filio enim, occultae rei familiaris rationes magis, quam extraneo perspectae sunt, vt res perturbata commodius ab eo expediri posse videatur.

Sed plus difficultatis obiicitur, si filius debitoris etiam ad *curationem bonorum*, pendente concursu, a iudice admitti velit. Placuit enim, ipsum debitorem, orto concursu, ab omni bonorum administratione prorsus excludi, illamque aliis, quorum fides iureiurando creditoribus obstricta sit, mandari. Erl. Proc. Ordn. *Tit. 41. §. 1.* Der Schuldner soll von aller Concurrenz der Administration gänzlich ausgeschlossen seyn. Dispiciendum est igitur, ne fraus fiat creditoribus, si administratio bonorum, filio debitoris, quasi *curatori bonorum*, relinquatur. Tota haec res, arbitrio boni viri regitur, qui ex his, quae circumstant, aestimabit, quid vtilissimum esse videatur. Certe, si filius emancipatus sit locuples, aut idonee caueat, nonnunquam tutius ipsi curatio bonorum committetur. Ipsius enim filii maxime interest, vt studeat ex illo naufragio aliquid seruare, ne ipse filius, bonis dissipatis, & creditoribus delusis, contagione calamitatis paternae & domesticae

o) vid. Leipz. Vormundschafts Ordn. §. 31.



sticæ contaminetur. Forte etiam expensis & sumtibus, qui in *sequestrem* fiunt, facilius parceretur, si filium sequestrem eligamus. Si tamen filius ipse sit creditor, vel debitor parentis, diligentius cauendum est, ne suam potius utilitatem filius procuraret, quam communem causam creditorum. Mercatoribus vero, orto concursu, non prorsus omnis negotiatio interdicitur, sed institores, quibus vsi sunt, aut alii viri idonei illis adiungi possunt, sine quorum consilio & consensu nullum negotium ab ipsis contrahatur. Hac de causa, nec *filius mercatoris*, qui patris institor fuit, videtur excludendus esse p).

## §. X.

Venio ad *captiuos*, quibus non solum bonorum suorum administratio *De patre captiuo & absente.* adempta, sed qui etiam *vinculis* tenentur, & libere spiritum ducere non possunt. In tam tristi casu imprimis eminere debet filiorum pietas, ne captiuos parentes deserant, quorum conditio ipsa morte & omnibus suppliciiis durior videtur. Hoc officium *IUSTINIANVS* maxima seueritate liberis inculcandum esse censuit, ideoque iacturam hereditatis paternae illos pati voluit, qui parentibus captiuis succurrere detrectent. Haec curatio, cum tristis & rarissimi exempli esset, postulauit *formam singularem*, quae a *curae communis* regulis discedit. Filio enim permittitur plenissima potestas, ut res paternas, sine *decreto magistratus*, & sine speciali mandato & pignoris iure obligare, & quaecunque negotia contrahere possit, pecuniae corradendae causa, qua pater captiuus redimatur. *Novell. 115. c. 3. §. 13. in fin.*

Captiuis proximi sunt *absentes*, qui bona sua, nullo procuratore constituto, sine custodibus dereliquerunt. Hi quidem, vel a barbaris capti, vel peregre mortui, censentur: cum nemo liber & viuus tam negligenter res suas habeat, ut ne quidem per epistolam, ad quem *bona sua* peruenerint, seisciterur. Suspiciamur igitur illud, quod *AENEAE, PALINURI* mortem cogitanti, in mentem venit q):

*nudus in ignota, Palinure, iacebis arena.*

Quae suspicio cum incerta sit, & nos decipere interdum possit, expectamus tempus, quo absens annum septuagesimum exegerit, ut coniectura, quam de morte absentis facimus, temporis lapsu confirmetur. Quia tamen *probabilis* haec est coniectura, interim *proximis heredibus*, praestita cautione, *curatio bonorum*, moribus plerorumque locorum committi solet, qui hereditatem, quasi ad se *pertinentem*, aut ad se certe *peruenturam*, occupant & administrant. *Rationes* etiam *reddere* tantisper non coguntur, & cautione liberantur, anno septuagesimo, postquam absens natus est, exacto.

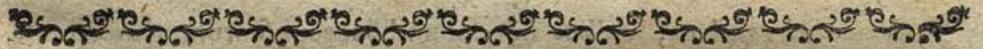
Ex

p) Mandat wider die Banqueroutiers §. 5. de dat<sup>3</sup> Dresden am 7 Jan. Anno 1724.  
q) *VIRG. lib. V. Aene d. v. 871.*



Ex his intelligetur, patris absentis curationem, filio eius, tanquam *proximo heredi*, quamvis *impubes* aut *minor* sit, a iudice merito deferri, ut bona ab ipso potius, quam extraneo, aut certe per curatorem filio adiunctum, nomine filii administrantur. Sed de hac absentium cura plures diligentius exposuerunt \*).

\*) BENED. CARPZOVII *Iurisprud. forens. Rom. Saxon. P. III. Const. 15. def. 48. sequ. 10. Schiltneri Praxis Iur. Rom. in foro Germ. Exerc. 15. Lib. V. tit. 4. § 71. sequ. Georg. Beyeri Specimen Iur. Germ. Lib. I. c. 27. §. 44. sequ. Praefid. disp. quando curator absentis heredes aequae propinquos a successione excludat.*



## CIII.

O B S E R V A T I O N E S  
D EFRUCTIBVS PRATORVM  
ANTE TEMPVS PASCENDI PERCEPTIS.

Von der Wiesen-Nutzung zu geschlossenen Zeiten.

AD LEGEM XXXI. D. DE VERBORVM SIGNIFICATIONE.

VITENBERGAE, DIE OCTOBRIS CIOIDCCLIV.

*Lex XXXI. D. de verborum significatione.*

VLP IANVS Lib. XVIII. ad Edictum.

*Pratum* est, in quo ad fructum percipiendum falce duntaxat opus est: ex eo dictum, quod *paratum* sit ad fructum capiendum.

§. I.

*Pratorum fructus naturales sunt, hinc non pertinent ad heredes fructuarii, nisi ab* **M**ARCVS PORCIVS CATO, in libro, quem de re rustica confecit, agro, ait, ut homini, quamvis quaestuosus sit, si etiam sumptuosus fuerit, parum relinqui *a)*. Veteres enim rustici fructus *inutiles* putabant, qui magno *sumtu & labore* quaerendi essent; cum, si impendium cum

*a) CATO de re rust. cap. 1. §. 6.*



cum reditu contuleris, frustra laborem consumpsisse videaris. Hac de causa ipso percepti  
idem CATO, agrum riguum, seu *pratium*, inter nouem genera agrorum, *sint; culcu-  
praeipuo loco habendum esse, docet, quia fructum edit sine magno impen-  
dio & incommodo coloni b)*. VARRO certe inter agros dat *primatum* *vam tamen  
pratis*, ideoque *prata* quasi *parata* ab antiquis appellata esse obseruauit c). *aliquam de-  
siderant.*  
Plerique veterum vno ore pratorum nomen deduxerunt a *paratis*, quod  
*pratium* protinus *paratum* sit & minimo labore conseruetur d). Cum enim  
alii terrae fructus multum *instrumenti* desiderent & magna industria *paven-  
tur*; idem VARRO alio loco, *prata*, dixit, sine labore, *parata* esse, quia  
natura in illis sponte fructus procreat, quamuis nulla humana ope prouo-  
centur e). Hinc *pratis* opponuntur *rura*, in quibus quotannis *rursus*  
idem opus faciendum est, vt *rursus* fructum capiamus f). ISIDORVS  
omnibus Romanis hoc placuisse tradit, quod *prata* quasi *parata* appellen-  
tur, quia falce secari possunt, sine magno labore culturae & sine magno in-  
commodo impensae g). His obsecutus est VLPIANVS noster, qui L. 13.  
D. de verb. signif. *pratium* esse ait, in quo, ad fructum percipiendum, *falce*  
*duntaxat opus est*: ex eo dictum, quod *paratum* sit ad fructum capiendum.

Credebam, hoc ad ineptias Stoicorum pertinere, qui in vocum origi-  
nibus inuestigandis, mirifice delirauerunt, & rerum naturam ex fortuitis  
& exiguis elementis vocabulorum explicarunt. Igitur mirabar, Stoicos  
philosophi sui mentum & barbam non pariter *pratium* appellasse, quia &  
mentum paratum est ad barbam detondendam, & quia nouacula opus est,  
vt barba commode detondeatur.

Sed viacimur omnium consensu, qui *prata* quasi *parata* dici censuerunt.  
SCIPIO GENTILIS h) in libro originum ad Pandectas opportune mo-  
nuit, Romanos agrum pascuum non solum *pratium*, sed etiam *paratum* ap-  
pellasse, illudque approbavit ex loco aliquo CATVLLI i), in quo flos  
*parati* moriturus, ense aratri tactus esse dicitur.

Præ.

- b) COLVMELLA de re rust. Lib. II. cap. 2. §. 6. c) VARRO de re rust.  
Lib. I. cap. 7. §. 10. Plin. Hist. nat. Lib. XVIII. c. 5. d) COLVMELLA  
de re rust. Lib. II. c. 17. §. 2. e) VARRO de ling. lat. Lib. IV. ex edit.  
Iansson. p. 11. f) VARRO loc. cit. g) ISIDORVS orig. Lib. XV.  
c. 13. voce: *pratium*. h) SCIPIO GENTILIS in libro ad Pandectas sub  
voce: *pratium*, in Thef. Otton. Tom. IV. p. 1395. i) CATVLL. Epigr. XI.  
ad Furium & Aurelium v. 22.

*Qui illius culpa cecidit, velut parati (prati)*

*Vltimi flos moriturus*

Ipsa lex carminis & merri trisyllabam, vocem desiderat. Quare apparet, *parati*,  
non *prati*, legendum esse.

Fasc. XI.

T



*Pratum* igitur veteres, quasi ad fructum sine magna industria culturae a *natura paratum*, dici voluerunt. Sed haec utcumque existimata fuerint, non in magno discrimine ponemus. Hoc tamen expeditum est, *pratorum genus* agris aliis praeferrere, quod *in pratis*, sine magno impendio aut incommodo culturae, fructus enascantur. Meretur enim obseruari, hac de causa inprimis *arua*, in tabulis censualibus, a *pratis* disiuncta esse, quia *arua* conferantur fructibus, in *pratis* fructus sponte proveniant, nulla arte prouocati. *VLPIANVS* auctor est, in forma censuali *aruum* dici, quod in decem annos proximos *fatum* sit, sed *pratam*, quod *sectum* sit inter decem annos proximos, absque alia impensa aut cultura. *L. 4. pr. D. de cens.* *COLVMELLA* etiam describit campum in *arua* & *prata* pariter digestum, cum hae species agrorum toto genere diuersae esse videantur <sup>k)</sup>. *ISIDORVS* habet quatuor genera agrorum, *florentes agros*, quales sunt *horti*, *sationales*, id est *arua*, aut *confitos*, in quibus arbores serantur, aut *pascuos*, qui herbis tantum & animalibus vacent <sup>l)</sup>. *ISIDORVS* forte cogitauit verba *PLAVTI*, qui *aruum* commemorat, in quo fieri possit aratiuncula, eique opponit *agrum pascuum* pluribus communem:

*non aruus hic, sed pascuus est ager m).*

Vides *pascua* & *prata*, quae sponte fructum ferunt, *aruis* seu *agris sationalibus* praeferrere, cum in his tunc demum, si sementem feceris, messem expectare possis.

Hoc adduxit magistros artis nostrae, ut fructus *pratorum* speciatim *naturales* appellarent, quos *natura* sponte, sine magna diligentia humana, educare solet, illosque seiungerent ab *industrialibus*, quos magna cura & labore ex terra elicere debemus. *IULIANVS* quidem nihil discriminis admittit, ideoque omnes fructus non iure seminis, sed iure soli a domino acquiri arbitratur. *L. 25. pr. D. de usur. & fruct.* *Saxones* autem, *naturales* fructus partem fundi esse, atque ad dominum soli pertinere, non vero ad vasalli aut usufructuarii heredes, nisi fructuarius viuis illos perceperit, transferri posse censuerunt. Contra, *messis aruorum* & fructus, qui *industriam* sationis & culturae postulant, post *laborem culturae* consummatum, ipso iure ad vasallum aut fructuarium & illorum heredes referuntur. Die Früchte aber, so naturales genennt werden, bleiben denen Lehnsfolgern und Grundherrn, und nicht denen Erben, *P. III. Const. El. Sax. XXXII.* & paulo ante: Was die Eigde bestrichen hat und unterbracht ist, bey leben des Verstorbenen, solches, weil es des Verstorbenen erworbenes Gut, auch bey seinem leben beschickt worden, folget und bleibet denen Erben, und nicht des

<sup>k)</sup> *COLVMELLA*. de re rust. Lib. I. cap. 2. §. 4. <sup>l)</sup> *ISIDORVS* orig. Lib. XV. cap. 13. voce: *aruum*. <sup>m)</sup> *PLAVTUS* in *Truculento* Act. 1. Scen. 2. v. 47.

denen Lehnsfolgern. *dict. Const. Elect. Sax. XXXII.* Haec res summam rationem habet. Qui enim laborem sementis fecerit, merito fructu messis recreatur, ne diligentes agricolas poeniteat sementis suae. Quae vero *natura* in pratis prognerat, non pro praemio laboris, sed pro *naturae beneficio* habentur, & his relinquenda sunt, qui illos percipiunt, & qui fundum illum possident, in quo hi fructus enascuntur.

Itaque *pratorum* fructus *Saxonibus* videntur *naturales esse*, qui sola *perceptione*, postquam a fundo separati sunt, a fructuario & vasallo acquiri possunt. *Fructus vero industriales* & messes aruorum, ipso seminis & sationis iure, ad illum, qui laborem & industriam agris conferendis commodavit, pertinere iudicantur.

Ceterum, si vere res aestimanda est, ne *fructus* quidem *pratorum* recte semper proveniunt, sine cultura & opera humana, ideoque *industriales* interdum appellari possunt. *PALLADIUS* docuit, si in praedio non sit ager pascuus, pratum novellum magna *cura* & *industria parandum esse*, ut herbae feliciter succrescant. Extirpandum enim esse locum, ait, & liberandum impedimentis omnibus, herbis latioribus & virgultis *n*). Etiam benigna prata nonnunquam mense Augusto *vrenda* sunt, ut & aliorum fructicum festinatio reprimatur ad stirpes, & incensis aridis nova laetius succedant *o*). Immo vero, nonnunquam *rigunda* sunt prata, si macies foli hoc postulet, quamvis *COLVMELLA*, foenum, quod suapte natura in solo succoso gignitur, laetius esse iudicet, quam quod irrigatum elicitur ex pratis *p*). *CATO* etiam prata *stercorari* & primo *vere purgari* docet, ut herbae malae radicitus effodiantur *q*). Stercus columbinum inprimis spargi iubet, ut foenum melius exurgat *r*). Praeterea *PLINIUS SECVNDVS* & *PALLADIUS*, interdum semina *foeni*, inprimis graeci, in pratis *disserenda* esse, praecipunt, & cinerem ingerendum, ut muscus enecetur *s*). Taceo aggeres, quibus *prata* contra vim fluminis munienda sunt, & fossas atque aquae ductus, quibus humorem *inutilem* ex pratis deriuamus.

Ex his intelligetur, colono, qui labori & *industriae* pepercerit, *pratorum* etiam prouentum non semper respondere. Sed quia tamen plus *naturae* in pratis, quam *industriae* debetur, pratorum fructus solemus speciatim *naturales* appellare, qui ad fundi dominium pertinent, & a fructuario sola perceptione, postquam a solo separati sunt, acquiri atque ad heredes transmitti possunt.

T 2

Non-

*n*) *PALLADIUS* de re rust. Lib. X. Tit. X. §. 2. mens. Septembri. *o*) Id. Lib. I. Tit. I. §. 4. mens. August. *p*) *COLVMELLA* de re rust. Lib. II. cap. 17. §. 3. *q*) *CATO* de re rustica cap. 50. *r*) id. cap. 36. *s*) *PLINIUS* hist. nat. Lib. XVIII. cap. 28. *Palladius* de re rustica Lib. X. Tit. X. §. 3.



Nonnunquam prata etiam *pascua* dicuntur, *L. 1. 2. & 3. C. de pascuis publ. & priv.* Sed pascuorum nomen latius porrigitur, ut etiam *salvus pascuos* comprehendat. *dist. L. 1. C. eod.*

GAIUS commemorat sylvam *pascuam*, quae pastui pecudum destinata est, *L. 30. §. 5. D. de verb. sign.* cum greges pecudum non solum in pratis, sed etiam in sylvis, aut montibus, aut collibus *1)*, pascantur. PLINIUS SECUNDUS observat, omnia loca, ex quibus populus romanus redditum habuerit, *pascua* appellata esse, quia diu hoc solum vectigal fuerit, quod pro pastu pecorum in locis pascuis exsoluebatur *u)*: de qua re deinceps exponemus.

## §. II.

Magna pars pretii fundorum pratis & pascuis continetur. Emuntur & conducuntur pascua in praeiis publica, quorum magnus favor.

Habes *prata & pascua*, quae, quamvis *industriam* aliquam desiderant *x)*, plerumque tamen *sponte* fructus ferunt, cum liberaliter fructus a natura procreentur. Ne credas, *naturalem* illam & fortuitam commoditatem apud veteres exiguo in pretio fuisse. CATO enim interrogatus, quis *optimus* sit *quaestus*, respondit, *optimum* esse, si quis *bene pascat*, *proximum*, si *mediocriter pascat* *y)*. Ideoque nervus rei rusticae *passionibus* in praeiis videtur contineri. Villa certe, si VARRONEM audiamus, ibi ponenda est, ubi *laxae* sunt *passiones*, ut fructum praedii locupletissimum percipiamus *z)*. Non attingam *viriditatem pratorum*, quam etiam MARCVS TVLLIVS inter oblectamenta senectutis posuit, cum incredibilem pariat iucunditatem *a)*. Hoc intellexit ille apud Poëtam, qui confescere voluit in praedio, in quo

*Et gelidi fontes & mollia prata fuerunt*

*& nemus. Hic ipso tecum consumerer aeno* *b)*.

Sedes etiam beatissimorum hominum, qui fati suis feliciter defuncti sunt, iucunditate *pratorum* commendantur:

*Nulli certa domus: lucis habitamus opacis,*

*riparumque toros & prata recentia viuis*

*incolimus* *c)*.

Credebantur enim haec etiam mortuis delectationi esse, quae viuis placuissent. Hinc ipsas *passiones* ne mortuis quidem molestas esse iudicabant:

— — — — — *quae cura nitentes*

*pascere equos, eadem sequitur tellure repostos* *d)*.

HORA-

*z)* COLVMELLA Lib. I. cap. 2. §. 4.      *u)* PLINI Hist. nat. Lib. XVIII. c. 3.  
*x)* COLVMELLA de re rust. in praef. Lib. I. §. 28.      *y)* PLINI Hist. nat. Lib. XVIII. c. 5.      *z)* VARRO de re rust. Lib. I. c. 12. §. 1.      *a)* CICERO de Senect. c. 16.      *b)* VIRG. Ecl. X. v. 42.      *c)* VIRG. Lib. VI. Aeneid. v. 673. seqq.      *d)* VIRG. l. c. v. 655. seqq.

HORATIVS FLACCVS, *feriarum* imprimis nonarum Decembrium, maximam celebritatem in *pratis* esse ait, si

*Festus in pratis vacat otioso  
cum boue pagus e).*

Sed haec ad vsum iucunditatis, non ad quaestum, neque ad communem aliquam vtilitatem, referuntur. At vero vt antea diximus, etiam *quaestus* optimus ex *pratis* & *pascuis* speratur, quia haec minimo impendio colantur. Eleganter VARRO docet, veteres rusticos diuifisse *peculia*, & redditus fundorum, vt alii sererent, alii pecudes pascere, quibus duobus *peculiis* omnis praediorum redditus contineatur *f*). Hinc praeter agriculturam, necessariae erant *pastiones*, non solum *villaticae*, sed etiam *agrestes*, cum, propter stercoreationis necessitatem, ne quidem ager, neglecta re pecuaria, recte coli posse videretur. Idem igitur VARRO, *pastiones agrestes*, quae rei pecuariae nomine comprehendebantur, rem nobilem esse, ait, quae imprimis *locupletet* & amplificet diuitias & opus rusticorum. Ipsa felicitas temporum & *pacis* commoditas hac formula significabatur:

*Pascite vt ante boues pueri g).*

HORATIVS FLACCVS, hoc argumentum diuitiarum esse putat, si quis multa *pascua* possideat in regionibus diuersis, & pecudum greges ex Appulia in Samnium, & ex Calabriae pratis in pascua Lucaniae, pabulandi causa transmittat *b*, cum, si *pastiones* bene succederent, hoc labore rustico, plerique fructus vitae beatae & tranquillae ciuibus procurari possent.

Si igitur, quod COLVMELLA obseruauit, praedium carebat *pascuis* *i*), plerique *emebant* aut *conducebant* prata, quae natura praedio subtraxerat *k*), ne necessariis rebus, cum magno incommodo, egerent. SCAEVOLA commemorat plures n. unicipes, diuersa praedia possidentes, quibus pascua deessent. Hinc illos, ait, *saltum communem mercatos* esse, vt singulorum praediorum possessores, *iure compascendi*, in illo saltu vterentur, & ius illud compascendi ad successores transmitterent. L. 20. §. 1. D. *si seru. vind.* Proponebatur itaque, si possessores, qui ius compascendi habuerant, praedia sua vendidissent, an etiam ius compascendi cum praedio vendidisse iudicentur. Sed respondit SCAEVOLA, nisi aliud actum sit, etiam ius

e) HORAT. Lib. III. Carm. Od. 18. v. 11.  
§ 7.

g) VI. G. Ecl. 1. v. 46.

f) VARRO de re rust. Lib. III. c. 1.  
b) HORAT. Epod. 1. v. 26.

*pecusue Calabriae — —*

*Lucania mutet pascuis.*

i) COLVMELLA de re rust. Lib. VII. c. 1. §. 7.  
Lib. III. c. 1. §. 8.

k) VARRO de re rust.



ius compascendi cum praedio venditum censerit, cum, sine pastionibus agrestibus, praedium emptori inutile futurum esse videatur. *dist. L. 20. §. 1. D. si seru. vind.*

Loca igitur pascula, si in praedio non essent, aliunde comparanda erant, tanquam *instrumenta fundi quaedam necessaria*, sine quibus possessio fundi nequit exerceri. *L. 12 pr. D. de instruct. & instrum. legat.* Haec talia *iu-reconsulti*, & veteres rustici, teste SCAEVOLA, PAPINIANO & COLVPELLA<sup>1)</sup>, *dotis* praediorum appellarunt, cum praedia sine his dotibus inutilia sint, ut virgines conditionem nubendi vix inueniant, nisi dote vel data, vel promissa. *L. 2. §. 1. & L. 20. §. 1. de instruct. & instrum. legat.*

*Emebantur ergo prata*, si praedium locis pasculis carebat. Immo vero, si non inueniebatur opportunitas *emendi*, veteres prata, propter summam indigentiam, *mercede conducebant*. Haec res etiam a nostris rusticis frequentari solet. Inde familiaria vocabula: *Wiesen, Zins, Laß, Wiesen,* & similia, in foris nostris audiuntur. Tempestive autem PALLADIUS monuit, colonum litibus studere, qui agrum suum illis, qui proxime accolunt, *locauerit pro annua mercede*<sup>m)</sup>. Enim vero etiam nostri rustici experiuntur, ex *conductione* pratorum, materiam litium enasci, igitur solent, qui agrum confinem aliis locant, singulis annis aut certe biennio vel sexennio exacto, conductores mutare, vel mercedem augere, aut imminuere, ne *prata*, quasi iure *perpetuae locationis* aut emphyteusicos, pro annuo & vniformi canone, conductori concessa esse videantur. *Const. Elect. Sax. XL. Part. II.* Pastoribus tamen ecclesiarum hoc datum est, ut *prata ecclesiae* pro certo canone conducta, quamdiu munere suo funguntur, eodem iure retinere possint<sup>n)</sup>.

Ipsa necessitas igitur docuit agricolas, ut *conducerent* pascula, quae ipsi non haberent. Imperatores VALENTINIANVS, THEODOSIVS & ARCADIVS, cum intelligerent, rusticos, quibus loca pascula deessent, ad egestatem perduci, liberalissimi fuerunt, ideoque prohibendum esse iudicarunt, ne *pensiones*, quae a *conductoribus*, pro pasculis & saltibus priuaris, solui debeant, inconsulto principe, augeantur, ne animalia agrorum a pastionibus necessariis & pratis, sine idonea causa, arceantur. *L. 1. C. de pasc. publ. & priu.* Praeterea placuit, dominos *pratorum* agri pasculi causa a militibus non onerandos, neque incommodo afficiendos esse, *L. 2.*

1) COLVPELLA de re rust. Lib. III. cap. 3. §. 5. & 8. vid. *Gerard. de Noode* de usufructu Lib. I. c. 7. Oper. Tom. II. p. 408. m) PALLAD. de re rust. Lib. I. Tit. 6. §. 6. n) Synodal-Decret de anno 1673. §. 76. in Cod. Aug. Tom. I. p. 837. und Kirchen-Ordn. ibid. p. 458.



L. 2. & 3. C. eod. vt appareat, fauore dignos cenferi, pratorum & agri pascui possessores.

Quia autem sine re pecuaria res rustica prorsus consumitur, a serenissimis Saxoniae legislatoribus constitutum est, etiam possessoribus aedicularum & inquilinis, qui agros & prata non haberent, a domino feudi subinde permitti posse, vt domi suae pascant aliquot pecudes, & prata, pro mercede solita, conducant: Denen Hausgenossen kan das Viehhalten nicht ganz und gar abgestrichet werden o).

Vix est, cur attingam odium abigeorum, qui pecudes aut armenta ex praetis & pascuis subducunt, & rem hominibus maxime necessariam, nefario facinore perturbant. L. 1. ff. 1. D. de abigeis. Magis attinet monere de crudeli veneficio, quo prata & agri pascui inficiuntur. Qui enim veneno prata corruerunt, si cuiquam nocitum fuerit, viui comburuntur. Cum ex eo scelere, non solum ad pecudes, sed etiam ad incolas regionis, contagio mali penetrare possit. Constit. Elect. Sax. XVIII. Part. IV.

Meretur hoc loco obseruari, agros publicos, eosque incultos, in primis proximis colonis locatos esse, ne pastionibus carerent. CAIUS PLINIUS SECVNDVS admonuit, in tabulis censoriis omnia ex quibus populus reditum aliquem haberet, pascua appellata esse, quia diu hoc solum vectigal fuerit populi romani p). Haec pascua loca, publicanis relinquebantur, qui omnia publica & vectigalia a censoribus conducere solebant. L. 1. ff. 1. D. de public. & vectigal. q) Etiam MARCVS TVLLIVS commemorat syluam uenditam, quae in censorum pascuis, hoc est, in indice locorum publicorum, quae a censoribus locabantur, non inueniretur r). Denique VARRO noster tradit, greges ouium ex Appulia in Samnium abigi aestiuatum. Sed mercedem publicanis soluendam esse, ait, ideoque colonos teneri, vt numerum pecudum profiteantur apud publicanos, ne pecus inscriptum, quod coloni non professi essent, ex lege censoria committatur, & possessoribus eripiatur s). Noli mirari, quod censores legem tulerint de pascuis publicis, & poenam iacturae seu commissi colonis constituerint, si pastores, in fraudem vectigalium, pecus non professi essent apud publicanos. MARCVS TVLLIVS enim refert, hoc fuisse munus censorum, vt praedia publica, in primis pascua, ex quibus vectigalia redirent,

o) Resol. Grau. de anno 1612. Tit. von Justitien, Sachen, §. 31. in Cod. Aug. Tom. I p. 183. & ibid. Tit. von Renth, Sachen, §. 26. p. 190. p) PLIN. hist. nat. Lib. XVIII. c. 3. q) vid. IVLIVS CAESAR BVLENGERVS de triburis ac vectigalibus populi romani c. 4. in Gr. eus. Thes. antiqu. rom. Tom. VIII. p. 837 seq. r) CIC. Orat. de leg. agrar. contra Rullum cap. 1. s) VARRO de re rust. Lib. II. c. 1. §. 16.



irent, auctoritate populi publicanis locarent, atque operam darent, ne *veftigalia* imminuerentur *e*). Merito igitur cauebant *censores* in locationibus publicis, vt pecus amitteret, qui, comparcendi *veftigalis* caussa, numerum pecudum, quas in *pascua publica* miserat, non professus esset.

## §. III.

*Praeter com-  
moditatem  
pascendi tri-  
plex est fru-  
ctus prato-  
rum: foenum  
primum, foe-  
num auctu-  
mnale, & si-  
cilimenta.  
His omnibus  
vitur domi-  
nus praedii  
ante tempus  
pascendi,*

Vidimus, vtilius esse praedium, quod pratis & pascuis non caret. Sed vtilitas illa duplex est: altera *pactionibus* agrestibus, seu *commoditate pascendi*, altera *fructibus pratorum*, quos *falce percipimus*, & perceptos recondere atque adseruare solemus, continetur. Vtriusque vtilitatis magnus est *fauor*, cum diligens colonus, nec *pactionibus apricis*, nec *pabulo* in *stabulis*, carere possit. Vt de *pactionibus apricis* ordiar, post hyemem *Nec stabulis gaudet pecus, nec arator igni u*).

Haec Scythiae est intemperies, in cuius regionibus, rustici

— — *clausa tenent stabulis armenta, neque vllae  
aut herbae campo apparent, aut arbore frondes x*),

VARRO quidem obseruauit, quod plerumque magis expediat, pabulum e fundo *depascere*, quam foenum aliis vendere *y*). Et COLVMELLA, vtilius esse, ait, si pabulum e fundo, domesticis potius pecudibus, quam alienis depascatur *z*). Quia enim, vt NONIVS MARCELLVS docet, aliud est *alere* pecus, aliud *pascere*, cum *pactio* interdum etiam *saginationem* desideret *a*); necessaria sunt plena & *viua* pascua, in quae pecus mittatur, *saginandi* caussa. Hinc rustici illi, apud VIRGILIVM MARONEM *b*),

— — *tauros procul, atque in sola relegant  
pascua,*

vt remotis aliis, herbas, suo arbitrio, eligant, & omni prouentu pratorum largissime perfruantur. Eleganter idem VIRGILIVS, vtrumque necessarium esse, ait, vt & domi pascantur pecudes, & per aestatem, *apricis pactionibus*, in pascuis, enutrientur,

— — *nec tota claudes foenilia bruma c*),

& veris tempore,

*in saltus vtrumque gregem atque in pascua mittes d*).

Ha-

\*) CIC. de LL. Lib. III. cap. 3. It. de nat. deor. Lib. III. cap. 19. u) HORAT. Lib. I. Carm. Od. 4. v. 4. x) VIRG. Lib. III. Georg. v. 353. y) VARRO de re rust. in praef. Lib. II. § 5. z) COLVMELLA de re rust. in praef. Lib. VI. §. 3. a) NONIVS MARCELLVS cap. 5. §. 74. apud Gothofred. p. 731. b) VIRG. Lib. III. Georg. v. 212. c) Ibid. v. 321. d) Ibid. v. 323.

Habes *primam* commoditatem pratorum, ut possis gregibus tuis, fructum pratorum *depascere*, & pecus in illis saginare. Sed recte CATO noster admonuit, non minus procurandam esse *alteram* utilitatem, ut *fructus pratorum falce demetamus*. Ait enim, cogitandum esse patrifamilias, quam longa sit hyems, ideoque *pabula arida condenda in foenilia*, & diligenter conseruanda esse <sup>e</sup>). Qua de causa ad villici curam pertinet imprimis, ut prouideat, *ne per hyemem pabula iumentis desint* <sup>f</sup>).

Occurrunt enim variae pecoris, in hyeme, necessitates, quae postulant, ut pastores pabula cum delectu praebeant interdum pecudibus,

— — *salsasque ferant praesepibus herbas* <sup>g</sup>).

Neque tamen, *sui* tantum pecoris gratia, *fructus pratorum* conseruant rustici, sed etiam *quaestus* causa, cum fructus illi & pabula, non exiguo pretio vendantur.

Hoc loco obseruandum est, quod PLINIUS SECUNDUS docuit <sup>b</sup>), *tria esse genera fructuum*, qui, praeter commoditatem apricae pastionis, *falce* ex pratis & pascuis *percipiuntur*. Primum est *foenum*, quod circa Kalendas Iunii caedendum est <sup>i</sup>). VARRO enim praecipit, herbam in pratis, cum crescere desit, & aestu arescit, *falcibus subsecandam esse* <sup>k</sup>). COLVMELLA etiam obseruat, hoc foenum, priusquam inaruerit, *secandum esse*, cum ita largius percipiatur, & pecudibus iucundiores praebeat cibum <sup>l</sup>).

Haec est *prima* messis, quam ex pratis capere debemus. Sed habent prata hoc praecipuum, quod & *renascantur* fructus, & quotannis aliquoties percipiuntur. Succedit igitur *secundus* pratorum fructus, quem veteres *foenum auctumnale*, aut *cordum* & foenum *secundarium*, nostri: das Grummet, appellarunt. Est enim *cordum* <sup>m</sup>), quod sero maturescit, ut *olus cordum*, quod in usum hyemis conditur <sup>n</sup>).

Haec *secunda* messis, non minus *naturalis* est, &, quia maxime necessaria, usu rusticorum imprimis frequentatur. COLVMELLA docet, ita penuriae hyemis succurrendum esse, ut alatur pecus *foeno auctumnali*, quod & agnis & vitulis non minus prodest, quam foenum illud primum & maturum.

<sup>e</sup>) CATO de re rust. cap. 30.    <sup>f</sup>) Id. c. 5. §. 5.    <sup>g</sup>) VIRG. Lib. III. Georg. v. 394.    <sup>h</sup>) PLIN. hist. nat. Lib. XVIII. c. 28. §. 5.    <sup>i</sup>) Id. l. c.   
 <sup>k</sup>) VARRO de re rust. Lib. I. c. 49.    <sup>l</sup>) COLVMELLA Lib. II. c. 19. §. 1.   
 <sup>m</sup>) FESTVS de verb. signif. in voce: *corda frumenta*, apud Gothofredum p. 275.    <sup>n</sup>) COLVMELLA Lib. XII. c. 13. §. 2. vid. Praesid. disp. de Mucio Scaeuola Cordo.



rum. Auctumnale enim mollius, & pecori iucundius esse iudicatur <sup>o</sup>). *Foeni* igitur *auctumnalis* sectio, aequae ac messis foeni maturi, ad *ordinarios* & *consuetos* pratorum fructus merito refertur. PLINIUS SECVNDVS enim docet, ideo post primam sectionem prata riganda esse, ut *foenum auctumnale* postea secari possit <sup>p</sup>). Scio quidem, prata quaedam *semel tantum* in quibusdam regionibus secari. Nostri haec prata: *einnüßige Wiesen*, appellare solent. Sed norunt illi rustici, vitio agrorum & terrae hoc tribuendum esse, si prata *semel* tantum fructus ferant. Corrige autem illud vitium posse credunt stercoratione & aliis artibus pastorum. Quare non dubito, prata, quae *semel* tantum a maioribus secta sunt, a diligenti patrefamilias *bis* secari posse, ut etiam *auctumnale foenum* correcto fundi vitio decerpatur. Es saun auch auf einnüssigen Wiesen Grummet gemacht werden, wenn gleich der Nachbar daselbst die Huthung hat. Nuper de hac causa disceptabant Aduocati. Proponebatur, dominum fundi ex pratis suis, *nouiter*, contra consuetudinem temporis prioris, *foenum auctumnale* percepisse. Hoc aegre ferebant vicini, quibus *ius compascui*, sed ex illo demum die, quo dominus in pratis pecus suam pascere coepisset, competebar. Dicebant vicini, ita commoditatem *seruitutis pascendi* sibi imminui, contra veterum formam & consuetudinem illius regionis. Prohibebatur dominus, se olim *foenum auctumnale* non percepisse, sed statim post diem Ioannis, foeno primo defecto, pecus suam in pascua misisse, & vicinos ad *ius compascui* admisisse. Sed aiebat dominus, se correxisse vitium pratorum, ideoque mutato consilio, malle *foenum auctumnale* percipere, & serius pascere in pratis suis: hinc vicinos irasci non posse, si & ipsi tempus, quo dominus pascere coepisset, expectare cogerentur. Praeterea vero apparebat in quibusdam tabulis antiquis, haec prata, quae nunc quidem *bis* secta erant, designata esse nomine pratorum, quae *semel* tantum secarentur: Es waren die Wiesen in einem alten Recess, der den Grund-Herrn nicht angien, *einnüssige Wiesen* genennet worden. Contra vero, obstabat vicinis, quod pacto non comprehensum esset, ne dominus *bis* secaret prata sua, neue foenum auctumnale atque reliquos fructus pratorum ordinarios perciperet, priusquam pecus in pratis pasceret. Quia igitur foenum auctumnale, das Grummet, ad fructus praediorum ordinarios refertur, & cuiuslibet domino permissum est, ut corrigat vitium fundi sui; censuimus, dominum *nil insoliti* fecisse, qui ex pratis, *semel* tantum secari solitis, etiam *foenum auctumnale* percepisset: Dasß er auf einnüssigen Wiesen Grummet machen lassen. Propter strictam enim seruitutis interpretationem, visum est, vicinos, qui, post *certum tempus* compascui iure uti poterant, non *prohibere* posse, quo minus dominus, ante illud tempus, fructus pratorum ordinarios, ideoque etiam foenum au-

<sup>o</sup>) COLVMELLA de re rust. Lib. VII. c. 3. §. 2.  
Lib. XVIII. c. 28. §. 5.

<sup>p</sup>) PLINIUS hist. nat.



auctumnale, demeteret ex pratis suis. Itaque mense Julio a. 1754. Icti Vitembergenfes responderunt: repellendos esse vicinos, qui, propter ius compascui, dominum fundi impedire vellent, ne, priusquam prata aperirentur, foenum cordum perciperet ex fundo: daß Klägers Suchen nicht statt hat.

Tradidimus de primo & secundo foeno, aestiuo atque auctumnali. Sed, praeter hunc duplicem fructum, attingendus est etiam tertius, quem veteres *ficilimentorum* nomine inprimis notauerunt. Nostri hunc fructum tertium, das Gras auf denen Wiesen, darauf ein anderer die Koppelschuhung hat, appellare solent. VARRO enim obseruat, post secundam sectionem pratorum, qua foenum auctumnale percipitur, nachdem das Grummet abgebracht, prata *ficilienda* esse, hoc est, *falcibus* conlectanda, vt herbae a foenifecis relictæ, aut repullulantes decerpantur, ne pratum tuberosum fiat q). Idem PLINIUS SECVNDVS fieri debere docet, cum non inutile sit pratis, si post quamlibet sectionem *ficiliantur*, vt herbae, quae foenifecae praeterierant, pecoris alendi causa, demetantur r). CATO testatur, haec *ficilimenta* pabulum esse ouibus, ideoque monet, vt diligenter conferuentur s). Hoc opus, cum magnum laborem non desideret, more maiorum, etiam in feriis fieri potuisse, COLVMELLA indicauit t). Sunt autem *ficiles* aut *ficilices*, ferramenta, quibus aliquid secari potest u), vnde *ficilimenta* nomen acceperunt.

Comprobauimus, etiam *ficilimenta*, das Gras, naturaliter, & nisi aliud actum sit, ad fructus solitos pratorum referenda esse, & nomine fructuum, unter dem Namen der gewöhnlichen Wiesen-Nutzung contineri. Cum enim fructuarius etiam, teste PAVLLO, quicquid in fundo nascitur, merito sibi vindicet: L. 59. §. 1. D. de usufruct. Multo magis dominus, qui ex causa dominii fructus capit, etiam *ficilimenta* pratorum, tanquam tertium fructum fundi sui percipere poterit, quamuis seruitus pascendi competat vicino. Ita nouissime Curia prouincialis Vitembergenfis, hoc anno in Termino Michaelis iudicauit. Vicinus in processu *possessorio summarissimo* obtinuerat, vt in *quasi possessione iuris pascendi* defenderetur. Dominus fundi *ficilimenta*, seu herbas recentes falce demetebat, pecoris alendi causa: Er ließ auf seinen Wiesen grasen. Vicinus querebatur, ita se *turbari* in possessione iuris pascendi, si dominus herbas decerperet. Respondimus, nihil proponi, cur dominus *prohiberi* possit, ne fructibus communibus pratorum uteretur. Ius enim possessionis stricte interpretatur, ideoque possessione

V 2

q) VARRO de re rust. Lib. I. c. 49. §. 2. r) PLIN. hist. nat. Lib. XVIII. c. 28. s) CATO de re rust. c. 5. §. 8. t) COLVMELLA de re rust. Lib. II. c. 22. §. 3. u) A. GELL. Noct. Attic. Lib. X. c. 25. Fest. de verb. signif. voce: *ficilices*, p. 436.



*fessio iuris pascendi non continet ius prohibendi*, ne dominus demetat herbas, & sicilimenta, quae ad fructus ordinarios pratorum referuntur. Quapropter hae rationes adiectae: Dieweil die Possess in dem libellirten Zeiche Gras zu hauen, mit der Huthung in solchem Zeiche, da sich Kläger darwider nicht gereget, wohl beyammen stehen kann.

Sed haec facilius in *caussa possessionis* admittebantur. Acrius vero de illo argumento disputatum est, cum *instituto processu petitorio* de iure vicini quaereretur. Occurrebat eiusmodi species anno superiori, quam Advocati vtrique magna diligentia tractarunt. Dominus prati permiserat vicinis, ut *post diem Galli*, quotannis, *iure compascui*, in prato suo vterentur. Idem dominus, *ante diem Galli*, omnes fructus pratorum perceperat, non solum foenum primum, & auctumnale, sed etiam sicilimenta & herbas, quae post secundum foeniscium prouenerant. Vicini aiebant, ita imminui ius compascui, quod ipsi acquisuissent, ideoque arbitrabantur, non permittendum esse domino, ut tertium fructum perciperet ex pratis suis. Sed mense Julio A. 1754. *Scabini Lips.* responderunt, actioni locum non esse. Ipsa verba sententiae apponam: Daß Klägers Suchen nicht statt hat, er auch die durch diesen Proceß verursachte Unkosten denen Beklagten zu erstatten verbunden. Res erit loculentior ex rationibus adiectis: Dieweiln Klägern kein Recht zustehet zu verhindern, daß Beklagte die Zeit über von Maria Verkündigung bis Galli, da sie als Eigenthümer das Ihrige zur freyen Disposition haben, ihre Wiesen zu zwey, und mehremahlen nicht abmehren, und so gut, als sie können, nutzen mögen, gestalt wenn schon bishero nicht alle Jahre die Abmehung zu mehrern mahlen geschehen, gleichwohl die in derer Beklagten Willkühr stehende Unterlassung Klägern kein Befugniß, es ihnen auch in Zukunft zu verwehren, zuwege bringen, noch Kläger, daß es denen Beklagten jemahls untersagt, und dabey acquiesciret worden, anzuführen, oder dessen einseitig abgehörte Zeugen, in Rotul. fol. 25. ad Art. 6. und 8. etwas zu seinem Vortheil zu behaupten vermocht; So ist von uns gesprochenemassen billig erkannt. Actor quidem prouocabat ad Curiam Provinciale, & acriter instabat. Sed ab hac etiam iudicatum est: nihil apparere, quod efficeret, ut a priore sententia discederetur: Daß in erster Instanz wohl gesprochen und übel appelliret. Quia tamen non desunt *causae dubitationis*, superest, ut illas diligentius excutiamus.

## §. IV.

*Seruitus pascendi ipso iure ad certum tempus restricta est,* Nimirum, propter *strictam* seruitutis interpretationem, non permitimus vicino, ut dominum fundi *prohibeat*, quo minus, *ante tempus pascendi*, fructus pratorum libere percipiat, saluo iure seruitutis. Hoc ut *facilius intelligatur*, obseruandum est, *ius pascendi* pecus in fundo alieno, *sem*



semper odiosum fuisse, ut ne quidem inter quatuor illas servitutes praedio-  
rum rusticorum, quae diutius in usu fuerunt, a veteribus commemoraretur.  
*L. 1. D. de serv. praed. rust.* Successu enim temporis demum, cum auctae  
essent necessitates rusticae, usu hominum & interpretatione, antiquis servi-  
tutibus adiectum est *ius pascendi*, ut liceret pecus suam agere in pascua  
vicini. VARRO nobis auctor est, usu introductum esse, ut, si dominus  
praedii prata possideret, & pecus ipse non haberet, alienum pecus reciperet  
pascendi causa x). Quapropter olim dubitatum, an queat *servitus pascendi*,  
quasi necessaria, praedio imponi, & NERATIUS tandem definiuit, posse  
ita servitutem constitui, ut boues, per quos fundus colitur, in vicino prae-  
dio pascantur. *L. 3. pr. D. de serv. praed. rust.* Antea quidem *ius com-  
pascui*, iure familiaritatis & vicinitatis, videtur interdum *precario* permis-  
sum esse, si vicinus pascuis careret. Hac de causa CATO patrifamilias  
inprimis commendavit, ut vicinos sibi conciliare studeat, qui necessitatibus  
rei familiaris benevolentia mutua succurrant y). Cum contra, si vicinos  
amicos non haberemus, ne in nostro quidem praedio pecus negligentius pa-  
scere liceret z).

neque conti-  
net ius pro-  
hibendi ne  
dominus fru-  
ctibus utatur  
vsque ad  
diem servi-  
tuti adie-  
ctum.

A vicinis igitur, contra maiorum consuetudinem, non sine metu rixa-  
rum & litium a) impetrari debuit, ut liceret pecus pascere, in fundo alie-  
no. Sed recte CELSVS observavit, si etiam *perpetua* servitus sit constitu-  
ta, illam ita accipiendam esse, ut ista *civiliter* utamur, & cum *minimo* fun-  
di servientis detrimento. *L. 9. D. de serv.* Generaliter receptum est, ne  
per servitutem *commoditas* & usus rei suae domino intervertatur. *L. 13. in  
fin. commun. praed. tam urb. quam rust.* Sed praecipua *pratorum com-  
moditas*, ut supra diximus, posita est in foeno primo atque auctumnali, in  
herbis & sicilimentis, ne dominus egeat pabulo necessario, ad pecus in hye-  
me alendum. VLPIANVS hanc propriam naturam pratorum appellat, ut  
fructus in illis *falce* capiamus, hoc est, ut foenum & herbas demeramus.  
*L. 31. D. de verb. sign.* Quis igitur pateretur, a vicino, propter *ius pa-  
scendi*, dominum praedii prohiberi, ne fructibus pratorum ordinariis ante  
tempus pascendi vteretur. Opportune BERGERVS admonuit, illum, qui  
*ius pascendi* habet, *ius foeni* & herbae secundae non habere, cum hi fru-  
ctus domino fundi relinquuntur b).

Igitur possessor praedii fructus pratorum libere percipiet, ante *tempus  
pascendi*, ne rei *commoditas* eripiatur domino, qui ex fundo, & propter  
pos-

x) VARRO de re rust. Lib. I. c. 21. Columell. de re rust. in praef. Lib. VI. §. 2.  
y) CATO de re rust. c. 4. z) COLYMELLA de re rust. Lib. I. c. 1. §. 7.  
a) PALLAD. de re rust. Lib. I. Tit. 6. §. 2. b) de BERGER oecon. iur.  
Lib. II. Tit. 3. §. 10. not. 13. p. 311.



possessionem fundi, *tributa & vectigalia* soluere tenetur. Hoc intellexit Imperator CONSTANTINVS, qui propter *tributorum* soluendorum necessitatem, dominos suae rei moderatores, & arbitros esse, & pleraque negotia suo arbitrio administrare voluit, vt onera domini, commoditate fructuum, pensentur. *L. 21. C. mandati.* Ex hoc fonte deducitur, quod PROCVLVS ait, dominum vicino *damnum non facere*, si, in suo subsistens, vicino *lucrum* aliquod intercipiat, quod hic potuisset percipere, si dominus negligentius rem suam tractauisset. *L. 26. D. de damno infecto.* Igitur, nec vicinus conqueri poterit, si dominus fundi, omnes fructus, quos capere potuit, ipse perceperit, ante tempus pascendi, quamuis vicinus, neglectis a domino fructibus, commodius pascere in pratis alienis potuisset. Merito igitur, in speciebus, quas in capite proximo enarrauimus, absoluendi fuerunt domini pratorum, qui, ante diem pacto constitutum, omnes fructus, etiam foenum auctumnale, & sicilimenta, & herbas repullulantes decerpserant, ne propter seruitutem vicini, commoditate domini carerent; sibi enim imputare debuit vicinus, quod non luculenter sibi cauerit in conuentione, ne dominus foeno auctumnali aut renascentibus sicilimentis vteretur. Eandem rationem etiam, in praediorum urbanorum seruitutibus, sequimur, vt domino relinquatur libertas domini in omnibus illis negotiis, quae non luculenter in seruitutibus sunt restricta. Hinc dominus potest prospectui officere, quamuis vicino constituerit seruitutem alius non tollendi. *L. 12. D. de seru. praed. rust.*

*Ante tempus pascendi* igitur, etiam in rustico praedio relinquenda est domino libertas, re sua, utcumque visum est, fruendi. *Tempus* autem adiacere posse seruitutibus, PAPINIANVS obseruauit, quamuis olim temporis adiectio, non *ipso iure*, sed tantum *ope exceptionis*, ius seruitutis imminueret. *L. 4. pr. D. de seru.* Certe *modum & temporum interualla*, per quae vicinus seruitute vteretur, obseruanda esse placuit, propter strictam seruitutis interpretationem. *L. 4. §. 1. D. eod. c)* Etiam in seruitute viae, ad certum locum restrictae, placuit, ceteras glebas liberas esse, vt dominus reliquis partibus praedii suo arbitrio vtatur. *L. 13. §. 1. de seru. praed. rust.*

Quemadmodum igitur, si seruitus *loco* circumscripta est, reliquae partes fundi *liberae* manent: ita, si dies certus seruituti adiectus est, *reliqua tempora libera* manebunt. Hinc nemo dubitare potest, quin dominus, ante illud tempus, omnes fructus pratorum, iure suo percipiat, licet plus lucri peruenisset ad vicinum, si dominus illos fructus in pratis reliquisset. Hoc vnum attinet monere, mutato Kalendario, diei, post quem ius pascendi

c) vid. Praef. in disp. de *seruitutibus ad certum modum restrictis.*

di concessum est, dies decem adiciendos, quibus exactis, vicino prata pascua aperiuntur: Dasß mit der Huthung 10. Tage später, als vorhero gewöhnlich gewesen, angefangen werden solle *d*). Immo vero, si non adiectum sit tempus, ita seruitutem pascendi interpretatur, ne vicinus pascat, nisi tempore consueto, fructibus ordinariis a domino perceptis *e*). Rustici vero non solent pascere pecudes in pratis, nisi fructibus defectis, cum pecudes, teste COLVMELLA, post foeniseeia demum, zu offenen Zeiten, ad pastum admittantur *f*). Moribus enim, propter summam utilitatem, introductum, ut prata certis mensibus custodiantur *g*), quod tempus nostri rustici geschlossene Zeiten appellare solent *h*). Sed nolo recoquere, quae ab omnibus interpretibus copiosius traduntur.

§. V.

Satis, credo, comprobauimus, dominum prohiberi non posse, quo minus omnes fructus pratorum, ante diem pascendi definitum, libere percipiat. Sed video, quid te pungat, ideoque dabo operam, ut scrupulus tibi eximatur. Ais enim, seruitutes, imprimis si testamento relictae sunt, interdum plenam significationem habere, ut omnia, quae non excepta sunt, vicino concessa videantur. *L. 6. D. de seru. leg.* Sed respondeo, hanc esse plenam significationem seruitutis, ut omnia dominanti permittantur, sine quibus seruitus exerceri non potest. Ius autem pascendi, quod post diem certum conceditur, ita exerceri potest, ut, quae supersint, post illum diem a pecudibus depasci possint, etiamsi dominus antea fructus perceperit. *Arg. L. 42. D. de usufr. Et quemadm.* Non enim solent pecudes, nisi post foeniseeia admitti, hinc non imminuitur seruitus, si dominus antea iure suo in praedio utatur.

*Dominus non potest impedire ius pascendi semel constitutum, nec faciem fundi mutare cum damno dominantis.*

Sed obstat nobis IAVOLENVS, qui *L. 13. ff. 1. D. de seru. praed. rust.* serui iure constituta, ait, dominum nihil facere posse, quo seruitus impediatur. Est haec aliqua dubitatio, quae digna est, ut diluatur. Sed diluetur facile, si cogitaueris, quod non impediatur seruitus, si dominus fructum percipiat ante diem constitutum, & postea vicino, quod superest, aut quod renascitur, relinquat. MARCELLVS enim permittit, ut dominus fundo suo, prout visum est, frui possit, modo ius & necessitas vicini non prorsus corrumpatur. *L. 10. in fin. D. de seru. praed. urb. L. 9. de seru.*

*d*) Mand. Elect. Sax. de dato 6 Mart. 1700 wegen Verbesserungen des neuen Calendars, in Cod. Aug. Tom I. p. 241. *e*) vid. CARPZOVIVS in Jurisprud. forens. Rom. Saxon. Part II. Const. XLI. Def. IV. p. 689. *f*) COLVMELLA de re rust. Lib. II. cap. 18. §. 6. *g*) PALLADIVS de re rust. Lib. III. Tit. 1. mense Februario. *h*) De tempore clauso vid. de Lerges Oecon. iur. Lib. II. Tit. 3. §. 9. not. 2. p. 308.



*seru. praed. rust.* PAVLLVS quidem, ne in personalibus quidem seruitutibus, domino concedit, vt causam fructuarii, aut vsuarii, *deteriorem faciat*, aut intercipiat commoditatem seruitutis. *L. 23. D. de usu & habit.* Sed respondebimus PAVLLO, seruitutem non *deteriorem fieri*, si vicino illud relinquamus, quod natura seruitutis continetur. Haec autem est natura iuris pascendi, vt pecudes vicini illa tantum decerpant, *quae post diem constitutum, in pascuis supersunt.*

Venit quidem in mentem, quod DIOCLETIANVS *L. 7. C. de seru. & aqua*, prohibeat, ne quid *contra veterem formam & obseruationem* innovetur. Quare poterat videri, quod domino non concedendum sit, vt fundo suo *aliter*, quam antea *solitus fuerat*, fruatur, et ne foenum auctumnale aut sicilimenta decerpant ex pratis, ex quibus illa, prioribus annis, non decerpserat. Sed res ipsa loquitur, DIOCLETIANVM de *iure aquae* agere, quod per *praescriptionem* acquisitum est, cui dominus, mutata fundi forma, aliquid detrahere non potest. Nunquam vero Imperator domino interdixit, ne rebus suis, vtcunq; visum est, fruatur, salua forma fundi & saluo iure seruitutis. Ius autem seruitutis saluum manet, si vicino relinquatur, *quod superest*, nisi per pactum aut praescriptionem *ius prohibendi* nactus sit, ne dominus omnes fructus percipiat ex fundo suo. Opportune CARPZOVIVS obseruat, seruitute pascendi constituta, non prohiberi dominum, quo minus alio modo, quam antea solitus est, suo praedio fruatur, sed hoc tantum interdici, ne *facies fundi mutetur*, cum damno vicini dominantis. Ideoque dominus, & *genus culturae & modum fruendi* poterit mutare, & suo arbitrio res administrare, ante tempus pascendi constitutum *i*).

Illud tamen expeditum est, quod *arare* non liceat in fundo pascuo, aut frumentum in pratis *serere*, si vicino ius pascendi sit permissum. VARRO obseruauit, veteres pastores, propter auaritiam, *contra leges*, agros segete consitos, in prata mutauisse *k*). Hoc autem non facile permittendum erat, ne annona vexaretur, quae sit carior, numero aruorum immunito. *L. 6. D. de extraord. crim.* Sed videri possit, publice vtilius futurum, si *augendae* annonae causa, prata *frugibus* confererentur.

Quia vero etiam *pascuorum* non est exigua vtilitas, & nemini ius quaesitum temere auferri potest; *serenissimo Saxoniae legislatori* placuit, non posse *arari* prata, aut segetibus conseri, si vicino ius pascendi comperat in solo nostro. Vna species excipitur, vt liceat prata in agros frumentarios conuertere, si nihilominus latis agrorum superfit ad pascendum, quamuis

*i*) CARPZOV. Iurisprud. forens. Rom. Saxon. Part. II. Const. XLI. Def. 5. p. 689.

*k*) VARRO de re rust. in praef. Lib. II. § 4.

uis dominus partem aliquam conseruerit frumentis. Hoc enim casu, vicini, qui satis pascuorum retinet, non interest, quomodocunque dominus agris reliquis fruatur. *Const. Elect. Sax. XLI. Part. II.* Der Grundherr kann zu Nachtheil dem, so das ius pascendi erlanget, den Grund und die Ländern nicht umreißen, oder zu Acker machen, und wo solches Umreißen geschehet, so muß der Grundherr das umgeriessene zu Weide wieder liegen lassen, es wäre denn an dem, daß sonst derer Derter gnug Weide vorhanden, daß durch solches Umreißen, demjenigen, welcher die Servitut hat, dieselbe nicht geschmälert, oder entzogen würde.

Haec habui, quae de fructibus pratorum, ante tempus pascendi, perceptis exponenda videbantur. Sed satis prata irrigauimus; igitur hos riuulos claudemus.



CIV.

OBSERVATIONES

DE

POENA INSTIGATIONIS.

AD LEGEM XX. D. DE HIS QUI NOT. INFAM.

VITEMBERGAE, DIE DECEMBRIS CIOIO CCLIV.

*Lex XX. D. de his qui notantur infamia.*

PAPINIANVS Lib. I. Responsorum.

Ob haec verba sententiae Praefidis prouinciae: *Callido commento videris accusationis instigator fuisse*: pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari. Non enim, qui *exhortatur, mandatoris* opera fungitur.

§. I.

Quaedam virtutes frenis, pleraeque stimulis indigent <sup>a)</sup>, vt flagrantibus animis ardentibus quasi faces & noui igniculi subiiciantur <sup>b)</sup>. Certe *Instigatio virtutis causa, praemium meretur. Instiga-*

a) L. ANNAEVS SENECA de vita beata c. 25. Fasc. XI.

X

b) TAC. hist. Lib. I. c. 24.



mus alios  
verbis & ex-  
emplo.

*timidi & inexperti quaerunt signiferum aliquem & ducem, cuius auctoritate & exemplo c), etiam in probis consiliis, regantur. Immo vero, ne senatus quidem populusque romanus Carthagini bellum indixissent, nisi oratione Reguli commoti & metu liberati essent.*

*Donec labantes consilio Patres*

*firmaret auctor nunquam alias dato d).*

*Germani, si CAIO CORNELIO TACITO fides est, in expeditionibus decernendis, plerumque ducem fortuitum secuti sunt, qui auctoritate suadendi & facundia accenderat animos, & spem iniecerat prosperi euentus e).*

*Inprimis militum virtus elanguescit, nisi conspectu ducis erigatur. FLAVVS VEGETIVS RENATVS obseruauit, acie ordinata, ducem romanum inter pedites & equites medium consistere, vt omnia consilio regere & equites non minus ac pedites auctoritate hortari & concitare possit f). Etiam res desperatae, aduentu ducis, interdum sanatae sunt, vt, redintegrato animo, pro se quisque, in conspectu Imperatoris, quamuis in extremis rebus suis, operam nauaret g). CAESAR aliquando, in magna trepidatione, animos militum oratione mirum in modum conuertit, vt summa illis alacritas & cupiditas belli gerendi innata esse videretur h). Ita ille apud VIRGILIVM MARONEM:*

*Nunc prece, nunc dictis virtutem accendit amaris,  
quo fugitis socii i).*

*Nimirum, desperantibus crescit audacia, adhortatione ducis, si nihil ille timere videatur k).*

*Multum igitur refert, quo duce & auctore milites in rebus perturbatis erigantur. Non minus tamen ipsae commilitonum & sociorum acclamationes, & hominum de nobis expectatio, animos impellunt, vt coepta confidentius perficiantur. HORATII & CVRIATII, cum de summa imperii ipsis dimicandum esset, non solum suopre ingenio feroces, sed inprimis pleni adhortantium vocibus, conspiciente vtroque exercitu, alacriter inter duas acies processerunt l), & vnus HORATIVS superstes, quamuis caesis fratribus, cum romani militem suum clamore insperato adiuuarent, defungi praelio secundo festinauit m). Accenditur enim virtutis studium sollicitatione aliorum.*

*Si*

- c) CICERO Orat. pro L. Corn. Balbo c. 13.      d) HORATIVS Lib. III. Carm. Od. 5. v. 45.      e) TACITVS de Mor. Germ. c. 11.      f) VEGETIVS de re militari Lib. III. c. 18.      g) CAESAR de bell. Gall. Lib. II. cap. 25.      h) Ibid. Lib. I. cap. 41.      i) VIRGILIUS Lib. X. Aeneid. v. 368. sequ.      k) VEGETIVS de R. M. Lib. III. cap. 9.      l) LIV. Lib. I. cap. 25.      m) Ibid. in fin.



Si cuncti instigant studiis n)

— — — — exultantiaque haurit

Corda pauor pulsant, laudisque arrecta cupido o).

Magna igitur vis est *monitorum* atque exhortationis p), si incensi animi, facundia quadam militari & oratione, instigentur. Sed, ut diximus, ubi res manu gerenda est, *efficaciora* sunt *exempla* ad prouocandam militum virtutem, cum vile sit corpus illis, qui magnam gloriam vident q). Hac de causa CAIUS IULIUS CAESAR, magnum momentum victoriae in ea re versari, credidit, si optime meritis praemia & honores tribueret, ut reliqui ad imitationem virtutis concitarentur r). Non commemorabo *torques* & *duplam* annonam, quibus milites, nominatim propter virtutem appellati, donabantur s). Haec enim ornamenta, milites etiam mortui, posteris in marmore sepulchrali commemorare & ostendere solebant t). Magis attinebat illorum honores & dignitatem amplificare, qui in expeditionibus, *primi* insigne facinus ausi essent, suoque *exemplo* effecissent, ut reliqui ad studium virtutis, in negotiis arduis, inuitarentur. Hoc consilio inuentae sunt *coronae*, muralis & castrensis, quibus ille, qui *primus* murum subiit, inque hostium oppidum per vim ascendit, aut qui *primus* in castra hostium pugnans introiit, ab Imperatore ornabatur u). VEGETIVS obseruauit, hac re infractam esse virtutem legionum a posteris, quod per *gratiam* militibus tribuere coeperint honores, quos olim labore & singulari exemplo virtutis impetrare consueuissent x).

Sed hae quidem faces orationis atque praemiorum non militum duntaxat animos accendunt, sed necessariae sunt in omnibus causis, quae *ardorem* aliquem desiderant, & cum *concitatione animi* administrantur. Enim vero in tot humanis necessitatibus, quae animos & studia hominum deprimunt & infirmant, virtus cuiusque nutrienda & quasi alimentis quibusdam confirmanda & fuscitanda est, ne deseruescat, neue in maximis & commodissimis opportunitatibus a proposito desistat. Nostri etiam in fortuitis incendiis praemium isti constituunt, qui *primus* amphoram attulit, ut ignis restinguatur. Multo magis in *seditionibus*, cum iam faces & saxa volant, non parum debetur illis, qui auctoritate & gratia valent apud ignobilem plebeculam, & furias ardentis oratione & admonitionibus compescunt.

X 2

Ille

- n) VIRG. Lib. V. Aeneid. v. 228. o) Ibid. v. 137. p) L. ANNAEVS SENECA Ep. 94. q) LIV. Lib. II. c. 12. r) IUL. CAES. de Bell. Ciu. Lib. III. c. 53. & Veget. de R. M. Lib. III. c. 26. in fin. s) IUL. CAES. loc. cit. & Veget. Lib. II. c. 7. & Godefridus Steuwichius in Comment. ad Veget. p. 120. sq. t) GRVT. Oper. Inscript. Tom. I. p. 377. num. 1. u) PLIN. in hist. nat. Lib. XVI. c. 4. A. Gellius in Noct. Att. Lib. V. cap. 6. Grut. Oper. Inscript. Tom. I. p. 375. n. 1. p. 414. n. 8. p. 498. n. 5. x) VEGET. de R. M. Lib. II. c. 3.



*Ille regit dictis animos & pectora mulcet y).*

In *Saxoniae Electoratu* ad *magistratus* officium pertinet, vt, coorto tumultu, *seditiosos* omni diuina & humana ope retineat, & vel monitis, vel minis & poenarum commemoratione ad frugem & officium reducat. vid. Mandat vom Auflaufen und Tumultuiren, de dato Dresden vom 2 Iulii a. 1726.

## §. II.

*Facta illicita aut cum damno coniuncta plerumque promouentur & promouentur instigatione.*

Accepisti, quanta sit vis *orationis & exempli*, ad accendendam virtutem aemulantium iuuenum, aut ad compescendam insaniam illorum, qui furis quibusdam in tumultu agitantur. Quia vero plerique natura *prono-*res sunt ad *flagitia*, non minus diligenter obseruandi sunt *auctores* facinororum & improbitatis, ad quam consecrandam multi facilius *exhortatione & exemplo* aliorum impelluntur. Recte MARCVS TVLLIVS obseruat, in flagitiis *orationem* afferre spem impunitatis & *auctoritatem aliquam peccandi z)*. Apud ALEXANDRUM regem Macedonum, THAIS pellex temulenta, aut ebrium scortum, fidem inuenit, cum dictis illum impelleret ad accendendam Persepolin, regiam Persarum. Pudebat Macedones, tam praeclaram urbem a commessabundo Rege, vnus scorti consilio, deletam esse, sed non puduit regem, qui tot exercitus virorum deleuerat, mulieris auctoritati in re seria obtemperare, & foeminam ducem a) sequi in delenda vrbe, quae tot viris & tot gentibus terrorem intulisse dicebatur b).

Plerique ita comparati sunt a natura, vt in rebus turbidis facillime sequantur quemlibet *auctorem*, qui non solum faciem praeferat, sed etiam ardorem animo iniiciat, atque ad audendum facinus impellat. Quod cum ii intelligant, qui *maleficiis & latrocinis* pascuntur, etiam latrones & piratae constituunt sibi *archipiratam* aliquem & ducem, cui in expeditionibus pareant & quem obseruent c). Commodius enim, latrocinia administrari, visum est, si vnus *ducis* auctoritate & consilio regantur. Enim vero in *delictis* & turpi causa, quamuis haec aliquid dulcedinis habeat, *timida* sunt hominum ingenia, parum ausura, nisi aut *suasione* aut *exemplo* aliorum confirmata, spem successus & impunitatis conciperent, vt tutius peccare viderentur. Hos igitur *duces & auctores* diligentissime persequimur, vt reliquos publicis suppliciis terreamus. Quapropter MARCVS TVLLIVS recte CAIVM VERREM accusauit, quod, naue praedonum expugnata, aliis

y) VIRG. Aeneid. Lib. I. v. 157. z) CIC. de nat. deor. Lib. III. c. 35.

a) — — — dux foemina facti,

VIRG. Lib. I. Aen. v. 368. & alio loco Iuno Lib. XII. Aen. v. 160. *auctor ego audendi.* b) QV. CVR T. de rebus Alexandri Lib. V. c. 7. c) CICERO de Offic. Lib. II. c. 40.

aliis' comprehensis, *archipiratam*, pecunia a piratis propter archipiratae salutem accepta, *uiuum* dimiserit, a quo inprimis sumi supplicium oportuisset *d*). Ait enim, hanc esse omnium consuetudinem, ut *dux* praedonum captus, palam, ante oculos omnium constituatur, utque animi illorum, qui saepius ab eo iniuriam acceperint, ipsius supplicio & cruciatu exsaturentur *e*).

Sed in accendis sceleribus & furiis, ut diximus, *exemplis* grauissime nocetur, cum haec, ubi coeperunt, non subsistant, sed, propter libidinem peccandi, multorum imitatione propagentur. Huic malo ut *in militia* occurrerent Imperatores, teste *ARRIO MENANDRO*, illum, qui in acie *primus*, spectantibus reliquis militibus, fugam fecerit, propter exemplum, capite puniendum esse, iudicarunt, quia intelligebant, vnus confecta fuga, facillime *animos* multorum, & totius *exercitus virtutem*, infirmari. *L. 6 §. 3. D. de re milit.* Non inepte igitur *TARQUINIUS* superbus *PORSENNAE* Regi Etruriae persuasit: Ne *orientem morem* pellendi reges *inultum* sineret, cum omnia regna eodem casu peritura sint, nisi *primo & pessimo exemplo* recuperandae libertatis, a regibus vicinis omni diuina & humana ope resistatur *f*).

Vides, qua seueritate illis nos debeamus opponere, qui vel exemplo vel monitis & oratione alios *instigant*, ut scelera & maleficia suscipiantur. Sed cum infinitae sint species *instigationis*, quae singulae diuerso iudicio aestimandae sunt, operae pretium fuerit, si de quibusdam speciebus sigillatim exposuerimus. Generaliter autem *instigationem* appellamus factum illicitum, quo alios impellimus, ut moliantur facinus, quod cum alicuius *damno & iniuria* coniunctum esse videatur. Quia autem multum discriminis interest, virum quis *dolo*, an *culpa* sola, sui *commodi* an *lasciuiae* aut *petulantiae* causa alios adducat, ut dedecus & indignitatem aliquam admittant, virum quis solo consilio, an etiam ope praestita & exemplo seduxerit alios, utrum nolentes & innocentes instigauerit, an facinorosos & volentes in consilio improbitatis suscepto duntaxat confirmauerit, utrum singulos & paucos ad rem turpem faciendam instigauerit, an plures atque ipsam turbam seditiose ad res nouas moliendas & rempublicam perturbandam concitauerit; non possumus haec omnia eodem modulo metiri. Nos quidem de hac tantum specie, cum quis *volentem instigat*, quae *proprie instigatio* dicitur, iudicium feremus.

§. III.

*d*) CIC. AET. II. Lib. V. Orat. X. in Verrem, siue Orat. VII. Vers. c. 25.  
c. 26.

*f*) LIV. Lib. II. c. 9.

*e*) Ibid.



## §. III.

*Aliud est hortari, aliud mandare. Instigator maxime volentem concitat.*

Eleganter PAPINIANVS obseruauit, *instigatorem* accusationis potius *exhortari* accusatorem, quam *mandare*, vt accuset, sed multum interesse inter *exhortationem* & *mandatum*, cum, qui *exhortatus* est aliquem, nondum *mandatoris* opera functus esse videatur. *L. 20. D. de his qui not. infam.* MARCVS TVLLIVS quidem, non solum illos, qui cohortati sint, cum his, qui *auctores* rerum gestarum, *testes* & *laudatores* fuerint, coniunxit, sed etiam his nominibus fere promiscue & sine magno discrimine vsus est. Multi enim, inquit, non solum ad me conseruandum, vos *cohortati* sunt, sed etiam rerum mearum gestarum *auctores*, *testes*, *laudatores* fuerunt g). Immo vero idem etiam alio loco, se facti alieni & *auctorem* & *praedicatorum* fuisse, profiteretur h). Diligentius paulo CORNELIVS TACITVS *ministros* sceleris & *adiutores* ab *auctoribus* distinxit i). Certe C. SVETONIUS TRANQVILLVS alios, ait, *auctores* parricidii, alios tantum *suasores* k), alios *conscios* fuisse l). In tanta varietate merito sequimur PAPINIANVM, qui censet, aliud esse *exhortari*, aliud *mandatoris* opera defungi, ideoque iudicat, *exhortatione* accusationis *pudorem* tantum onerari, sed *mandatores* rei illicitae interdum *infamia* notari. *L. 20. D. de his qui not. infam.* Nimirum, interest aliquod discrimen inter *exhortationem* meram, & *mandatum*. *Exhortamur volentem*, aut deliberantem de negotio suscipiendo, sed *mandamus* illi, qui alias *noluisset* negotium perficere, aut certe illud, nisi nostro mandato, non fuisset perfecturus. ATTILICINVS agnouit hoc discrimen, & si *persuaserim* aliam *volentem*, vt mihi ad iniuriam faciendam obediret, me, quasi *mandatorem*, *iniuriarum* teneri, docuit. *L. 11. ff. 6. D. de iniur.* Cum contra, teste IAVOLENO, qui iubet hominem liberum, sola suadendi auctoritate, cum iubendi potestatem non haberet, non semper iussione sua obligetur. *L. 37. pr. D. ad L. Aquil.*

*Hortantur* igitur *volentem*, & per se *currentem*, sed *mandamus* illi, qui, citra iussionem nostram, *peccare noluisset*. Accedit etiam alia diuersitas, quae *exhortationem* discernit a *mandato*. Videlicet *mandare* negotia non possumus, nisi *nostra intersit*, vt mandata ab altero conficiantur, sed *exhortari* aliquem possumus, *ipsius tantum gratia*, quamuis res illa ad nos non pertineat, & solam alterius contineat utilitatem. Si enim *tua tantum gratia* mandauerim, superuacaneum est *mandatum*, & ob id nulla ex eo obligatio, nec *mandati actio* nascitur. *Pr. Inst. de Mandat.* Igitur hic de-  
mum

g) CIC. Orat. ad Quirites post reditum c. 6. h) Idem in Orat. pro. L. Corn. Balbo c. 2. i) C. CORN. TAC. Lib. IV. hist. c. 27. k) SVETON. in Vit. Neronis Claudii c. 33. l) Idem in Vit. Tiberii Neronis c. 27.

num videbitur *mandare*, cuius *interest*, propter propriam utilitatem, ut facinus mandatum etiam a *volente* perpetretur. Sed is *hortari* aliquem dicitur, qui *volenti* calcar addit, eumque instigat, ut destinata perficiat, neque se a proposito auerti patiatur. Qui igitur alium *instigant*, magis hortari, quam mandare, iudicantur. *L. 20. D. de his qui not. infam.* Sed ex hoc quidem enascitur tertium discrimen, quod, qui *mandauit* propter *suam cupiditatem*, ipse teneatur, quasi auctor facinoris, quod alius mandatu eius perpetravit. *L. 11. §. 3. D. de iniur.* Sed qui *instigauit* & hortatus est *volentem*, nulla spe proprii emolumenti, censetur duntaxat *consilium* dedisse. Opportune autem *ULPIANVS* monet, consilii non fraudulentum nullam esse obligationem. *L. 47. D. de reg. iur.* Hinc idem etiam alio loco, *proxenetam*, negat, ut *mandatorem*, conueniri posse, quamuis *monstrauerit* nomen & *laudauerit* monstratum debitorem, ideoque creditorem, ut illi fidem habeat, *instigasse* videatur. *L. 2. pr. D. de proxenet.*

Sed aliter omnia in eo obseruantur, qui propter *suam utilitatem* aliquam, vel iussit, vel mandauit, vel conduxit alterum, ut negotium susceptum perpetretur. *PROCVLVS* enim apud *ULPIANVM* monet, illum, qui *conduxerit* aliquem, ut cuiquam iniuria fiat, aut si, *mandatu* auctoris, cuiquam iniuria illata sit, *conductorem* & *mandatorem* iniuriarum & damni dati nomine teneri. *L. 11. §. 3. & 4. D. de iniur. L. 37. pr. D. ad L. Aquil.* Immo vero, ne poenam quidem effugiet, qui *dolo malo* & callide *mandauit*. Hic enim solus in poenam incidit, si solus in dolo fuit, quamuis ipse nihil perpetraverit, sed opera innocentis & inscii ministri rem perfecit. *L. 7. §. 5. D. de iurisdic.* Is vero *dolo malo* fecisse iudicabitur, qui, quamuis nihil suis manibus fecerit, tamen alios *rogauit*, ut aliquid fiat contra praetoris Edictum. *L. 1. D. de eo per quem fact. erit, quo minus quis in iud. sistat.*

Quae cum ita sint, ne quidem in *criminali iudicio*, mandatori rei illicitae parcetur. *PAVLLVS* <sup>m)</sup> enim & *ULPIANVS* tradiderunt, mandatores caedis perinde, ut homicidas, puniendos esse. *L. 15. §. 1. D. ad L. Corn. de sicar.* Ne dominum quidem ius potestatis excusabit, si seruum laqueo suspendi, aut de saxo praecipitari *iusserit*, sed, auctore *CONSTANTINO*, homicidii reus esse iudicabitur. *L. unic. C. de emendat. seru.* Item in *assassinoribus* placuit, qui, per *assassinos* mercede conductos, homicidia committunt, ut, quamuis caedes perpetrata sit, etiam conductores & mandatores puniantur. *C. 1. de homicid. in 6.*

Pras.

m) *PAVLLVS* recept. sent. Lib. V. Tit. 23. v. 5.



Praeterea, qui per *mercenarios* aut *mandatarios* innocentem *verberibus* pullari curant: diejenigen, so durch angestellte Leute jemanden prügeln oder fartschen lassen, carcere per octo annos cum carena puniuntur. *Mandat. Reg. Elect.* wider die *Selbstrache*, § 15. Non vacat omnia exempla *mandati illiciti* commemorare, de cuius poena libello singulari iudicabimus. Sed a *mandatoribus* PAPINIANVS longissime seiunxit *hortatores*, qui interdum ne quidem infamiam contrahunt, sed, solo pudore onerato, calliditatis suae poenam luere dicuntur. *L. 20. D. de his qui not. infam.*

## §. IV.

*Hortatores interdum actione iniuriarum & in factum tenentur & quomodo dolo malo instigauerint.*

Ex his, quae adhuc disputata sunt, posset alicui videri, nullum esse *instigatoris periculum*, qui *volentem* hortatus est, ut rem *illicitam*, aut cum *danno* aliquo coniunctam perficiat, & in consilio suscepto perseveret. Sed, qui haec sibi persuadent, mirifice falluntur. Enim vero, recte VLPRIANVS obseruauit, in *consilio fraudulento*, si *dolus* & *calliditas* hortatoris intercesserit, de *dolo* actionem dari. *L. 47. D. de reg. iur.* Hac de causa, etiam proxeneta, qui *dolo* & *calliditate* creditorem deceperit, de *dolo* conuenitur. *L. 2. in fin. D. de proxen. Dec. Elect. Saxon. 42.* Quapropter multum refert, quem, & qua de causa, aliquis *hortatus* sit, aut *instigauerit*, ad propositum perficiendum. LABEO enim, dolum esse, dixit, omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, quae ad *circumueniendum*, *fallendum*, *decipiendum* adhibeatur. *L. 1. §. 2. D. de dolo malo.* Etiam *exhortatio* & *instigatio*, cum callido consilio circumueniendi alterius coniuncta esse potest, ut merito *pro dolo* habeatur. Inprimis, si homines *simpliciores*, & per se parati ad inepta consilia suscipienda, *ludibrio* habentur, atque ad *dannosa* consilia persequenda, hortationibus & instigatione quadam impelluntur, publice interest, *dolosam* improbitatem coerceri. Nimirum Praetor, propter *simpliciores* inprimis, edictum de *dolo* proposuit, contra illos, qui aliis calliditate sua *obfuerunt*, ne his *malitia* sua lucrosa sit, & ne imbecilliorum *simplicitas* decipiatur. *L. 1. pr. D. de dolo malo.* Quapropter dicemus, eum *dolo* non carere, qui homines imperitos, simplices, ebrios, dementes, quasi calcaribus & stimulis concitat, atque ad extremum casum & praefens periculum deducit, cum horum *imbecillitas* plerumque miserationem potius mereatur, & frenis a pernicie retrahenda sit. Hinc recte CELSVS respondit, cum, qui *furenti gladium* porrexit, ut aliquis interficeretur, videri *causam mortis* praebuisse, ideoque efficaciter conueniri posse, *L. 7. §. 6. D. ad L. Aquil.* Praua enim ingenia, quamuis ipsorum non intersit, gaudent interdum de aliorum incommodis, & cum cachinno derident calamitatem imbecilliorum, in quam, calliditate sua, illos detraxerunt.



Primo quidem expeditum est, quod ipsi simpliciōres illi, *instigatione* & monitis seducti, de vera *iniuria* sibi illata aduersus hortatorem recte ex- periri possint. Qui enim his illudunt & persuadent, vt praua consilia se- quantur, illos *contemptus causa* decipiunt, vt ab aliis derideantur. Sed VLPPIANVS ait, *contumeliam* dici a contemnendo, & illum iniuriam pati, qui in *contemtionem* adducatur. L. 1. pr. & §. 2. D. de iniur. Quamuis enim furiosi, & ebrii, & impuberes, & simpliciōres non sentiant, sibi iniuriam fieri, aut se deludi, tamen pati possunt *iniuriam*, quam non sentiunt, si aliorum *dolo & hortatione*, in damna & pericula deducti, deludun- tur. L. 3. §. 1. & 2. D. de iniur. Non potest aliquem mouere, quod vo- lentes, currentesque in exitium suum, ab hortatore instigentur, ideoque non conqueri posse videantur, si volentes *iniuriam acceperint*. Enim vero simplices illi, quos dolosus *hortator* vana imagine decipit, non vere consen- tiunt, sed prohibendi potius fuissent, ne in turpitudinem & exitium de- laberentur.

Certe pater, si quis filium ipsius, quamuis *consentientem*, ludibrio habuerit, aut in popinam duxerit, vt contra dignitatem aliquid admittat, *iniuriam* accepisse dicitur, L. 26. D. de iniur. neque suo tantum nomine, sed ipsius etiam filii causa, ad quem in primis iniuria pertinet, *duplici iudicio*, *suasorem* iniuriarum conuenire potest. L. 41. & L. 1. §. 9. D. de iniur. Eadem de causa, qui foeminas ingenuas, *hortatione* & suasionibus, impu- dicas facere conatus est, *iniuriarum iudicio* tenetur. L. 9. §. 4. D. de iniur. Quid, quod etiam actio de *dolo*, contra illum datur, qui aliis *obfuit* calli- ditate sua. L. 1. §. 1. D. de dolo malo. Sed, cui magis *obfuit* illa hortatio, quam ipsi personae, quae corrupta est hortatoris instigatione? Recte ob- seruauit IOANNES BRUNNEMANNVS <sup>n)</sup>, ipsi *personae corruptae & seductae* non denegandam esse actionem, quamuis suae potestatis sit, & *con- senserit* in scelus. Ad ipsius enim *personae corruptae* iniuriam spectat, quod alter deceperit hominis simplicis debilitatem,

Ex his igitur intelligitur, quod ipsi decepto iniuria facta sit, si quis *dolo malo* homini simplici, aut dementi, aut ebrio, quamuis prono ad ineptias, *persuaserit*, vt gauiter deliraret, & rem *damnosam* susciperet. Ex quo consequitur, quod *hortator* a decepto *actione iniuriarum & de do- lo*, ob corruptionem, conueniri possit. Neque vero exiustimes, *ioci excu- sati*.

<sup>n)</sup> IO. BRUNNEMANNVS in Comment. ad Pandect. ad Lib. XIV. §. 1. de seru. corrupto p. 375. & de Berger in Oeconomia Iur. Lib. III. Tit. 10. §. 7. not. 15. seq. p. 812.



facione defendi hortatorem, qui ebrios, aut simplices ludibrio habuit, ipsisque, ut rem *damnosam* molirentur, persuasit. *VLPIANVS* quidem, eum, qui per *iocum* aliquem percussit, *iniuriarum* non teneri, credit. *L. 3. ff. 3. D. de iniur.* Sed certe non est *iocus*, si quis *ludibrio* aliquem habeat, & aliorum risui & contemptui exponat, cum hoc sine *dolo* fieri non possit. Multo rectius *diuus HADRIANVS*, etiam illum, qui per *lasciuam* & *petulantiam* morti causam praebuit, aut *damnum* alteri intulit, non absolvendum esse, iudicavit. *L. 4. ff. 1. D. ad L. Corn. de scar.*

Ante aliquot annos, lepida *ICTorum ordini* fabula proponebatur: Sutor, homo simplex, & obsequens, & imperitus, mirifice deludebatur a vicino. Hic in agro propinquo ollam defoderat, carbonibus ardentibus flagrantem. Circa vesperam accedebat ad sutorem, illumque ad fenestram adducebat, ex qua liber prospectus in agrum proximum patebat. Comminiscebatur, se ex improviso fumum ex agro surgentem obseruare, & quasi miraculo rei percitus, *persuadebat* futori, ut secum, ad rem insolitam inuestigandam, progrediretur. Cum ambo proxime accessissent ad locum illum, affirmabat vicinus, thesaurum illo loco depositum videri; se huius rei peritum esse; scintillas & fumum prodere pondus auri & argenti illo loco reconditum: *Hortabatur* sutorem, ut lintea aliquot grandia & dura, glebae agri, ex qua fumus prodierat, confestim iniiceret, & locum notaret: circa noctem vero eo rediret, ollam effoderet, & sub veste occultaret: Ita illam domum ferret, & in loco obscuro reponeret, postea ne attingeret: cras summo mane se reuersurum, dicebat, & praedam cum ipso diuisurum.

Sutor monitis obtemperabat, & imperata diligenter procurabat. Postero die, cum vicino *hortatore* ollam requirebat; hanc carbonibus mortuis repletam, & vestem, quam ollam occultauerat, igne adustam & corruptam inueniebat. *Hortator* ille illudebat misero futori, & rem aliis proponebat: omnes vicini

— — *vident, uoti, pueri, atque puellae o).*

Sutor, qui non solum *damnum* passus, sed etiam *ludibrio* habitus fuerat, de *iniuria* & *damno* apud magistratum querebatur. Placuit, vicinum damnari, ut iniuriam, palinodia seu deprecatione, corrigeret, vestem sarciret, linteorum pretium restitueret, & carcere aliquot dierum *lasciuam* lueret.

### §. V.

*Tertius, qui hortatione laesus est, habet affig-* Iuste igitur iniuriam sibi illatam *uiscitur* homo *deceptus*, quem *hortator, instigatione* sua, *damno* & *contumelia* affecit. Sed non minus *utiliter*

*o) HORAT. Lib. I. Serm. 1. v. 85.*

ter queruntur etiam illi, ad quos ex ea *seductione* sensus damni & iniuriae peruenit. De *patre* quidem & de *marito* dubitari nequit, quin per filios & uxorem, si quis personas illas suadendo ad turpitudinem deduxerit, veram iniuriam ab *hortatore* subinde patiantur. *L. 1. §. 3. & L. 26. D. de iniur.* Sed PAVLLVS obseruat, tunc demum patri aut marito dari *iniuriarum actionem*, si ille, qui rem indignam *suasit* filio, aut uxori, *animum* habuerit, *iniuriam* patri aut marito *faciendi*. *L. 26. D. de iniur.* De hoc *animo*, si non satis constet, cessat *iniuriarum iudicium*, sed patri & marito *utilis actio serui corrupti dabitur*, ad duplum damni, per corruptionem dati, consequendum. Idem enim PAVLLVS, atque MARCIANVS docuerunt, quamuis *directo* patris aut mariti patrimonium, per *corruptionem* filii aut uxoris, non laedatur, tamen *utilem actionem* competere, officio iudicis aestimandam. Nostra enim interest, animum liberorum & uxoris non corrumpi. *L. 14. §. 1. & L. 17. D. de seru. corrupt.*

Sed multo magis *tertius*, qui *directo* laesus est ab homine seducto, aduersus *hortatorem* experiri poterit, quia eius maxime interest. *dist. L. 17. de seru. corrupt.* Dices, *hortatorem*, qui alium *volentem instigauit*, laeso damnum non dedisse, cum ille, quem instigauit, per se *paratus fuerit* ad delinquendum. Immo vero, quamuis ille, qui deliquit, per se *curus* fuisset, tamen *instigatione* aucta est eius improbitas, vt audacius delinqueret *p*).

Certe *laudator* improbi consilii tenetur, quia laudando *malitiam* augere, & hominem, per se improbum, *deteriorem* facere, non debuisset. *L. 1. §. 4. D. de seru. corrupt.* Generaliter, qui alterum *solicitaui* ad aliquid improbe cogitandum aut faciendum, & *hortando* vel *suadendo* improbum hominem in proposito confirmauit, videtur illum *corrupisse*. *L. 1. §. 3. D. de seru. corrupt.* Opportune VLPPIANVS monet, cuius *dolo malo effectum est*, vt alicui iniuria inferretur, cum non minus teneri, ac si ipse iniuriam fecisset. *L. 11. pr. & §. 3. D. de iniur.* Igitur & *tertius*, cui, *hortatu* alterius, iniuria facta est, *suasorem* facinoris, qui *dolo suo* auxit alterius malitiam, *iniuriarum actione* potest conuenire.

Praecipue autem, qui damnum passus est, recte postulat, vt damna sarciantur. VLPPIANVS docet, si quis *dolo malo persuaserit* seruo alterius, vt in puteum descenderet, vel in tectum ascenderet, & seruus ceciderit, aut crus fregerit, vel deterior factus sit, etiam *de seruo corrupto* actionem dari. *L. 3. §. 1. D. de seru. corrupt.* IUSTINIANVS vero, *sua-*

Y 2

fori

p) OVID. de Ponto Lib. II. El. 11. v. 22.

Si tamen burteris, fortius ibit equus.



*fori utilem legis Aquiliae actionem imminere, ait, si seruus, descendendo in puteum, vel in arborem ascendendo, perierit, aut parte corporis aliqua debilitatus sit, cum hortator non quidem corpore suo, sed corpori tamen alieno, damnum dedisse videatur. §. ult. I. de L. Aquil. Noli igitur dubitare, quin instigator serui, cuius facto damnum datum est, utili iudicio, ac si ipse damnum fecerit, conueniri queat. Enim vero, etiam qui sciuit, alterum iniuriam facere, neque tamen prohibuit, cum prohibere debuisset, teste PAVLLO, ipse damnum videbitur dedisse. L. 45. pr. D. ad L. Aquil. Ceterum, si neque corpore, neque corpori, nocitum fuerit, sed homo liber suadendo laesus, aut corruptus sit, aut si quis alio modo causam morti, aut damno praebuerit, VLPIANVS dicit, actionem in factum dari. L. 7. §. 6. D. ad L. Aquil. Quæris, cur haec tam varie constituantur; IVSTINIANVS rem satis expediuit, directa enim, inquit, actio legis Aquiliae tunc demum locum habet, si viroque modo, & corpore nostro, & corpori alieno, seu patrimonio alterius, damnum sit illatum. Si alterutrum deficiat, utilis actio L. Aquiliae competit; si neutrum inueniatur, hoc est, si neque corpore, neque corpori alieno, nocitum fuerit, sed alter tamen nostra culpa, quamuis non immediate, incommodum aliquod acceperit, inuenta est actio in factum, qua reus compellitur, ad omnia damna, etiamsi nec corpore data sint, nec alterius patrimonio directe imminutum sit, resarcienda. Ex qua re apparet, instigatorem, qui neque corpore suo immediate alteri damnum dedit, neque corpus alienum laesit, sola actione in factum efficaciter adigi posse, vt damna per instigationem data resarciat. §. ult. I. de L. Aquil. L. 11. §. 6. D. ad L. Aquil. L. 17. eod. & L. 11. D. praescript. verb.*

Sed, quacunq; demum actione hortator teneatur, certe expeditum est, teneri illum ad damna compensanda. Enim vero, etiam ille, qui equum aut bestiam concitauit, vt alteri noceret, actione in factum compellitur ad damnum restituendum. L. 9. §. 3. & L. 7. §. 3. D. ad L. Aquil. Multo magis igitur, qui hominem imperitum, dementem, ebrium instigatu suo impulit, vt alteri noceret, de damno conuenitur, cum non solum nocuerit laeso, sed etiam laedentem corruerit, ac deteriorem fecerit, suafione sua & hortatu. Proximo mense ICtis Vttembergensibus eiusmodi species offerebatur: Mercenarius adultus persuaserat iuueni quindecim annorum, vt lapillos in tectum proximum coniceret ad terrendas mulierculas, quae circa illum locum opus faciebant: Iuuenis mercenario obtemperauerat, funestissimo euentu: Vnus lapillus, tecto delapsus, fronti mulierculae illidebatur, vt multum sanguinis e vulnere proflueret. Post aliquot tempus, male curato vulnere, muliercula, conuulsionibus misere distorta, animam efflabat. Culpa in hortatorem, qui iuuenem instigauerat, maxime conferebatur. Respon-

spondimus, cum vterque, & qui suaferat, & qui lapillos iecerat, soluendo essent, vtrumque ad sumtus curationis & damna facienda condemnandum, & propter *petulantiam* non solum *iuuenem*, sed etiam *hortatorem poena extraordinaria coercendum esse*. Sed de poena deinceps exponemus.

## §. VI.

Videlicet non sufficit, *damnum* iniuria datum ab *instigatoribus* pen- *Qui factum*  
fari, sed publice etiam interest, *hortatoris* nequitiam puniri. Qui enim *per se illicitum*  
*rem per se illicitam* alteri, quamuis *volenti*, persuaserit, *pestimo exemplo* *per se illicitum*  
& non sine *dolo* videtur nocuisse. Eleganter CLAVDIUS SATURNIVS, *etiam crimi-*  
etiam *consilia* puniendi esse, ait, quia sceleris est instar, maleficos *suadendo* *nali iudicio*  
adiuuisse. L. 16. pr. D. de poen. Nouimus, qua seueritate *potentissimus* *conuenitur*.  
*pater patriae* illos persequatur, qui furibus & latronibus *consilium rei* *Plerumque*  
*illicitae* dederunt: Die Diebs, Wirthe und Hehler, welche denen Dieben *mitius puni-*  
Vorschub thun, und Anschläge geben, wenn sie gleich directo nicht davon *tur, qui tan-*  
participiret, sollen eben die Strafe, wie die Delinquenten selbst, auszustehen *tum suafit,*  
haben 2). Praeterea in *homicidiis* nihil interest, vtrum aliquis occiderit, *sed nihil fe-*  
an causam morti praebuerit, & curauerit, vt alter occidatur. *MANDATOR* *cit, nisi tur-*  
enim caedis pro *homicida* merito habetur. L. 15. pr. D. ad L. Corn. de *uit suafione*  
*ficar.* 2) In *atrocibus* enim *delictis*, ob summum gradum doli & periculi, *suu.*  
*hortator mandatori* merito comparatur. Qui seruum suum iussit suspendi,  
aut praecipitari, vt diximus, *poenam legis Corneliae* non effugiet; etiam si  
ipse suis manibus seruum neque occiderit, neque praecipitauerit. L. un.  
C. de emend. seru. Eadem de causa praetor illum, qui mandauit alteri,  
vt album praetoris corrumpere, in *poenam Edicti* incidisse, iudicauit. L. 7.  
§. 5. de Iurisdic. Immo vero, qui alios rogauit, vt hominem in iudicio  
sistendum vi eximerent vel retinerent, *poenam Edicti* commississe dicitur;  
quamuis ipse hominem non retinuerit. L. 1. §. 1. D. de eo per qu. factum.

Vides, *instigatorem*, qui *delinquentem* in proposito confirmauit, etiam  
*poena publica* coercendum esse. Sed grauius nobis obstat PAPINIANVS,  
qui *instigatorem*, ait, pro *mandatore delicti* non haberi posse; ideoque ar-  
bitratur, *callidum instigatorem* non *infamia notari*, sed *puorem eius* dur-  
taxat

2) Mand. vom 27 Julii 1719. wegen geschwinder Exequirung berer Diebe und Mäus-  
ber, in Cod. Aug. Tom. I. p. 1899. & Mand. nouiss. von Auffuch; und Entdeck-  
ung des Diebs; und Mäuser, Gesindels, de dato Dresden den 14 Dec. 1753;  
§. 3. 7) PAVLL. recept. sent. Lib. V. Tit. 23. §. 5.



taxat *onerari*. L. 20. *D. de his, qui not. infam.* Parum abest, quin PAPINIANVS *instigatorem* poena liberalisse videatur. Sed ausim affirmare, quod PAPINIANVS non cogitauerit *de impunitate hortatoris*. Nimirum, ICtus in illa lege non generaliter *de iure* aut *de poena instigationis* disponit, sed verba sententiae cuiusdam, quam *praeses* provinciae in singulari casu pronunciauerit, interpretatur. Verba Praesidis ita concepta erant: *Videris callido commento instigator accusationis fuisse*. Quae ebat, an his verbis *instigatori infamia* irrogata sit. Respondit PAPINIANVS: *instigatorem* his verbis non *infamia notari*, sed  *pudorem* eius duntaxat *onerari*, dict. L. 20. *D. de his, qui not. infam.* Recte PAPINIANVS iudicauit. *Instigator* enim accusabatur tantum, quod vsus sit *callido commento*. Sed non omnis *calliditas* pro *dolo malo* habetur, ut *poena infamiae* irrogari possit. *Calliditatem* enim Veteres pro solertia acceperunt, nisi improba machinatione, & calliditate *nocitum fuerit* immerenti. L. 1. *pr. & s. 3. D. de dolo malo*. Igitur qui *callido commento* accusatorem *instigasse* dicitur, forsitan non iniuste nocuit, sed habuit idoneam excusationem *instigationis*. Deinde *praeses* in illa sententia, ait, reum *videri callido commento* accusatorem *instigasse*; sed, qui *videtur*, non statim *conuictus* est. *Suspicionem* enim calliditatis tantum *oneratur*. Nemo autem, propter suspicionem duntaxat, *infamia notari* potest, nisi manifeste propter dolum sit damnatus. Itaque, cum sententiae verba dubia, interpretatione benigna emollire debeamus, merito PAPINIANVS censuit, verba ambigua sententiae ita accipienda esse, ut magis *pudor onerari*, quam *infamia irrogata esse* censeatur. Praeterea, non omni poena, *callidum instigatorem*, PAPINIANVS liberavit, sed tantum arbitratus est, verbis huius sententiae, *infamiam* non contineri. Immo vero, vel hoc satis graue est, *si pudor oneratur*. Haec res enim efficit, ut ille, cuius *pudor oneratus* est, etiam in aliis causis, fidem vix inueniat, sed pro homine suspecto habeatur. Hoc sensu dicitur quorundam *opinio onerari & affligi*, qui facto suspecto fidem suam perdidissent, ut merito de illorum honestate dubitari possit. L. 13. *C. ex quib. caus. infam. irrog.* L. 25. *C. ad L. Iul. de adult.* & L. 2. *C. de dignit.*

Itaque PAPINIANVS, *instigatorem*, cuius *pudor oneratus* est, non *omni poenae* exemit, cum ipse *pudor oneratus*, aliquam speciem *poenae* contineat.

Meretur tamen obseruari, quod plerumque *mitius puniantur suaves* delicti, quam ipsi *delinquentes & sceleris ministri*. Qui enim alios duntaxat *hortatur*, ut facinus perpetrent, timidior videtur, quam minister sceleris, qui instigatus ab alio, *pudorem* posuit, & malo exemplo *audacter* rem administravit. Hinc interpretes, *assassinum*, *sceleris ministrum*, mercede

cede ad caedem ab alio conductum, qui rem perpetravit, *rota contunden-*  
*dum esse*, iudicant, cum contra *assassinator*, *sceleris auctor & mandator*,  
 qui *assassinum* mercede conduxit, *gladio tantum puniatur*, & *cadaver eius*  
*rotae imponatur*. arg. art. 130. & 137. Ord. Crim. Carol. 5). Eodem mo-  
 do in *Saxoniae Electoratu* homines nefarii, qui *mercede* ab aliis conducti,  
 innocentes verberant, praeter *poenam ordinariam*, *abscissione aurium &*  
*nasi* puniuntur. Conductores vero, salvis auribus & naso, carcere per octo  
 annos cum carena, & exclusionem ab honoribus coercentur 6). Porro *sua-*  
*fores duellorum*: So teute vorsätzlich zusammen heßen, und dadurch zu Un-  
 gelegenheit oder wohl gar zum Duell Anlaß geben, poena quidem fatis gra-  
 ui 7), sed tamen paulo mitiore, quam ipsi delinquentes, affiendi sunt 8).

Receptum est igitur, ut in *delinquentem*, qui scelus perpetravit, *gravius*,  
 quam in *auctorem & suasorem*, animadvertatur, cum a *suasore*, qui ipse  
 non ausus est rem perpetrare, propter *timiditatis indicium*, minus periculi  
 imminere videatur, quam a feroci & audaci *delincente*. Hi ministri ma-  
 xime terrendi sunt, quia deficientibus ministris scelerum, ipsa scelera quie-  
 scunt. Hac de causa, in specie, quam capite proximo proposuimus, *mer-*  
*cenarium*, qui *iuveni* perluaserat, ut lapillos in tectum coniceret *arbitra-*  
*ria* tantum poena, ob *lasciviam*, puniendum, iudicavimus arg. *Legis 4.*  
*§. 1. D. ad L. Corn. de sicar.* Sed *gravius* animadvertimus in *ministerium*  
 sceleris, qui *suasum mercenarii* in tectum coniecerat lapillos, quorum ictu  
 mulier vulnerata erat.

Apparet igitur, interdum *mitiore poena* affici *instigatores*, qui minus  
 audaciae habent, quam *ministros*. Nolim vero, hoc intelligas de *auctori-*  
*bus & suasoribus seditionis & tumultus*, qui plures & turbam, *oratione &*  
*suasum*, excitant; Hi enim *Legis Iuliae maiestatis* rei iudicantur. *L. 1. & 3.*  
*D. ad Leg. Iul. mai. 9)* In militia, *auctores defectionis & sceleris princi-*  
*pes*, *graviissime* puniri solent, ut sensus poenae ad paucos, metus poenarum  
 ad omnes perveniat 2). SCIPIO, quod LIVIVS testatur, *seditionis aucto-*  
*res* securi percussit, ceteris pepercit 4). MODESTINVS praecipit, *au-*  
*ctorem seditionis*, qui milites concitavit, capite puniri. *L. 3. §. 19. D. de*  
*re mil.* ARRIUS MENANDER, militem, qui *primus* fugam fecerit,  
 Z 2 spe-

5) CARPZ. Part. I. Quaest. Crim. 19. n. 15. sequ. & 58. de Berger Elect. Crim.  
 p. 12. Idem in Oecon. Iur. Lib. III. Tit. XI. §. 12. p. 831. 6) Königl.  
 Pöbln. und Churfürstl. Sächs. Edict wider die Selbststrache §. 15. 7) Ibid.  
 §. 46. 8) Ibid. §. 25. 9) vid. Mand. Elect. Sax. wider das Auslaufen,  
 Tumultuiren im Lande, de dato Dresden den 2 Junii 1726. 2) CAES.  
 de Bell. Gall. Lib. VIII c. 38 §. 34. Curt. Lib. VI. c. 6. §. 34. Veget. de R. M.  
 Lib. III c. 4. a) Liv. Lib. XXVIII c. 28.



ſpectantibus reliquis, capite, tanquam auctorem fugae, puniendum eſſe, arbitratur. *L. 6. ſ. 3. & L. 16. ſ. 1. D. de re milit.* Generaliter auctores ſeditionis & tumultus, concitato populo, aut in crucem tolluntur, aut beſtiis obiiiciuntur, aut in inſulam deportantur. *L. 28. ſ. 3. D. de poen. L. 3. ſ. 4. D. ad L. Corn. de ſicar.* *b)* Supplicio enim auctorum, qui omnibus noti ſunt, reliqui terrentur, vt, capite peremto, membra obtorpeſcant. De archipiratarum ſupplicio ſupra tradidimus. Illud per ſe intelligitur, ſi quis impuberes & dementes inſtigatione deceperit, aut, ſi non ſolum inſtigauerit, ſed etiam adiutor ſceleris fuerit, & reliquos exemplo concitauerit, eum poena grauiore quam reliquos ſocios compeſcendum eſſe. *arg. Conſt. Elect. Sax. XXVI. P. IV.* Certe *proditores*, horrendo & exaſperato ſupplicio digni eſſe, iudicantur. *Ord. Crim. Carol. Art. 124.*

De auctoribus vero turbarum, & de poena ſeductionis. alio libello diligentius exponam.



*b)* *FAVLLVS* recept. ſent. Lib. V. Tit. 25. §. 1.



*Index Dissertt. huius fasciculi,*

---

- CV. Dissert. secularis, *de crimine in excubiis commisso; ad L. 5. §. 2. D. de re militari.* Occasione Cap. 84. et 85. pacis religiosae ducentos abhinc annos confectae. Defend. Christian. Gottlieb SCHLENCKERVS, Beyersdorffio-Misnicus. Vireb. die 4 Octobr. 1755. pag. 1955
- CVI. *De pretio legali, ad L. 63. pr. D. ad Leg. Falcidiam; ad disceptandum proponit* Imman. Theophil. FREYBERG, Dresdensis. Ib. d. 21 Apr. 1756. 1994
- CVII. *Obseruatt. de solutione partis, ad L. 49. §. 1. D. de act. emt.* defend. Carl Ferdin. LEISNERVS, Plavia-Variscus. Ib. d. 3 Mai. eod. 2021
- CVIII. *Obseruatt. de usu nocturno seruitutum in praediis vrbanis; ad L. 14. D. commun. praed. tam vrb. quam rust.* ad disputandum proponit Io. Gottlob HÜTTNER, Plavia-Variscus. Ib. d. 29 Mai. eod. 2024
- CIX. *Obseruatt. de quasi possessione iuris prohibendi; ad L. 11. §. 1. de publiciana in rem actione,* ad disp. proponit Sam. Carol. DUMPFRIYS Longosalissa-Thuringus. Ib. d. 27 Aug. eod. 2042

