

Landesbibliothek Oldenburg

Digitalisierung von Drucken

Dissertationvm Atqve Programmatvm Crellianorvm

Hendel, Johann Christian Hendel, Johann Christian

Halae ad Salam, 1784

VD18 90544366

XCVII. Dissertatio De Intercessione Pro Debitore Mortuo.

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



XCVII.

DISSERTATIO
DE
INTERCESSIONE
PRO DEBITORE MORTVO.

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

VITEMBERGAE, DIE MAIL 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 co- *Fideiussor pro mortuo honestissima est.*
lunt officia & bonae mentis studio ducuntur, illis, quod PLINIVS noster
ait, sacrosancta est amicorum, etiam *demortuorum*, memoria *a)*. Malunt
enim laudem constantiae tueri, & cauere, ne, quos *iudicio* amicos elegerunt,
sola praesentis vtilitatis cogitatione dilexisse videantur. MARCVS
TVLLIVS *b)* Triarium suum, etiam *mortuum*, amavit, & liberis
eius tutor fuit, & totam domum Triarii dilexit.

Igitur bene meritum de genere humano arbitramur FLORENTINVM, qui
fideiussores etiam pro *debitore mortuo* admisit, & non inutilem esse diligen-
tiam amici iudicavit, qui, nondum adita hereditate, memoria pristinae con-
iunctionis, *mortui* fidem intercessione sua liberauit, *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 imitatur, sed solutius acquitatem 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 admitendum 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 efferri 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 credidit, 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 lacefatur, *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 officeretur, §. i. I. qui & ex quib. causis manumitt. non poss. & §. i. 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 fatis defunctus est, sensu rerum humanarum non attingitur, & cuius fere non interest, quocunque 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, obrectatione 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 HORATIVM FLACCVM monet,

Quamquam festinas, non est mora longa; licebit

Iniecto ter puluere curvas 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 PAPINIANVS, etiam ex-
here.

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

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

f) CICERO de Senect. c. 23.

g) vid. PARDVLPH. PRATEIVS in iurisprudent. 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 laceffi, neminem ultorem & vindicem ob stare, 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 & creditoribus 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. *Viui* 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 relictæ 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 imminebat, creditores in illa rerum perturbatione, tantaque consilii inopia, de satisfactione desperabant. GELLIVS 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, GELLIVS 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 suum 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 ¹⁾, quantum oculis subtrahita est, tanto firmitus animo & intus sensibus inhaeret, ut dolor carenti recordatione prioris voluptatis augeri videatur ²⁾. Hunc dolorem lenire commodius non possumus, quam si omni genere officiorum pertinaciter cum cura defungamur.

§. III.

*Intercessio
pro mortuis
est negotio-
rum gestio
post heredi-
tatem ad-
itam. Fideius-
sor heredum
negotia gerit
Hereditas ta-
cens sustinet
personam de-
functi & he-
redis 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. cod.* 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 ³⁾. 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 contraria negotiorum gestorum actione recuperet, quicquid pro mortuo exsoluit. Nimirum etiam pro furioso & pupillo & *ignorante* efficaciter intercedimus, modq

¹⁾ M. MINVC. FELIX in Octavio cap. I. ²⁾ PLIN. Lib. VIII. ep. 5. ³⁾ 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, quamvis 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, quamvis *solius mortui* contemplatione intercesserit. Enim vero lugemus etiam mortuum, quod PAPINIANVS ait, quamvis corpus eius non appareat & quamvis 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 indicauit, 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 Pantoia de Aiala Commentar. in L. fin. Cod. de aleatoribus, apud Ottonem Tom. IV. p. 1075. *n)* vid. IOSEPH. FERDINANDVS DE RETES Excursuum Annalestor. 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. Posset vero dubitari, num negotia *incertae personae* geri possint, quum adhuc ignoratur, ad quem utilitas sit peruentura. Sed nihil hoc nos mouet, quo minus consecramus, etiam *incerti heredis* negotia geri posse a fideiussoribus, qui pro mortuo interuenerunt. Liberaliter enim POMPONIUS apud IULIANUM, 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. ult. D. eod.* Si quis enim Sempronii res administrauerit, quum putaret per errorem, illas ad Iauolenum 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 ignoraverit, 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 ²⁾, quamvis *incerta*, intercedat, *L. 22. D. de fideiuss.* & *mandator*. Quapropter superfedere possumus difficili disputatione, quae multos interpretes ³⁾ exercuit, utrum hereditas *iacens* & nondum adita magis *personam defuncti*, an potius *personam futuri heredis* sustinere videatur. Vtrumque enim veteres dixerunt. GAIUS certe hereditatem iacentem dominam esse; ait, & *defuncti* locum obtinere, *L. 31. §. 1. D. de hered. instituend.* POMPONIO etiamque ULPIANO 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 ULPIANVS & 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.* IUSTINIANVS quidem dubitat & in *plerisque* causis hereditatem iacentem potius defuncti domini, quam heredis futuri, vicem obtinere, arbitratur. *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-

²⁾ vid. JOSEPH. FERDINANDUS DE RETES Excursuum analector. Lib. III. excurs. V. illatio I. in Thesaur. Orton. Tom. V. p. 1269. ³⁾ 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 satisfaciatur. 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 intempestiue 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. 27. §. 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 praerogativa aut iure reali forte muniti sunt, debita exsoluant prius, quam sibi ab his actiones & hypothecae in iudicio credantur, ut in locum illorum succedere & suum 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 & super-

stites amicos veneramur. 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 effectui 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 suscepit, *Qui pro mortuo intercessit, non potest beneficio inuentarii, quamuis postea heres defuncti sit.* illum *actione* fideiussoria ex stipulatu ¹⁾, non secus, atque illum, qui debitum alienum constituit, efficaciter conueniri posse. Vna dubitatio superest, an beneficio inuentarii, ex persona heredis, vii 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. ²⁾ Generaliter enim placuit, fideiussorem non posse in duriores causas accipi. L. 8. §. 7. D. de fideiussor. & mandat. ³⁾ 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-

¹⁾ vid. PARDVLPHI FRATELLI catapodismōr Lib. I. catapod 2. cap. 2. in The-
sauro Euerhard Otton Tom. III. p. 505.

²⁾ vid. OSIVS AVRELIVS de va-
riantibus Cuiacii interpretationibus Dispunct. II. in Theaur. Otton Tom. III.
p. 800.

³⁾ LUDOVICVS 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 duriores causam acceptus videatur, qui promissit, se integra debita exsoluturum 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 debitoris adiit, *heredis iure* uti posse, ideoque nunc quidem, ut heredem, bene-

ficio

ficio inventarii 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 additione hereditatis voluntaria obligationem suam imminuere, quum antea, ut fideiussor, ultra vires hereditatis, ad *integra* debita soluenda compelli potuisset.

Integra igitur debita exsolvet ille, qui pro mortuo fideiussit, quamvis ipse postea adierit hereditatem debitoris. Sed graviter obstat nobis IULIANVS, qui fideiussorem negat, ut fideiussorem, conveniri 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 intervenerat, 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, conveniretur, eaque de causa *beneficio inventarii*, ut heres, uti posset, aduersus creditores. Sed observandum 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 inventarii* 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, quamvis 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, ut minor per maiorem augeatur, nec praesumatur animus nouandi & perimendi priorem obligationem. *L. 8. C. de nouat. & delegat. & Decis. Elect. Sax. LXVI.*

Perfisto igitur in ea sententia, fideiussoris obligationem pleniorē esse, ipsumque ad integra debita soluenda, ultra 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, ut 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
fideiussorit
tamen tene-
tur ut heres
mariti. Por-
tio statuta-
ria non debe-
tur nisi solu-
to aere alie-
no.*

Satis, credo, comprobauimus, fideiussorem, qui postea debitori mor-
tuo successerit, non *ut heredem*, sed ut fideiussorem conueniri, quum pin-
guior sit actio fideiussoria, quam directa ex contractu debitoris. Sunt ta-
men quaedam species, in quibus, *si fideiussio sit inutilis*, ille, qui pro de-
functo intercessit, potius ut heres, quam fideiussoria actione, ad solutionem
compellitur. In primis, si *uxor vidua* pro marito mortuo, in prima luctus
tempestate, nudis verbis fideiussorit, 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 di-
rectae 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 infir-
mari, qua mulier, ut 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 fa-
ctam, sublata videbatur & *restitutoriam actionem* dari in debitorem & he-
redem eius, ut debitum solvatur. *L. 8 §. 9. D. ad SCtum Vellei.* Hinc
actionem DIOCLETIANVS rescissoriam appellat, *L. 16. C. eod.* quasi re-
scindatur nouatio & mulieris intercessio, ut creditor *actione directa* aduer-
sus 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, ut creditori restitutoria & rescissoria actione
succurratur. Scite igitur obseruat VLPIANVS, si mulier, quae fidei-
iussit,

fuisset, 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 *SCti Velleiani* auxilium, si post intercessionem agnuit 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. unic. D. unde vir & vxor.* Neque femina, quae semel agnuit 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 ICtorum Vitenbergensium oblata est eiusmodi species. Vxor vidua, quum, mortuo marito, creditores conuolarent, ut 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 *SCti 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 Beklagten's Principalin ihres verstorbenen Ehemanns Erbim worden, binnen Sächsl. Grift, wie recht, erweisen, dessen genosse er billig. &c. In specie non dissimili Curia prouincialis Vitenbergensis in proximo termino Erhardi huius anni, actorem, qui non allegauerat, vxorem mariti heredem esse, propter *SCti 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.

Ut heres igitur tenetur vxor, quae pro mortuo marito, nudis verbis intercessit, quamvis inutilis sit intercessio. Quid vero fiet de vxore, quae ex *Novella 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 conveniri posse? Haec quaestio discrimen aliquod admittit. Si enim cum liberis succedat vxor, quartam partem, vel virilem portionem, iure *ususfructus* duntaxat, salva liberis substantia, lucratur. *dict. Nou. 117. cap. 5.* Sed qui *ususfructum* habet ex defuncti bonis, non est heres, sed iure singulari admititur 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 conveniri. Sed obiicitur tamen creditoribus, imperatorem, in *dicta Nouella CXVII*, disertis verbis praecipere, vt vxori, cum cognatis concurrenti, pars quarta, iure domini, relinquatur. Constat autem, *dominii* 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 fideiusserit.

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 *communione* & *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.



2) ovivs 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.

Vicunque 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:

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

aut

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

I 2

&

2) CARPZOV. Part. II. const. XXXII. def. 22. Part. I. quaest. 3. num. 12. & alii passim.

a) vid. MODEST. PISTORIS

const. XXVIII. def. 100. b) CARPZOVIVS Part. I.

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. Interpr. Tom II. pag. 1139. num. 14. g) idem ibi-

dem 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. *h)*

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 proscuta 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 *i)*. Ista perturbatio animi videtur efficacior ad muliebre 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 fideiussionem, 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 exiguum 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-
demnatum spiritum effuderis? Id cineres, aut manes, credis, sepulchros
sen-

h) GRUTER. oper. Inscript. Tom. II. p. 786. num. 5.
con c. III.

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

i) PETRON. Satyri.

„sentire? Vis tu, reuiuiscere, reluctantibus fatiis, extinctam? Vis, discusso muliebri errore, quam diu licuerit, lucis commodis frui? Ipsum te iacentis corpus commouere debet, ut viuas. ^{l)} „

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

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

— — paulatim abolere Sichuū

Incipit & viuo tentat praeterire amore

Iam pridem resides animos, desuetaque corda m).

Omnes gaudent, Legem Iuliam miscellam & indictionem viduitatis sublatam esse, cuius necessitatem olim mariti vxoribus testamento imponebant. L. 2. C. de indiēt. viduit. & Nou. XXII. c. 43. & 44. Non paucae tam cito elugebant virum, ut praetor poena infamiae illas terrere cogeretur, quae intra annum luctus nubere & intempestiue deponere memoriam mariti. Hoc enim NERATIUS apud VLPIANVM observauit. L. m. §. 1. & 3. D. de his, qui not. infam. Olim oblitterati sunt mores Germanorum & seuera illorum instituta, ut virgines tantum nubant & cum voto vxoris semel transigatur, omni spe secundi matrimonii sublata n). Clytaemnestra apud SENECAM tragoedum perfidiam hoc titulo excusat, quod mulieres, amare 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 priuini mariti. Hoc prodit illa Panegyris apud PLAVTVM:

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

Vt

l) PETRONIVS C. III. CIT. de Mor. Germ. c. 19. v. 156.

m) VIRGIL. Aeneid. Lib. I. v. 724.

n) TA-

o) SENECA in Agamemnon. Act. 2. Scen. 1.

p) PLAVTVS in Sucho 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 ephesina apud PETRONIVM facile exorata est a milite, ut cadaver defuncti viri, quem incontinentissime lugere credebatur, in cruce deponi pareretur a milite, militis conservandi causa. Hic enim cruces, quibus latrones affixi erant, custodire iussus erat. Interea, vitio humani ingenii, ad matronam, quae maritum insane lugerat, 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, muliebri 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, nehmien 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 ob-
ligans in ne-
gociis heredi-
tariis mariti
etiam iure*

Non igitur inanis est vxoris viduae pro mortuo marito fideiussio, quamuis quodammodo negotium alienum attigisse videatur. Enim vero iuris ciuilis interpretes non prorsus repudiant diligentiam vxoris, quae, propter suam utilitatem, ad aliena, imprimis 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 viuentis, durante matrimonio, *administrait*. *L. 33. D. de negot. gest.* Inprimis si *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 interdixit, 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.*

Iure civili 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 bezahlt 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 *infirmirate* sexus lapsa, & imagine falsae utilitatis seducta est, quod VLP IANVS obseruauit. *L. 2. §. 3. D. ad SCtum Velleian.* Praeterea vxor vidua disertis verbis se obstrinxerat 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 civili* 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 iusiurandum 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* coniugalem in vxore vidua adhuc perdurare, metus tamen, & *imperium maritale*, quo vxores saepe coguntur ad fideiussionem, post mortem viri, prorsus exstinguitur. 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* praeferatur 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 Zukunft 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 Iulii an. 1746.*

Praeterea requirimus, vt vxor vidua sit *maiorennis*, quum minores sine curatore aetatis plane 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, fideiullerat, 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 Scitum 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: daß 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 privilegio*, 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 ⁵⁾. 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 privilegium 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 fideiussionis sibi explicatis, auctoritate curatoris, quamuis omitta *iurisiurandi* formula, renunciasset.

⁵⁾ CARPZOV. Part. II. Const. XVI. def. 10.



XCVIII.

OBSERVATIONES

DE

FORO VIDVARVM.

AD LEGEM XXII. §. I. D. AD MVNICIPAL.

VITEMBERGAE, DIE IVNII CIDI CCCLIV.

Lex XXII. §. I. D. ad municipal.

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

Saepe etiam in somnis defuncti venit imago
Coniugis b).

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

Accelerare fugam patriaque excedere suadent d),

quum leniri dolor vix possit, nisi animum & cogitationem a contemplatio-
ne incommodi praesentis *auocemus e)*. Haec necessitas viduarum animos
interdum ita perturbat, ut vix perdurare queant *in domicilio mariti*, sed
quaerant alium locum, ut oculos a conspectu malorum, quibus afflictae sunt,
auertant *f)*. Audiamus OVIDIUM 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)* Sulpitius
Ciceroni Lib. IV. Epist. XV. *f)* TITVS. LIV. in praefat. oper.
g) OVID. de Remed. Amor. Lib. I. p. 725.