

Landesbibliothek Oldenburg

Digitalisierung von Drucken

Dissertationvm Atqve Programmatvm Crellianorvm

Hendel, Johann Christian Hendel, Johann Christian

Halae ad Salam, 1777

VD18 90544307

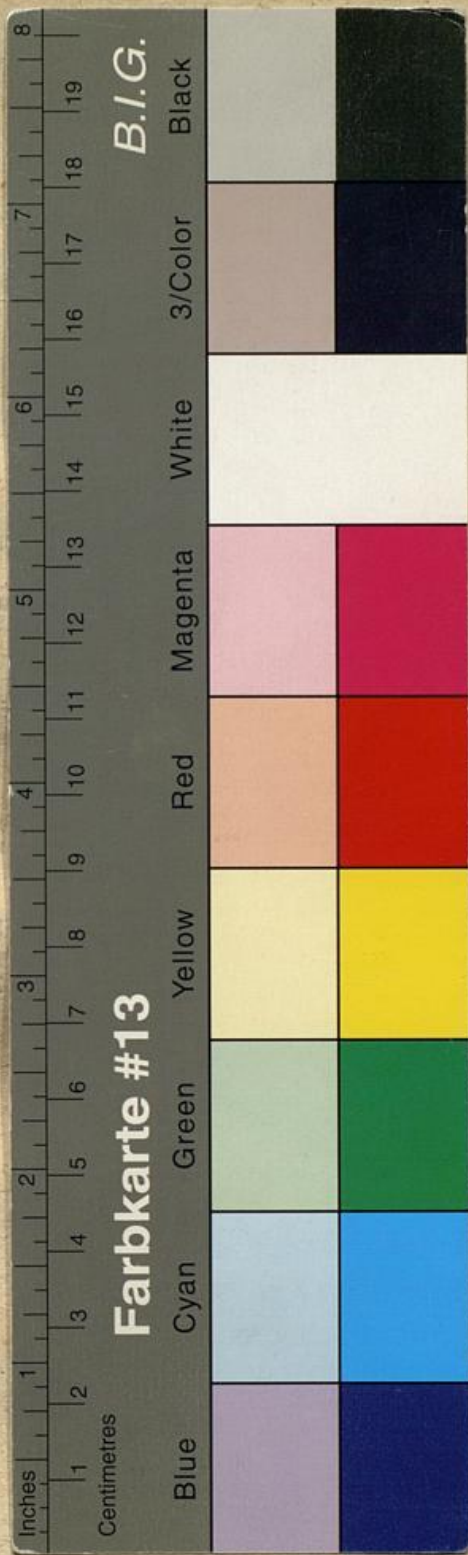
urn:nbn:de:gbv:45:1-13936

DISSERTATIONVM
ATQVE
PROGRAMMATVM
CRELLIANORVM
FASCICVLVS VII.



HALAE AD SALAM
TYPIS ET SVMTV I. C. HENDEL.
I 777.





Index diff. buius fasc.

- LII. *Legatum liberationis solutione spontea non extinguui, ad L. XI. §. 13. D. de legat. 3. disputab.* Ioannes Gotthelf DEMISCH, Pretscha-Saxo. Vitemb. d. Aug. 1742. pag. 1083
- LIII. *Observationes de poena silentii & conscientia delicti alieni; ad §. 5. nouiss. edicti long. clementissimi von gesetzmässiger Bestrafung des vorsehlichen Feueranlegens, Dresdae, d. 16. Nou. a. 1741. propositi defendit* Fridericus KODERISCHIVS, Laucha-Thuring. Ib. d. 29. Aug. 1742. 1103
- LIV. *De legato tacito & implicito, in quo legatarius non nominatus est, ad L. 3. §. 3-5. D. de liberat. legat. disputab.* Valentinus Augustus Marbach, Nisca-Saxo. Ib. d. Sept. eod. 1114
- LV. *De aere alieno uxoris viuæ ex dote omnium bonorum exsoluendo, ad L. 72. D. de iure dotium. disp.* Io. Traugott ALBRECHT, Goricienfis. Ib. d. Mart. 1743. 1134
- LVI. *De venditione rerum cum fundo adhuc cobraerentium, ad L. 40. D. de act. emt. vendit. disp.* Io. Paullus SCHROETER, Dresd. Ib. d. Apr. eod. 1153
- LVII. *De duobus fratribus in eadem lite partium aduersarum patrocini-um suscipientibus; disp.* Frider. August. KIESLING, Zittaiensis. Ib. d. Mai. eod. 1176
- LVIII. *Vtrum feudo legato eius aestimatio debeat disp.* Io. David ZELLNER, Reibersdorffius. Ib. d. Iun. eod. 1184
- LIX. *Portionem stutatariam marito ab uxore bona mente adimi posse, ad constit. elect. Sax. VII. P. III. disp.* Carolus Gottlieb HENNINGIVS, Freybergensis. Ib. d. Iun. eod. 1198
- LX. *Vtrum diuisio per sortitionem facta ob laesionem rescindi possit, ad L. 3. C. commun. vtriusque iudicii, disp.* Carolus Mauritius Leopoldus VERDION, Martisburgensis. Ib. d. Sept. eod. 1214
- LXI. *Progr. inaug. de donatione rerum mortuarum, summos vtr. iur. hon.* Ernest Martin. CHLADENIO conferend. ind. Ib. d. 24. Nou. eod. 1230
- LXII. *De diuisione nominum in iudicio familiae eriscundae interdum necessaria, ad L. 3. D. fam. erisc. defendet* Gotlob Friedrich COITH, Schneeb. Misch. Ib. d. Dec. eod. 1234



LEGATVM LIBERATIONIS SOLVTIONE SPONTANEA NON EXTINGVI.

AD LEGEM XI. §. XIII. D. DE LEGAT. III.

VITEMBERGAE, D. .I. AVG. A. Q. S. P. EST. CIO 13 CC XXXII.

§. I.

*Q*uo quisque est vir melior, tanto magis, quod M. TULLIVS affirmat ^{a)}, *debitio* officii torquetur: & si L. ANNAEVM SENECAM ^{b)} audias, *grauē tormentum* est, *debere*, cui nolis obligatus esse: ut duriora quibusdam haec vincula, quam quibus corpus constringitur, videri possint. Quapropter merito fauimus magnificae illorum virtuti, qui hoc tormentum, non *debitio* duntaxat, sed *rogationis* etiam ^{c)}, debitoribus remittunt, & liberalissimo genere beneficii, *αὐτεπαγγελτοί*, secundum ISOCRATEM ^{d)}, id est, *sponte*, & non rogati, illos liberant, quos necessitate aeris alieni deuinctos & obnoxios tenebant. Enimuero, qui ita de aliis merentur, non solum copiis amicorum & fortunis, sed etiam *verecundiae*, consulunt, qua omnes boni dum aliis se molestos esse, & officio satisfacere non posse, sentiunt, aegerime afficiuntur.

Quod cum intelligerent veteres, qui, interpretatione iuris ciuillis, materiam virtutis & studium honestatis mirifice auxerunt, receptum est, debitores etiam *inuitos* & *ignorantes*, *remissione*, & facilitate creditoris, liberari posse. Hoc enim POMPONIVS & GAIVS praeceperunt l. 23. & 53. D. de solut. Nimirum, quamuis, secundum eundem POMPONIVM l. 57. D. de oblig. & act. contrahi negotia, nisi a *scientibus volentibusque*, non posse videantur, tamen, ut virtuti creditoris locus conspiciatur daretur, placuit, obligationem etiam ignorantibus & obliuantibus efficaciter remitti. Enimuero, cum rem suam dominus derelinquere, & *ius* suum deferere, non prohibeatur, ideoque nihil obtrudi possit *inuito* creditori; disputatione vix indiget, *remissione iuris*, quod creditori competeat, *obligationem*, quae respondet iuri creditoris, quasi

a) CIC. ad Attic. XIV. ep. 13.

b) SENEC. de benef. II. c. 18.

c) SEN.

L. II. de benef. c. 2.

d) ISOCRATES ad demonic. c. 7.



solutione imaginaria, extingui. Opportune igitur *VLPIANVS* l. 30. D. de solut. monuit, praetorem *denegare actiones* creditori, qui accipere noluerit pecuniam debitam, quam debitor, paratus ad soluendum, *obtulisset*: cum hic etiam inuitus, *remissione* & repudiatione, *liberatus* videatur.

Quae cum ita sint, intelligetur, cur inter *transactionem*, & *donationem*, & *remissionem* debiti, discrimen aliquod admiserit *PAPINIANVS* l. 12. §. 13. D. de *administ. & pericul. tutor.* Neque enim quilibet, qui *debitum remittit*, vel *donasse* censetur, vel cum debitore *transgisse*. Et in *donationibus* enim, & in *transactionibus*, inest plerumque aliquid, quod dignitatem beneficii corrumpit. *Transigimus* cum debitore, cum ipsi partem obligationis aut culpa *remittimus*, in causa dubia, ob periculum litis imminuentis: ut debitor, *quasi iure quodam suo*, quamvis *dubio*, remissionem impetrasse videatur. *Donamus*, cum de nostro aliquid tribuimus alteri, vel *roganti* vel certe *consentienti*, & *gratias agenti*. d. l. 12. §. 13. D. de *administ. & peric. tut.* l. 53. D. de *oblig. & act.* *Debitum remittimus*, si de *iure nostro* liberaliter decedimus, & debitori, etiam non petenti, non solum debiti, sed subinde etiam rogationis, gratiam facimus, ipsumque vel inuitum & *ignorantem* liberamus. l. 53. D. de *solut.* Ex quo loco apparet, improprie a *SCAEVOLA* l. 28. §. 2. D. de *liberat. leg. donationem* appellari hoc legatum, quo testator fortis & usurarum gratiam facit debitori, & utrumque ipsi liberaliter *remittit*. Non enim *donasse*, sed *debitum remisisse*, videbitur testator.

Igitur ausim affirmare, *remissionem debiti* plerumque *plenior* esse beneficii speciem, in qua, ut supra comprobatum est, non *debitio* duntaxat, sed *rogationis* etiam, tormentum debitori, quasi dissimulato & abiecto iure nostro, remittimus, soloque ipsum beneficii sensu eiusque recordatione obstrictum retinemus. Iam enim debitor nobis non pecuniam, sed *gratiam*, debet.

Sed, quamvis *dissimilis* sit *debitio pecuniae* & *gratiae*, quod *CICERO* in oratione pro *Cn. PLANCIO* obseruat ^{e)}, tamen haec ipsa *gratiae debitio* quibusdam ita molesta est, ut malint pecuniam soluere, quam gratiam debere. Interdum enim, quod *Caesari* accidisse *VELLEIUS PATERCVLVVS* ^{f)} notauit, misericordiae munus dantis *pertinacia* corrumpitur, cum inuitos blande afficimus, & libentius *damus* beneficia, quam debitores nostri a nobis accipiunt: adeoque illos oneramus nostris officiis, quibus consulere & quos ornare volebamus.

Quapropter inuentum est aliud genus beneficii, in quo careat debitor *molestia* vel referendae vel habendae *gratiae*, & liberalitate nostra, absque vlllo suo incommodo, fruatur.

Ni-

e) *CIC.* pro *Cn. Plancio*, c. 28.f) *VELLEI.* *Paterc.* L. II. c. 51. n. 4.

Nimirum, post longam dubitationem interpretum, si *VLPIANO* fides est, l. 3. pr. D. de *liberat. legat.* tandem obrinuit, ut non solum a viuo creditore debitum remitti posset, sed etiam *suprema voluntate* debitori *liberatio* a testatore efficaciter relinqueretur. Qua re effectum est, ut ne pudor quidem debitoris onerari, neque gratia ab ipso cuiquam deberi videretur, cum *ne posset* quidem reddere gratiam creditori iam defuncto, & heres creditoris ipsum liberare etiam *inuitus* ex testamento teneretur.

Habes igitur perfectissimum genus beneficii, ab omni creditoris inuidia & accipientis molestia liberum, cum debitori *suprema voluntate liberatio legatur*. Quod ne interpretatione iudicum peruerteretur, ita accipiendum est, ut, nisi manifesta sit voluntas testatoris, *legatum liberationis non facile extinguui* censeamus, & fructum remissionis, quantum fieri potest, ad debitorem peruenire patiamur. Cum enim generaliter, quod *PAVLLVS* monet, l. 47. D. de *obligat. & act. ad liberationem promiores*, quam ad condemnationem, esse debeamus; si *liberatio* debitori legata est, dubitare non possumus, voluisse testatorem, ut nisi ipse voluntatem mutauerit, *fructu* quodam sui *beneficii* debitor ornetur. Igitur nec facile credemus testatorem a voluntate benefaciendi discessisse.

Res habet aliquam difficultatem, cum viuo testatori, *postea exsolutum est debitum*, quod ipse debitori *remiserat*, in tabulis supremæ voluntatis. Plerique omnes clamitant, *solutione extinguui legatum liberationis*. *TERENTIO CLEMENTI* enim obsequuntur, qui, l. 21. pr. D. de *liberat. leg.* si id, quod mihi *debes*, inquit, tibi legauero, *tuque illud mihi solueris*, *extinguuiur legatum*.

Sed pignore certarem, neque *TERENTIO CLEMENTI* neque reliquis magistris nostræ artis, placuisse, *qualibet solutione*, nisi luculenta sit voluntas testatoris, qualibet solutione, inquam, perimi *legatum liberationis*. Imo vero certius videtur, nisi mutatio voluntatis appareat, etiam *repeti & condici* posse, quod exsolutum sit a debitore, cui ante uam solueret, liberationem legauit testator. Ita certe *VLPIANO* visum est, qui, lege XI. §. 13. D. de *leg. 3.* „si quis, inquit, nomen debitoris exegerit, quod per „fideicommissum reliquit, *non tamen hoc animo, quasi vellet extinguere* „fideicommissum, poterit dici, *deberi*. Cum enim quidam nomen debitoris *exegisset*, & pro *deposito* pecuniam habuisset, putaui, fideicommissi petitionem superesse: praesertim, quia non ipse exegerat, sed *debitor ultro pecuniam obtulerat*; quo offerente, non potuit non accipere. Paulatim igitur admittemus, etsi rem comparauerit hac parte pecuniae, quam non hoc animo exegit, ut fideicommissarium priuaret fideicommisso, posse fideicommissi petitionem superesse.

Habes verba *VLPIANI*. Sed de sensu & intellectu postea constabit. Ante aliquot annos quidem, a *ICIIS Vitembergensibus* tractabatur eiusmodi species, in qua poterat dubitari, *utrum voluntaria solutione extinctum sit legatum liberationis*. *IAVOLENVS* *TERENTIO* impuberi pecuniam legauerat, quam pater eius *IAVOLENO* ex cambio debuerat, sub usuris. Tutores *TERENTII*, ut pupillum difficultate aeris alieni & onere usurarum liberarent, obtulerant pecuniam creditori *IAVOLENO*. Hic quidem primo cunctatus accipere, ne festinarent, cum ipse non exigeret pecuniam, monuerat tutores. Frustra. Crediderant enim ad officium suum pertinere, ut darent operam, ne pupillus sub usuris pecuniam deberet. Igitur soluerant inuito fere *IAVOLENO*, qui illam in rationes suas inter accepta retulerat, & in rem familiarem conuerterat nummos a tutoribus *TERENTII* solutos. Mortuo *IAVOLENO*, & tabulis apertis, poenirebat tutores festinationis suae & intempestivae sedulitatis, qua *TERENTIVM* pupillum onere usurarum liberare cogitauerant. Igitur proponebatur: *utrum repeti possint nummi exsoluti, quatinus extinctum sit legatum?* Respondimus *mensē Septembri*, anno *clō ICCCXXXIII. superesse repetitionem, & deberi TERENTIO legatum*. Exhibebo ipsam formularem responsi:

Hat *H. J. von S.* in seinem letzten Willen, *Hanns Siegmunden von W. 1200. Thlr.* an demjenigen Capital, so er auf einen von dessen Vater ausgestellten Wechsel bey ihm zu fordern gehabt, dergestalt legiret, daß ihm solcher Wechsel zurückgegeben, und das rückständige Capital nicht gefordert werden solle, und es will Zweifel entstehen, ob mehrermeldeter *H. S. von W.* nunmehr, nachdem die ihm erlassene Wechsel-Schuld bey Lebzeiten des Testatoris bereits abgetragen worden, die ihm legirten 1200. Thlr. beständiger Weise verlangen könne? nach mehrerem Inhalt des uns zugesickten Berichts und derer Beylagen.

Ob nun wohl in angeregtem Vermächtniß das Absehen auf die verscribten und damahls noch rückständigen 1200. Thlr. welche der Legatarius abzuführen verbunden gewesen, hauptsächlich gerichtet worden, mithin dasselbe vor ein legatum liberationis anzusehen, welches, wenn der Testator solche Schuld-Forderung bey Lebzeiten selbst erhoben, ordentlicher Weise hinweg fällt, und ohne Wirkung ist,

§. 21. I. de legat.

l. 7. §. 4. D. de liberat. leg.

demnach, da der von *S.* oberwehntes Capital von denen Vormündern wirklich angenommen, auch in seine Rechnung gebracht, und nicht absonderlich aufbehalten, oder zurück gelegt, daß angeregtes Vermächtniß nunmehr erloschen, es das Ansehen gewinnt.

D. a. b.

D. a. d. die Bezahlung nurberührter Schuld. Post dem Erblasser von des von W. Vormündern freywillig angeboten worden, bey welcher Verwandniß dergleichen legatum, auch nach beschehener Zahlung, wohl gefordert werden kan,

Cum, si testator non exegerit, sed debitor ultro obtulerit pecuniam, quam non potuerit non accipere, fideicommissi petitio superfit,

l. 11. §. 13. D. de leg. 3. dahingegen dasjenige, so ex §. 21. l. de leg. und l. 7. §. 4. de lib. leg. angezogen worden, nur von dem Falle, wenn der Testator die aufliegenden Posten dem Schuldner abgefordert, und von ihm eingemahnet, oder die Veränderung seiner Willens, Meynung sonst zu erkennen gegeben, verstanden werden kan, folglich solches auf obgedachtes Vermächtniß um so viel weniger zu erstrecken, als der animus adimendi legatum so schlechterdings in denen Rechten nicht vermuthet wird,

l. 3. §. 7. D. de adimend. vel transfer. leg. dahero, daß der Testator das ihm bezahlte Capital lediglich aus dieser Ursache, weil ein Gläubiger die ihm angebotene Zahlung anzunehmen sich nicht entbrechen mag, mithin ex necessitate iuris, und keines Weges in der Meynung, dem von W. das ihm beschiedene legatum zu entziehen, in Empfang genommen, wohl zu glauben steht,

So erscheinet daraus so viel, daß der von W. daferne seine gewesene Vormünder ihr Vorgeben, daß sie dem Testatori das Wechsel Capital freywillig angeboten, vermittelst Eydcs bestärcken, die legirten 1200. Thlr. der beschehenen Zahlung ungeachtet, aus des von S. Verlassenschaft zu fordern wohl befugt, W. N. W.

Dabimus hoc dignitati nobilissimi & luculentissimi huius beneficii, vt de illo argumento diligentius tractemus, & rem ab initio, ex certissimis artis nostrae praeceptis, repetamus.

§. II.

Sed, primo quidem, meretur obseruari, olim non satis conuenisse inter interpretes, vtrum liberatio debitori in suprema voluntate vtiliter relinqueretur. VLPIANVS enim, l. 3. pr. D. de liberat. leg. iam demum, ait, certum esse, id est, post variationes quasdam, & longam veterum dubitationem, receptum esse, vt possit debitori liberatio legari. Si quaeris causam dubitandi, illam VLPIANVS alio loco, l. 1. pr. D. de lib. leg. interpretatus est. Mouebat enim veteres, quod debitores adhuc essent domini illarum rerum, quas debent creditoribus. Sed constabat, rem suam nemini vtiliter legari. d. l. 1. D. de lib. leg. Praeterea iuris civilis regula, quam VLPIANVS l. 35. D. de reg. iur. tradidit, ob stare dicebatur. Haec enim, Olim dubitatum an liberatio legari possit. Hodie, quid prodest legatario, vtiliter legatur. Liberatio etiam quasi fidei-

A 3. ne-

reddito chi negotium eodem genere, quo colligatum esset, *dissolui*, postulabat. Quapropter, cum sola creditoris voluntate contrahi non posset obligatio, ne *dissolui* quidem posse eius voluntate videbatur. At vero postea inualuit, omnia, quae meliorem legatarii conditionem facerent, vtiliter legari posse; vt, non tam iuris subtilis regulam, quam voluntatem testatoris, & legatarii vtilitatem, spectaremus. Hinc admissa etiam legata, in quibus res sua domino relicta esset, si quaedam ad dominum commoditas ex legato peruenire posse videretur. Certe IULIANVS l. 86. §. 4. D. de leg. 1. valere legatum ait, si superficies illi, cuius in solo constituta sit, legetur: Quamvis enim soli sit dominus, tamen hoc ipsum consequi, vt seruitute superficiei liberetur, & superficiem lucrifaciat: & propter hanc commoditatem videri vtile legatum. Ex hac causa etiam receptum est, vt necessitas reddendae rationis administratori efficaciter remitteretur. l. 18. C. de fideicommiss. quamvis nihil ad administratorem transferretur hoc legato: satis enim beneficii accepit, quod difficultate reddendae rationis liberatus est. g)

Quae cum ita essent, secundum IULIANVM, dubitari non potuit, quin illa, quae debentur, remitti possent testamento: cum placuerit, vt vel tota obligatio, vel si ita visum esset, etiam pars obligationis, legato efficaciter extingueretur. l. 7. pr. D. de liberat. leg.

Imo vero obtinuit, vt etiam debitor creditori, quod ipsi debet, vtiliter legare, & exceptionem, qua ipse aduersus creditorem tutus esset, remittere posse videretur: cum sufficeret, hac voluntate testatoris meliorem fieri conditionem creditoris. Ita enim ARISTO, IULIANVS, atque VLPRIANVS l. 28. D. de leg. 1. l. 7. §. 2. D. de leg. 3. & l. 13. D. de lib. leg. tradiderunt: quod etiam RAEVARDVS obseruauit. h)

Dicemus igitur, valere legatum liberationis, si quaedam debitoris in illa re commoditas versetur: nec referre, quod non eodem modo tollatur obligatio, quo antea contracta est; cum sit expeditum, iure creditoris remisso, extinguere obligationem, & heredes, secundum defuncti voluntatem, compelli posse ad debitorem liberandum.

Discederem ab hoc loco, nisi vnum adiiciendum esse videretur, quod VLPRIANVS monuit, l. 3. §. 1. D. de liberat. leg. aliquando etiam, factis duntaxat a testatore relinqui liberationem, vt heres, debitum exacturus, exceptione repellatur. Huc imprimis pertinet, si quis decedens, id est, proxime moriturus, chirographum reddat debitori. Apparet, neque inter vivos, reddito chirographo, confestim debitum extinguere, cum plerumque, praeter chirographum alia sublit causa obligationis; neque mortis causa remissum videri debitum, cum vltima voluntas solennitatem aliquam, aut certe quinque testium praesentiam, & praeterea verba testatoris luculenter expellat.

g) V. Praefes, de tutore aneclogisto.

h) RAEVARD. de reg. iur. c. 13, op. T. I. p. 164.

pressa, desiderare videatur. Interim manifesta est subinde voluntas testatoris, remittere debitum volentis, dum chirographum reddit debitori. Igitur *VLPIANVS* ait, *exceptionem* debitori competere, si heres debitum, quamvis reddito chirographo, ab ipso petere auderet: cum *quasi pro fideicommisso* valeat voluntas testatoris, qui chirographum reddidit debitori suo. d. l. 3. §. 1. D. de lib. leg.

Vides non *verum* aut *proprium* subesse fideicommissum, quandoquidem nec heres rogatus est a testatore, nec solennitates adhibitae, cum chirographum debitori redderetur. Sed cum fauor liberationis & aperta voluntas testatoris mouerent interpretes, placuit, hoc casu *fingi fideicommissum*, & ex illo, debitori *exceptionem* dari aduersus heredes creditoris.

Idem *IULIANO* etiam placuit, in alia specie, quae l. 3. §. 2. D. de lib. leg. proponitur ab *VLPIANO*. Finge enim, testatorem *TULLIAE* dedisse chirographum, a debitore *MAEVIO* conscriptum, sed hac lege, ut *MAEVIO* debitori illud redderet post mortem suam. Finge porro, *TULLIAM* obtemperasse voluntati testatoris, & chirographum *MAEVIO* restituisse. *IULIANVS* respondit, videri debitum *MAEVIO* remissum. d. l. 3. §. 2. de lib. leg. Quamvis enim neque legatum sit, nec fideicommissum, tamen, cum ex facto dati & reddit chirographi luculenta sit voluntas testatoris, placuit, *quasi ex fideicommisso*, debitori *exceptionem* dandam esse, aduersus heredes creditoris.

Sed de his quidem *fideicommissis utilibus* & *impropriis*, seu *quasi fideicommissis* alio loco copiosius a nobis tractatum est. ¹⁾ Enimuero etiam aliis in causis, si propter manifestam *aequitatem* legatum, alias *inutile*, sustinendum videretur, tollendae difficultatis causa, veteres *fingebant quasi fideicommissum*. l. 77. D. de leg. 1.

§. III.

Accepisti igitur *fauore liberationis* & *supremae voluntatis*, paulatim *stricte* in-
admissum esse, ut *legato debito* subinde obligatio extinguereur. Neque ^{interpretamur} tamen haec ita intelligenda sunt, ut *profusa liberalitate omne ius testatoris*, ^{legatum li-}
quo debitorem obstrictum habuit, atque etiam illud, de quo non ^{berationis, ne} senserit *plus debitori*
testator, *legata liberatione*, confestim dissolutum & abiectum censeamus. ^{remittatur}
Enimuero, cum generaliter nemo *ius suum* facile dimittere, aut fructum ^{quam de quo}
hereditatis successoris eripere, & hereditatem diminuire omnino voluisse, iu-
dicetur; quae *voluntas* in illa causa in primis venit, si de ^{senserit te-} *interpreta-*
tione legati liberationis dispuemus. Igitur ex ordine verborum, ex con-
glutinatione orationis, ex affectione personarum, ex iis, quae circumstant,
elice-

¹⁾ vid. Praefes, de deposito, cum fideicommisso utili, §. 2. sqq.

eliciemus, *de quo debito senserit testator.* Sed ex his si nihil appareat, non facile dicemus, extinctam aut remissam esse obligationem.

Et primo quidem, cum, *amore legatarii* maxime, beneficia in suprema voluntate relinquuntur, ita interpretabimur legatum, ut, nisi alia voluntas testatoris luculentis indiciis prodatur, soli duntaxat *legatario*, non etiam *tertio*, nisi legatarii interfit, *prodesse liberationem* iudicemus. Ex hoc fonte deriuatum est, quod CELSVS & POMPEIVS, itemque VLPIANVS l. 2. & l. 5. pr. D. de *lib. leg.* iudicarunt, si *fideiussor* legato *liberatus* sit, tamen *reum*, id est, principalem debitorem, ex sua obligatione nihilofecius teneri, atque ab herede conuenire posse: cum fideiussori duntaxat prospicere voluerit testator, & fideiussoris non interfit, vtrum debitor principalis teneatur. Idem etiam IULIANO placuit, ut si duo simus *correi promittendi*, qui eandem obligationem suscepimus, & mihi soli consultum voluerit testator, mihi duntaxat prosit liberatio, *correus* in solidum conueniatur. l. 3. §. 3. D. de *lib. leg.*

Eodem iure vtimur, si *liberatio* debiti, quod filius contraxit, patri, qui debitorem in potestate habeat, legatur. Respondit enim IULIANVS, l. 5. §. 2. de *lib. leg.* patri duntaxat de peculio actionem *pacto remittendam*, ne etiam filius liberetur, de quo non senserit testator.

Itaque sequemur defuncti *voluntatem*, ne quis *liberetur*, quam cui fructum *liberationis* prodesse voluerit testator. Contra igitur, si *interfit* legatarii, ut etiam *tertio* remittatur obligatio, ne, si ipse tantum liberatus sit, ex obligatione alterius, cui ipse sit obstrictus, necessitas solutionis legatario remissae, per ambages ipsi imponatur, dicemus, etiam *tertio prodesse liberationem*, ne obligatio *tertii* legatario noceret.

Quapropter, si reo obligationis gratiam fecerit testator, etiam *fideiussor* liberatur, ne, si fideiussor teneretur, hic quidem vel *mandati* vel *negotiorum gestorum* actione, a reo repeteret pecuniam solutam, adeoque debitori infructuosum esset legatum liberationis. l. 2. pr. D. de *lib. leg.* Igitur dicemus, tunc demum fideiussori non remitti obligationem, qua reus liberatus est, si *donandi animo*, aut *in rem suam*, fideiussorit, ut nequeat a debitore repetere, quod ipse soluerit ex fideiussione. Hoc enim VLPIANVS etiam praecepit, l. 5. pr. D. de *lib. leg.*

Ita fere etiam de *correis promittendi* habendum est, ut, si illi sint *socii*, & *vnus* tantum *liberatus* testamento, *utroque* sociorum liberatus, & tota obligatio extincta videatur, ne legatarius, in *iudicio societatis*, perdat fructum quendam suae liberationis. Quod, video, etiam IULIANO placuisse. l. 3. §. 3. D. de *lib. leg.*

Ex quibus rebus intelligitur, nisi manifesta sit voluntas testatoris, non temere liberalitatem eius *in alios*, de quibus ipse non senserit, proferri.

Sed

Sed hoc fere durius, quod ne *heres* quidem *debitoris* liberetur, nisi appareat testatorem de illo cogitasse, sed sola duntaxat *persona debitoris* tuta sit ex testamento, ne ab ipso debitum petatur. Si enim a *solo debitore* solutionem exigere prohibuerit testator, apparet, reliquos *exclusos* esse a fructu legatae liberationis. Quare, si non adsit *correus*, quem testator excludere his verbis voluisse videatur, *heres debitoris exclusus* videbitur, ne & ipse liberatus sit debito, sed ut *heres*, post mortem debitoris, efficaciter conveniatur. Igitur inspicendum, *in rem*, an *in personam*, exclusis reliquis, conceptum sit legatum. Si enim *totam obligationem* remiserit heredi, Es solle dem *Schuldner dasjenige, so der Testator von ihm zu fordern habe, hiermit erlassen seyn*, nemo dubitabit, non debitorem duntaxat, sed etiam *heredem legato* comprehendere: sin *heres testatoris a solo debitore* pecuniam exigere prohibeatur, *Daß der Erbe von N. die Schuld-Post, damit er ihm verhaftet, nicht fordern, noch ihm damit beschwerlich fallen solle*, dicemus, solam debitoris *personam* liberari. Hanc certe distinctionem video *POMPONIVM* secutum esse, l. 8. §. 3. & 4. D. de *liberat. leg.* Ita enim ille: „tale legatum: *heres meus a LVCIO TITIO ne petito*, ad *heredem* Lucii Titii non transit: quoties enim *personae cohaeret* id, quod legatur, *toties ad heredem eius non transit*, si non cohaeret, transit. Sin *verba liberationis in rem sint collata*, pro eo est, quasi *heres a debitore, eiusque herede, petere prohibeatur.* „

Habes primum obicem, qui legato debiti opponitur, ne quisquam liberetur, *de quo non senserit testator.* Sed aliis etiam modis *constringitur* liberatio legata. Est enim proxima inspectio, ne ipse legatarius *alia obligatione* liberetur, quam de qua appareat, testatorem cogitasse. Eo pertinet inprimis, quod *quacunque remissa obligatione*, secundum *POMPONIVM* & *VLPIANVM* l. 8. §. 6. & l. 9. D. de *liberat. leg.* *dolus malus non remissus* censeatur. Quomodo enim dici possit testatorem etiam de *dolo malo* cogitasse, cum haec talia *ne facere quidem posse* videamur, secundum *MARCIANVM*, l. 20. D. de *condit. instit.* Quapropter, si quid *dolo malo* admiserit debitor, poterit ab herede conveniri, quamvis ipse *heres* cum ipso *agere* prohibitus sit testamento, d. l. 8. §. 6. D. de *liberat. leg.*

Non multum ab hoc recedit, quod, *pignore legato*, sola *obligatio pignoris* remissa, non etiam ipsum *ius crediti* extinctum, censeatur. *IULIANVS* enim atque *VLPIANVS*, l. 1. §. 1. D. de *lib. leg.* ita rem interpretantur, ut nihilominus debitum ab illo peti possit, cui *pignus* sit legatum, nisi ostendatur, *aliam* fuisse testantis voluntatem.

Sed quid de patre debitoris faciemus, qui pro filio debitore *fideiussit*, si illi *liberatio* a creditore sit relicta. Apparet *duplicem* parentis esse obligationem, alteram, quam *fideiussione* pro filio contraxit, alteram, qua *de peculio*



ex obligatione filii tenetur. Quam igitur dicemus obligationem remissam hoc legato? Et primo quidem certum est, *ex ordine verborum* & orationis indicandum esse, utrum patrem *omnino liberare* voluerit testator: hoc enim si apparuerit, *ex neutra* obligatione vtiliter convenietur.

Deinde, si hoc ostendi non possit, secundum IULIANVM l. 5. §. 4. D. de *lib. leg. durior* obligatio, ex qua solidum debetur, videbitur remissa: ideoque ut *fideiussor*, non ut *pater*, liberandus est, ut de *peculio*, propter filii obligationem conveniri possit: nisi alia fuerit voluntas testatoris.

Extremo non omittendum est, legatum *liberationis*, quamvis *generaliter* conceptum, de illis tantum nominibus accipiendum, quae *ante conditum testamentum* contracta sunt a testatore.

Si enim SCAEVOLAE obtemperemus & ipsam rationem audiamus, vix cogitare potuit testator de illis debitis, quae nondum nata fuerunt, cum legaret liberationem l. 28. §. 1. & 2. D. de *lib. leg.*

Sed magis disputatione indiget, si testator, *novatione post testamentum facta*, priora debita, quibus debitorem in testamento liberavit, cum posterioribus confuderit, & utraque vna summa comprehenderit, non mutato testamento, an non liberatio etiam in posterioribus debitis prodesse videatur. Faciamus enim, debitorem centum debuisse, cum liberatio ipsi a creditore legaretur. Faciamus porro, debitorem postea *mutuum* cum testatore contraxisse, ex quo quadraginta deberentur. Pingamus, debitorem postea stipulatione utramque summam, & quam ante debuerat, & quam post testamentum coeperat debere, utramque, inquam, summam, vna stipulatione comprehendisse, & se centum quadraginta soluturum spondisse. An dicemus ipsum legato ab utroque debito absolui? Et posset hoc tentari, cum *novatione* utrumque debitum confusum videatur. Imo vero facilius defenderetur, iam quidem a neutro debitorem esse liberatum: neque a veteri, quia illud *novatione* sit extinctum, neque a posteriori, quia de illo non cogitare potuerit testator, cum legaret liberationem. Sed idem ille, quem antea laudavi, SCAEVOLA respondit, si in eadem *voluntate* manserit testator, *prius duntaxat debitum* remitti. l. 31. §. 5. D. de *lib. leg.*

Extremo maximam difficultatem habet, quod PAPINIANVS ait, generaliter in legato liberationis, videri testatorem illud duntaxat remisisse debitori, *quod manserit in obligatione, donec tabulae* aperirentur: ideoque, si quid *ante apertas tabulas* exsolutum sit, illud repeti non posse. Ita enim ille l. 24. D. de *lib. leg.* Sed hanc difficultatem deinceps diluamus.

§. IV.

Sed, vt plenius intelligatur, non qualibet solutione extingui legatum liberationis, ab instituto non alienum erit, exponere, quis sit fructus & effectus beneficii illius, quo debitum remittitur in testamento.

Et primo quidem DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS, l. 17. C. de fideicommiss. manifestum esse, aiunt, exceptionem debitori ex voluntate defuncti competere, si heres petierit debitum, a quo testator ipsum iussit liberari. Hoc PAPINIANO etiam, & MODESTINO, itemque VLPiano, l. 3. §. 3. & l. 22. D. de liberat. legat. placuit, vt, si liberatio debitori relicta sit, aut testator peti debitum noluerit, debitor exceptione uti possit.

Habes primam commoditatem debitoris ex legato liberationis, vt exceptione tutus esse videatur. Sed his finibus non coercetur testatoris liberalitas, qui necessitatem crediti soluendi debitori voluit remitti. Etiam actio debitori, vt ex aliis legatis, ita ex relicta liberatione, competit, vt liberetur, & fructu remissi debiti plenissime utatur. Hoc enim & POMPONIVS & IAVOLENVS, & VLPianVS, & MODESTINVS tradiderunt. l. 3. §. 3. l. 4. l. 6. l. 20. pr. D. de liberat. leg. Luculentissime PAPINIANVS, debitorem non solum exceptionem habere, sed etiam fideicommissum petere posse, ait, vt ab herede liberetur. l. 22. D. de liberat. leg.

Igitur agere potest debitor, vt liberetur: quandoquidem eius interest, vt non solum ab actione heredis tutus sit, sed vt pignora etiam & fideiussores liberentur, denique vt ipse, luculenta probatione, aliis possit fidem facere, se liberatum esse, & nullis obligationis vinculis teneri, nulli obnoxium esse necessitate aeris alieni exsoluendi.

Sed opportune IULIANVS monet, interesse, quo modo liberari velit debitor, si debitum ipsi sit remissum. Interdum enim, vt acceptilatione liberetur, peti posse, interdum pacto duntaxat ipsum liberari & dimitti. l. 3. §. 3. & l. 5. pr. §. 1. & 2. D. de lib. leg. Nimirum acceptilatione, & AQUILIANA stipulatione imprimis, plenissime, vt constat, debitor a creditore liberatur.

Haec enim perinde liberat, secundum VLPianVM, ac si solutione obligatio peremta esset. l. 7. §. 1. de liberat. leg. l. 5. & 6. D. de acceptil. Aut, si quid, vt MARCIANO videtur, inter solutionem & acceptilationem interest, certe satisfactum creditori videbitur per acceptilationem, vt omne ius actoris extinguatur. l. 49. l. 52. & l. 54. D. de solut. Contra vero, pacta cum strictius accipienda sint, & vix, ultra verba paciscentium, extendantur, apparet, pacto aliquem modo plenius, modo minus plene, & prout paciscentibus placuerit, ab obligatione liberari, vt vel illa tota, vel pars obligationis, remittatur, & vel sola persona debitoris, vel heredes etiam, & pignora, & fideiussores, & vel in perpetuum vel ad tempus, liberentur. Quae cum ita



sint, *voluntatis quaestio* est, de quo genere liberationis senserit testator. Si enim *in rem* conceptum sit legatum, ut supra observatum est, *acceptilatione* opus est, ut tota obligatio extinguatur, & omnes liberentur, quos debitoris interest ex obligationis vinculis dimitti: si *personae* duntaxat consuli voluerit testator, aut sub conditione, aut ad tempus actio remissa fuerit, quod *VLP- IANVS* & *POMPONIVS* in *acceptilationibus* fieri non posse l. 4. & 5. D. de *ac- ceptilat.* docuerunt, *pacto* duntaxat liberabitur debitor, ne vel tertio pro sit li- beratio, vel plus debitori, quam, de quo testator cogitauerit, herede inuito, remittatur. Hoc enim *IULIANVS* & *VENULEIVS* diligenti observatione definiuerunt. l. 3. §. 3. l. 5. pr. §. 1. & 2. D. de *lib. leg.* l. 31. §. 1. D. de *novat.*

Ex his, quae adhuc dicta sunt, intelligitur, legatum liberationis non tan- tum *exceptionem* parere, sed etiam *actionem*, qua petit debitor, ut vel *acce- ptilatione*, vel *pacto*, liberetur. Neque tamen, ut *verbis* tantum dimittat debitorem, ab herede peti potest, sed etiam, ne qua alia ratione fructum libe- rationis interuertat, efficaciter conveniatur. Igitur, si *quid retineat* heres, quod propter debitum contractum *retineri* potuisset, non solum ad *liberandum* debitorem, sed etiam ad *reddendum*, quod retinuit, actione ex testamento compelletur.

PAVLVS quidem l. 16. D. de *lib. leg.* eiusmodi speciem tractavit, in qua heres, etiam, quae retinuit, reddere compulsus est. Si enim conductor, quidquid illum ex conductione dare facere oporteret, remisit locator, *PAVL- LVS* ait, *NERVAM ATILICINVM* respondisse, heredem, qui iure locatio- nis aliquid *retineret*, ex testamento obligatum esse, ut restitueret legatario, quidquid ipse ex locatione, contra supremas tabulas, retinuisse. l. 16. D. de *lib. leg.* Haecenus igitur *agi* potest ex legato liberationis.

§. V.

Is, cui li-
beratio lega-
ta est, inter-
dum etiam
repetere po-
test, quod
heredi credi-
toris per ex-
torem solu-
tum est. Fal-
sa demon-
stratio non
nocet lega-
tario.

Actione igitur uti potest debitor, cui debitum testamento remissum est, non solum ad liberationem consequendam, sed ad reddenda etiam, quae pro- pter debitum testamento extinctum ab herede *retinentur*. d. l. 16. D. de *lib. leg.* Sed, ut supra observatum est, non aequae facilis est praetor, in conditio- ne concedenda, si iam *solutum sit* debitum, a quo liberatio relicta est debi- tori. Si enim *TERENTIVM CLEMENTEM* audiamus, vix *repetitioni* locus erit, si *solveris* debitum, quod tibi sit *remissum* testamento. l. 21. pr. D. de *lib. leg.*

Sed, ne quid nos perturbet, species diuersae coniungendae sunt, ut de singulis distinctius & certius constituamus. Prima erit inspectio, si debitor *he- redi creditoris*, qui *liberationem* ipsi legauerat, *solverit*, defuncto testatore, quod ipsi fuerat remissum. Et certum est, etiam *repeti* interdum posse, quod *he-*

he-

heredi, post legatam liberationem, solutum est, si ille inique acceperit solutionem, & manifesta sit voluntas testatoris. IULIANVS quidem eiusmodi speciem l. 7. §. 5. D. de lib. leg. proposuit, in qua soluti repetitio datur debitori. Ut ecce, faciamus, quod quis filium impuberem instituat heredem, sed impuberi det substitutum, in illum casum, ubi ante pubertatem decesserit impubes. Faciamus porro, substitutum legatis onerari, & iuberi testamento, TITIVM debitorem liberare: faciamus praeterea, filii impuberis tutores nihilominus debitum exigere a TITIO, ipsumque compellere ad solutionem: quia forte credant, relicta a substituto, non a pupillo peti posse, vel, quia separatim obsignata sint, quae ad pupillum pertinerent, ut ignorent tutores, debitori legatam esse liberationem. Iam videamus, si impubes decesserit, & hereditas peruenerit ad substitutum, an TITIVS repetere a substituto possit, quae heredi impuberi, cum ignoraret sibi remissum esse debitum, soluisset. IULIANVS ait, non euanescere legatum, sed substitutum actione ex testamento teneri, ut restituat debitori, quod exegerit pupillus: hoc enim habere rationem, cum manifesta sit voluntas testatoris, d. l. 7. §. 5. D. de liberat. legat.

Eandem rationem sequemur, si a primo herede quidem, sed sub conditione, liberatio relicta erit debitori. Finge igitur, pendente conditione, heredem praecoccupasse, ut cum TERENCE CLEMENTE loquar, & debitum exegisse, priusquam existeret conditio, sub qua debitum remissum esset: an dicemus repeti solutum posse? Et VLPIANVS quidem, itemque TERENCE CLEMENS, l. 7. §. 7. & l. 21. §. 2. D. de lib. leg. ex testamento actionem manere, & solutum repeti ac condici posse, aiunt: cum in arbitrio heredis esse non debeat, ut exactione intempestiua efficeret, quominus, quandocumque existente conditione, fructus legari perveniat ad debitorem. d. l. 21. §. 2. D. de liberat. leg. quod video etiam MARCELLVM in specie non absimili observauisse. l. 5. §. 2. in fine, D. de liberat. leg.

Idem dicemus, si heres, post apertas tabulas, a debitore, cui debitum remissum esse non ignorauerat, illud exegerit, quod hic debuerat defuncto. PAPINIANVS enim ait, hoc dolo esse proximum, adeoque debitori dandam esse repetitionem. l. 24. D. de liberat. leg. Enimuero expeditum est, quamuis vere debitum solutum sit, & iusta causa fuerit soluendi, tamen, cum existente conditione res redierit ad non iustam causam, repetitionem quandoque debitoribus concedi. l. 1. §. 3. D. de condict. sine causa.

Itaque apparet, legatarium, cui debitum remissum sit, non solum ad liberationem efficaciter agere aduersus heredem creditoris, sed ipsi etiam ad reddenda illa, quae post liberationem relictam heredi exsoluta sunt, actionem ex testamento dari, si appareat, heredem, aduersus voluntatem defuncti, debitum a debitore exegisse. Sed vnam tamen, quam supra tetigimus,



difficultatem PAPINIANVS nobis obiicit. Hic enim, d. l. 24. D. de *liberat. leg. quidquid ante apertas tabulas solutum sit heredi*, negat *repeti* debere: cum testator de illo tantum, quod *vsque ad apertas tabulas* in obligatione *manserit*, cogitasse videatur.

Fateor, rem perturbari a PAPINIANO. Parum enim abest, quin existimet, quidquid, *sine dolo malo heredis*, ipsi *solutum* sit a debitore, *repeti non posse*. Sed salua res est, si memineris, ex hac duntaxat ratione PAPINIANVM denegasse *repetitionem*, quia testator de illo, quod solutum fuerit, & non manserit in obligatione, *non cogitasse videatur*. Ex ista enim caussa, quam PAPINIANVS adiicit, intelligitur, etiam *in hac specie quaestionem voluntatis esse*, an de illo tantum, quod vsque ad apertas tabulas manserit in obligatione, *cogitauerit* testator. Sed haec *voluntas*, vt saepe diximus, ex illis, quae circumstant, & imprimis *ex ipsa figura verborum & orationis*, aestimanda est. Igitur si dixerit testator: *nihil peti* a TITIO debere, Es solle Titius, wegen desjenigen, damit Er dem Erblasser verhasstet, von dem Erben nicht in Anspruch genommen werden, facio cum PAPINIANO, vt nihil relictum videatur, nisi quod *manserit in obligatione*, vsque ad tabulas apertas. Satisfecit enim heres voluntati testatoris, si *actionem* debitori remiserit post apertum testamentum, & de residuo ipsum non conuenerit, ob legatum liberationis. POMPONIVS certe docet, ex quibus *reentionem* quidem habemus, *petitionem* non habemus, ea si *soluta* sint, *repeti non posse*. l. 51. D. de *condict. indebiti*.

Atuero omnia alia dicemus, si *ipsa quantitas debiti legato sit expressa*, a qua heres debitorem liberare teneatur: vt puta, Es sollen Titio die verschriebenen 1200. Thlr. zu gute gehen, und erlassen seyn. Ausim affirmare, quod de hac specie postrema non senserit PAPINIANVS: cum appareat, testatorem de *tota quantitate* debiti *cogitauisse*, & debitori eius gratiam fecisse. Igitur tunc vtiliter repetetur, quidquid debitor ex illa quantitate soluerit heredi, quamuis nondum apertae essent tabulae supremae voluntatis.

Itaque dicemus, si totam *quantitatem*, luculenter testamento *expressam*, remitti voluerit testator, omne illud, quod debitor testatoris, post mortem eius, soluerit, actione ex testamento repetendum esse: neque PAPINIANVM l. 24. D. de *liberat. leg.* nobis aduersari, si appareat, quod de *tota quantitate* remittenda cogitauerit testator. Sed video, te nobis obiicere, quod *quantitatem* illam debitori non *simpliciter*, sed *quasi debitam*, remiserit testator, adeoque hoc duntaxat, quod *manserit* in obligatione, non illud, quod *solutum* sit, *debiti* appellatione comprehendi videatur.

Verum enim vero totam *quantitatem* legato expressam, *quasi adhuc debitam*, remittere voluit testator. Itaque, quamuis tempore aperti testamenti non amplius debeatur tota illa quantitas, cum aliquid interim, post mor-

mortem testatoris, debitor soluerit heredi: tamen, quasi *falsa demonstratione* adiecta, non vitiabitur legatum, sed totius quantitatis compendium ad debitorem pertinebit. Aperta enim est voluntas testatoris, qui noluit ex illa quantitate aliquid ad heredem, quamvis nondum aperto testamento, pervenire. Ita enim PAVLLO visum est, l. 25. pr. D. de *liberat. leg.* itemque SCAEVOLAE, l. 88. §. 10. D. de *leg. 2.* vt generaliter, *expressa quantitate*, quae *quasi debita* remittatur, quamvis non amplius sit debita, *quasi falsa demonstratione*, legatum non infirmari censeatur.

§. VI.

Tractauimus, quando *ab herede* repetatur, quod ipsi *post mortem* testatoris solutum est a debitore, qui ignorauerit, *liberationem* sibi legatam esse: superest, vt exponamus, *utrum repeti possit*, quod ipsi testatori debitor soluerit, post conditum ab ipso testamentum, quo debitum remisit debitori. Et in hac quidem specie vinci videmur omnium fere interpretum consensu. Vno enim ore pronunciant, *exactione testatoris legatum liberationis extinguui*. Hoc certe ULPIANVS luculenter praecepit, l. 7. §. 4. D. de *liberat. leg.* qui, ita demum, inquit, *liberatio legata* effectum habet, si non fuerit exactum id a debitore, dum viueret testator: ceterum, si exactum est, euanescebat legatum.

Vides, vix admitti, vt *repetere* possit debitor, quod viuo testatori numerauit, quamvis illud remissum sit suprema voluntate: quodcumque enim solutum fuerit, parum abest, quin exactum videatur. Imò vero apertius TERENCEVS CLEMENS, non tamen *exactionem*, quam *solutionem*, desiderat, qua legatum extinguatur. Ita enim ille: si id, quod mihi deberes, vel tibi, vel alii legauero, idque mihi solueris, vel qualibet alia ratione liberatus a me fueris, extinguatur legatum, l. 21. pr. D. de *liberat. leg.* vt intelligatur, *exactione solutionem* fere qualemcumque comprehendi. Praeterea, vt luculentiora sint exempla *liberationis*, IULIANVS etiam *confusione*, legatum *remissionis* infirmari docet, l. 21. §. 2. D. de *liberat. leg.* cum sufficiat ad legatum extinguendum, quacunque ratione, viuo testatore, aut ante tabulas apertas, extinctam esse obligationem.

Extremo, ne quis existimet, *morosa* demum *exactione* testatoris, & quae cum aliqua *indignatione* coniuncta sit, perimi legatum liberationis, abscisse SCAEVOLA, extinguui legatum, ait, si viuis testator receperit debitum, a quo debitorem testamento liberauit, l. 31. pr. D. de *liberat. legat.* Hanc enim speciem SCAEVOLA proponit: „creditor debitor: legauit, ita: Seio, „quidquid mihi, sub pignore hortorum, debuit, ab heredibus meis dari volo: „quaero, cum testator viuis a Seio aliquid recepit, an id, ex causa legati, „peti possit. Respondit: secundum ea, quae proponerentur, non posse.”

Appa-



Apparet igitur, denegari *repetitionem* debitori, si quid *repperit* testator ex illo debito, a quo liberationem legauerit debitori. Verum enim vero, non dimoueor a sententia, quam, supra, capite primo proposuimus, *non qualibet solutione perimi legatum liberationis*. Nimirum idem, qui nobis antea aduersabatur, IULIANVS, alio loco, generaliter, cum de interpretatione *liberationis legatae* quaeritur, inspicendum esse ait, *quae testantis voluntas fuerit*, in testamento, l. 1. §. 1. D. de *liberat. leg.* Praeerea etiam SCAEVOLA, quem antea in contrariam partem inclinare ostendimus, in eadem fere specie, quam proxime tractauimus, *iudicem aestimaturum* esse, respondit, *utrum quantitatem potius quondam debitam*, sed iam quidem *exsolutam*, an *ius liberationis* duntaxat, relinquere omnino voluisse videatur. l. 31. pr. D. de *lib. leg.* Idem illud etiam in alio exemplo praecipit, ut, si *novatione post conditum testamentum facta*, *extincta* sit prior illa obligatio, quam testator debitori remiserit, tractari debeat, *an in eadem voluntate manserit* testator, & annon vetus illa quantitas, quam tempore testamenti legatarius debebat, legato nihilominus contineatur, l. 31. §. 5. D. de *liberat. leg.*

Extremo VLPNIANVS, ut & cum hoc in gratiam confestim redeamus, l. 11. §. 13. D. de *leg. 3. ex animo* testatoris iudicandum esse, docet, an *repeti* possit debitum, quod viuis deinde *exegerit* testator. Si enim nomen, inquit, debitoris *exegerit*, quod per fideicommissum reliquit, non tamen *hoc animo*, *quasi vellet extinguere fideicommissum*, poterit dici, *illud deberi*. d. l. 11. §. 13. D. de *leg. 3.*

Ex quibus rebus intelligitur, non statim *extingui* legatum *liberationis* *exactione* debiti, aut qualibet *voluntaria solutione*; sed ante omnia quaerendum esse, *quo animo* testator *acceperit solutionem* debiti, quod in testamento antea *remisit* debitori. Atvero *quaestionem* illam *voluntatis* ALEXANDER, quod supra a nobis obseruatum est, *arbitrio iudicis* permittit, ut ex ipsa figura legati, & reliquis quae circumstant, *aestimetur, quo animo testator fuerit*, cum vel *exigeret*, vel *acciperet, solutionem*. l. 7. C. de *fideicommiss.*

Sed dices, superuacaneam videri *quaestionem voluntatis*, si testator *exegerit* legatum: cum ex ipsa re appareat, *voluntas adimendi*. Neque videtur dubitari posse, quin *voluntatem mutauerit* testator, qui *solutionem* vel *exegerit*, vel *acceperit* a debitore post testamentum conditum, cui illam ante in tabulis supremas voluntatis *remisisset*. Ais enim, haec inter se pugnare, testamento *remittere debitum*, & nihilominus *exigere* aut *recipere solutionem*.

Verum enim vero audacter negauerim, *mutari* semper *voluntatem*, si quis *viuis* exigat aut accipiat *solutionem* debiti, quod antea *remisit* testamento.

mento. Habet interdum testator causas grauissimas, cur nolit *uiuis* remittere, quod remisit *testamento*. Supra enim, capite primo, comprobaui-
mus, multum interesse, a *uiuo* remittatur debitum, an *suprema voluntate*. Ni-
mirum *debitio* non solum *pecuniae*, sed etiam *gratiae*, quae defuncto reddi
non potest, remittitur in testamento. Dicit non potest, quantum iucundio-
ra sint quibusdam beneficia, si videant, se pro illis gratiam non debituros,
& donatori non obnoxios futuros esse. Contra, si debitum a uiuo remitti-
tur, certe *gratia* debetur creditori. Sed recte SENECA ^{k)} obseruauit,
quod *grauē tormentum sit, debere, etiam gratiam, cui nolis obligatus*
esse: cum uiris honestis fere grauior sit debitio gratiae, quam prorsus referre
nequeunt, quam *pecuniae*, quae exsolui potest. Enimvero, si TACITUM ^{l)}
itemque Q. CURTIUM, ^{m)} audias, quaedam beneficia, a *uiuis* praestira,
odimus: eousque enim laeta sunt, dum videntur *exsolui posse*: ubi mul-
tum anteuenerunt, *pro gratia odium redditur*: ideoque secundum SENE-
CAM ⁿ⁾ tutius est, quosdam non offendere, quam demeruisse: cum argu-
mentum nihil debentium odio quaerant, ipsosque infensissimos non tantum
post beneficia, sed etiam *propter beneficia*, quandoque habeamus.

Quae cum ita sint, apparet, testatorem aliquando posse *caussis idoneis*
moueri, ut malit, dissimulato, dum uiuit, suo beneficio, post mortem
demum de aliis bene mereri, & inuidiam sui beneficii, qua gratia &
dignitas eius corrumpitur, declinare, & praeterea clientis sui *verecundiae*
consulere, ne sensu huius beneficii aegrius & molestius afficiatur. Profecto
enim, etiam proba ingenia, & quae optime a natura comparata sunt, faci-
lius a *mortuis*, qui nullum ex liberalitate sua incommodum sentiunt, quam
a *uiuis*, debiti remissionem accipiunt & patiuntur: cum his quidem se mo-
lestos fuisse, suam indigentiam, quam plerique boni tegunt, proditam, suam
inopiam misericordia dignam creditori suo uisam fuisse, ex ipso beneficio,
cum pudore, & cum acerbissimo sensu calamitatis suae, suspicentur. Qua-
propter recte ARCESILAVS ^{o)} amico pauperi & aegro, sed *dissimulanti*
paupertatem suam, & non contenti, deesse sibi sumtum ad usus necessa-
rios, *clam* succurrendum esse iudicauit, & puluino eius *ignorantis* saccu-
lum subiecit, ut homo *verecundus*, quod desiderabat, *inuenire* potius, quam
accepisse videretur. Quanto diligentius enim humanam conditionem cogi-
tamus, tanto circumspicius beneficia, quae aliorum infirmari, egestati,
ignominiae, succurrunt, merentibus largimur, ut nota sint solis, quibus
profint, & his etiam, si fieri possit, ignorantibus, & quasi per insidias,
subinde offerantur.

Vides,

k) SENECA de benef. II. c. 18.

l) TACIT. annal. III. c. 18. n. 3.

m) CURT. VI.

c. 8. n. 8.

n) SENECA de benef. L. II. c. 24. n. 1. Id. L. III. c. 1. n. 1.

o) SENECA de benef. II. c. 9. & 10.



Vides, quid mouere possit testatorem, vt *uius* accipiat solutionem, & dissimulet remissionem debiti, quam debitori *post mortem suam* destinauit. Sed accedunt alia, quae suadere possint, ne *uius* remittat debitum, cuius gratiam post mortem facere voluit debitori suo. Fac enim *necessitates repentinæ* obuenire, quae efficiant, vt testator iam quidem carere pecunia non possit, quamuis videat, post mortem suam, ab herede, sine eius incommodo, debitum remitti posse. Aut fingamus, debitorem *sortis facile* iacturam pati, sed *usuras & redditum* ex sorte, quibus ad necessitates vitae tolerandas opus habet, dum uiuit, negligere & abiicere non posse. Haec omnia efficiant, vt, quamuis pertinaciter & perseueranter velit remitti debitum *post mortem suam*, *uius* tamen dissimulet voluntatem remittendi, adeoque vel exigat, vel accipiat solutionem.

Quapropter, quod *SCAEVOLA* ait, l. 31. pr. & §. 5. D. de *liberat. leg.* diligenter aestimandum est, *an non manserit testator in priori voluntate*, quamuis acceperit solutionem. Sed *voluntatem* ex multis rebus facile intelligimus. Eo pertinet, si appareat & probabile sit, testatorem per *obligationem*, aut *inconsulto*, forte aliis rebus occupatum, & cum non vacaret, solutionem accepisse. l. 31. pr. D. de *liberat. leg.* Posset eodem etiam referri, si quis *aegre, & difficulter*, & cum *terguersatione* aliqua, acceperit solutionem. Hoc enim in illa specie, quam capite primo, sub finem, proposuimus, acciderat, quando quidem tutores pupilli, cui liberatio relicta erat, *renuenti* & fere inuito creditori, non tam obtulerant, quam potius *obtruserant*, solutionem.

Praeterea audiamus *VLPIANVM*, qui l. II. §. 13. D. de *leg. 3.* tunc maxime *petitionem fideicommissi superesse*, ait, si nomen debitoris exegisset quidem testator, neque tamen attigisset pecuniam, sed *pro deposito* habuisset. Hoc enim indicio proditur, quod non tam debitum, quam quantitatem potius debito comprehensam, voluerit legare, & hanc ideo seruauerit & custodiuerit, vt ad legatarium post mortem eius perueniret.

Imo vero, si vel attigerit testator pecuniam solutam, & *praedia comparauerit ex illa parte pecuniæ*, tamen, secundum *VLPIANVM*, dicemus, *peti* posse pecuniam, inprimis, si testator non *exegerit*, sed debitor *ultra obtulerit* pecuniam, quam, *ipso offerente*, non potuit non accipere testator d. l. II. §. 13. D. de *lib. leg.*

Ex hoc loco apparet, *voluntaria solutione* debitoris, & *ultra oblata*, nisi proberur voluntatis mutatio, non *extingui legatum liberationis*. Videbitur enim *ex necessitate iuris* accepisse, & non potuisse non accipere solutionem. Sed haec talia, quae *necessario* a nobis fiunt, non ita accipienda sunt, ac si discesserimus a priori voluntate: cum hoc demum ex illis, quae *sponte* fiunt, efficaciter intelligatur.

Atuero

Atuero negas forte, esse aliquam *necessitatem*, quae testatori imponatur, ut accipiat pecuniam *oblatam*: cum *remittere* debitam pecuniam *offerenti* omnino potuisse videatur. Sed ex his, quae adhuc disputata sunt, non obscurum erit, testatorem, nisi *usuris* etiam carere, aut verecundiam debitoris onerare, velit, plerumque *non posse non accipere pecuniam oblatam*. Enimvero, secundum *VLPIANVM*, si debitor offerret pecuniam, creditor *nollet accipere*, huic quidem deinde praetor *denegaret actiones*. l. 30. D. de *solut.* Ideoque, nisi *usuras* etiam viuis *dimittere*, aut beneficium, testamento debitori destinatum, *prodere* & viuis indicare maluerit, *neccessario accipere debet pecuniam oblatam*.

Ex his autem, quae *neccessario* a nobis fiunt, ut diximus, *iudicium mutatae voluntatis* non elicitur, nisi mutatio ex causis aliis probetur. *VLPIANVS* quidem exemplo *alienationis necessariae*, qua res testatoris propria alii legata, ab ipso viuo in alium transfertur, exemplo, inquam, *alienationis necessariae*, de qua proximo anto hunc locum articulo. l. 11. §. 12. D. de *leg. 3.* tractauerat, imprimis vitur, ut probet, non mutatam censi voluntatem, si pecuniam *ultra oblatam* acceperit testator. Enimvero expeditum est, si rem suam, quam legauerat, *necessitate urgente alienauerit* testator, tamen fideicommissum peti posse, nisi heredes *probauerint*, testatorem *adimere* legatum voluisse, d. l. 11. §. 12. D. de *leg. 3.* In his enim talibus, *coniectura voluntatis*, quod *PAPINIANVS* ait, iudicamus, etiam post alienationem necessariam deberi nihilominus legatum. l. 78. §. 1. D. de *leg. 2.* Ex eadem certe causa *SEVERVS* atque *ANTONINVS*, si quis praedia *oppignorauerit*, quae alii legauerat, iudicauerunt, *non mutatam esse voluntatem*, l. 3. C. de *legatis*: cum & *oppignratio* quidem sit *alienationis* quaedam species, sed, talis, ad quam raro, nisi urgente *necessitate* aliqua, deueniamus.

Igitur dicemus, *solutione voluntaria* accepta, *alienari* quidem *ius crediti*, quod debitori testamento remissum est, cum & ille, qui solutionem accipit, *ius actionis alienare* videatur, l. 25. C. de *administ. tut.* sed & hoc dicemus, hanc *alienationem esse necessariam*, cum, *debitore pecuniam offerente*, illam *non potuerit non accipere* testator: hinc alienatione illa *neccessaria*, id est, dum solutionem *neccessario* accipit, & *ius crediti* dimittit creditor, non periri legatum.

Vna tamen adhuc obstat difficultas, quam *VLPIANVS* etiam agnovit, d. l. 11. §. 13. D. de *legat. 3.* quod ipsum *ius crediti solutione extingui videatur*, ideoque *post solutionem* illud non amplius supersit, quod testator legauit aut remisit debitori. Constat autem inter omnes, legatum *rei interitu extingui*: quod *POMPONIUS* docuit, l. 36. §. 3. D. de *leg. 1.*

Habes difficultatem, sed quam facile expediemus. Nimirum si quantitas, quae debitori *remitti* debeat, sit definita testamento, dicemus, non tam *debitum*, quam potius *quantitatem* legatam esse debitori, quod supra a nobis observatum est. Atvero nemo dubitat, *quantitatem nunquam interire*. Neque hoc sine exemplo admisit *VLPIANVS*. Occurrunt enim plures eiusmodi species, in quibus, quamvis *res ipsa* iam praestari nequeat, *aliud quid praestatur*, ut exitum habeat voluntas testatoris. Ut ecce, si ipse rem *emerim*, quam tu mihi legaueris, quamvis res mea mihi legari nequeat, tamen, secundum *IULIANVM* atque *VLPIANVM* l. 34. §. 7. & l. 82. pr. D. de leg. 1. pretium, & quidquid mihi propter emtionem abest, debebitur ex testamento, secundum voluntatem testatoris. Ad eundem modum, quamvis debitum, post solutionem, remitti nequeat, tamen quantitas debito pristino aequalis repetetur.

Eadem dicenda erunt, si quis tertio legauerit, quod alius deberet, ut, si debitor ultro testatori pecuniam obtulerit & soluerit, nihilominus legatarius eandem quantitatem, quam alius antea debuerat, interdum actione ex testamento impetrare possit. De hac enim specie inprimis videtur *VLPIANVS* cogitasse, l. 11. §. 13. D. de legat. 3.

§. VII.

Usurae repeti nequeunt quas debitor exsoluit testatori postquam ipsi liberatio legata fuit testamento.

Satis credo comprobauimus, *repeti posse debitum*, a quo testator debitorem liberauit testamento, quamvis ipsi viuo debitor *obtulerit solutionem*. Sed haud paullo secius iudicandum erit de *usuris*, quas debitor exsoluerit testatori, postquam ipsi liberatio legata fuit testamento.

Enimuero non quidem dissimulauerim, legato *debiti* etiam *usuras*, tanquam accessionem quandam fortis, comprehendi. Hoc enim *SCAEVOLA* praecepit, l. 34. pr. D. de leg. 3. ut in legato debiti *alieni* cum sorte etiam *usurae* debeantur. Sed & illud non ignoro, secundum *VLPIANVM*, *usuras* fortis debitor solutas, quamvis non promissas, & quae *retineri* a debitor potuissent, tamen, si modum *legitimum* non excefferint, *repeti* non posse. l. 26. pr. D. de cond. indeb. Imo vero supra comprobatum est, ideo plerumque *post mortem differri remissionem* debiti, ut testator *uiuus usuris perfruatur*. Itaque, *coniectura voluntatis*, usurae testatori exsolutae, propter *legatum liberationis nunquam repetentur*.



LIII.
OBSERVATIONES
DE POENA SILENTII
ET
CONSCIENſTIAE DELICTI
ALIENI.

AD §. V.

NOVISSIMI EDICTI LONGE CLEMENTISSIMI
Von geſegmäßiger Beſtrafung
des vorſehlichen Feuer-Anlegens
DRESDAE, DIE XVI. NOV. A. 1600 CC XXXXI.

PROPOSITI

VITEMBERGAE, DIE XXIX. AVG. A. Q. S. P. EST. 1600 CC XXXXII.

§. I.

Oὐκ ἔστι κρείττον τοῦ σιωπᾶν οὐδὲ ἐν, quod ille apud STO- *Est & fide-*
BAEVM ^{b)} ait. Nihil certe plerumque πολιτικώτερον, nihil publice priuati- *tuta ſilentio*
que vtilius, quam *cauto & fidei ſilentio* illa perficere, quae ab aliis, verbo- *merces a).*
ſiſſima garrulitate, & magno apparatu, difficilius & impeditius adminiſtrantur. *Conſcientia*
Haec erat illa *Attici eloquentia*, de qua M. TYLLIVS ^{c)} ſe aliquid ſum- *delicti alie-*
ſiſſe ſcribit, cum ad verbosam hoſpitis narrationem *tacuiſſet*. CAIVS enim *ni aliquan-*
PLINIVS II. ^{d)} non minus eſſe *oratorium* fatetur, *tacere* aliquando, quam *do nocet. Ex*
delicto alie-
dicere: multisque ſe, capitis etiam reis, fere magis *ſilentio*, quam accuratiſſima *no nemo fa-*
cile tenetur.
oratione, profuiſſe: & EPAMINONDAS ille, Pythagoricis praeceptis inſti-
tutus, cum, inter alias virtutes imperatorias, *commiſſa* inprimis diligentiffime
celaret, non minus hoc rei publicae prodeſſe affirmabat, quam diſerte dicere ^{e)}.
Haec denique eſt virtus illa heroica, cui maxime Hiſpanos quosdam TACI-

C 3

TVS

^{a)} HORAT. III. od. 2. v. 25.
Atticum L. XIII. ep. 42.
in Epaminonda, c. 3.

^{b)} STORAEVS f. 33. p. 221.
^{d)} PLINIVS, L. VII, ep. 6. n. 7.

^{c)} CIC. ad
^{e)} NEPOS



TVS f) & TROGI POMPEII EPITOMATOR g), etiam inter tormenta, immortuos testantur. Extremo haec ostendit, hominem, qui tacere possit, sibi imperare, & habere animum in potestate, & quid utile dictu, periculosum evenitu videatur, circumspecto consilio aestimare posse.

Enimvero etiam ex ICTorum sententia, interdum, quod NASO h) ait:

— — — *gravis est culpa, tacenda loqui,*
& generaliter, inter *privatos*, culpa est, secundum POMPONIUM, *immi-
scere se rei ad se non pertinenti*, l. 36. D. de reg. iur. cum turpe videatur,
de aliorum negotiis, quae vix percontando & diuinando, quasi per tranfen-
nam, oculo ambiguo perspicere possimus, garrulitate inconsulta fabulas nar-
rare.

Quae cum ita sint, disputatione vix indiget, illos omnino, qui, contra
datam fidem, etiam privatorum *arcanas* rationes, quamvis per *levitatem* dun-
taxat, aliis percontantibus renunciant, si damnum inde enascatur, coercendos
esse, & de damno faciundo efficaciter a laeso conveniri posse. Sed in illos in-
primis, qui *dolo malo*, & studio nocendi, cum amicorum aduersariis conspirant,
& secretas opportunitates, sibi solis maxime perspectas, indicant, aut piratis,
furibus, latronibus, sicariis, occultos aditus & tempora, quibus commodissime
noceri possit, per insidias ostendunt, in illos, inquam omnes, tanquam in *pro-
ditores*, severissimo supplicio animadvertendum est. Hos enim veteres Ger-
mani, quod TACITVS observat i), *arboribus suspensos* enecabant: Saxo-
nes *crurifragio* plectebant. Ita enim *vetus auctor iuris provincialis* 2. §. X.
art. 13. Alle Mörder, und die den Pflug berauben 2c. und Verräther
und Mordbrenner, und die ihres Herren Vorscheft werben zu ihrem From-
men, oder von eines andern wegen, die soll man alle Radebrechen. Quod
ne quis ad publicam prodicionem duntaxat pertinere arbitretur, audiamus *im-
peratorem CAROLVM V.* qui art. 124. *ordin. crimin.* etiam *privatae pro-
ditionis* reos capite mulctari iubet. Welcher mit boshaftiger Verräthe-
rey mißhandelt, soll der Gewohnheit nach, durch Viertelung zum Tod
gestrafet werden: Wäre es aber ein Weibsbild, die soll man ertränken.
Und wo solche Verrätherey grossen Schaden oder Aergerniß bringen mögte,
als die so ein Land, Stadt, seinen eignen Herrn, Bettgenossen, oder
nahe gesippte Freunde beträfe, so mag die Straf durch Schleifung, oder
Zängen, Reissen, gemehret, und also zu tödlicher Strafe geführt werden.
Certe maiores nostros, etiam ante Caroli V. tempora illius moris vestigia reli-
quisse B. RHENANVS k) observavit. Sed apud nos quidem, sapientissima
lege

f) TACIT. anthal. IV. c. 45.

h) OVID. de arte amandi l. 2. v. 603.

k) B. RHENANVS, rer. Germanic. l. 3.

g) IUSTIN. histor. Philipp. l. 44. c. 2. n. 3.

j) TACIT. de moribus German. c. 12.

lege constitutum est, ut, qui *privatum* exteris, *militiae* causa inprimis, prodiderit, Germanorum veterum exemplo, infelici arbori *recte suspendatur*.

Vides igitur, non solum qui *principem* aut rempublicam, sed etiam, qui *dominum*, *consanguineos*, aut alios prodiderit, ut in periculum incurrant, *poenam capitis* subire. Sed multo magis puniendi sunt, qui cum hostibus reipublicae vel consilia communicant, vel *arcanas rationes*, suae inprimis fidei commissas, ipsis *renunciant*, ut res publica ipsorum *proditione* perturbetur. Hi enim, secundum *ULPIANUM*, *perduellionis* rei sunt, l. 1. §. 1. D. ad leg. Jul. mai. Inprimis transfugae, & consiliorum nostrorum *renunciantes*, quod *PAVLLVS* ait, aut viui exuruntur, aut furcae suspenduntur l. 38. §. 1. D. de poen. aut certe, si *TARRVNTENO PATERNO* fides est, praecipue milites, *capite* plerumque puniuntur. l. 7. D. de re milit.

Igitur dubitare non possumus, fidem & silentium obstinata fide praestitum, non solum in plerisque causis *tutissimum*, sed etiam aliquando *necessarium* esse, & severissima lege nobis impositum, certe plerumque *innoxium* videri, & cum nullo periculo coniunctum. Imo vero ne quidem *delicti alieni*, inprimis iamtum perpetrati, sola *conscientia* quisquam facile contaminatur: ut quandoque, nisi quis testis esse iubeatur, tutius honestiusque sit, *silentio* illa tegere, quorum notitia attingimur, quam, cum nota improbitatis, temere proferre, quae cum aliorum damno & iniuria coniuncta esse videamus.

Nimirum generaliter receptum est, *ne quis ex delicto alieno puniatur*. 1) Ne *uxores* quidem, quamvis plerumque *consciae* facinorum, quae a maritis perpetrantur, nisi & auxiliatrices fuerint, ex maritorum culpa puniuntur. *DIOCLETIANVS* enim & *MAXIMIANVS* l. 2. C. ne uxor pro marito, praeceperunt, ne sensus poenae, quam maritus meruit, ad uxorem perveniret: quod video etiam *SEVERVM* & *ANTONINVM* itemque *ULPIANVM*, denique & *CONSTANTINVM* probavisse, l. 1. C. de vi publ. & priv. l. 13. §. 1. D. de donat. int. vir. & ux. eod. l. 24. C. eod.

Igitur plerumque quidem nostra non interest, ut delictum ab aliis commissum *indicemus*: sed, quod supra observavimus, *culpa est*, se immiscere negotio *ad se non pertinenti*. l. 35. D. de reg. iur. & culpa quidem tanto grauior, quanto facilius *tacere* potuisses. Secundum *NASONEM* enim, m)

exigua est virtus, praestare silentia rebus.

Sed haec quidem quamvis certa omnino & extra dubitationem posita videri possint, profecto tamen aliquando non minor virtus est, *dicenda renunciare* & proferre in apricam lucem. Quoties enim vel *publice*, vel aliorum

1) *GALL.* II. obseru. cam. §6. n. 2. sqq.

m) *OVID.* de arte am. L. II. v. 603.

rum, quibus *fide* & officio singulari obstringimur, interest, ne *delictum futurum* & nondum perpetratum ignoretur, toties *silentium* & *conscientia delicti alieni*, eiusque occultatio & reticentia, poenam certissimam merentur. Enimuero saepe periculosum est silentium:

Euertere silentia amyclas,
quod ait *SILIVS Italicus*, ⁿ⁾ illasque in maximum periculum adduxit, quod lege cautum esset, ne aduentus hostium, illorumque consilia, ciuibus a quopiam *renunciarentur*. Hac enim re effectum est, ut improuiso *amyclae* caperentur. ^{o)}

Hoc est *prodere* rempublicam, & amicos atque coniunctos deserere. si illos non admoneamus, aut si *dissimulemus* illud periculum, in quo versentur, & perniciem, quae istis ab aliis paretur. Ita certe *M. TULLIO* visum est, ^{p)} qui, duo, ait, genera esse iniustitiae: vnum eorum, qui inferant iniuriam, alterum eorum, qui ab iis, quibus infertur, *cum possunt, illam non propulsent*. Qui enim non defendit, nec *obsistit iniuriae, si potest*, tam est in vitio, quam *si parentes aut amicos aut patriam deserat*.

Igitur *fidem* fallit, & *proditionis* crimine polluitur, qui vel *patriae*, vel *amico*, vel *ciui*, non renunciat consilia hostium aut aduersariorum, qui perniciem aliquam & pestem machinantur. Imò vero, si *ALEXANDRUM III.* pontificem audiamus, hominem occidit, qui *cum posset* liberare, suo illum *indicio* non liberavit. c. 6. §. 3. X. de homicid. volunt.

Haec quidem nobis in mentem venerunt, cum haud ita pridem, odio *incendiariorum*, ad depellendum illud periculum, quod isti moliantur, a *potentissimo Augusto nostro, optimo, felicissimo, patriae parente*, lege sapientissima caperetur, ut *omnes conscii*, qui non *prodiderint* incendiariorum consilia, ipsosque, ut conquiri possent, *indicauerint*, poena grauissima coercerentur.

His enim verbis conceptum est edictum: ^{q)} Diesenigen, welche von dergleichen Feuer-Anlegen Nachricht bekommen, und solches nicht so fort behörig anzeigen, noch zu Erlangung solcher ruchlosen Leute behüßlich sind, oder wenigstens alle diensame Mittel darzu an die Hand geben, sollen, ob sie schon an der That selbst keinen Antheil genommen, noch darben impliciret gewesen, mit harten, und, nach Befinden, empfindlichen Leibes-Bestungs, oder Zuchthaus-Straffen angesehen werden.

Sed,

ⁿ⁾ *SILIVS Italicus*, Panic. L. VIII. v. 530. ^{o)} *SERVIUS* ad virg. Aen. X. v. 564. ^{p)} *cic. de offic. L. I. c. VII. al. 23.* ^{q)} *Ihro Königl. Maj. in Pösten, als Chur-Fürstens zu Sachsen Mandat von gesetzmäßiger Bestrafung des vorsehlichen Feuer-Anlegens, de dato Dresden, am 16 Nov. anno 1742. S. V.*

Sed, cum iam quidem non vacet, modum iusti commentarii implere, iuvabit, quasi in transcurso, & extremis digitis duntaxat, indicare, quando conscientia criminis alieni, eiusque reticentia, poenam mereatur.

§. II.

Ex his, quae supra disputata sunt, apparebit, si honestatis rationem habeamus, non dissimulandum esse delictum alienum, sed indicandum, atque prohibendum, ne ille, in cuius caput aliquid cuditur, damno aut iniuria afficiatur.

Sed quae honestatis sunt, fere non semper & simpliciter, sed pro vi-
rium nostrarum copia, & tunc demum, cum sine nostro maiori incommodum praestari possunt, a nobis exiguntur. Quapropter durum videri posset, etiam in levioribus delictis, quae non publicam securitatem, sed commoditatem singulorum potius, conuellant & perturbant, durum, inquam, videri posset, omnibus consciis, quamvis societate facinoris non contineantur, necessitatem accusandi, aut indicandi, cum magno ipsorum periculo imponere, ut singulorum emolumentis & privato compendio consulatur. Itaque in his quidem delictis, quibus singuli laeduntur, nisi cum illis speciali vinculo coniuncti simus, aut exemplum ad alios peruenturum metumur, aut lege singulari aliud constitutum sit, plerumque remittitur necessitas accusationis, ut solum quidem silentium & sola reticentia poenam non mereri videatur.

De his enim fere DIVI FRATRES, & DIVVS HADRIANVS, itemque DIOCLETIANVS intelligendi sunt, qui l. 19. pr. & §. 1. D. de accusat. & l. vn. C. ut nemo inuit. accus. rescripserunt, neminem accusare, aut plures reos facere, inuitum cogi posse. Sed hi quidem maxime de accusatione solenni praeceperunt. Eaedem tamen causae, ex quibus accusatio remitti solet, videntur in his talibus delictis etiam denunciationis & indicationis gratiam facere, ne quis inuitus ad illam compellatur. Et laesum quidem certe, quamvis furtum vel rapinam passus sit, etiam CAROLVS V. a necessitate denunciationis simpliciter absoluit: Ob ein Beschuldigter seine Habe, die ihm durch Diebstahl oder Raub entwendet worden, mit gutem von dem Thäter wieder zu wege brächte, darum soll er, in diesen und andern dergleichen Fällen, zu klagen wider seinen Willen, nicht genöthiget werden. Ordin. crim. art. 214. Idem video etiam Saxonibus olim placuisse: Ein jeglicher Mann mag wohl seinen Schaden verschweigen, und nicht klagen, dieweil Er will. i. l. R. 63.

Igitur in priuatis quidem delictis, non videtur nocere conscientia criminis, postquam necessitas accusationis remissa est extraneis, qui nullo nobis speciali vinculo tenentur. Sed noli existimare, prorsus innocuam esse delicti alieni dissimulationem. Nimirum, si natura illius criminis, cuius
lasc. VII. D quis



quis *consciis* fuisse ostenditur, *socios* admittat, & *auxiliatores* & *opem* aliorum delideret *suspicio societatis cum facinorosis initae* in illos merito conferatur, qui, cum *conscii* essent alieni facinoris, illud non indicarunt aut prohibuerunt. Illa enim omnia, quae *honestatis* ratio exigit, si a quoquam neglecta sint, facile *coniecturam facti illiciti* pariunt, & efficiunt, ut leuiiores etiam aduersus ipsum suspensiones admittamus. Plerique certe, quod M. TULLIUS ¹⁾ ait, qui quiescunt, dum aliis fit iniuria, non improbant, cum patiuntur, cum tacent, clamant, cum non prohibent, imperare etiam videntur. Praeterea non facile facinorosi cum aliis consilia conferunt, nisi quos eodem, quo ipsi, animo, esse intelligant, neque produnt aut ostendunt studium nocendi, nisi illis, quos sibi *adiutores* fore arbitrentur. Quae cum ita sint, *conscii* delicti alieni plerumque *suspicionem societatis* onerantur, neque illam facile diluunt, nisi, se ex aliis innocentibus delictum alienum cognouisse, aut tempore delicti perpetrati a facinorosis seiunctos fuisse, aut illud etiam *dissuasisse*, comprobare possint. Ita certe ALEXANDRO III. pontifici visum est, qui c. 6. §. 2. X. de homicid. volunt. illos non carere *scrupulo*, id est, *suspicionem societatis occultae*, ait, qui manifesto facinori non obuauerint. Sed INNOCENTIUS III. tamen diacono, qui cum consanguinei eius consilium abbatis occidendi iniissent, illud *dissuasit*, quamvis non indicauerit gratiam delicti fecit: cum societatis suspensionem admonitione sua declinasse videretur. c. 17. X. de homicid. volunt.

Ex eadem causa MAECIANUS TREBIVM GERMANVM recte censet etiam de *impubere* quodam seruo, qui, cum dominus occideretur, ad pedes domini cubuerat, fuisse supplicium, quod ille caedem eius postea non prodidisset: ex hoc enim silentio, ait, intelligi facinoris societatem. l. 14. D. de Scto Siliano. Quod video etiam IACOBVM MENOCHIVM ²⁾ obseruasse.

Sed ita quidem de *merito silentio* habendum est, cum quis duntaxat *reticuit* delictum alienum. Ceterum, si etiam *celauerit* aut *occultauerit* facinorosos, aut in subsidiis steterit, videbitur *auxilium* & *opem* praestitisse, & ex suo delicto punietur. Agnouit hoc discrimen ULPIANVS l. 48. §. 1. D. de furt. & multum interesse credidit, virum quis furem *celet*, an duntaxat *non indicet*. cum, qui furem *nouerit*, furti non omnino teneatur, sed, qui *celet*, teneatur. Hoc est, quod MARCIANVS *receptatores* per se de puniri iubet, ac latrones: cum pessimum sit genus *receptorum*, sine quibus nemo diu latere possit: quare in pari causa habendi sint, qui, cum comprehendere latrones possent, pecunia inprimis vel parte rerum surreptiarum accepta, illos dimisissent. l. 1. D. de receptat. Hoc etiam HONORIO

¹⁾ CIC. orat. in Catilin. l. c. §.

²⁾ n. 8.

²⁾ MENOCH. de arbitr. iud. l. II. cas. 355.

& THEODOSIO placuit, ut rapina & conscientia rapinae eodem loco habeantur: cum, qui rapuit, & qui, conscius rapinae, rem raptam seruauerit, pariter omnino deliquisse videantur. l. 9. C. ad leg. Iul. de vi publ. & priuat. Ita etiam ALEXANDRO III. visum est, ut, qui illis, quos sciret esse sicarios, in sarcinis custodiendis ministerium praebuerit, poenam meruisse censeretur. c. 6. §. 4. X. de homicid. volunt. Eandem PAVLVS rationem secutus est, qui, l. 40. pr. D. de poen. illum, qui hostem sciens suscepit, in insulam deportandum esse, iudicauit. Praeterea, qui seruos fugitivos protexerit, & occultauerit, quos sciebat, dominum suum domi occidisse, VIPIANVS, lege Cornelia de sicariis teneri, ait. l. 3. §. 12. D. de SCio Silanian. & l. 3. §. 3. D. de incend. ruin.

Extremo, apud Saxones, receptatores, inprimis, qui partem rerum raptarum furtiuarumque acceperint, eadem, qua fures, poena coerceri, alio loco a nobis obseruatum est.

§. III.

Satis, credo, comprobatum est, *conscios* delicti alieni, ex silentio suo, suspectos esse de criminis societate, &, si celauerint, & occultauerint delictum, etiam puniendos esse: ceterum, in priuatis delictis, quibus singuli laeduntur quidem, neque tamen magno incommodo afficiuntur, ut supra ostendimus, *conscios* aliquando ignoscitur, si non indicauerint periculum futurum. Sed hi tamen honestius faciunt, qui, cum possint, iniuriam aut periculum indicent, & ab innocentibus, depellant. Ut enim quisque est vir melior, ita facilius innocentibus, quam facinorosis, etiam cum suo quodam incommodo, officium praestabit. Quapropter gradus doli, aut culpae & negligentiae a iudice inprimis aestimandus est, ut expediat, vtrum *conscios* delictorum ignoscendum sit, an poena irroganda videatur.

Sed vix attinet monere, qui ex fide data obstricti sunt, ut commoda nostra augeant & amplificent. *damna auertant*, daß sie Nachtheil und Schaden warnen und verhüten sollen, de silentio & conscientia delicti alieni, ex quo nobis damnum imminet, omnimodo teneri, &, si non indicauerint, poenam effugere non posse. Igitur coniuges, parentes, liberos, famulos, clientes, vigiles, custodes, nemo dubitat, ad faciendum indicium, & renuntianda aliorum consilia, quae nobis periculosa sint, obstringi. Non enim dolo carent, qui datum sibi negotium deserunt, &, cum in fide ipsorum conqueuerimus, ab aliis nos circumueniri patiuntur.

Eo inprimis pertinent, qui fidelitatis religione ob feudum domino directo obligantur. Hi enim, quamuis domino seruitium alias non offerre, sed sibi indictum duntaxat praebere, debeant, tamen, si sciant, magnum ei periculum imminere, ultro adiutorium suum domino praestare obstringuntur. 2 F. 26. §. licet. 2. F. 28.

D 2

Ex



Ex eodem fonte deriuatur, quod serui, ex Scto Silaniano, capitis sui periculo, *custodiam* domino non solum a domesticis, sed etiam ab extraneis, praestare teneantur, & secundum MARCIANVM atque VLPIANVM, si auxilium non tulerint, cum *conscii* essent, adeoque certe suo *iudicio* opem ferre *potuissent*, capite mulctentur. l. i. pr. § 18. 26. & ult. D. de Scto Silan. l. 14. D. eod. In qua specie hoc singulare est, quod, propter *fidem* in dominum, ipsi domino quandoque resistere, & si manus sibi inferre cogiter, atque in se saeuat, concurrere, alijs hoc indicare, vicinos conuocare, & quacunque ratione *possint*, prohibere illud facinus debeant: sin *conscii* dissimulauerint, & reticuerint, capite plectendi videantur. l. i. §. 22. D. de Scto Silan.

Non multum ab hac specie recedit, quod etiam in *adulterio*, quamvis hoc *publicum* delictum sit, *conscientia* & *silentium* quorundam puniatur. Enimuero omnes *adscendentes*, qui *sciuerint* filiam vel neprem adulterio pollui, si non prohibuerint, aut indicauerint, *adulterae hereditate excluduntur*. Nou. 134. c. 10. Nuper certe ICti Vitembergenses, matrem, quae conscia facinoris filiae, ut cum pluribus rem haberet, permiserat, ad consultationem senatus Stralsundiensis, fustigandam censuerunt, inque illa causa CAROLO V. obsecuti sunt, qui parentes ex hoc delicto non solum infames esse, sed iustis etiam poenis affici, praecepit. O. crim. art. 122. & 123. Ideoque his rationibus vsi sunt: *Die weil, in Ermangelung einer besondern Disposition des Lübischen Rechts, der Vorschrift der peinlichen Halsgerichts-Ordnung billig nachzugehen, in dieser aber art. 123. daß solche Kuppler, welche auch frembde Personen zur Unkeuschheit verleiten, nach Gelegenheit der Umstände mit einer Leibes-Straffe wohl belegt werden mögen, ausdrücklich enthalten, und bey dieser Bewandniß, da dergleichen Verbrechen durch keinen Umstand beschwerlicher werden kan, als wenn so gar leibliche Eltern, welchen vor ihrer Kinder zeitliche und ewige Wohlfarth zu sorgen, nach denen göttlichen und menschlichen Gesetzen, obliegt, denen Kindern dergleichen Bosheit und Vergehungen wissentlich gestatten, unter denen willkürlichen Strafen die empfindlichste billig zu erwählen etc.* Sed *Saxones* quidem, constat, lenocinium illud, si luori causa admissum sit, gladio vleisci. Const. el. 29. P. V.

Neque *maritus* abest a culpa lenocinii, qui, cum conscius esset adulterii, non intercessit, c. 3. X. de adult. Imo vero etiam *internuncii* poena non carebunt. l. 37. C. ad l. Iul. de adult.

Sed *iudices* inprimis, quibus hoc maxime datum est, ut omnem peccatum etiam a singulis prohibeant, si delictum, cuius *conscii* fuerant, non prohibuerint, aut certe vindicauerint, poenam certissimam effugere non possunt. l. 3. C. de sepulch. viol. l. 8. §. 2. C. ad l. Iul. de vi publ. & priu.

Ita

Ita quidem de illis maxime delictis habendum est, quibus *singuli* praecipue laeduntur. Sed haud paullo secius fiet iudicium in quaestione delictorum, quae *atrocia* vocantur, & vel *exemplo* inprimis *periculosa* sunt, vel ipsam *republicam* euertunt.

In his enim omnes omnino *conscii*, ad *indicandum periculum*, quod ad plures peruenire possit, absisse obstringuntur. Sed, ut a *familia* ordiamur, a qua si non tuti simus, nihil securum esset, sed in periculo perpetuo omnes versaremur, non solum *parricidae*, sed secundum *SCAEVOLAM* etiam *frater parricidae*, qui *cognouerit*, & patri *non indicauerit*, supplicio afficiuntur, l. 2. D. *ad leg. Pompei. de parricid.* Praeterea *MARCIANVS* atque *VLPIANVS*, omnes omnino *conscios*, etiam *extraneos*, eadem qua parricidas, poena afficiendos esse, iudicarunt, l. 6. & 7. D. *ad leg. Pompei. de parricid.* v)

De *latronibus* etiam supra obseruatum est, quod omnes *conscii*, qui illos iudici non indicauerint & obtulerint, corporis supplicio, ex arbitrio iudicis, secundum praecepta Romanorum puniantur. l. 1. C. *de his, qui latron.* Ad eundem modum, qui *homicidium* futurum non detexerit, & cum posset, innocentem periculo non liberauerit, *homicidii* reus iudicabitur, c. 6. §. 3. X. *de homicid. volunt.* Sed quanto infidiosius & perniciosius homicidium paratur, tanto minus absoluedi sunt, qui, cum illius delicti conscientia attingerentur, non omni humana ope oblitterunt. Hoc est, quod *VALENTINIANVS* ait, omnes *maleficos*, ab omnibus, qui de his aliquid *audiuerint*, aut illos deprehenderint, tanquam generis humani hostes, ad iudicem pertrahendos esse, poena mortis in *conscios* & *occultatores* constituta. l. 9. C. *de malefic.*

Propter idem fere periculum *conscii* & *spectatores digladiationum* atque *duellorum*, aliorumque delictorum, quae cum his comparari possunt, quamuis a societate criminis alieni sint, tamen in *Saxonia* inprimis, u) si non confestim illa iudici indicauerint, carcere duriori, & quandoque cum carena, puniuntur.

In crimine autem *maiestatis* & perduellionis quanto maius momentum rotius reipublicae vertitur, tanto rectius *conscios*, etiam *satellites*, & omnes ad quos de illa causa aliquid peruenierit, ad iudicium faciendum obstringimus, si retinuerint, supplicio afficimus. Hoc enim ab *ARCADIO* & *HONORIO* itemque *CONSTANTINO* constitutum est. l. 5. §. 6. & l. 3. C. *ad leg. Iul. mai.* Neque enim extimescimus diras a Baldo x) coniectas in *Bartholom.* quem ille, ob hanc sententiam, apud inferos torqueri, indicauit. y)

D 3

Ex

x) MENOCH. de arbitr. iud. L. II. cas. 355.

§. 49. & 50.

u) Mandat wider die Selbst-Mache,

x) BALD. in l. bona fides, depoliti.

y) ALCIAT. pareig.

L. VIII. c. 9.

Ex hac certe ratione *VLPIANVS*, illos, qui ex aliis causis ad mortem damnati sint, non audiendos esse, censet, si dixerint, se habere, *quod ad principem, de ipsius salute & periculo*, referrent: sed tanto magis damnandos esse, *quod rem tam magnam tam diu reticuerint*, l. 6. pr. D. de poen. Illud vero non ab omnibus obseruatum video, quod *IUSTINIANVS* hanc iustam *diuortii* causam esse existimauerit, si *uxor, conscia* delicti huius, *marito* illud non indicauerit. Nou. 117. c. 8. §. 1.

Extremo, qui *falsam monetam* in aedibus suis eudi intelligere potuerit, nisi confestim ad iudicem hoc detulerit, aedium dominio exiit, l. 1. C. de falsa monet. Sed haec, sufficiat, obiter duntaxat attingisse.

§. IV.

Incendiariorum crimen proxime ad crimen laesae maiestatis accedit. Autus consensu merito puniuntur.

Supereft, ut de *incendiariis* pauca obseruemus. Horum enim crimen atrocissimum est, sed *ambiguum*, ut modo ad hanc, modo ad illam, speciem delicti referendum esse videatur. Specialiter quidem *legis Corneliae de sicariis* notati sunt, quorum dolo malo incendium factum erit. Quod *MARCIVS & PHILIPPVS* docuerunt. l. 1. pr. D. ad leg. *Cornel. de sic.* l. 11. C. de his, qui accus. non poss. Quapropter *incendiarii*, ex praeceptis Romanorum, capite plectuntur. l. 10. D. ad leg. *Cornel. de sic.* Sed, ut diximus, odiosissimum genus est *incendiavorum*: ideoque in simplici poena legis *Corneliae* veteres non substituerunt. *CALLISTRATVS* enim l. 28. §. 12. D. de poen. ita poenam capitis interpretatur, ut, si intra oppidum, inimicitiae aut praedae causa, incenderint, plerumque *viui exurantur*: quod video etiam *GAIUS* placuisse. l. 9. D. de incend. ruin. Sed *VLPIANVS* humiliores bestiis obiecit. l. 12. D. eod. *Germani*, *Callistratum* sequuntur. Die böshafftigen Brenner sollen mit dem Feuer vom Leben zum Tode gerichtet werden. *Ordin. crimin. Carol. art. 125.* Quod *Saxones* etiam receperunt. Apud nos enim nec aetas, nec gradus dignitatis, nec ignorantia, nec poenitentia, impedimento sunt supplicio, sed omnes incendiarii, qui decimum quartum aetatis annum attingerint, & qui ignem *dolo malo*, in oppidis aut ruri, aut ubicunque locorum, subiecerint, viui comburuntur. ²⁾ Neque interest, orum sit incendium, an suffocatum & extinctum, sed, si ignis subiectus sit, quemcunque res exitum habuerit, supplicio locum damus. ^{a)} Enimvero etiam veteribus ita visum est, ut in illis facinoribus, quae rempublicam perturbant, maxime *voluntas*, non semper *exitus*, spectetur l. 14. D. ad l. *Cornel. de sicar.*

Et habet profecto rationem illa seueritas, cum non singulos duntaxat, sed vniuersos in periculum adducant, qui incendia faciunt. Neque enim dubitari potest, etiam *legis Iuliae de vi publica* reos esse, qui hoc crimine rem-

²⁾ Nouiss. mandat von vorsehlichen Feuer: Anlegen, §. 1. sqq.

^{a)} Ibid. §. 2.

republicam perturbant. Enimvero incendia cum tumultu & trepidatione publica coniuncta sunt, quod ULPIANVS ait, l. 1. §. 2. D. de incend. ruin. Ideoque MARCIANVS, illum certe, qui coetu, concursu, turba, seditione incendium fecerit, lege IULIA teneri docet. l. 5. D. ad leg. Iul. de v. publ. & generaliter, qui aliquem armis de possessione deicit, vim facere videtur. l. 3. §. 6. D. eod. Sed armati videntur, non solum qui tela, sed etiam qui aliud quid habent, quod nocere possit. l. 9. D. eod. ut non possit esse ambiguum, illum, qui ignem aedibus subiecit, cum armis vim fecisse.

Ne tamen quis existimet, vim duntaxat fieri incendio, obseruandum est, parum a crimine maiestatis incendiarios abesse. Quicumque enim aduersus securitatem omnium aliquid, dolo malo, moluntur, pro hostibus habentur, & lege Iulia maiestatis obligantur. l. 1. §. 1. D. ad leg. Iul. mai. Itaque, quisquis cum incendiariis conspirauerit, aut illorum consilia texerit & retinuerit, cum hostibus reipublicae conspirasse iudicabitur. l. 3. & 4. D. eod.

§. V.

Vides igitur, quando consci delicti alieni, ob silentium, & negligentiam, qua rempublicam in periculum inducunt, teneantur. Sed hi quidem una duntaxat ratione excusantur, si, cum scirent, nec prohibere, nec indicare potuerunt. Culpa enim caret, quod PAVLVS ait, qui sciunt, sed prohibere non possunt. l. 50. D. de reg. iur. ULPIANVS quidem cerre etiam seruos excusandos esse, ait, qui cum dominus occideretur, ita clausi fuerunt sine dolo malo, ut erumpere & domino succurrere, aut facinorosos comprehendere, non possent. l. 3. §. 6. D. de Sc. Silan. Sed hi tamen postea facinus, si atrocius fuerit, indicare, & reos deferre tenebuntur. l. 14. D. eod. Neque tamen audiendus erit, qui, cum sciret facinus, & posset indicare, ipse sibi metum aliquem fingit, illoque se, ne indicaret, deterritum esse, comminiscitur. Haud ita pridem Iuli Vitembergenses incendiariam ultimo supplicio afficiendam indicauerunt, quae ineptissimis minis se coactam & obtusam esse, iactitabant. His enim rationibus utebantur: Ob wohl Inquisition, daß sie anfänglich mit N. N. nach N. zu gehen sich verweigert, und von diesem, durch allerhand Bedrohungen, dazu genöthiget worden, zu ihrer Entschuldigung vordendet:

D. a. d. dieselbige keine andere Drohungen, dadurch sie zu dieser Mißthat gezwungen worden, als daß N. N. bey ihrer anfänglichen Verweigerung, welchergestalt Er, wenn Sie nicht wolle, die Ehende selbst anstellen werde, sich heraus gelassen, in ihrer Aussage auf die Inquisitional-Acticul anzugeben weiß, folglich der Inquisition, solches straffbare Vorhaben der Obrigkeit anzuzeigen freygestanden und obgelegen, daher aus ih-



rem eigenen Befentuiß, daß sie ohne den geringsten Zwang, darein gewilliget, offenbar erhellet 2c. So ist dem vorigen Urtheil billig nachzugehen.

Praeterea *cognati & affines proximi*, qui, quamvis *conscientia* criminis a quodam suorum suscipiendi attingerentur, tamen illud indicare non ausi sunt, non quidem absoluantur, propter exemplum, sed mitius tamen puniuntur. Ita certe PAVLLVS de illo, qui *latronem* cognatum vel affinem conseruauerat, iudicandum esse censuit. l. 2. D. de *receptat.* DIOCLETIANVS etiam illi, qui in domo facinorosi *educatus* fuerat, peperit. l. 17. C. de *bis, qui accus. non pos.* quod nonnulli interpretes de omnibus, qui etiam in ciuili causa *ad dicendum testimonium inuiti non compelluntur*, acceperunt. Sed in atrocissimis criminibus, ut in parricidio, perduellione, incendio cognatis parcere non ausim. SCAEVOLA enim etiam *fratrem* parricidii conscium, qui illud non indicauerat, supplicio afficiendum censuit. l. 2. D. de *lege Pompei. de parricid.* Et profecto debet nobis commendatior esse vniuersorum salus & publica securitas, quam caritas omnium rerum humanarum.



LIV.
DE LEGATO
TACITO ET IMPLICITO
IN QVO
LEGATARIVS NON NOMINATVS EST.

AD L. III. IV. V. D. DE LIBERAT. LEGAT.

VITEMBERGAE, DIE XXIX. AVG. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXII.

§. I.

Beneficii nostri fructus collocantur. Non minus diligenter *beneficia, quam pecuniae*, a viro sapiente *ad quamplurimum*, per opportunitates improvisas, etiam cum foenore recuperamus: *rimos peruenire debet.* illa, si immerentibus a nobis tribuantur, confestim proiecta sunt, & prorsus deperdita videntur. Ex agro enim pestilenti & maligno non solum *gratium ad illa* non reddetur, sed pro gratia etiam subinde iniuriam metemus.

Quae



Quae cum ita sint, sapienter M. TULLIVS, ^{a)} itemque L. ANNAEVS los pertinet, SENECA ^{b)} praeceperunt, *delectum* quendam meritorum cum cura maxima habendum esse, ut sciamus, in quem beneficia dignissime a nobis con- ^{templatione} ferantur. ^{illud reli-}

Sed in illo *delectu*, opportune M. TULLIVS ^{c)} obseruat, inprimis pro- ^{quamuis non} spiciendum esse, ut *fructus* nostrae benevolentiae ad quam plurimos perue- ^{sine nomina-} niat, & latissime dimanet, & si fieri hoc possit, *profluat ad uniuersos*. ^{ti.} Hunc enim modum etiam natura plerumque sequitur, ut solem omnibus ac-
cendat, & iisdem imbribus, non agros singulos, sed *uniuersitatem* quan-
dam agrorum confinium, quasi *communi beneficio*, foecundet.

Quare, dum collocamus beneficia, duo inprimis cogitamus: primo, *ne quid in indignum conferatur*: deinde, postquam *elegimus*, quibus a no-
bis consulendum esse videatur, dare operam solemus, ut nostrum benefi-
cium *quam plurimis prodesse possit*, & cum fructu vberissimo percipiatur.

Sed utramque illam hominum beneficiorum sollicitudinem diligentissime
subleuandam esse censuerunt veteres magistri artis nostrae, in illis maxime
beneficiis interpretandis, quae in *suprema voluntate* a testatore relinquuntur.

In legatis enim *prima* inspectio est, quem *elegerit*, & de quo *senferit*
testator, ut *petitio* legati, quod VLPIANVS ait, non facile cuiquam, nisi
cuius contemplatione illud relictum sit, & cui *honorem habere* voluerit de-
functus, concedatur. l. 11. §. 20. 21. 22. D. de leg. 3. Quare, secundum
IULIANVM, ne *correus* quidem debendi liberabitur, si mihi duntaxat testa-
tor consuli voluerit, & mihi soli debitum iusserit remitti: ideoque, in illa
specie, *pacto*, non *acceptilatione*, liberandus est debitor, ne etiam *correus*
dimittatur, de quo appareat testatorem non sensisse. l. 3. §. 3. D. de liberat.
leg. Imo vero, si quis *patri* duntaxat prospectum voluerit, ne *filio* qui-
dem proderit legatum: ut testatoris electioni & iudicio obtemperemus. l. 5.
§. 2. D. de liberat. leg.

Habes *primam* testatorum prouidentiam, cui *interpretes* diligenter
obsecuti sunt, ne legatum ad alios perueniat, quam quos ipsi *elegerint*, &
quos ornare suo beneficio *voluerint* in *suprema voluntate*. Superest, ut de
altera testatorum cura videamus, qua dant operam, ut *fructus plenissimus*
suae liberalitatis ad quam plurimos, de quibus ipsi *senferint*, & quos suo
beneficio dignos iudicauerint, ex legato deriuetur. Ne ue vero hanc officii
partem ICI neglexerunt. Placuit enim, quod IULIANVS & MARCELLVS,
& VLPIANVS docuerunt, si de *pluribus senferit*, & *pluribus honorem ha-*
bere voluerit testator, quamuis *unum* sit legatum, tamen *plures ad legati*
per-

a) CIC. Inde offic. c. XV. v. 147.

b) SENECA. de benef. L. IV. c. 28.

c) CIC.



*persecutionem admitti, quoties appareat, quod pluribus consulere cogitaue-
rit defunctus. l. 11. §. 20. D. de leg. 3. Qua re efficitur, ut interdum non
ille duntaxat, cuius nomen in testamento scriptum est, sed etiam alius, qui
non est nominatus in tabulis supremæ voluntatis, pro legatario habendus
sit, & petere legatum possit, si eius contemplatione legatum reliquerit tes-
tator. l. 3. §. 4. D. de liberat. leg. Hoc iure imprimis vimur, si vel socio,
vel debitori principali, liberatio debiti relicta sit: ut & alter socius, cuius
nomen non scriptum est in testamento, & fideiussor, obligatione liberentur
atque ad petitionem legati admittantur, si illorum contemplatione relictum
sit legatum. l. 3. §. 4. & l. 5. D. de liberat. leg. Imo vero, si quis id, quod
ego debeam, creditori meo legauerit, quamvis mihi legatum non adscriptum
sit, tamen admittar ad petitionem legati, & heredes compellere potero, ut,
quod ego debeam, exsoluant creditori meo, ex legato: cum mihi consi-
lere voluerit testator. Ita enim IULIANVS, POMPONIVS, & MARCEL-
LVS, tradiderunt. l. 3. §. 5. & l. 4. D. de liberat. leg.*

*Sed hoc quidem genus legati non incommode tacitum & implicitum di-
ceamus, quod iste, cui legatum non adscriptum, sed cuius contemplatione,
& in cuius honorem illud relictum est, petere ab herede potest, quasi no-
minatum ipsi adscriptum sit legatum. Sed videmur operæ pretium facturi,
si de illo argumento diligentius tractemus.*

§. II.

*Quid taci- Sed primo quidem, ne quem forte offendant, quod legatum illud, in
tum, implici- quo legatarius non nominatus est, implicitum & tacitum legatum appelle-
tum, & non mus, exponendum est, quid Iuris tacitum & implicitum dicatur. Quam-
expressum, vis enim non dissimulem, in legibus Romanis nunquam fere hoc legatum,
appellatur, in quo legatarius non nominatus est, nomine speciali designari, aut legatum
fideicommissum tacitum & implicitum ab interpretibus iuris appellari, tamen rem ipsam, ut
Pecunia ta- supra observatum est, IULIANVS POMPONIVS, MARCELLVS, VL-
cita. Scrum PIANVS, l. 11. §. 20. sq. D. de leg. 3. l. 3. §. 4. & 5. l. 4 & 5. D. de libe-
tacitum. Le. rat. legat. tradiderunt: & deinceps apparebit, huic speciei nomen legati ta-
tum & impli- citi & impliciti imprimis convenire.*

*aitum. Ex- Nimirum, ut de taciti appellatione ordiamur, non ignoro, interdum
pressa no- suspecta esse illa negotia, quæ a Iuris tacita dicuntur. Hoc sensu apud
cent, quæ MARCELLVM & GAIVM, & MODESTINVM, & IULIANVM, itemque
non expressa VLPIANVM, aliosque passim, tacitum fideicommissum appellatur, quod
non noce- tacita fide, extra testamentum, in fraudem legis, incapacibus, clanculum
rent. relinquitur, dum fiduciarius, chirographo, aut domestica cautione, aut nu-
da etiam promissione, aut alia quacunque ratione, ad rem tertio, cui aliqui
relinquere legibus prohibitum fuerit, restituendam testatori se obstringit.*

l. 103. D. de leg. 1. l. 123. §. 1. D. eod. l. 10. D. de his, quae ut indign. l. 46. D. de hered. petit. l. 13. & l. 59. §. 1. D. ad l. Falcid. l. 17. §. 2. D. de usufr. ^{a)} Sed haec talia in solis fere seruis, & filiis familias, quibus a domino aut parente praestandi *taciti fideicommissi* necessitas imponebatur, tantisper tolerata sunt, sed in ceteris, quia in *fraudem legis* relicta erant, animaduersione potius digna iudicata sunt, & fisco vindicata.

Non procul ab hac specie abest *tacita pactio*, quam & ipsam TRYPHONINVS ait in fraudem edicti interponi. l. 50. §. 2. D. de bon. libert.

In his igitur & similibus quibusdam speciebus *tacitum* videtur, quod *clanculum* & *quasi per insidias* administratur, ut finem legis callida & occulta machinatione circumueniamus. Sed cum his quidem nihil commune habet *legatum tacitum*, quod *bona fide* relinquitur, & plenissimum est *favoris*, & interpretatione etiam in illos porrigitur, qui non nominati sunt in *testamento*.

Enimuero obseruandum est, non omnia, quae *tacita* dicuntur, etiam *suspecta* & *improba* videri, quamuis possint aliquando, si quid aliud accedat, parere omnino aliquam suspicionem. Nimirum illa etiam negotia, quae *absque solennitatibus*, & *pruatiim*, remotis arbitris subinde contrahuntur, *tacita* quandoque appellamus. Hoc sensu SCAEVOLA l. 47. §. 1. D. de pactis, *pecuniam tacitam*, apud creditorem esse dixit, quae *nulla solenni cautione sit munita*.

Ita M. TVLLIUS CICERO, apud A. GELLIVM ^{e)} cum domum in palatio emere vellet, & pecuniam praesentem non haberet, mutuam *tacite*, id est *clanculum*, sine cautione, a P. Sylla, qui tum reus agebatur, accepisse fertur: ne quis intelligeret, se pecuniam a reo accepisse.

Non alia fere significatione veteres *tacita senatus consulta* appellabant, quae in magnis necessitatibus, ne quid tempore non opportuno aliis renunciari posset, *remotis omnibus*, etiam scribis & seruis publicis & censualibus exclusis, a solo senatu fieri solebant, *absque publica ceremonia*, qua in negotiis publicis administrandis utebantur. IVLIVS CAPITOLINVS ^{f)} quidem in vita GORDIANI senioris, exemplum *Sciti taciti* seruauit, quod aduersus Maximinum, cum diligentissima cautione, factum, sed confestim quidem Maximino proditum & transmissum est, priusquam fere discederet senatus. Et quo loco intelligitur, & qua de causa, & qua circumspectione facta sint quandoque *tacita senatus consulta*.

Vides, *tacitum* subinde dici, quod remotis arbitris & solennitatibus omisiss administratum est, sine nota fraudis & improbitatis. At vero ne cum

E 2

his

d) BARNAB. BRISSON. de form. L. VII. c. CXLVII. p. 638. P AESES, de fideicommissis VIII, §. 3. p. 20. lqq. e) GELL. noct. Attic. L. XII. c. 12. f) CAPITOLIN. in Gordianis c. 3. & 4.



his quidem speciebus confundendum est *legatum tacitum*, in quo legatarius non nominatus est. Hoc enim solenniter relinqui solet & aperte, quamvis eius nomini non adscriptum sit *legatum*, cuius contemplatione illud relinquitur a testatore.

Sed porro admonendum est, *tacitum* plerumque dici, quod non verbis, sed quocunque indicio voluntatis, declaratur. Hoc enim sensu PAPINIANVS cautionem legatorum *tacite*, in est, quocunque indicio voluntatis, remitti posse, ait, l. 77. § 3. D. de condit. & demonstr.

Sed illud maxime indicium voluntatis luculentum esse dicimus, si quid vel dicatur a quoquam vel agatur, quod necessario cohaereat cum alio, quod *tacite* subintelligatur. Haec enim talia dicuntur, *tacite inesse*, & *reipsa contineri*. Ita secundum POMPONIUM inest aliquando conditio legatis, si id, quod relictum est, pendeat a *tacita* conditione. l. 1. § 3. D. de condit. & demonstr. Si enim fructus fundi cuiusdam legentur, inest conditio *tacita*, si fructus aliqui nascantur. d. l. 1. § 3. Eodem sensu MARCELLVS illud inesse ait, quod, quamvis non expressum esse, ex ipsa re omnino intelligeretur. l. 47. D. de condit. & demonstrat. Ad eundem modum MODESTINVS *tacite*, ait, intelligi, quae ex ipso negotio descendant, quamvis nominatim non exprimantur in suprema voluntate. l. 52. D. eod. Eodem fere sensu PAVLLVS, si quis Romae promittat, alio in loco pecuniam solvere, *tacite tempus comprehendit* ait, quo perueniri in illum locum possit, ubi pecunia solvatur. Haec enim stipulatio, quamvis pura sit, ex *reipsa* accipit dilationem. l. 73. pr. D. de verb. oblig. Et has quidem conditiones *tacitas*, PAPINIANVS, l. 99. D. de condit. & demonstrat. extrinsecus, non ex testamento aut stipulatione, venire, id est, ex re ipsa & natura negotii descendere, ostendit, cum *tacite inesse videantur*. Eadem fere forma aliquando POMPONIVS *reipsa* agi quaedam, ait, & intelligi, quae, quamvis non speciatim *cauta* & promissa sint, ipso tamen negotio contineantur. l. 3. D. de reb. cred. Plerumque enim, quod *agitur*, id est, quod *tacite* intelligitur & cum negotio naturaliter cohaeret quamvis non expressum sit, pro *cauto* & *promisso* est habendum. d. l. 3. D. de reb. cred. Sed PAVLLVS quidem haec, quae *tacite ex ipsa natura negotii deducta* sunt, per *consequentias* intelligenda esse, ait, etiam si verbis non exprimerentur. l. 29. D. de liberat. legat.

Igitur, frequentatissima loquendi figura, *tacitum* dicimus, quod *subintelligitur*, quod facto aut dicto alterius inest, quod ex ipsa re nascitur, quod naturaliter cum dicto aut facto quodam cohaeret, quod per *consequentias* ex dicto aut facto cuiusquam elicitur interpretatione, quod ita cum altero coniunctum & conglutinatum est, ut non possit non ille, qui aliquid dixerit aut fecerit, etiam de illo, quod *tacite* continetur cogitare. Ita

cum

cum *sine media unica & essentialia naturaliter* cohaerent, ut qui ad finem illum adspirauerit, & finem quaesierit, etiam de mediis omnino cogitasse & sensisse videatur. Ita qui seruum proprium instituit heredem, *tacite* seruo libertatem directam dedisse intelligitur, quod ATTILICINVS & PAVLLVS & IVSTINIANVS ob eruunt, l. 5. C. de *necessar. hered. instituen.* pr. 1. de *hered. instit.* cum non possit seruus, nisi data libertate, ad hereditatem peruenire.

Eodem modo ex *caussis effectus essentialis & necessarios*, ex *effectibus causas*, ex *mediis essentialibus & unicis*, *finis* necessario connexos & *proprios*, elicimus interpretatione.

Quae cum ita sint, non incommode *legatum tacitum* dicemus, quod *legatario* quidem, ad quem testatoris beneficium peruenire debet, non adscriptum, *sed in quo tamen aliud quid constitutum est, ex quo appareat, testatorem legatum, contemplatione eius, cui illud non adscripsit, reliquisse.* Ita, qui *creditori* meo, quod ego *isti debeam*, legauerit, mihi videtur *legatum reliquisse*: ideoque petere possum ab herede testatoris, ut soluat *creditori* meo, meque liberet ab obligatione. Hoc enim & IULIANVS, & MARCELLVS, probauerunt, l. 3. §. 5. D. de *liberat. legat.* Idem fere dicendum est, si quis *reō liberationem* legauerit, pro quo ego *fideiusserim*: plerumque enim etiam *fideiussori* testator *tacite* videtur *legasse liberationem*. Neque enim non potuit testator de *fideiussore* etiam, quem pro reo intervenisse sciverit, sensisse; cum non possit reus liberari efficaciter & cum fructu, nisi & *fideiussor* liberetur: qui, si heres ipsum soluere compelleret, solutum plerumque posset reperere a debitore mandati aut negotiorum gestorum actione. Ita enim IULIANVS responder, l. 5. D. de *liberat. leg.* Item, si heres publicum, id est, *vectigal*, & *tributa*, pro me soluere iussus sit, quamvis mihi directe testator non adscripserit legatum, tamen expeditum est, ipsum non publicano, aut fisco, aut reipublicae, sed mihi, ut a publicano & fisco & reipublica liberer, *tacite* beneficium legasse. Itaque, secundum IULIANVM, mihi inprimis actio dabitur ex testamento, ut heres pro me soluat *vectigal* & *tributa*, l. 11. §. 22. D. de *leg. 3.* Sed de his quidem speciebus, deinceps locus erit disputandi.

Discederem igitur ab hoc loco, nisi mereretur observari, *tacita* subinde, *forma negante*, a Iuris etiam *non expressa* appellari. Sed plus intelligitur, cum *non expressa* appellamus. Haec enim non solum *non expressa sunt*, sed etiam *tacite subintelliguntur*, quasi *verbis* expressa essent. De his senserunt MODESTINVS, MARCELLVS, POMPONIVS, in notissima iuris regula: *quaedam expressa nocere, quae non expressa non nocerent*, l. 195. D. de *reg. iur.* l. 47. & 52. D. de *condit. & demonstrat.* l. 68. de *hered. instit.* Hoc enim, cum vulgo male intelligatur, ita accipiendum est; *quaedam non expressa*, quae *tacite* intelliguntur, & ex *speciali natura*



negotii liciti descendunt, non nocere, quae si *expressa & generaliter*, sine restrictione, constituta essent, omnino nocere, & prohibita videri possent. Quod habet rationem, cum possint quaedam negotia, si cum aliis coniungantur, *utilia esse*, & vim aliquam nancisci, quae si *nuda & in se* duntaxat spectarentur, *inepta & ridicula* haberi possent. Res fiet clarius exemplo, quo POMPEONIUS vitur in illo argumento, l. 68. D. de *hered. instit.* Nimirum, oppido *ineptum* esset, heredis institutionem generaliter a *voluntate tertii* suspendere: ut si quis dixerit: *Caius heres esto, si Titius voluerit*. Haec enim formula ostenderet, testatorem non serio hereditatem Caio reliquisse, aut certe sibi non satis constituisse in illa declaratione voluntatis. Igitur haec *expressa nocerent*, & vitarent institutionem, si heredis institutio simpliciter in *Titii voluntatem* conferretur: cum nominatio heredum debeat a *certa & deliberata* voluntate testatoris proficisci. Sed facilius toleratur illa incertitudo, si res, per modum conditionis specialis, a *facto* quodam Titii, quod & ipsum puidem in *eius voluntate* positum est, sed *facilius* tamen *sperari potest*, suspendatur. Ex. gr. cum dixerit testator, *Caius heres esto, si Titius uxorem duxerit, aut Capitolium adscenderit*. Quamvis enim hoc etiam a *voluntate* Titii pendeat, institutio valebit. Nam res quidem, confertur in *voluntatem* Titii, & tacite subintelligitur conditio, *si Titius volet Capitolium adscendere, & te heredem facere*; sed, quia facile *sperari potest*, Titium in illa re heredi obsecuturum esse, *tacita illa & non expressa conditio voluntatis alienae* heredi non nocebit. d. l. 68, de *hered. instit.*

Apparet igitur, *tacitum & non expressum* plerumque quidem *subintelligi*, sed interdum tamen aliam vim habere, quam si voluntas testatoris verbis *expressa* esset. Imprimis vero observandum est, quod si quis illa, *tacite subintelligi*, possent, verbis luculentis *expresserit*, plerumque *plus dicere voluerit*, quam tacite subintelligeretur. Cum enim nemo *frustra* aliquid vel facere vel omnino dicere credatur, naturalis interpretatio est, *verba expressa*, quae alias *subintelligi* possent, vim plenioram nancisci, quam si *tacite* duntaxat alia oratione fuissent comprehensa. Hoc sensu vero dicitur, *expressa* aliquando, quod GAIUS ait, *plus valere, quam non expressa*, l. 65. §. 1. D. de *leg. 1.* Ut ecce: si quis mihi fundum leget sub conditione, *si voluero*, videtur quidem aliquid adieciisse, quod etiam *non expressum subintelligeretur*: cum nemini fere beneficium aut legatum invito obrudatur. Sed, quia testator *expresse* hoc adiecit, ut fundum habeam, *si voluerim*, videtur *voluntatis declarationem luculentam & expressam*, quae alias non esset necessaria, desideasse. Igitur non transmittetur hoc legatum ad heredes meos, nisi ipse vivus declaraverim *voluntatem* legatum acquirendi. d. l. 65. §. 1. D. de *leg. 1.*

Habes igitur causam idoneam cur illud legatum *tacitum* appellemus, in quo persona *legatarii* non quidem nominata est, sed tamen *subintelligitur*.

tur, si ex natura legati cognoscatur, cui testator prospicere, & honorem habere voluerit, & cuius contemplatione reliquerit legatum.

Supereſt, ut de legati *impliciti* appellatione aliquid adiciamus. Videlicet *implicitum* iuris interpretes appellant, quod ita cum altero *conjunctum* & *connexum* est, ut penitus *cohaereat*, nisi diligenter separetur. Ita, secundum *SCAEVOLAM*, creditor & debitor, priusquam accepta & expensa computauerint & separauerint, dicuntur *rationem implicitam* habere, id est, confusam & *cohaerentem*, quae separatione indigere videatur. l. 47. §. 1. D. de pact. Eodem fere sensu *PAULLVS* in seruo *statu libero*, cui libertas destinata esset, *implicitum* esse casum libertatis, ait, id est, libertatis spem ita ipsi cohaerere, ut ipsi eripi propemodum non possit. Igitur legatum *implicitum* dicimus, quod ita cum verbis testatoris cohaeret, ut non possit dubitari, quin de illo etiam senserit testator.

§. III.

Ut igitur ex diuerticulo in viam redeamus, dubitari non potest, legatum tacitum & implicitum etiam ad *textum* pertinere, cui non adscriptum est legatum, modo appareat, quod eius contemplatione illud reliquerit testator. Aperre enim *VLPIANVS*, l. 3. §. 4. D. de liberat. leg. verum est, inquit, non solum eum, cuius nomen in testamento scriptum est, legatum habendum, sed eum quoque, qui non est scriptus, si & eius contemplatione legatum relictum sit.

Neque enim disputatione indiget, legatarium cui nihil adscriptum est testamento, sed in cuius honorem legatum a testatore relictum est, agere ex testamento posse, ac si nominatum ipsi legatum sit relictum. Res facile intelligitur ab exemplo. Faciamus enim, testatorem praecepisse, ut heres creditori meo, quod ipse debet, exsoluat. *IULIANVS* & *MARCELLVS* non dubitant, quin *utrique* simus *legatarii*: & debitor, qui liberatur debiti solutione, & creditor, cui exsoluendum est debitum, cuius interdum interest, ut ipsi ab herede potius solvantur. l. 3. §. 5. D. de liberat. leg. Verum *POMPONIUS* ibi non subsistit, sed, *utrumque* etiam agere aduersus heredem posse, ait, ut debitum solvantur. l. 5. D. eod. Idem fere *VLPIANVS* in specie non absimili probauit. Proponit enim: *CAIVM* legauisse, ut heres publicum, id est, vectigal & tributa, quae *Titius* debuerit, exsoluat publicano. Dubitatur, cui legati *petitio*, seu actio ex testamento, concedenda videatur. Et publicano quidem adscriptum est legatum: sed, quia eius non interest, a quo tributa exsoluantur, nec probabile videtur, testatorem publicano honorem habere voluisse, plerumque publicano negabitur *petitio* legati. Igitur de *Titio*, pro quo tributa exsoluenda sunt, dispiciamus. Sed huic quidem obstat, quod ipsi non adscriptum sit legatum. Respondit *VLPIANVS*:

Titio



Titio petitionem legati competere, *pro quo*, id est, in cuius gratiam & honorem, relictum sit legatum. Sed addit, generaliter videndum esse, *cui prospectum* voluerit testator, & *cuius contemplatione* reliquerit legatum. l. 11. §. 22. D. de leg. 3. Eadem dicenda erunt, si testator mihi, quod ipse *sub fideiussore* debuit, legauit: fideiussor enim, de quo testator non cogitare non potuit, *tacite* legato continetur. Igitur & *agere* potest fideiussor, ut heres debitum exsoluat. l. 49. §. 4. D. de leg. 7. Item, si fideiussor legeret creditori, quod Titius debeat, pro quo ipse fideiussit: quamuis Titio legatum non adscriptum sit, tamen Titius habebit *ex testamento actionem*, ut creditori debitum ab herede fideiussoris exsoluatur. Hoc enim video IULIANO placuisse. l. 49. §. 6. D. de leg. 1.

Apparet igitur, perinde illi, cui *tacite* quid relictum sit, actionem ex testamento dari, ac si *nominatim* ipsi aliquid adscriptum esset: & eadem remedia *legato tacito* atque *implicito* accommodari, quae ex legato expresso competunt, aduersus illos, qui onerati sunt legato.

Ex eodem fonte deducitur, quod etiam *legem Falcidiam* ille pari debeat, qui agit ex *tacito* legato, quod ipsi nominatim non adscriptum est. Neque enim dubitari potest, quin ad illum hoc onus pertineat, ad quem commodum praecipuum spectabit ex legato. Itaque dicemus, si heres pro Titio soluere creditori eius iubeatur, Titium cui hoc legatum nominatim non adscriptum est, *agere* ex testamento quidem posse, sed heredem quartam Falcidiam, si illam non omnino saluam habeat, retinere posse. Hoc enim PAVLLVS & PAPINIANVS docuerunt. l. 13. pr. & l. 22. §. 3. D. ad leg. Falcid. Eadem dicemus si *creditor* Titii agat ex legato: nam & ipsi quarta detrahetur, quam a debitore postea recuperabit. Non multo secius iudicabimus, si *reo* liberatio relictā sit, & *fideiussor* agat, ad liberationem consequendam. Nam & fideiussor patietur Falcidiam, id est, quidquid propter Falcidiam, heredi creditoris adhuc debebitur, exsoluet, sed, quod exsoluit, actione mandati aut negotiorum gestorum repeter a debitore. Si uterque agant, manifestum est, cum *unum* sit legatum, *quartam* non nisi semel detrahendam esse.

In primis igitur desiderabimus, si quis *agere* voluerit ex *tacito* legato, ut appareat, ipsi testatorem *prospicere*, & *honorem habere* voluisse, eiusque *contemplatione* legatum reliquisse. Ceterum, si *tertio* cuiquam illud *profit* duxerit, quod alteri legatum sit, sed testator de ipso non *senferit*, dicemus, illum non esse legatarium, adeoque a petitione legati repellendum esse.

Enimvero recte MARCELLVS obseruauit, quod plerumque eueniat, *multorum interesse & multis prodesse* illud, quod vni relictum est: sed *testatorem vni honorem habere voluisse*. l. 11. §. 20. D. de leg. 3. Sed aper-

te *VULPIANVS* docet, *multum interesse, cui prospectum voluerit testator, & cuius contemplatione legatum sit relictum*: ideoque si heres publicano vel *Stigalia pro Titio* solvere iussus sit in testamento, tamen publicanum repelli a petitione: plerumque enim, ait, intelligendum esse, quod *debitoris causa* hoc reliquerit testator, *quamvis emolumentum etiam perueniat ad publicanum*. l. 11. §. 22. D. de leg. 3.

Igitur apparet, *non omnes illos, ad quos emolumentum aliquod ex legato perueniat, pro legatariis habendos esse*, neque omnes illos ad petitionem legati admittendos, sed hos duntaxat, *quibus prospectum voluerit testator*. Hoc enim *VULPIANVS* etiam alio loco, l. 3. §. 4. D. de liberat. leg. tradidit, ut non confestim ille, *ad quem commodum aliquod perueniat* ex testamento, pro legatario accipiatur, sed tunc demum, si eius *contemplatione* aliquid fuerit relictum.

Nimirum, quod *L. ANNAEVS SENECA* obseruat, *h)* interdum *quibusdam*, etiam *immerentibus*, damus beneficium: sed non propter ipsos *immerentes*, verum, quia haec est natura quorundam beneficiorum: *ut separari immerentes a bene meritis non possint*. „Dii etiam immortales multa *ingratis* tribuunt, sed non tam propter ipsos, sed quoniam illa bona *parauerant*. *Contingunt autem etiam malis, quia separari commode non possunt*. Satius autem est, *prodesse malis propter bonos*, quam bonis deesse propter malos. Itaque diem, solem, umbras, fontium hauritus, ventorum statos status, *pro vniuersis* comparauerunt: singulos excerpere noluerunt. *Nec enim poterat fieri, ut idem ventus bonis viris secundus, improbis contrarius esset*. „

Igitur, ut Deus quaedam *in vniuersum* humano generi dedit, a quibus nemo excluditur, quia improbi non poterant commode excludi; ita testatores quibusdam interdum emolumentum aliquod pariunt legato, sed non propter ipsos, verum, quod his, quibus consulere volebant, alia conditione beneficium dare non poterant, nisi quaedam vilitas etiam ad alios immerentes ex illo perueniret.

Sed, hi quidem, *quibus noluit testator prospicere*, quamvis commodum ex legato illis adquiratur, *non sunt legatarii*, adeoque ad petitionem legati nunquam admittuntur.

Enimvero, opportune *IULIANVS* monet, *in sciendum esse, quid voluerit testator, & quae mens eius fuisse videatur, dum relinqueret legatum* l. 5. §. 4. D. de liberat. leg. Interdum enim manifestum est, quod de altero non senserit testator, quamvis ad illum aliquod commodum perueniat ex testamento. Ut ecce: si quis *marito* vltimum aedium legauerit: *CELSVS*, &

h) *SENECA*, de benef. IV. c. 33. & l. 18.



& *TVERO*, & *VLPIANVS* quidem non dubitant, *maritum non solum* ibi habitare posse, sed etiam cum *uxore*, cum *liberis*, cum *libertis*, cum *familia vniuersa*, & quod *PAVLEVS* addit, etiam cum *clientibus* subinde, l. 2. §. 1. & l. 3. D. de *usu & habit.* Sed, quis credat, testatorem etiam uxori eius, & liberis, & libertis & clientibus *honorem habere voluisse*. Igitur his quidem *proderit* legatum, sed ipsi *non sunt legatarii*, neque ad petitionem legati admittentur, sed is duntaxat, cui *usus aedium* relictus est a testatore. Quare conuenienter *VLPIANVS* l. 4. pr. D. de *usu & habit.* uxorem & liberos ius habitandi non habere, ait, nisi maritus ibi habitauerit, cui *usus aedium* fuerit, relictus. Res est luculentior in *vidua*, vel *virgine*, cui testator *usum aedium* reliquit. Haec enim nuptiis postea contractis, secundum *POMPONIUM*, etiam cum *viro & socero* ibi habitabit, quamuis de his non cogitare potuerit testator. l. 4. §. 1. D. de *usu & habit.*

Quae cum ita sint, ut adhuc comprobatum est, duo imprimis obseruanda sunt, si de *legato tacito* quaeratur: & primo quidem, *ut eius intersit*, cui *tacite* legatum a testatore relictum esse videatur. Hoc enim *IULIANVS* atque *VLPIANVS* docuerunt. l. 49. §. 4. & 6. D. de *leg. 1.* Sed deinde imprimis exquirendum est, *cuius contemplatione* relictum sit legatum. Aperte enim *SEVERVS* & *ANTONINVS* docent, si non appareat, *cuius respectu* aliquid dispositum fuerit in testamento, nullius esse momenti scripturam, sed quasi nudum & superuacuum praeceptum a testatore relictum merito contemni. l. 114. §. 14. D. de *leg. 1.* Igitur hunc demum ad petitionem, cui *prospectum* voluerit testator. l. 11. §. 22. D. de *leg. 3.*

Quare dicendum est, *legatum tacitum* quidem intelligi non posse, nisi *intersit legatarii*, qui non est nominatus; sed *non omnes illos*, quorum *intersit*, & qui *commodum capiant ex legato*, *legatum tacitum habere*, & pro legatariis habendos esse.

Neque vero haec sine fructu a nobis obseruata sunt. Multum enim refert, *virum quis sit legatarius*, an *commodum duntaxat capiat* ex legato alieno. Enimaero, *cuius contemplatione* legatum relictum est, quamuis ipsi non adscriptum sit legatum, *petere legatum* potest, etiam *mortuo illo*, cui legatum adscripserit testator. Ipse enim pro legatario habetur, cui per mortem alterius non eripitur legatum. Ut ecce: si creditori meo legatum sit a testatore, quod ego illi debeam, quamuis *mortuo creditore*, *petere* ab heredibus testatoris poterō, ut soluant debitum heredi creditoris: quia mihi maxime relictum est legatum. Contra, si *de me* testator *non cogitauerit*, quamuis *commodum* ad me perueniat, agere non possum, legatario defuncto, aut repudiante, quod ipsi est relictum. Neque enim *uxor* poterit *usum aedium* petere, si maritus vel decesserit, vel auersatus fuerit *usum aedium*, qui ipsi est relictus.

Ex

Ex his, quae adhuc disputata sunt, non difficile erit iudicare, vtrum & *mortis causa capio* pro *tacito legato* commode accipiatur. Enimvero, secundum GAIUM *mortis causa capere* videntur, quibus, *propter mortem alterius*, alicuius rei capiendae *ocasio* obuenit, quamuis nihil ipsis sit legatum, aut alio nomine proprio relictum. Eo inprimis pertinet, si quis *tertio*, conditionis implendae causa aliquid dare iussus sit, ut ipse perueniat ad legatum aut hereditatem. Ut ecce: Titius heres esto, si CAIO decem dederit. Apparet, Caium *mortis causa capere*, si Titius ipsi decem dederit, ut hereditatem, hac conditione sibi relictam, postea nancisceretur. l. 31. pr. & l. 38. D. de *mort. caus. donat.* Et posset ad speciem defendi, etiam Caium, cui a Titio, conditionis implendae causa, decem dari debent, *pro legatario haberi* posse, cum hoc, *contemplatione Caii*, a testatore constitutum sit, ut ipsi decem a Titio darentur. PAVLLVS certe atque VLPIANVS, in quibusdam partibus *mortis causa capionem* cum *legatis* comparant, ut is maxime *mortis causa capere* queat, cui & legari possit, nec plus cuiquam *mortis causa capere* liceat, quam ipsi directo legari potuisset. l. 9. & l. 36. D. de *mortis caus. donat.*

Verum enim vero, magis est, quod dicamus, *mortis causa capionem non accipiendam esse pro tacito legato*. Primo enim nego, quod illi serio *consulere* voluerit testator, cui, conditionis implendae causa, aliquid dari voluerit ab herede suo. Si enim hic testatori animus fuisset, directo, aut per fideicommissum, onerare heredem potuisset, ut Caio decem ab ipso soluerentur. Sed, cum hoc quodammodo *a voluntate heredis suspenderit*, apparet, non *eius contemplatione* inprimis, quod in legato *tacito* desideratur, sed *tentandi heredis causa*, a testatore constitutum esse, ut, si hic voluerit ad hereditatem adspirare, Caio decem soluerentur.

Deinde inprimis obseruandum est, decem illa, non *ex hereditate* testatoris, sed *ex bonis heredis* potius, ad Caium peruenire. Ideoque MAECIANVS obseruauit, ne heredi quidem in quartam Falcidiam imputari, quod ipsi, ab alio conditionis implendae causa, datum fuerit, secundum testatoris voluntatem. l. 30. §. 7. D. ad l. Falcid. Et generaliter, quod PAPINIANVS atque VLPIANVS docuerunt, Falcidia interuenire non potest, si quid *mortis & conditionis implendae causa capiatur*, cum hoc *ex bonis defuncti non profectum esse videatur*. l. 44. D. ad leg. Falcid. l. 33. D. eod.

Sed luculenter IAVOLENVS negat *testamenti causa* illud acquiri, quod *mortis causa capitur* & conditionis implendae causa soluitur. l. 55. D. de *condit. & demonstrat.*

Imo vero apertius omnino VLPIANVS negat illum esse legatarium, cui heres, conditionis implendae causa, aliquid dare iussus sit a testatore. l. 8. D. Si quis *omissa caus. test.* ideoque, si heres malit ab intestato here-

ditatem possidere, quam conditionem hanc implere, ex edicto, quo *legatariis* subuenitur, *agere* non poterit, qui mortis causa capere debebat. d. l. 8. D. *Si quis omiff. causf. test.*

Ex quibus rebus intelligitur, isti, qui mortis causa capere possit, *prodesse* quidem illud, quod alteri sub hac conditione relictum sit, sed ipsum expectare duntaxat, non autem petere omnino posse, quod alter ipsi, conditionis implendae causa, dare iussus sit in testamento.

§. IV.

*Socius in-
terdum lega-
tum tacitum
accipit, si al-
teri socio ali-
quid reli-
atum. Cor-
reo debendi
non semper
prodest libe-
ratio alteri
correo reli-
tu.*

Non igitur obscurum esse potest, hoc demum legatum *tacitum* & *implicitum* videri, cum testator aliquid reliquit, *quod cum utilitate alterius, cui nihil nominatim adscriptum est, ita cohaereat, ut non possit non de illo cogitasse*, adeoque dubitari nequeat, *quin eius contemplatione reliquerit quid reli- legatum.*

Contra, si manifestum sit, testatorem de illo, cui legatum quidem *prodesse* possit, vel non cogitasse, vel, si de illo cogitauerit, tamen ipsi honorem habere noluisse, sed illi potius, quem nominavit, prospicere omnino voluisse, non fingi potest *tacitum* legatum, neque ille, cui legatum non adscriptum est, ad petitionem legati admittetur, quamvis emolumentum aliquod ex legato, alii relicto, ad ipsum possit pervenire. Recte enim MARCELLVS atque IULIANVS itemque VLPIANVS obseruarunt, rem totam ex testatoris voluntate aestimandam, & ante omnia inspiciendum esse, *quibus prospicere voluerit, & de quibus senserit testator.* l. 11. §. 20. & 21. D. de leg. 3. l. 3. §. 4. & l. 5. §. 4. D. de liberat. leg.

Sed haud dubie *de illo* videbitur *sensisse*, cuius utilitates, cum emolumento illius, cui legatum adscriptum est, ita conglutinatae & connexae sint, ut ne possit quidem huic prospicere, nisi etiam illi consuluerit, & *neu- tri* praestetur plenum beneficium, nisi illud *utrique* relinquatur.

Ex his igitur praeceptis facile fuerit tractare de *legati taciti* exemplis, quae a veteribus proposita videmus. Et frequentissima quidem de *legato liberationis* quaestio occurrit, si *uni remittitur, quod a pluribus debetur*. In illo enim argumento IAVOLENVS, IULIANVS, POMPONIVS, MARCELLVS, VLPIANVS, copiosissimi fuerunt. l. 3. §. 3. 4. 5. l. 4. l. 5. l. 6. D. de liberat. leg. Et merito illa disputatio excitavit interpretum industriam, cum plerumque, quod ARRIANVS atque PAVLLVS aiunt, ubi *de reo liberando* agitur, faciliores ad *liberationem* esse debeamus. l. 47. D. de oblig. & act. Sed habet illud argumentum hanc difficultatem, quod *renunciationem iuris* contingat legatum liberationis, & nemo temere ius suum dimittere & abii- cere

cere voluisse censeatur, ideoque prospiciendum sit, quod *VLPIANVS* ait, ne quis *contra testatoris voluntatem* liberetur. l. 3. §. 3. D. de liberat. leg.

Sed primo quidem de illo videamus, quod a pluribus sociis debetur, utrum, si vni debitum remissum sit, etiam socius legato contineri videatur. Et abscisse quidem *PAVLLVS* l. 29. §. 1. D. de liberat. leg. socium, cui nominatim liberatio non relicta sit, & qui etiam per se non capax sit legati, tamen, altero socio dimisso per consequentiam confestim, ait, liberari. Nec minus luculenter *IULIANVS* socium, qui cum alio socio aliquid debeat, legata liberatione, non pacto duntaxat, sed acceptilatione liberandum esse, praecipit, ut tota obligatio acceptilatione extinguatur, & ne alter quidem socius, cui legatum non adscriptum sit, compelli possit ad soluendum. l. 3. §. 3. D. liberat. leg.

Et in *uniuersali* quidem societate omnium bonorum utilitates utriusque ita inter se cohaerent, ut neutrius compendium ab emolumento alterius divelli possit: ideoque, secundum *PAVLLVM*, & hereditas, & legatum, & donatum, & quod quacunque ratione acquisitum est, acquiritur *communio*: sed omne etiam *aes alienum* de *communi* exsoluendum est. l. 3. §. 1. & l. 27. D. pro socio. Igitur, cum neutri possit aliquid detrahi, quin alter etiam damnum illud sentiat, cui tamen *prospectum* voluerit testator; si ille sciuerit, hos esse socios omnium bonorum, dubitari fere non potest, quin *utriusque contemplatione* reliquerit liberationem: ut utrique sint legatarii, & quod alteri nominatim relicta est, alteri *tacite* legatum esse videatur.

Sed res non caret dubitatione, si tantum *simpliciter* sint socii bonorum, utrum, quando vni quid legatum est, etiam de altero senserit testator. Inter hos enim, quod aiunt *QVINTVS MUCIUS*, *SABINVS* atque *VLPIANVS*, illa tantum, quae ex *quaestu* obveniunt, communia habentur, non hereditates, nec legata, nec donationes. l. 7. §. 11. D. pro socio. Imo vero, secundum *POMPONIUM*, ne illa quidem, quae propter societatem legata vel donata sunt, communicantur, sed haec duntaxat, quae ex *societate* & *quaestu* & opera subinde obuenerunt. l. 60. §. 1. D. pro socio.

Sed maxime *aes alienum*, ad quod legatum liberationis pertinet, secundum *PAVLLVM* & *PAPINIANVM*, nisi illud ex *quaestu* & *negotiatione* pendeat, non venit in societatis rationem, nec socius per socium aere alieno obligatur, nisi in communem arcam pecunias versas esse comprobetur. l. 12. & l. 82. D. pro socio.

Haec igitur si quis cogitauerit, videri possent non ita coniunctae esse sociorum rationes, ut neutri prodesse possit liberatio, nisi etiam socius in societatem legati admittatur. Quapropter dicendum est, sociis omnium omnino bonorum nunquam non prodesse liberationem alteri relicta, cum inter illos omnia communicentur. Sed, ubi *simpliciter* societas bonorum



contracta est, tunc demum, si aes alienum *ex quaestu & negotiatione* pendear, & pecuniae, quas debemus, *in arcam communem versae* sint, necessarium videtur, ut plane extinguatur obligatio, & utrique socio remittatur, ne alter, cui liberatio legata est, lucrum amittat. Ita enim accipiendum est praeceptum *IULIANI*, quod *socii* acceptilatione liberandi sint, ne ille, cui obligatio remissa est, ex alterius socii obligatione oneretur, & fructu careat legatae liberationis. l. 3. §. 3. D. de *liberat. leg.* Enimvero, secundum *QVINTVM MCVIVM*, lucra societatis cum socio non communicantur, nisi aere alieno & damnis antea deductis, l. 30. D. *pro socio*, & generaliter, quod *PAVLLVS* ait, omne aes alienum, quod manente societate contractum est, etiam districta societate, ab utroque est soluendum: ideoque, cum distrahitur societas, cautiones interponi solent, de futuris solutionibus, quae ex quaestu & societate debeantur. l. 27. & l. 38. D. *pro socio*. Igitur extorqueretur lucrum legatario, per compensationem, nisi & alter socius aere alieno liberandus esset ab herede.

Eadem dicemus etiam de *particularibus* & singularibus *societatibus*, ut, si aes alienum ad illam negotiationem, propter quam inita est societas, pertineat, etiam socio *prodesse* debeat alteri legata.

Prodest igitur *socio* subinde liberatio alteri relicta, si utriusque utilitas diuelli commode non possit. Sed utrum alter socius, cui liberatio *non adscripta est*, pariter *pro legatario* habendus sit, & agere possit aduersus heredem, quasi *ex tacito legato*, diligentius inspicendum est. Supra enim comprobauimus, non omnes, quibus *prodest* alterius legatum, pro legatariis haberi, & ad petitionem legati *taciti* admitti. Nimirum ipse *VLPIANVS* sollicite distinguit, ut socius tunc *pro legatario* habendus sit, si eius *contemplatione relicta* legatum sit. l. 3. §. 4. *inf.* D. de *liberat. leg.* Igitur videndum, an etiam de altero socio cogitauerit testator. Sed fateor, hoc in dubio *praesumi*, cum quilibet nosse debeat & soleat conditionem illius, cum quo contrahat. Neque tamen possumus dissimulare, aliquando occurrere quasdam species, in quibus manifestum sit, quod testator *ignorauerit societatem*; ut, si cum vno sociorum contraxit, qui suo nomine negotiari videbatur, aut, si vnus fidem securus sit duntaxat, & vnum maluerit habere debitorem. In his igitur speciebus magis est, liberationem vni relictam etiam socio *prodesse* quidem, sed socium *pro legatario* non habendum esse. Neque haec sine fructu distinguuntur. Si enim appareat, *non contemplatione alterius etiam socii* relictam esse liberationem, ille *solus agere* poterit, cui legatum est adscriptum: ideoque, hoc quidem ante testatorem mortuo, ne alteri quidem proderit legatum: contra, si testator de utroque cogitauerit, superstes efficaciter petere poterit legatum, quamuis ipse non sit *suprema voluntate*.

Ita



Ita quidem de *fociis* habendum est, quorum alter legato alteri relicto *tacite* subinde continetur. Sed haud paullo secius fiet iudicium de duobus *correis*, qui eandem summam debent, & non sunt *focii*, sed separatis rationibus viuntur. Enimvero etiam de his quidem expeditum est, *unius solutione* etiam alterum confestim liberari: quod *VLPIANVS* observauit, l. 3. §. 1. D. de *duobus reis*. Certe *factum* alterius alteri *nocere*, *POMPONIUS* respondit. l. 18. D. *eod.* An igitur dicemus, etiam liberationem alterius alteri *prodesse*? Sed hoc ego affirmare non ausim, cum *separatae* sint viriusque rei rationes, & nihil negotii inter ipsos reos contrahatur. Imo etiam, secundum *PAPINIANVM*, ne *compensatio* quidem, quae *ipso iure* tollit obligationem, *proderit* correo, si vnus duntaxat possit compensare. l. 10. D. de *duob. reis*. Itaque, cum nemo credatur facile ius actionis suae totum abiicere, quod supra comprobatum est, & possit alteri debitum remitti, altero manente in priori obligatione, *VLPIANO* obsequemur, qui alteri non *prodesse* liberationem, ait, si vni duntaxat consulere voluerit testator. Itaque is solus, cui legatum a testatore adscriptum est, *pacto* liberandus erit, ne & *correus* aduersus defuncti voluntatem liberetur. l. 3. §. 3. D. de *liberat. leg.*

§. V.

Satis, credo, comprobatum est, *tacite* legatarium a testatore designari, si ex ipsa legati & negotii natura possit intelligi, de quo *senserit* testator, *veret* fundum, aut vni & cuius *contemplatione* reliquerit legatum. Sed difficilior est disputatio, si testator de *persona incerta cogitasse* videatur, adeoque incertum sit, quis ad legatum admitti debeat, cum nemo sit, a testatore *nominatus*. Hoc enim vix exquiri potest, si *pluribus prodesse* queat voluntas testatoris. Tale legatum vi exemplum *MARCIVS* tractauit, l. 114. §. 14. 15. 16. D. de *leg. 1.* In detur reliqua enim specie testator heredi interdixerat, ne alienaret fundum suum. Dubitabatur, cui fundus ille, quem alienari prohibuerat testator, seruandus esset, & cui fundus *tacite* legatus videretur. Sed *DIVI SEVERVS* & *ANTONINVS* rescripserunt, ante omnia inspiciendum esse, cuius respectu hoc sit dispositum in testamento. Si igitur inueniatur persona, cui hac prohibitione alienationis consulere testator voluerit, illi quidem fundus legato *tacite* relictus est, ac si *nominatus* esset testamento: ideoque & *petitio* legati ex testamento isti comperet mortuo herede. Neque vero dubitari potest, quin heredis heres legitimus *tacite* a testatore intellectus videatur. l. 67. §. 5. D. de *leg. 2.* Sed faciamus, *heredem*, nouissimum gentis suae, non relinquere legitimum heredem. Imperatores censuerunt, si non inueniatur, cuius respectu alienationem prohibuerit testator, nullius momenti esse legatum, sed contemnendum esse, quasi superuacuum scripturam. l. 114. §. 14. D. de *leg. 1.*

Non



Non dissimilis difficultas occurrit, si iusserit testator fundum simpliciter *in familia relinqui*, quod & ipsum admittit variam interpretationem. Et MARCIANVS quidem respondit, *eligendum* esse ab herede *unum* ex familia, cui fundus ille relinquatur: & heredem testamento pauuisse, si vel *uni* fundum reliquisset. l. 114. §. 17. & 18. D. de leg. 1. Ideoque quicumque ex familia electus, secundum PAPINIANVM, non minus fundum ex legato tacito habebit, ac si nominatim ipsi adscriptus esset fundus in primo testamento. l. 67. §. 1. D. de leg. 2. Sed res quidem minus dubitationis habet, si adiecerit testator, ut heres, *cuiusque ex familia voluerit*, relinqueret fundum testatoris. d. l. 67. §. 5. D. de leg. 2. Sed si heres neminem elegerit, ad quem fundus perueniet ex voluntate testatoris? Et VALENS quidem auctor est, *omnes ex familia* admitti ad petitionem l. 94. D. de leg. 3. Quod video etiam PAPINIANVM probauisse, modo ex pluribus diuersi gradus *proximi* admittantur, cum hi quidem videri possint primo loco a testatore imitati esse. l. 69. §. 3. D. de leg. 2.

Sed quomodo dicemus, testatorem de uno illo, aut de omnibus tacite sensisse, cum ignorauerit, quem heres electurus sit, aut qui post mortem suam aliquando in familia sua sint futuri? Imo vero videbitur testator de omnibus sensisse, & fortunae permisisse, quem heres optione sua sit designaturus. Nimirum cogitatio posteritatis, de qua omnes optime speramus, occultis quibusdam faculis aliquod in nobis studium accendit, ut interdum erigamur animo & concitemur, & longum quendam ordinem illorum, qui nos secutum sint, ante oculos ponamus, illosque quasi coram intueri, & imaginem in illis nostram obseruare videamur.

Itaque voluntati testatoris fieri satis, si vel omnibus vel uni fundus relinquatur, cum, *tacita representatione* temporis futuri, de omnibus sensisse videatur. Sed de hoc quidem argumento copiose alio loco a nobis tractatum est. ¹⁾

Ab eodem principio descendit, quod, si quid *parti ciuitatis* relictum sit, ad splendorem & ornatum, quod ad *totius reipublicae* compendium & utilitatem pertinere videatur, ULPIANVS censeat, illud *toti reipublicae* deberi, & ab illa peti posse: cum non potuerit non de omnibus testator cogitare in legato, quod ad omnium utilitatem manifeste pertineret. l. 32. §. 2. D. de leg. 1. In hac igitur specie pars reipublicae, etiam illa, quae non nominata est in testamento, ex *tacito legato*, ad petitionem admittetur.

§. VI.

Si reo liberatio legatur. *Accepisti naturam taciti legati.* Ex his enim speciebus, quas adhuc tractauimus, facile fuerit, de aliis exemplis iudicare. Sed subiiciemus pauca, quae veterum diligentiam exercuerunt. Re-

¹⁾ Praelex de his quae familiae relictæ sunt. §. 2. sq. p. 7.

Reuertitur enim ad legatum liberationis, quod, propter maximum *randus est*, fauorem, interpretatione aliquando ad personas non expressas extenditur, *non contra-* ut supra est a nobis obseruatum. Et primo quidem de fideiussore videamus, *Filio libera-* utrum illi tacite liberatio relicta videatur, si reus liberatus est legato. Et *to pater ple-* PAPINIANVS quidem respondet, si heres reum, testamento liberatum, *rumque libe-* ratur, non omittat, & fideiussorem conueniat, huic exceptionem doli, propter impro- *contra.* Si bitatem heredis, dari, cum liberatio debitoris fideiussori debeat prodelle. *creditori,* 1. 49. pr. D. de fideiuss. Sed ne credas, fideiussorem duntaxat exceptione li- *quod Titius* berari. Enimuero cum sciuerit testator, fideiussorem etiam teneri, & si *illi debet, le-* gatum sit, hic soluere cogatur, reo non prodelle liberationem, qui actione mandati *utrique pro* aut negotiorum gestorum, ad reddendum illud, quod solum est, a fide- *legatariis* iusso compelli potest; dubitari nequit, testatorem etiam de fideiussore libe- *habentur.* rando cogitasse. 1. 5. pr. D. de liberat. leg. Praeterea POMPONIVS ob- seruat, etiam reum agere aduersus heredem posse, ut reddat, quod solu- tum est, si, debitore liberato, solutionem a fideiussore exegerit, contra te- statoris voluntatem. 1. 2. pr. D. de liberat. leg.

Igitur fideiussor tacite legato continetur: cum, qui vult finem. neces- saria etiam media omnino voluisse videatur. Sed hoc medium est necessarium rei liberandi, ut & fideiussor liberetur. Vnam tamen speciem VLPIA- NVS excipit, si reus omni incommodo liberari possit, quamuis fideiussor compellatur ad solutionem: ut, si fideiussor donationis causa interuenient, & reo ab initio remiserit mandati & negotiorum gestorum actionem. Item, si pecunia ad fideiussorem peruenerit, adeoque hic verus sit debitor, & peruersis officiis, cum ipse debeat, interposuerit personam debitoris. Enim- vero, cum regressus ipsi aduersus debitorem non pateat, reus efficaciter liberari potest, quamuis fideiussor conueniatur ab herede. 1. 5. pr. D. de liberat. leg.

Sed non eadem dicenda erunt, si fideiussorem duntaxat testator libera- verit in testamento. Enimuero, si fideiussor soluerit, caret quidem dubi- tatione, reum liberari, ne idem bis a creditore exigatur. 1. 39. D. de fideiuss. Sed aliter sentiendum, si fideiussor liberetur, non extincta prorsus obliga- tione. Cum enim & pacto liberari possit ab herede, & pacta etiam in per- sonam duntaxat concipi ab herede possint, reus obligatus manet, fideiussore interim dimisso. Ita POMPONIVS & IULIANVS responderunt. 1. 2. pr. & 1. 5. §. 1. de liberat. leg. Enimuero, secundum eundem IULIANVM, pa- ctum fideiussoris raro prodest debitori, nisi doli forte exceptio ex illo pacto debitori concedatur. 1. 25. §. 2. D. de pactis. Quod PAVLLVS ita accipit, ut si in rem concipiatur pactio, omnes, qui propter eandem rem obligati sint, dimissi videantur. 1. 21. §. 5. D. de pact. Quae cum ita sint, dicemus, ubi testator fideiussori debitum ita remiserit, ut heres debitam pecuniam prorsus exigere non possit, daß dasjenige, wofür Caius sich verbürget, nicht
tasc. VII. G gefor-

gefordert werden solle, pacto, *in rem* concepto, fideiussorem liberandum esse, & hoc pactum debitori etiam prodesse.

Sed dispiciamus, si *plures fideiusserint*, & *unus* sit a testatore liberatus, an reliquis profit liberatio relicta. Enimvero, cum inter plures confideiussores idoneos *diuisa* sit omnino obligatio, quod SEVERVS & ANTONINVS, itemque ALEXANDER praeceperunt, apparet, *unum duntaxat liberandum*, reliquos legato *tacite* non contineri, sed pro sua parte manere obligatos, quasi alter, qui liberatus est, *solvisset* partem suam, l. 3. & 10. C. de fideiuss.

Restat, ut de reliquis, quae ad hoc argumentum pertinent, brevissime exponam. Si ipse *fideiussor* creditori leget, quod Titius debet, pro quo ipse fidem suam interposuit, IULIANVS non dubitat, Titium legato *tacite* comprehensum esse, ut & ipse *agera* possit, aduersus fideiussoris heredes, ad pecuniam creditori exsoluendam, cum *ipsius contemplatione* legatum relictum videatur. l. 49. §. 6. D. de leg. 1. Imo vero, si fideiussor tertio aliquid leget, ut creditori illud soluat, quod debet Titius, pro quo testator fideiussit, debitor habebit actionem, ut solvatur, quamvis huic non adscriptum sit legatum l. 49. §. 7. D. de leg. 1. & secundum MARCELLVM atque IULIANVM, *utrique* erunt *legatarii*, & creditor & debitor, cum *utriusque contemplatione* hoc relictum videatur. l. 3. §. 5. D. de liberat. leg. Non solum enim plerumque creditoris interest, debitum, propter commoditatem facilis exactionis, a legatario exsolui, sed imprimis debitoris, ut ipse liberetur. Quapropter *ex natura negotii intelligitur*, illum *tacite de debitore liberando cogitasse*.

Non multum ab hac specie recedit, si ipse debitor iubeat heredem suum solvere, quod ipse *sub fideiussore* debet creditori. Cum enim manifesta sit voluntas testatoris, ut debitum non a fideiussore, sed ab herede suo exsoluatur, adeoque appareat, ipsum *de fideiussore liberando cogitasse*, non solum creditor, sed etiam *fideiussor ex tacito legato* habebunt actionem, l. 49. §. 5. D. de leg. 1. cum & fideiussoris inter sit, ut ipse liberetur. Quapropter, etiam si tertius creditori leget, quod ego *sub fideiussore* debeam, cum tertius ille *non ignoraverit* fideiussionem, etiam fideiussor ad peritionem *taciti* legati admitteretur, ac si ipse *in testamento nominatus* esset. l. 49. §. 5. D. de leg. 1. Extremo meretur observari, ne filio quidem prodesse patris liberati nem, si huic quidem illud, quod *filius* debeat, legato sit remissum. Cum enim actio *de peculio* duntaxat remissa videatur, secundum IAVOLENVM atque IULIANVM, filius nihilominus tenetur, nisi appareat testatorem etiam de filio sensisse. l. 5. §. 2. & l. 6. D. de liberat. leg. Neque enim dici potest, testatorem, cum patri actionem remitteret, *necessario etiam de filio liberando cogitasse*: quae natura est *taciti legati*.

Con-



Contra, filio, qui aliquid debet, liberato, plerumque patri etiam de peculio actionem remissam indicamus. l. 5. §. 3. D. de liberat. leg. Obligatione enim principali debitoribus remissa, nisi aliud actum sit, etiam accessiones, & omnia obligatione ista enata sunt, plerumque remittuntur. l. 43. D. de solut. Et probabile est ad fidem, creditorem filii familias, dum huic debiti gratiam fecerit, etiam actionem de peculio, quae ex debito orta esset, in animo suo habuisse, atque adeo parenti tacite legatum liberationis reliquisse.

Animus erat, plura adiacere. Sed nobilissimus Iuuenis, qui hunc libellum publice defenderet, post sementem optime apud nos tactam, iam quidem profectorem cogitat, & Lipsiam festinat. Quae res mihi necessitatem finiendi opusculi imponit, & mirifice animum concitat Lipsiae commemoratione.

Haec enim cogitatio, non solum patriam, illam iucundissimam, sed etiam imagines summorum & incomparabilium virorum, a quibus me multis & immortalibus beneficiis ornatum esse memini, inprimis, RECHENBERGIOS, MENCKENIOS virosque, GRIEßNEROS.

Omnes coelicolas, omnes supera alta tenentes,

ostendit, quasi e longinquo. Sed horum quidem memoriam quoties recordatione repeto, toties mirifice commoveor, & agnosco felicitatem iuventutis meae. Igitur cum bonis TE omnibus dimitto, doctissime MARBACHI. Neque enim minus te beatum senties, cum superstitres videbis RECHENBERGIOS, RIVINOS, MASCOVIOS, alios complures, quorum salute incrementa litterarum & diuinæ artis nostrae inprimis continentur. Enimvero verbis quidem exprimere non possum quantum illis, quos nominaui, debeam, quas faces mihi subdiderint, quibus studiis accenderint mediocritatem illam mei ingenii, qua diligentia me, hominem admodum iuuenem, excitauerint, fouerint, ornauerint, protraxerint in lucem. Sed ad hos quidem virtus Tua & elegantissima doctrina, & ardor tui ingenii, quod per triennium Vitembergae acuisi, denique ipsae litterae & musae, Tibi adiutum parabunt. Hoc Tibi sufficiet ad spem prosperissimi euentus. Vale.



DE AERE ALIENO
V X O R I S V I V A E
EX
DOTE OMNIVM BONORVM
EXSOLVENDO.

AD L. LXXII. D. DE IVRE DOTIVM.

VITEMBERGAE, DIE MART. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXIII.

PAVLLVS L. LXXII. D. de iure dotium.

Mulier bona omnia in dotem dedit. Quaero, an maritus, quasi heres, oneribus respondere cogatur? PAVLLVS respondit, eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus eius conveniri non posse: Sed non plus esse in promissione bonorum, quam, quod superest, deducto aere alieno.

§. I.

Dotis indicium bona cui, cum metu infamiae & repudii a pravis consiliis absterretur, dotis confide inprimis solationem illepide pater obiecit, atque ex hominum moribus persuasit, dum regitur ideo dos sit, nullum vitium vitio puellis verti. Neque enim cogitavit, quam que restitu foedae & pestilentes de ipsa dote controuersiae sanctissima quandoque matrimonio in intermonia perturbent, aut dos ista quam fertilis sit materia dissensionum, nisi dote que coniugi ingenii & virtutis vxores defendantur. Sero illud sensit apud eundem PLAV- in causa do TVM b) Demaenetus, qui, in necessitates durissimas delapsus, cum seruo ris facile dotali vxoris suae plus in manu esset, quam sibi, tandem, accepi argentum conceditur. inquit, dote imperium vendidi: cum, in magna egestate, non suppeteret aliud consilium, quam vxoris defraudandae.

Indignissime decepit filiam suam Saturio ille, apud PLAVTVM, a) cui, cum metu infamiae & repudii a pravis consiliis absterretur, dotis confide inprimis solationem illepide pater obiecit, atque ex hominum moribus persuasit, dum regitur ideo dos sit, nullum vitium vitio puellis verti. Neque enim cogitavit, quam que restitu foedae & pestilentes de ipsa dote controuersiae sanctissima quandoque matrimonio in intermonia perturbent, aut dos ista quam fertilis sit materia dissensionum, nisi dote que coniugi ingenii & virtutis vxores defendantur. Sero illud sensit apud eundem PLAV- in causa do TVM b) Demaenetus, qui, in necessitates durissimas delapsus, cum seruo ris facile dotali vxoris suae plus in manu esset, quam sibi, tandem, accepi argentum conceditur. inquit, dote imperium vendidi: cum, in magna egestate, non suppeteret aliud consilium, quam vxoris defraudandae.

Imo vero cum in iudicium deducuntur illae de dotibus vxorum lites, tanto plus difficultatis habent, quanto diligentius illae controuersiae tractandae sunt, quae non iure subtili, sed aequitate & bona fide, quod veteres dice-

a) PLAVT. Pers. act. 3. sc. 1. v. 596. b) PLAVT. Alim. l. sc. . v. 74.

dicebant, & motu quodam iudiciis reguntur. Nimirum illa coniunctionis maritalis sanctitas, ille perpetuus conuietus, illa societas incommodorum, quae ab vxoribus ad maritos, a maritis ad vxores, perueniunt, illa rerum omnium communicatio, tam varias quotidie tamque inter se diuersas causarum formas pariunt, vt certa perpetuaque regula includi aut definiri commode non possint. Quapropter impeditior & fere perturbatior est causa *dotium*, postquam placuit, illud inter maritum & vxorem de *dote* iudicium *boni viri arbitrio* inprimis contineri. Ita enim M. TVLLIO ^{c)} visum est, qui, dum de vbertate & sublimitate artis nostrae tradit. „Icturum, ait, prudentiam maxime in illis iudiciis desiderari, in quibus additum sit: ex *bona fide*, aut, vt inter bonos bene agier: inprimis in *arbitrio rei uxoriae*, in quo, quid aequius sit & melius, tractetur: in quo de *dolo malo*, de *fide bona*, de *aquo & bono*, quid socium socio, *virum uxori*, *uxorem viro*, praestare oporteret, diligentissime & copiosissime disputandum esse videatur. „

Sed nostri quidem certe, inprimis LABEO, POMPONIVS, CELSVS, ULPIANVS l. 84. & l. 6. §. 2. D. de iure dotium, l. 21. D. solut. matrim. *doli exceptionem* semper dotis iudicio inesse tradiderunt, vt si alteruter circumuentus esse videatur, etiam maiori XXV. annis succurrendum, atque, propter *boni & aequi* sanctitatem, non permittendum sit, aut lucrari aliquem ex damno alterius, aut damnum sentire propter alterius lucrum & commoditatem. Ex eodem fonte deducitur, quod non solum vxor, sed etiam maritus quamuis adulta in illo sexu & aetate sapientia, si in *aestimatione dotis* laesus sit, aduersus mulierem in integrum restituatur. l. 7. §. 5. D. de donat. inter vir. & vx. l. 6. §. 2. D. de iure dotium. l. 6. C. solut. matr. Neque enim valebit pactum, quo efficeretur, vt dos apud maritum esset *sterilis & infructuosa*, quod MARCELLVS ait, l. 4. D. de pact. dotal. sed, secundum DIVI SEVERI constitutionem, prospiciendum est, ne, quod indignissimum censetur, mulier omnino dotem non habuisse videatur. l. 11. D. de pact. dotal. Quod video etiam POMPONIO & PAVLLO placuisse l. 1. D. solut. matrim. l. 71. D. de evict. l. 2. & l. 6. §. 2. D. de iure dot.

Denique, ex eadem causa, in ambiguis, quod idem PAVLLVS monuit, pro dote, respondemus l. 70. D. de iure dot. neque committimus, vt vel marito *fructus* dotis illatae aut promissae, vel vxori spes dotem & patrimonium recuperandi, alterutrius coniugis fraude & incuria interuertatur. Sed hoc tamen obseruandum est, incredibile illud studium, quo causa *dotium* defendebatur, quamuis ipsa respublica, libero um causa inprimis, illud commendaret, aliquantisper temperatum esse, postquam IUSTINIANO placuit, *dotes* non esse *necessarias*, & matrimonia non *dotibus*, sed *affectu* maxime, coniungi, l. 11. C. de repud. Apud Germanos quidem certe *dotis* cura



olim remissior fuit, cum fuisset, uxorem armorum aliquid ad maritum, nuptiarum causa, attulisse. Hoc enim certissimum vinculum, haec arcana sacra, hos conjugales Deos, in magna, illa paupertate veterum, arbitrabatur. ^d) Sed de his quidem deinceps locus erit exponendi.

§. II.

Dos immodica. Quod ipsius reipublicae & imprimis liberorum cogitatione, quod ait POMPONIVS, A. I. D. solut. matrim. & indignum iudicamus, uxorem, quae copiis suis familiariam instruere & exornare possit, dotem sterilem, aut mortuam, quam dotis immo MARCELLVS. l. 4. de pact. dotal. & l. 7. §. 1. D. de donat. inter vir. & ux. appellavit, id est dotem, ex qua maritus non fiat locupletior, ad sustinenda onera matrimonii, quasi dicis gratia, afferre.

Sed, uti dotem infructuosam non facile admittimus, ita profecto sanctitas illa & bona fides qua dotis iudicium & matrimonia reguntur, dotem immo dicam & iusto largiorem non minus auersantur. Hanc immodicam sumo apud PUBLIUM TERENTIUM ^e) dotem summam appellavit, cum Chremes ultro venisset ad Simonem,

— — — unicum genitum suum,
cum dote summa, filio uxorem ut daret.

Haud paullo luculentius immodicum interpretatur ULPIANVS, l. 15. pr. D. de donat. int. vir. & ux. quod vires patrimonii excedat: hoc enim satis immodicum appellat. Eodem fere sensu mutui immodicum POMPONIVS accusat, quod quandoque Kalendis Martiis aut natali die uxori datur a marito l. 31. §. 7. D. de donat. int. vir. & ux. Hoc est, quod PAVLLVS l. 12. D. de impens. in res dotal. fact. impensas modicas, quae fructum fundi dotalis non absorbeant, marito in matrimonio imponat: cum contra sint immodicae, quae dotem faciant infructuosam. Non dissimili forma immoderatum dixit ULPIANVS, quod res proprias cuiusque exhauriat. l. 24. §. 5. D. solut. matrim.

Sed apposite imprimis PAVLLVS, dotem immodicam omnino constitutam iudicavit, si dos, emergente aere alieno, ultra vires patrimonii promissa videatur, l. 43. §. 1. D. de administrat. & pericul. tut. aut, secundum TERENTIUM CLEMENTEM, si plus nomine dotis promissum sit, quam valeant uxoris facultates, l. 61. pr. D. de iure dotium.

Itaque, ut in viam redeamus, non rata est dos immodica, quae facultates mulieris excedit, uxoris nomine marito constituta. Et primo quidem, si curator, vel generalis, vel dotis dandae causa constitutus, sciens, forte per

^d) TACIT. de morib. germ. c. 18.

^e) TERENT. Andr. act. I. sc. I. v. 74.

per gratiam, amplius doti promiserit, quam copiae mulieris valerent, ipso iure nulla est promissio: cum videatur curator a dolo parum abfuisse, qui uxoris patrimonium dote immodica, non ut homines frugi solent, oueraverit. Ita certe TERENTIUS CREMENS iudicavit. l. 61. pr. D. de iure dotium. Neque enim iudicium bonae fidei, quae in dotibus maxime spectanda est, ferebat, aliquid dolo curatoris, aut per gratiam, admitti.

Sed paullo secius fiet iudicium, si a curatore ignorante, qui amplius de facultatibus mulierculae sperabat, bona fide, ultra vires patrimonii, quod antea opimum videbatur, sed postea emergente aere alieno deminutum apparebat, dos sponso sit promissa. Tunc enim, ne marito, qui mulierculam, nisi dotis auxilio commendabilem, non ducturus fuisse videatur, iniuria fiat, utrinque ex bona fide rationes conferendae sunt: ut neque sponsus incontinentius flagitet, quae praestari ab uxore non possunt, & uxor, constante matrimonio facta locupletior, reliquum dotis, a curatore promissum quod antea vires patrimonii excedebat, marito liberaliter exsoluat. Ita PAVLLVS commentatur, l. 43. §. 1. f. D. de administ. & peric. tut.

Imo vero, si ipsa etiam mulier, maior XXV. annis, dotem iusta mensura ampliorem per se promiserit marito, POMPONIUS auctor est, si circumuenta videatur, illi ex aequo & bono succurrendum esse, ne per lucrum mariti damnum patiatur. l. 6. §. 2. D. de iure dotium. Sed imprimis mulieri minori, in dotis constitutae modo, secundum ULPIANVM, subuenitur, si circumuenta ultra vires patrimonii, vel totum patrimonium, in dotem dederit marito. l. 9. §. 1. D. de minor. Quod video etiam DIOCLETIANO & MAXIMIANO placuisse. l. 6. C. solut. matrim.

Ne tamen res sanctissima, & quod PAVLLVS ait, l. 1. f. D. de iure dotium, ex voto ipsius uxoris perpetua, obtentu circumscriptionis dotisque immodicae subinde moueatur atque perturbetur, adeoque incertae sint mariti rationes, opportune ALEXANDER monet, non confestim restitutionis beneficium aduersus dotem uxoris a praetore tribuendum, sed audita parte aduersa, & causa cognita, rebus omnibus excussis, utrum uxor circumuenta videatur, statuendum esse: cum difficile sit, in bonae fidei negotiis fidem datam infirmare. l. vn. C. si aduers. dotem.

Quae cum ita sint, dicendum est, dotem immodicam, quae vires patrimonii excedat, dolo malo a curatore sciente constitutam, ipso iure nullam esse, & reperi confestim, vel bona fide promissam a curatore, vel ab ipsa muliere, quamuis maiore XXV. annis constitutam, si magna difficultas appareat, beneficio restitutionis in integrum, intra legitimum tempus, ad iustum modum renocari. Vix enim attinet monere, si CELSUM audiamus, ubi quaeritur quantae pecuniae dos promitti possit, iustum fere modum ex facultatibus & dignitate uxoris ac mariti statuendum esse, quorsusque

usque ratio iusta patiatur. l. 60. D. de iure dotium, ut appareat, arbitrio iudicis laxiori in illa causa imprimis locum dari.

§. III.

Omnia bona in dote dari possunt. Facile ex illi suspicio cumventio nis oritur, ut vix non difficile in integrum restituitur ad verum dotem bonorum omnium promissum. Accepisti, promissionem dotis immodicae, imprimis si dolus cuiusquam intervenierit, vel ipso iure nullam esse, vel certe beneficio restitutionis in integrum subinde arbitrio iudicis, ad iustum modum, secundum facultates patrimonii & utriusque coniugis dignitatem, revocari. Sed illa deinceps videtur omnium debetur immodica, ut supra observatum est, quae ultra vires patrimonii honorum sed promittatur, aut, cum plus sit in promissione, quam facultates uxoris valeant, l. 43. §. 1. D. de admin. & pericul. tut. l. 60. & 61. D. de iure dotium. Hoc est, quod Chremes ille apud PUBLIUM TERENCEM f) se dotem, cum vix ait, pro re sua, id est, ad iustum modum, pro facultatibus & dignitate uxoris non vix non vix, filiae constituisse.

Quo talenta, pro re nostra, ego esse decrevi satit.

Quapropter, cum bona fides iustum modum desideret in dotibus constitutendis, videri posset, dotem non solum illam, quae superet patrimonium uxoris, sed etiam hanc, quae maximam illius partem, vel tota etiam bona, exhauriat, immodicam videri.

Ita enim PROCVLVS ait, se rusticos quondam dicentes audivisse, pecuniam sine peculio esse rem fragilem, & perire patrimonium, nisi semper aliquid supersit, quod praesidii causa reponatur. l. 79. §. 1. D. de leg. 3.

Quid igitur dicemus? An ferenda erit pactio, qua mulier bona sua omnia in dotem dederit marito? Videtur enim ad paupertatem vel potius egestatem & mendicitatem, peruenire, quae bona sua omnia dote exhauriat & nihil reliquum habeat, quo in magnis necessitatibus utatur: ut dubitari vix possit, utrum, datis bonis omnibus, dotem immodicam constituisse videatur.

Verum enim vero, vel liberorum imprimis causa, quorum nimio voto, quod ULPIANVS ait, l. 1. §. 3. & 8. D. de ventre inspic. parentes plurimi ducuntur, & quorum spe, secundum POMPONIUM, l. 1. D. solut. matrim. salus reipublicae & civitatis continetur, vel certe cogitatione dulcissimae conjunctionis & maritalis concordiae, nihil per se vitii habere visa est conventio, qua marito ab uxore, nuptiarum causa, bona omnia subinde promittuntur.

Nimirum aliquando, ex ipsa iuris necessitate, bona omnia uxoris, dotis nomine perveniebant ad maritum. Haec enim lex erat nuptiarum, quibus mulier viro in manum, quod dicebant veteres, conveniebat, ut vxor pro filia.

f) TERENCE. Heautontim. act. V. sc. I. v. 67.

filiæfamilias in potestate mariti versaretur, g) & se ac sua omnia permetteret marito. Audiamus M. TVLLIVM h) qui, cum mulier, inquit, viro in manum conuenit, omnia, quæ mulieris sunt, viri fiunt, dotis nomine: vt nihil retinuerit mulier, si consarreatis maxime nuptiis in potestatem mariti concessisset.

Atuero, non solum iuris necessitate imperante, sed sæpe etiam volentes, caritate maritorum, quos propter dotem obsequentiores & meliores se nacturas arbitrabantur, & imprimis cogitatione liberorum, quibus nihil humano generi dulcius est, suo arbitrio bona omnia in dotem mariti sponte obtulerunt. Nulla frequentius nubentes formula in matrimonii repromissione vtebantur, quam illa solenni: me & mea omnia tibi trado, & permitto. Sed hac quidem blandissima allocutione, vt res ipsa ostendit, dos omnium bonorum videtur comprehendi: quod GAILIVS etiam obseruat. i) Neque enim dubitari potest, his verbis ab uxore dotem omnium bonorum expresse constitui marito. Certe aliquando per insidias & fraudem, vt generis verba darent & conditionem filiabus inuenirent soceri, se filiabus bona omnia duros esse, comminiscabantur. Ita Chremes ille, quem antea adduxi, apud P. TERENCEM k) quamuis duo talenta pro re sua sufficere iam decreuisset, tamen,

Ita dictu opus est, (inquit) si me vis saluum esse, & rem & filium;

Me mea omnia bona doti dixisse illi — —

— — Vt eius animum, qui nunc luxuria & lasciuia

Dissoluit, retundam, & redigam, vt quo se vertat, nesciat.

Non attingam maiores nostros, quorum consuetudine uxores, nisi regulam iuris sui pactione corrupissent, bona sua omnia mariti curæ & prouidentiae & vsui & administrationi mittebant. Ita enim illi: Wann ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt Er in seine Gewehr alles ihr Guth zu rechter Vormundschafft. iur. prou. Sax. L.I. art. 31. & L.III. art. 45. vt vix dubitem, quin illustri GAERTNERO nostro assentiar, qui commentatione erudita l) comprobauit, iure Saxonum, imo Germaniae, communi inter dotem & bona paraphernalia discrimen non admitti.

Sed, vt ad Romanos & ius omnium commune redeam, non habebant uxores, quæ bona omnia in dotem dederant maritis, cur facilitatem suam

g) VLP. fragm. tit. IX. SERV. ad L. IV. Aeneid. h) CIC. top. IV. §. 23. HOTTOMANN. disputat. iuris ciu. de dotibus, l. c. I. §. 5. i) GAIL. II. obseru. §. 2. n. 1. k) TERENCE. heautontim. act. V. sc. 1. v. 69. sqq. l) GAERTN. diss. acad. distinctionem inter dotem & parapherna foris Germaniae non excommo-
dandam esse. §. 5.



suam accusarent, aut de paupertate, ad quam illae dote data redigebantur, aut de circumscriptione aliqua omnino quererentur. Enimuero per maximam & sanctissimam coniunctionem, qua, quod T. LIVIVS ^{m)} ait, non solum corpora, sed etiam animos, sibi inuicem dare solent coniuges, diluitur suspicio mendicitatis, & egestatis illius, quam ex pacto illo liberali timere potuissent. Nimirum *dotis causa perpetua* est, secundum PAVLLVM, l. 1. D. de iure dotium, & voto eius, qui dat dotem, ita contrahitur, ut semper apud maritum maneat, utque concordia illa rerumque omnium communicatio nulla poenitentia dissidione perturbetur. Ideoque recte THEODOS. & VALENT. vxoribus praecipunt, *bonum esse*, mulierem, quae se ipsam marito committat, res etiam suas omnes, qualescunque, nulla parte excepta aut retenta, eius arbitrio & potestati gubernandas tradere, & in voluntate eius spem plenam certissimamque collocare. l. 8. C. de pact. conuent. Nec minus commode IVSTINIANVS l. 2. C. ne fideiuss. dotium dentur, vxorem, quae se ipsam marito credere ausa est, prohibuit, pro dote fideiussores exigere, ne causa perfidiae in matrimonio subinde generetur.

Quare apparet, non solum non improbasse veteres illam pactionem, qua bona omnia vxoris marito nuptiarum causa traderentur, sed etiam suauis, atque commendasse: ut *favorabilis* videatur illa conuentio, qua, nullo discrimine admissa, bona vxoris omnia communicantur cum marito.

Sed, ne diutius te teneam, aperite quidem PAVLLVS in lege illa 72. D. de iure dotium; quam tractandam suscepinus, proponit, mulierem bona omnia marito in dotem liberaliter dedisse, neque habet, quod accuset in illa pactione.

Et luculentius paullo ALEXANDER, nullo iure prohibitum esse, ait, foeminam bona uniuersa in dotem dare. l. 4. C. de iure dotium. Imo vero alio loco idem ALEXANDER laudat, aut certe non accusat, connubiale illud foedus, quo omnia bona in dotem data sint marito, modo non appareat, circumuentam esse mulierem in illa pactione, l. vi. C. si aduers. dotem. Sed abscessus IVSTINVS etiam parentibus permittit, ut possint filiabus consentire, qui totam suam substantiam, nuptiarum causa, velint attribuire maritis. l. 7. C. de dotis promissione.

Quae res induxit ACCVRSIVM, ut, propter maximum fauorem huius pactionis, si qua foemina, sine dotis mentione, simpliciter nupsit marito, bona omnia in dotem data esse iudicaret. ⁿ⁾

Verum enimuero, quamuis non dissimulem, laudari a veteribus foeminas, quae, nulla suspicione comporae, se & sua omnia maritis liberaliter permittant; tamen, cum mulierum ingenium cogito, quod plerumque

^{m)} LIV. L. I. c. 9. ⁿ⁾ ACCVRS. ad legem: mulier bona omnia. 72. D. de iure dot. GAIL. II. obs. 82. n. 2.

non minus suspiciosum est, quam rapax, inuidiosum & alieni appetentissimum, si non aliud expresse actum est, in ambiguo non admitendam esse censeo praesumptionem, quasi mulier bona omnia in dotem dare voluerit marito. Recte enim veteres, dotis non modo constitutionem sed etiam illationem, *probandam* esse censuerunt: cum non credamus, facile mulieres profusa esse liberalitate in maritos. l. 1. 2. 3. C. de dote cauta non numerat.

Ex his igitur, quae adhuc disputata sunt, intelligetur, admitri & commendari *dotem omnium bonorum*, vti etiam *donationes bonorum omnium*, cum quibus dotes comparantur, l. f. C. de donat. ante nupt. inter homines ingenuos & suae potestatis, si non *inofficiosae* sint, tantisper tolerantur. l. 35. §. 4. C. de donat. Sed & illud expeditum est, *uniuersorum bonorum dotem non praesumi*.

Imo vero, si probata fuerit promissio *bonorum omnium*, tamen, quod supra obseruatum est, inter personas tam sancto vinculo coniunctas *fraudem & circumscriptionem* non quidem suspiciamus, sed audiendam tamen mulierem censemus, quae cum bona omnia in dotem dederit, se laesam esse dicat illa pactione. Aperte enim *VLPIANVS*, subueniendum esse, ait, mulieri, si *totum* patrimonium, *circumscripta*, in dotem dederit. l. 9. §. 1. D. de minor. Quod & *ALEXANDER* approbavit, vt, si bona omnia in dotem data sint, uxori, *caussa cognita*, subinde succurratur. l. vn. C. si aduers. dot. Sed hoc ne quis obiter dictum existimet, audiamus *VLPIANVM*, qui l. 3. §. 5. D. de minor. etiam *filiamfamilias* in dote *captam*, quamuis *pater* eius, aduersus quem non datur restitutio, de dote ilipulatus sit, si illud aequum videatur, *restituendam* esse ait, cum in illa perturbatione animorum, nuptias vtrinque anhelantium & spe felicitatem futuri temporis praecipientium, facile ingenium muliebri sublabi posse videatur.

§. IV.

Comprobauimus, omnia uxoris bona, nuptiarum causa, efficaciter *Maritus* do- quandoque transferri in maritum, & frugi esse uxores, quae nihil sibi reti- *minium bo-* nent, aut magnopere appetunt, quod a rationibus mariti separatum esse *norum dota-* videatur. Vnum quandoque obstabit marito appetentiori, quod suspecta sit *lium adqui-* interdum illa liberalitas & *bonorum omnium* translatio in muliebri ingenio, *rit quidem* sed *onera do-* adeoque audienda sit *foemina*, quae se circumuentam & circumscriptam *is bonorum* dixit in illa pactione. *omnium fer-*

Sed neque *maritus* semper habet, quod gaudeat de *dote omnium bo-* *re cogitur.* *norum* ab uxore sibi constituta. Scimus enim, etiam *onera* referri ad ma- *De aere alie-* ritum. Nam *PAVLLVS* quidem, in l. 2. D. de iure dotium, a nobis *tracto non* *popolita*, si mulier bona omnia in dotem dederit, cum dubitatione quadam *reueatur.*



sciscitatur & quaerit, *quis oneribus respondere teneatur?* Quod ut expediamus, operae pretium fuerit, ante definire, *quid iuris maritus in dote habeat*, & quo iure haec in ipsum transferatur.

Et, primo quidem, vulgo notum est, individua rerum *fungibilium* vxoris, inprimis *pecuniam*, *irreuocabiliter* ad maritum peruenire, quamvis soluto matrimonio, post annum, iure communi, *tantundem* reddere cogatur. Enucleate GAIUS l. 42. D. de iure dotium. res, quae numero, pondere & mensura aestimentur, in *dotem* datas, mariti, ait, esse periculo, quia *in hoc datae sunt, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat*, & soluto quandoque matrimonio alias eiusdem generis & quantitatatis restituat vxori. Sed meretur obseruari, etiam si *nummos alienos in dotem* dederit mulier, postquam hi cum mariti nummis *permixti* sunt, ut *discerni non possint*, illorum dominium ad maritum pleno iure pertinere: & si distracti sint, nec dominium, nec vxorem, ne quidem *tacitae hypothecae privilegio*, individua nummorum persequi posse, aut illa repetere a tertio possessore, cui a marito exsoluti sint, sed soluto matrimonio tantundem recuperaturam a marito. Ita enim IAVOLENVS tradit, l. 78. D. de solut.

In his igitur rebus, expeditum est, nihil iuris, praeter repetitionem eiusdem generis & quantitatatis, vxorem retinere: ideoque parum abest quin *onera* vxoris ad maritum, propter dotem rerum *fungibilium*, quas iure plenissimo acquirit, non pertinere videantur.

Sed ita quidem de dote *rerum fungibilium* habendum est. In speciebus & rebus *immobilibus* inprimis paullo adstrictior mariti & potestas, nisi *aestimatas* & certo pretio definitas, venditionis causa, vxor dederit marito.

PAPINIANVS enim docet, res *aestimatas*, marito traditas & in dotem datas, quamvis illas in usu habeat mulier, iure domini confestim peruenire ad maritum, l. 69. §. 8. D. de iure dotium, quod & VLPIANVS l. 7. §. 3. & l. 9. §. 1. D. eod. comprobauit. Contra, si *non aestimatas* sponsa dederit, *fundus dotalis* quidem *in bonis est mariti*, sed *dominium vxoris* quod ait TRYPHONINVS l. 75. D. de iure dotium. Imo vero explicatius IUSTINIANVS l. 30. C. eod. legum duntaxat subtilitate fingi, ait, quod haec talia ad maritum transire videantur, sed, si rei *veritatem* cogitemus, *naturaliter* illa in vxoris dominio manere, & soluto matrimonio ab ipsa vindicari posse. Ex hac causa fere SABINVS docuit, dotem *mulieri* *acquiri*, l. 33. f. D. de iure dotium, & VLPIANVS, res *in aestimatas* meliores & deteriores fieri mulieris lucro, & periculo, l. 10. pr. D. eod. & alio loco, dotem, soluto matrimonio, *quasi proprium vxoris patrimonium* videri. l. 16. D. de relig. & sumt. fun.

Quae cum ita sint, *quo iure onera* de quibus PAVLVS in lege nostra 72. D. de iure dotium, tantisper dubitauit, marito imponemus?

Sive

Sive enim *quantitatis* acceperit, sive etiam *species*, sed *aestimatas*, *dominium* illarum *irrevocabiliter*, adeoque titulo fere *singulari*, adquisiuit: sive corpora quaedam *non aestimata* ipsi data fuerint, res *naturaliter* manserunt in *dominio uxoris*. Verum enim vero, quid causae cogitari potest, cur propter res *suas*, quas dotis titulo plene adquisiuit, suscipiat *onera uxoris*: aut, cur propter res *dotaes non aestimatas*, quae vere in *dominio* permanent, ipse *oneribus* respondeat, quae ad uxoris incommoda videntur pertinere?

Nimirum, ut dicamus, quod res est, distinguenda sunt *onera uxoris*, quae marito imponuntur. *Onera* enim intelligimus, quae ex *necessitate iuris* praestanda sunt, inprimis *aes alienum* a muliere contractum: & de his quidem etiam PAVLLVM in lege nostra, quam tractamus, sensisse, ex ipso responso eius intelligitur, in quo *aeris alieni* fecit mentionem, d. l. 72. in fine. D. de iure dotium.

Sed *aes illud alienum*, & omnia debita, quae *necessario* praestantur, vel *ante matrimonium* a muliere contracta sunt, vel *postea* nascuntur, postquam uxor, secutis nuptiis, res *dotaes tradidit* marito. Et prius quidem de illis videamus, quae *ante matrimonium contracta sunt*. De his autem expeditum est, *maritum*, propter acceptas res *dotaes*, *non teneri*. *Quantitates* enim, ut dicere occupauimus, & *res aestimatas* titulo fere *singulari* & *pleno iure* adquisiuit: *non aestimatae* naturaliter in *dominio uxoris* permanent, & soluto matrimonio, ad ipsam reuertuntur.

Igitur, quaecunque tandem res in *dotem datae* fuerint, *generaliter* verum est, quod PAVLLVS ait, *maritum*, quasi *heredem*, a creditoribus uxoris *non posse conueniri*. l. 72. pr. D. de iure dotium.

Itaque dicemus, de *aere alieno ante matrimonium* contracto *maritum* non teneri. Luculenter enim GAIVS noster praecipit, ne illa quidem debita, propter quae fundus *dotalis hypotheca* oneratus est, a marito exsoluenda esse, sed neque ipsum, nec *heredem eius*, compelli posse, ut fundum *dotaem* liberet. l. 15. D. de iure dotium.

Cetera vero, quae in *ipso matrimonio* nascuntur, & *opem praesentem* postulant, a marito non solum *uxoris*, sed etiam *sui causa*, ut uxor ipsi sit *integrior ornatiorque*, impenduntur. Imo vero sentiet, quod P. TERENTIUS ait, o)

Quantum deuenierit ad ipsum mali.

Non dicam de *uxoris funeratione*, de qua, si PAPINIANVM audiamus, vir solus conuenitur, ut de *dote* praestet sumtus funeris, illosque deinde imputet mulieris heredi, ad quem dos deinceps reuertetur. l. 17. D. de religiof. & sumt. fun.

H 3

Prac-

o) TERENT. heautont. act. IV. sc. V. v. 2.



Praeterea impensas, quas ipsae res dotales illarumque *refectio necessitate* quadam postulant, interim erogat maritus: sed per illas etiam ipsam dotis substantiam *minuit*, ut, cum dos repetitur, si impensae pretium fundi superent, *fundus omnino desinat dotalis esse*: quod SCAEVOLA & PAVLLVS observarunt. l. 56. §. 3. D. de iure dotium.

§. VI.

Dotis titulus non universalis, sed singularis est. Maritus igitur vxoris *oneribus* respondet, quae *praesens necessitas* deus non *siderat*, & in fundum dotalem omnia *impendit*, quae si non praestarentur, *res peritura* aut deterior futura esset, quod PAVLLVS docet. l. 79. §. 1. D. *de verb. signif.* Sed his quidem postremis, ut supra observatum est, ipsa *dotis substantia* non solum *minuitur*, sed aliquando etiam consumitur. l. 56. §. 3. D. de iure dot.

Quamquam vero dotes, vii diximus, ipso iure necessariis impensis minuantur, quod in *universitatibus rerum* semper usu venit; noli tamen *dos omnium stimare*, quod *dos ipse*, ad *maritum titulo universalis* transeat, quasi pro *bonorum est illa parte quota*, quae dotis substantia & aestimatione continetur, *heres universitas vxoris suae* factus esse videatur.

Neque enim maritus, quamvis ex toto patrimonio centum sestertium, quod vxor possidet, viginti quinque acceperit, vxori ex quadrante heres factus esse censebitur, neque a creditoribus mulieris, tanquam *heres ex quadrante*, efficaciter convenietur.

Non ignoro, a quibusdam serio id actum esse, ut ostenderent, dotem, quae sit quasi separatum patrimonium vxoris, quo non solum commoda & iura sed etiam onera contineantur, per universitatem ad maritum pervenire. Videntur enim *decepti esse verbis PAVLLI, qui l. 1. §. 2. D. de fundo dotali, & l. 62. D. de acquir. rer. dom.* fundum dotalem aliquando *per universitatem* transire, docuit: ideoque arbitrantur aestimandum esse, *quota pars patrimonii vxorii rebus in dotem datis, & fundo dotali maxime, contineatur, ut pro illa parte oneribus vxoris respondere aesque alienum, ab ipsa ante nuptias contractum, durante matrimonio, maritus exsoluere cogatur.*

Verum enim vero, pignore certarem, nunquam PAVLLO in mentem venisse, quod fundus dotalis semper *per universitatem* ad maritum transferatur. PAVLLVS, in illis legibus, quas modo attigimus, non tractavit, quo iure *maritus fundum dotalem acquirat* ab vxore; sed hoc dumtaxat disputat, an *alienare* aut transferre possit res vxoriarum maritus. Et hoc quidem negat, ex communi omnium opinione. Vnum tamen monet, aliquando evenire, ut fundus dotalis, quem maritus *titulo singulari* adquisuerat, si ipse moriatur, *per universitatem*, ad *heredem eius*, (qui *titulo universalis* successerit marito) transeat, sed cum suo tamen iure, ut alienari non possit

ab

ab herede. Hanc mentem PAVLLI esse, ex ipsis verbis luculentis legis l. §. 2. D. de fundo dotali, & l. 62. D. de acquir. rer. dom. intelligitur.

Igitur ad maritum quidem *fundus dotalis* non transit per *uniuersitatem*, sed ad heredem eius, inter reliquas res hereditarias, *uniuersali titulo* transfertur, donec ab vxore repetatur.

Et qui possit defendi, maritum ab vxore dotem *uniuersali titulo* accipere, id est, cum *necessitate soluendi aeris alieni*, quod antea contractum sit, cum ne quidem *hypotheca* fundum dotalem liberare teneatur. l. 15. D. de dote praeleg. quod supra ex responso GAIJ a nobis comprobatum est. Imo vero in dote aestimata inprimis, certum est, *venditione* quaedam dominium acquirere maritum. Quamuis enim *minoris* ab vxore emerit, si non *donandi* animo hoc factum sit, etiam constante matrimonio, secundum POMPONIVM, venditio subsistit. l. 31. §. 3. D. de donat. int. vir. & vxor. Sed nemo dubitat, quae *venduntur*, ad emptorem *titulo singulari* peruenire.

Quae cum ita sint, neminem VLPIANVS perturbabit, qui l. 1. §. 4. D. de dote praeleg. dotem, ait, impensis necessariis ipso iure minui: sed hoc non ad *singula corpora*, sed ad *uniuersitatem*, referendum esse. Enimvero posset dubitari, utrum VLPIANVS, qui *dotem*, tanquam *uniuersitatem*, corporibus *singulis* opposuerit, de *titulo uniuersali*, quo *dos* ad maritum perueniat, cognasse videatur. Sed primo obseruandum est, VLPIANVM non de illis dotibus, cum res *singularis*, ut fundus, aut species quaedam, nuptiarum causa affertur ad maritum, sed de his dumtaxat, cum res plures, aut etiam corpora *integra*, quae constant ex diuersis capitibus, in dotem dantur, tractauisse. Deinde, si etiam *uniuersitates* quaedam, ut greges, aut merces in taberna, marito, dotis causa, tradantur ab vxore, non omnis *uniuersitas uniuersali titulo* transfertur cum *necessitate soluendi aeris alieni*, quod alius contraxit. Videmus quotidie a priuatis greges, aut merces in taberna, aut alias quascunque *uniuersitates vendi* per *auersionem*, neque tamen emptorem onerari aere alieno, quo venditor sit obligatus, sed *uniuersitatem titulo singulari* transire ad emptorem.

Speciosius paullo & veresimilius fingi posset *uniuersalis* quidam *titulus*, si *tota* quaedam *species bonorum*, ut omnes res mobiles, aut omnia etiam bona, marito in dotem dentur ab vxore. De bonorum enim appellatione AFRICANVS docet, illam, sicut *hereditatem*, non res singulas, sed *uniuersitatem* quandam & *ius successionis* demonstrare. l. 208. D. de verb. signif. ad quem locum diuinus ille ALCIATVS p) copiose commentatur.

Verum enim vero, ne bona quidem, quamuis *uniuersitatem* novent, semper *titulo uniuersali* transferuntur, aut *ius successionis* comprehendunt, quam-

p) ALCIAT. ad l. 208. D. de verb. signif. op. T. II. p. 1080.



quamvis appellatione *bonorum*, in materia *successionum*, de qua *AFRICANVS* libro IV. *quaestionum*, unde l. 208. D. de *verb. signif.* desumpta est, inprimis tractauit, frequentissime viamur. Nimirum, ut alia taceam, multum interest, *utrum pars bonorum*, an *pars hereditatis*, relinquatur. Ad hanc omnia augmenta, quae etiam postea accesserunt, pertinere expeditum est, sed *bona*, postquam dies cessit, non facile capiunt augmentum: quod idem *ALCIATVS* ^{q)} obseruat.

Imo vero, quomodocunque haec existimata fuerint, non in magno discrimine ponemus. Illud certum est, *non posse maritum a creditoribus uxoris conueniri*. Neque enim ipse creditoribus vel ex *delicto*, vel ex *contractu* obligatur, quamvis *bona omnia* uxoris acceperit in dotem. Neque in ipsum *quasi in heredem* dabitur actio, quum *uiuentis uxoris nulla hereditas* intelligatur. Luculenter *PAVLLVS* noster negat, maritum, si mulier *bona omnia* in dotem dederit, *ab eius creditoribus conueniri posse*, neque ipsum teneri *oneribus uxoris viuæ respondere*, quasi per dotem *bonorum* omnium, uxoris suae, adhuc superstitis, heres factus esse videretur, l. 72. pr. C. de *iure dotium*. Neque minus aperte *DIOCLETIANVS* & *MAXIMIANVS* l. 27. D. de *iure dotium*, praecipunt, etiamsi dos apud maritum, soluto matrimonio, ex pacto, remanserit, tamen maritum non recte conueniri, *ut heredem*.

§. VI.

Dos *omnium bonorum* *bonorum* dote maritum, ad *aes alienum uxoris viuæ exsoluendum*, conueniri posse. Sed una obstat difficultas, ne actione *Paulliana* teneatur, si *uxor obaerata in fraudem creditorum*, *bona omnia* marito in dotem dedisse videatur. Enimvero, explicite *IULIANVS* l. 17. §. 1. D. *quae in fraud. credit.* quamvis non proponatur debitor *consilium fraudandi creditores habuisse*, tamen, ait, si *uniuersa bona sua alienauerit*, cum sciuerit, se habere creditores intelligendum esse, *fraudandorum creditorum consilium omnino habuisse*: ideoque, illum, qui *bona uniuersa* acceperit, quamvis *est donatio*, ignorauerit hanc mentem debitoris, nihilominus *PAVLLIANA* actione *creditoribus* teneri. Imo vero *VLPIANVS* l. 1. §. 2. D. *quae in fraud. credit.* *omnem omnino contractum, & omnem alienationem*, quae *fraudandorum creditorum* causa fiat, edicto praetoris, ait, contineri. Et luculentius idem *VLPIANVS*, alio loco, *dotem ab uxore, in fraudem creditorum con-*stitui non posse, docet, ideoque ex edicto fraudatorio actionem dari, ad dotem repetendam l. 10. §. 14. D. *quae in fraud. credit.* Ut taceam, quae *donandi animo* in quemquam transferuntur, si *bona* creditoribus non sufficiant

q) *ALCIAT.* loc. cit.

cient, etiam ab ignorante vindicari posse, vt *lucrum*, quod ad ipsum, cum damno creditorum, peruenisse videatur. l. 6. §. 11. D. *quae in fraud. credit.* Sed constat, *dotis constitutionem* subinde cum *donationibus* conferri. l. 20. C. de *donat. propt. nupt.*

Sed salua res est marito innocenti, qui *dotem omnium bonorum* accepit ab uxore. Nimirum titulo *oneroso*, id est, ad sustinenda onera matrimonii, dos omnium bonorum censetur acquisita a marito: & haecenus nihil commune habet cum *donatione*. Hoc enim & IUSTINIANVS videtur agnouisse, Nou. CXIX. c. 1.

Sed in his negotiis, quae cum *onere* coniuncta sunt, diligenter tradit VLPIANVS, quamuis ille, qui dedit, animum *fraudandi* habuisse videatur, accipientem tamen, si *fraudem ignorauerit*, edicto non teneri. l. 6. §. 8. & l. 10. §. 2. & 4. D. *quae in fraud. credit.* Sed omnium curatissime VENULEIUS l. 25. §. 1. D. *quae in fraud. credit.* a marito, *fraudem ignorante*, dotem, quae consilio *fraudandi* creditores ipsi data fuerit, non posse *reuocari*, praecipit, cum alias maritus mulierem *indotatam* & *aere alieno* obligatam non ducturus fuisse videatur.

Imo vero, secundum VLPIANVM, *fraus non praesumitur* in dote constituta. Luculenter enim ille, si libertus *filiam dotauerit*, hoc ipso, quod *dotauit*, non videri, ait, patronum *fraudaui*: quum pietas patris, (& uxoris) non reprehendenda videatur. l. 1. §. 10. D. *si quid in fraud. patron.*

Quid, quod ne *litigiosa* quidem, si *dotis* causa data sint marito, propter magnum fauorem dorum, tanquam *litigiosa* reuocentur: quod IMPERATOR tradit l. 4. §. 1. C. de *litig.* vt appareat omnia alia in *dotibus*, quam *frandandi consilium*, praesumi. Igitur mariti etiam creditores ne illa quidem, quae in *sponsam* donationis gratia collata sunt, PAVLLIANA actione reuocabunt, cum mutua & reciproca illorum pieras intelligatur, qui de nuptiis futuris conuenerunt. l. 13. C. de *donat. propt. nupt.*

Sed *fisco* tamen, ex *debito ante nuptias contracto*, iure pignoris dari *reuocationem* rerum, quas uxor in *dotem* dedit, GORDIANVS docet, quamuis *ignorauerit* maritus uxoris obligationem. l. 6. C. de *iure fisci*. Idem etiam DIOCLETIANO in specie non dissimili placuit, vt *caussa primipili* & *utilitas publica* *causae dotis* praefertur. l. 3. & 4. C. de *primipil.*

Extra has species, quas proxime commemoravi frustra creditores, ius reale non habentes, *dotem a marito ignorante* reuocabunt. l. 2. C. de *reuocand. his quae in fraud. credit.*

Vnum attinet monere, *volentem* maritum non prohiberi, quo minus, *aeris alieni exsoluendi* causa, *dotem restituat* uxori: quod PAVLLVS & VLPIANVS tradiderunt. l. 21. & l. 22. D. *solut. matrim.*



Neque enim *donasse* vxori videbitur maritus, qui illam maluit, honestatis causa, aere alieno liberari. Sed obseruat tamen IULIANVS, in fraudem reliquorum creditorum, tempore minus opportuno, dotem efficaciter non reddi posse vxori a marito. l. 17. §. 2. D. *quae in fraud. credit.*

§. VII.

Bona omnia in dotem data non intelliguntur nisi deducto aere alieno.

Ma-

ritus quidem bona omnia

a creditori-

bus vxoris conueniri non potest.

Sed ab ipsa vxore, ut soluat aere alienum ante contrahendum. Ex-

ceptio etiam contra ipsum recte decernitur.

Satis, credo, disputauimus, maritum, nisi sciens, in fraudem creditorum, ab vxore obaerata dotem acceperit, a creditoribus vxoris efficaciter non conueniri.

Sed & illud tamen non dissimulandum est, secundum PAVLLVM atque IAVOLENVM l. 39. §. 1. & l. 83. D. *de verb. signif.* l. 2. D. *de collat. bon.* ritus quidem bona omnia nihil continere, nisi, quod supersit, deducto aere alieno.

Quid ergo faciemus de marito, cui vxor obaerata tradiderit omnium bonorum, quae nisi deducto aere alieno non intelligitur?

Subobscurè quidem PAVLLVS noster in lege proposita LXXII. D. *de iure dotium.* maritum, quasi heredem, a creditoribus vxoris non posse conueniri, sed non plus tamen esse in promissione dotis bonorum omnium, quam quod supersit, deducto aere alieno.

Sed res disputatione non indiget, si dos omnium bonorum promissa sit quidem, sed nondum tradita & numerata, vxorem deducere aere alienum posse, & creditoribus suis exsoluere: quod reliquum fuerit, duntaxat bonorum appellatione contineri.

Sed, quomodo consulamus creditoribus vxoris, postquam translata est dos omnium bonorum ad maritum, quem ipsi conuenire non possunt?

Nimirum res ipsa ostendit, vxorem duntaxat quamuis pauperem, & rebus omnibus translatis, ad egestatem propemodum redactam, non autem maritum, a creditoribus vxoris recte conueniri. Sed vxor, cum bonae fidei exceptio ipso iure insit iudicio de dotibus, quod supra ex l. 21. D. *solutio matrimonii*, probatum est, vxor, inquam, beneficio restitutionis in integrum, a marito ex bonis omnibus tantum repetere poterit, quantum ad necessitatem aeris alieni exsoluendi pertinebit. l. 9. §. 1. D. *de minor.* l. 6. §. 2. D. *de iure dotium.* Imo vero creditores, si vxorem conuenerint de debito, & vicerint instituta actione, quasi ex iure cesso vxoris, eiusque voluntate, missionem in bona vxoris, quae ad maritum, dotis nomine, translata sunt, a praetore impetrabunt.

§. VIII.

Dos omnium bonorum in officiosa liberis vxoris

Sed his quidem remediis creditores suum consequentur ab vxore, quae bona omnia in dotem dederit marito. Expeditius remedium liberis prioris patrimonii suppetit, in quorum fraudem vxor bona omnia in maritum videtur



debitur transtulisse. CONSTANTIVS enim l. vn. C. de inofficijs dotibus, ^{reuocatur.} praecepit, cum omnia bona a matre in dotem exhausta sint, liberis ad exem- ^{Ex re singu-} plum inofficiosi testamenti, aduersus dotem immodicam, exercendae actionis ^{lari quae} copiam omnino tribuendam esse. ^{marito cum}

Ideoque non dubito, ne spurijs quidem, secundum VERIANVM, ex ^{bonorum} cludi a dote inofficiosa impugnanda, l. 29. §. 1. D. de inoff. testam. Imo ve- ^{vendita est} ro liberi, etiam post dotem constitutam nati, habebunt, cur de legitima ^{aes alienus} bonorum parte, sibi per dotem omnium bonorum interuersa, conquerrantur. ^{uxoris non} ^{exsoluitur.} arg. l. 8. C. de reuocand. donat. ^{Vxor, quae}

Ita quidem liberis uxoris satisfiet. Ceterum, si maritus, praeter do- ^{fraudulenter} tem bonorum reliquorum, titulo singulari oneroso, cum incommodis & ^{dorem obae-} oneribus quibusdam, vt venditione vel permutatione, fundum aut speciem ^{ratam mari-} quandam ab uxore acceperit, certum est, hunc fundum & hanc speciem ^{to dedit} plenissimo iure transire ad maritum. ^{actione in} ^{factum tene-}

Igitur faciamus, uxorem aedes suas sponso cum onere insigni vendidisse, ^{tur.} sed pactum adieciisse, vt reliqua bona omnia, dotis nomine, ad ipsum per-
venirent. Expeditum est, uxoris creditores non posse a marito exigere, vt ex aedium aestimatione ipsis satisfiat. Sed aedes titulo singulari adquisitas sibi habebit, propter onera, maritus: ex his autem, quae superfuerint, aes alienum creditoribus exsoluet. Enimvero, quod supra, indicauimus, generaliter maritis permittitur, etiam viliori pretio, ab vxoribus bona fide emere, quae ad ipsarum patrimonium pertinent, dummodo suspicio donationis diluatur. l. 31. §. 3. D. de donat. int. vir. & vxor. Sed nulla donationis est suspicio, cum de oneribus matrimonii & de dotibus constituendis contrahitur inter virum & uxorem.

Extremo, non omittendum est, propter sanctitatem bonae fidei, qua dotis causa regitur, si dolose vxor rem aere alieno oneratam in dotem dederit marito, actionem in factum aduersus perfidam uxorem competere marito. Ita SEVERVS & ANTONIVS docuerunt. l. 1. C. de iure dotium. Sed LABEO hanc actionem temperauit, ne vel vxor, vel etiam socer, si dote non idonea promissa induxerint & deceperint generum, aut maritum, nisi in quantum facere possint, id est, quod nostri aiunt, salvo iure competetiae, omnino condemnentur. l. 84. D. de iure dotium.

§. IX.

Sed, vt intelligatur, ne in nostris quidem foris maritum, propter do- ^{Species sin-} tem bonorum omnium acceptam, a creditoribus uxoris viuae conueniri ^{gularis pro-} posse, adiiciam speciem singularem, quam cum iudicarent Scabini Vitem- ^{ponitur.} bergenses, mense Iunio, anni praeteriti, in illam sententiam, quae adhuc a nobis disputata est responderunt. Proponebatur, Gellium duxisse uxorem



Crispillam, cum qua ipsi pessime conveniebat. Ita enim animi coniugum iris & indignatione accensi erant, ut iudex ecclesiasticus causam inuenerit, eum illos a thoro & mensa, quod aiunt, separaret. Sed antequam nuptiae contraherentur, magnis, ut fieri solet, studiis alter de altero mereri, & mutuis officiis amores mutuos accendere laborauerant. Primum sponsa sponso aedes, quas possidebat, adhibito alio curatore, coram iudice rei sitae, certo pretio constituto, vendiderat, sed cum onere aeris alieni, quo fundus obligatus erat, exsoluendi. Omnes enim creditores suos se ipsi indicare simulauerat, quibus se satisfacturum promiserat Gellius ille, sponsus. Magistratus etiam dominum aedium solenni inuestitura, petente Crispilla, in Gellium transtulerat. Adiecerant huic venditioni pactum, ut, quandoquidem de nuptiis inter Crispillam & Gellium convenisset, omnia Crispillae reliqua bona, praeter aedes ipsi venditas, ad sponsum dotis nomine omnino peruerirent. Vtrique etiam de successione mutua seu reciproca, si absque liberis morentur, fidem dederant. Sed, ut dicere occupavi, non diuturna inter illos gratia fuerat. Post separationem a thoro & mensa Gellius Crispillae utensilia, & cetera, quae ad usum vitae necessaria videbantur, praestare coactus erat ab ecclesiastico magistratu. Tandem expergiscebatur Iauolenus, quem inter creditores suos, cum dotem omnium bonorum constitueret, non nominauerat Crispilla. Hic quidem, Crispillam sibi aere alieno obstrictam esse, contendebat, & solutionis impetrandae causa, aduersus Gellium, Crispillae maritum, processu executiuo ex Crispillae chirographo experiebatur. Gellius negabat, se a creditoribus uxoris, de aere alieno uxoris viuuae ante nuptias contracto, conueniri posse. Ideoque repellebatur Iauolenus ab actione contra Gellium maritum instituta. Et recte quidem, mea sententia, cum auctoritas PAVLLI defenderet maritum, l. 72. D. de iure dotium.

Iauolenus, cum aliud consilium non suppeteret, Crispillam ipsam, quamuis, ob bona omnia ad maritum allata, pauperem & rerum omnium egentem, conveniebat. Illa debitum agnoscebat, sed bona sua apud maritum esse indicabat. Quid igitur faceret Iauolenus a marito iam repulsus? Implorabat officium iudicis, ut missio in bona, id est executio in bona a Crispilla in Gellium dotis nomine translata, inprimis in aedes Gellii, absque ambagibus decerneretur, maxime, cum dos omnium bonorum in fraudem creditorum constituta videretur. Iudex, quantum memini, audiendum esse antea omnia Gellium censebat. Gellius in ius vocatus, aedes se emisse, & titulo singulari oneroso adquisivisse, Iauoleno opponebat, praeterea negabat, se in fraudem creditorum dotem omnium bonorum a Crispilla accepisse. Icti Lipsienses auctori probationem iniungebant. Non apparebat, Gellium scivisse consilium fraudis a Crispilla commissae, quae ipsi reliquos creditores indicauerat, dissimulato Iauoleno. Igitur Scabini Kitembergenses, ut dixi,

dixi, iudicauerunt, nihil de fraude probatum esse, actione PAVLIANA aedes ex illis rationibus, quae supra §pho V. & VII. adductae sunt, reuocari non posse a marito: cum illarum dominium, titulo singulari & oneroso, ab uxore obacrata ad ipsum fraudis ignarum sit translatum. Sed ex reliquis bonis, quae nisi deducto aere alieno non intelliguntur, imprimis propter bonam fidem, animam illam iudicii de re uxoria, de qua §pho I. II. III. & IV. exposuimus, visum est, lauoleno satisfieri debere, & missionem in reliqua bona, quae a Crispilla ad ipsum peruenerant, deductis antea impensis quae dotem ipso iure minuunt & §pho IV. a nobis explicatae sunt, decernendam esse.

Adiciam ipsam formulam responsi:

Daraus soviel zu befinden, daß Beklagter Principal'zuförderst dasjenige, so sein Ehe-Weib, Anna Maria H. an Baarschafft, Mobilien, pretiosis, auch aussenstehenden Schulden und andern Sachen, ausser dem ihm eigenthümlich überlassenen Hause, und denen Stücken, so er bereits ausgeantwortet, ihm wirklich zugebracht, oder in seinen Nutzen verwendet, vermittelst Endes zu specificiren, und daferne sodann von ihrem Vermögen, nach Abzug desjenigen, so er bey Einlösung eines oder des andern Stückes entrichten müssen, und er ebenfalls endlich anzuzeigen hat, noch etwas übrig bleibet, des beschriebenen Einwendens ungeachtet, das libellirte Capital derer 250. Thlr. nebst denen libellirten Zinsen, so viel er daran durch richtige Quittungen zu vermindern nicht vermag, von solchem Ueberreste, in so weit dieser hierzu hinlänglich, lauoleno zu bezahlen schuldig, dahingegen der letztere im übrigen dasjenige, so ihm zu erweisen auferleget, und er sich angemasset, wie Recht nicht erwiesen, derowegen Beklagter in so weit von der erhobenen Klage zu entbinden, die beyderseits aufgewendeten Unkosten aber sind gegen einander zu compensiren und aufzuheben. W. A. W.

Res erit luculentior ex rationibus adiectis.

Obwohl eines Theils Kläger, daß Beklagter seines Ehe-Weibes sämtliches Vermögen, mithin auch das libellirte Haus, titulo lucratiuo an sich bracht, demnach auch seines Ehe-Weibes vor der mit ihr getroffenen Ehe gemachten passiv Schulden, zumahl da dieselbe diese letztern, nach Klägers eigner Geständniß, gefährlicher Weise verschwiegen, schlechterdings bezahlen müsse, vorwendet, andern Theils Beklagter den über den 83. 84. und 85sten Beweis- Articul ihm deferirten End fol. 177. Vol. No. 1. geschworen, und dadurch, daß Er von denen in solchen Articula specificirten Sachen, einigen Genuß nicht gehabt, bereits erhalten, daher. daß derselbe mit dem ihm zuerkanten Ende zu verschonen, es das Ansehen gewinnt,



D. a. b. aus der fol. 23. seqq. Vol. III. befindlichen Ehe-Stiftung und deren Erläuterung, daß Beklagter seiner Ehe-Frau, gegen das von derselben ihm zugeschlagnene Vermögen, alles das seinige auf den Todes-Fall gleicher gestalt verschrieben, auch nicht allein die onera matrimonii, sondern auch die auf dem Hause haftenden Schulden übernommen, sich veroffenbaret, hiernächst Beklagter das von seiner Ehe-Frau herrührende Haus, zu einer Zeit, da sie freye Disposition über das übrige gehabt, mit obgedachten nicht geringen Beschwerden, wirklich in Lehn und Würden bekommen, demnach, daß Er solches titulo lucratio erhalten, nicht behauptet werden mag, dahero Kläger daran einigen Anspruch zu machen um so viel weniger berechtigt, als aus denen Acten, daß Beklagter von der libellirten Schuld-Post, bey Uebernehmung dieses Hauses etwas gewußt, und Klägern dadurch um seine Forderung zu bringen gemeynet gewesen, kein hinlänglicher Verdacht entsteht, vielmehr das Gegentheil, da, außer dem Hause, noch verschiedene pretiosa und andres Vermögen vorhanden gewesen, allerdings zu vermuthen, ausserdem, daß die von Beklagtem geschehene Gegen-Verschreibungen nur ein Schein-Handel gewesen, und Beklagter nichts in Vermögen gehabt, aus des Beweis-Zeugen Aussage fol. 87. b. seqq. nicht erscheinet, sondern daß er von Vermögen nicht ganz entblößt gewesen, aus dem, nach des Zeugen Deposition ad art. 40. fol. 88. ihm gegebenen Credit, und da sein Ehe-Weib mit diesen Gegen-Versprechen wohl zu frieden gewesen, nicht ohne Grund geschlossen werden kan, folglich derselbe von seinem wohlgewonnenen Eigenthum, die von seinem Ehe-Weibe vor der Berechtigung gemachten Schulden zu bezahlen, nicht verbunden, dahingegen Beklagter von seines Ehe-Weibes übrigen, ihm überhaupt zugeschlagnen Vermögen, ein mehreres, als nach Bezahlung derer Schulden übrig geblieben, nicht an sich bringen können,

1. 72. D. de *iure dotium*.

folglich auch die libellirten Schuld-Posten von dem Ueberreste, dessen Betrag durch den geschwornen End noch nicht in Gewißheit gesetzt worden, und ohne endliche Specification nicht wohl ausfindig zu machen, zu bezahlen sich nicht entbrechen, gleichwohl, da Klägers Suchen zum Theil ungegründet, zu Erstattung derer Unkosten nicht angestrenget werden kan.

So ist, als im Urtheil enthalten, von Uns billig erkannt worden.



LVI.
DE VENDITIONE RERVM
CVM
FVNDQ ADHVC COHAERENTIVM.

AD L. XXXX. D. DE ACT. EMPT. VENDIT.

VITEMBERGAE, DIE APRIL. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXIII.

L. XXXX. D. de action. empti venditi.

POMPONIVS L. XXXI. ad Quint. Mucium.

QVINTVS MUCIVS scribit: Dominus fundi de praedio arbores stantes vendiderat, & pro his pecuniam acceperat, & tradere volebat. Emptor quaerebat, quid se facere oporteret, & verebatur, ne hae arbores eius non viderentur factae: POMPONIVS: arborum, quae in fundo continentur, non est separatim corpus a fundo, & ideo, ut dominus, suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit, sed ex empto habet actionem.

§. I.
Nullae omnino, quod M. TVLLIVS ait, elegantiores & certiores sunt, deliciae ac iucunditates, quam quas ipsa nobis natura apparuit. Earum enim sensu quisquis attingitur, intelligit, diuino beneficio haec deliciae nobis obiecta esse, quibus dolores nostri & humanae conditionis incommoda permulceantur. Enimuero, si CATVLLVM audiamus

Hoc est, quod unum est, pro laboribus tantis.

Romani quidem inter naturalia oblectamenta loca praecipuo arbores, non solum utilitatis & fructus, sed maxime amoenitatis, causa habuerunt. PIANVS certe inter dulcissimas praediorum dotes commemorat, si viridia habeant, & gestationes, & deambulationes arboribus infructuosas opacas & amoenas, quae non permutandae sint cum illis, quae ad redditum spectare videantur, l. 13. §. 4. D. de usufruct.

Neque

a) CIC. de senect. c. 15.

b) CATVLL. carm. XXXII. v. 11.



Neque tamen *inanem* hanc esse voluptatem PAVLLVS iudicat, sed etiam *fructuarii*, propter voluptatem & gestationem, interesse, ait, ne *arbores*, quamvis *non frugiferae*, a quoquam temere caedantur; cum *amoenitas* maxima ex huiusmodi *arboribus* praestetur. l. 16. §. 7. D. *quod vi aut clam*.

Ipsa quidem vox naturae commendat illos agricolarum diuitias, in quibus CATO, apud M. TVLLIVM, *incredibiles iucunditates* inesse arbitrat, c) & laudat simplicissima illa gaudia,

— — & frigida tempe,

Mugitusque boum, mollesque *sub arbore* somnos, d)

& P. VIRGILIUS MARO beatissimum fuisse censet illum senem Corycium,

— — cui pauca reliqui

Iugera ruris erant; nec fertilis illa iuuentis

Nec pecori opportuna seges, nec commoda Baccho,

sed inter alias *amoenitates*, *syluae* erant, & inprimis

— — *tiliae*, atque *uberrima pinus*, e)

Denique, ut rem paucis comprehendam, COLVMELLA f) auctor est, *curam arborum* rei rusticae *partem maximam* videri. Imo vero bene, non solum in praesenti, sed etiam de futuro tempore, mereri credebatur ille, qui *arbores* sereret, posteritati profuturas. Ideoque recte CAECILIUS STATIVS in Synephebis g) apud MARCVM TVLLIVM h) laudabat senem illum, qui iam decrepitus, sed operi faciundo tamen maxime intentus, cum a quibusdam derideretur, respondisse ferebatur,

Se arbores serere, quae alteri seculo sint profuturae,

ut ostenderet, etiam postera secula ad se pertinere, &, quamvis ipse baccam ex illis, quas ferebat, arboribus nunquam adspecturus esset, satis se habere, quod Diis immortalibus operam praestaret, ex quorum voluntate posteris utilior reddendus esset fundus, quem ipse acceperat.

Illud expeditum est, non placuisse villam veteribus, quae non *nemus* aliquod aut saltum *arboribus* oblitum haberet in propinquo. Haec talia enim & VARRO i) & COLVMELLA k) inter utilitates maximas villarum & praecipua ornamenta posuerunt. Sed apertius PAPINIANVS, l. 58. D. de

c) CIC. in Catone maiore de senectute c. 15, & 17. d) VIRG. georg. II. v. 471.

e) VIRG. georg. IV. v. 128. 199.

f) COLVMELL. de R. rust. L. III. c. 1.

g) STATIVS in Synephebis, apud CIC. L. I. tuseul. disput. c. 14.

h) CIC.

loc. cit. & in Caton. mai. c. 7.

i) VARRO de re rustic. l. III. c. 3. 12. & 13.

k) COLVMELL. de re rustic. l. IX. c. 1.

de *contrah. emt.* quosdam fundos, *contemplatione arborum* duntaxat, ab emtoribus subinde comparari, ait, vt, si arbores vento deiectae, vel igne etiam ante venditionem absumtae sint, fundi emptio non recte contracta videatur. l. 58. D. de *contr. emt.* Neque hoc aliquis miretur, inprimis qui cogitauerit *caritatem arborum*, in illis regionibus, in quibus, cum alia deessent, quod *VLPIANVS* ait, etiam virgae, nuclei oliuarum, balani, & varia rerum genera, quae comburi possent, pro *lignis* erant, quibus ad ignem faciendum vterentur. l. 55. §. 2. D. de *leg. 3.*

Igitur, cum tantum monumentum esset in *arboribus*, venditio fundi nulla erat, si *arbores* antea *deiectae* essent, *quarum contemplatione fundus emebatur*. Solemus enim aliquando, si *PAVLLO* & *POMPONIO* fides est, fundos non tam propter se, quam propter *accessiones*, emere, quibus interdum pars maxima fructus & iucunditatis continetur. l. 34. pr. D. de *contrah. emt.* & l. 33. D. de *aedil. edict.* ^{l)}

Enimvero *arboribus* quidem certe mirifice augeri pretium fundi veteres credebant. Igitur si illarum in fundo copia non esset, *coemebant saltus & arbusa*, vt fundum *amoeniorem*, possiderent. l. 91. §. 5. D. de *leg. 3.* Illud *HORATIO FLACCO* ^{m)} in mentem venit, cum *DELIVM* suum de breuitate huius vitae admoneret:

Cedes *coemtis saltibus*, & domo,
Villaque, flauus quam Tiberis lauat,
Cedes; & exstructis in altum
Diuitiis potiatur heres:

vt intelligatur, partem praecipuam villaticae iucunditatis in *nemore propinquo* & saltibus versari. Nimirum ipsae *domus regiae*, vt iucundiores essent, quandoque *arboribus* obtegebantur. Ita enim *VIRGILIUS MARO* ⁿ⁾ de sede *ANCHISAE*:

— — secreta parentis
ANCHISAE domus, arboribusque oblecta, recessit.

Quare apparet, non solum *reditus*, sed etiam *iucunditatis* & *ornamenti*, causa, *arbores* haberi. Quae si quis intelligit, non mirabitur, dominum illum *fundi*, quem *Q. MUCIVS* & *POMPONIVS* in l. 40. D. de *act. emt.* a nobis proposita, adducit, *poenituisse* negotii contracti, cum *arbores*

l) Copiose hoc argumentum tractauit *IACOBVS CONSTANTINAEVS* ad l. 34. D. de *contrah. emt.* subtil. enotat. L. II. c. 16. in thes. Ottonis T. IV. p. 581.
m) *HORAT.* L. II. carminum, ode III. v. 17. sq. n) *VIRGIL.* Aen. II. v. 300.



bores stantes ex praedio vendidisset, quas *tradere* volebat. Haec enim iactura molestissima videbatur, quae commode non posset reparari.

Nam, quae feminibus iactis se sustulit, *arbor*
Tarida venit, seris factura nepotibus umbram. o)

Neque terribilius omen *posthumo* suo obicere potuisset HORATIUS
 FLAGGVS, p) quam, quod ipsi occinit:

Linquenda tellus, & domus, & placens
Vxor: neque harum, quas colis, arborum,
Te, praeter inuitas cupressos,
Vlla breuem dominum sequetur.

Hoc est, quod LABEO & TREBATIVS non solum ex *I. Aquilia*, sed etiam ex *XII. tabulis*, dandam esse actionem iudicant, si quis *arbores furtim cecidisset*, l. 1. D. *arbor. furt. caes.* Et addit CAIVS noster, illos qui *arbores ceciderint*, aliquando tanquam *latrones* a magistratibus puni-
 tos esse. l. 2. D. *eod.* Praeterea constat, qua seueritate *nostri* etiam *sapientissimi principes* in illos animaduerti iusserint, qui manus improbas ab *arboribus stantibus* in fundo alieno non prohibuisse intelligantur. *Constit. elect. Sax. XXXVII. P. IV.*

Sed, ut reuertar ad Romanos, non exigua pars pretii, quo fundum aestimabant, in *arboribus stantibus* versari credebatur. Quod cum intellexisset IAVOLENVS, etiam illi, qui agrum *vendidisset*, nihilominus *arborum furtim caesarum* agere permisit aduersus illos, qui *caesis arboribus* ipsi pretium fundi deminuisse dicerentur. l. 12. D. *arbor. furt. caes.*

Extremo haec videbatur grauissima & molestissima coercitio vicini, qui posita *arbore* vicino umbram faceret, & loco non satis opportuno, positam adimere tergiuersaretur, quod vicino illam adimere & sibi postea habere, ure quiritium liceret, cum *praetor* hoc vicino permiserit. l. 1. pr. & §. 2. D. *de arboribus caedendis.*

Vides, qua diligentia Romani *arbores* custodierint, ut pretium fundi integrum posteritati seruarietur. Sed non omittendum est, etiam *mortuos* quandoque circa *sepulchra* umbram *arborum* desiderasse. Adducit enim PAPINIANVS quosdam, qui *intra maceriam sepulchrorum hortos* feruari voluerunt, l. 73. §. 1. D. *de contrah. emt.* & apud P. VIRGILIUM MARONEM q) extat.

Regis Dercenni terreno ex aggere bustum
Antiqui Laurentis, opaeaque ilice lectum.

Loquun-

*) VIRGIL. georg. II. v. 58.
 Aen. XI. v. 855. sqq.

p) HORAT. II. carm. 14. v. 21 sqq.

q) VIRG.

Loquuntur etiam lapides litterati apud KIRCHMANNVM, *) quōt pedes & quanta spatia Romani desiderauerunt, ad iustum modum magnifici sepulchri: & M. TVLLIVS †) non solum apud Athenienses, sed etiam apud Romanos lege opus fuisse docet, qua sepulchrorum amplitudo & laxitas coerceretur. MACER etiam & VLPIANVS derident illos testatores, qui amplum quid in sepulchris aedificari iusserint, velut in circum porticationes, aut, qui hortos, aut integrum locum sepulturae destinauerint: l. 2. §. 5. & l. 37. D. de relig. & sumt. fun. quorum luxuriam MARCELLVS & ALFENVS VARVS l. 2. D. ad l. Falcid. & l. 27. D. de condit. & demonstr. ad speciem modicam reuocauerunt. Sed de hoc quidem argumento praeses meus alibi copiosius exposuit. ‡)

Discederem ab hoc loco, nisi hoc vnum mereretur obseruari, etiam maiores nostros, si C. CORNELIO TACITO fides est, cum sedes inter se iunctas pati non possent, sed discreti ac diuersi habitarent, plerosque, vt fons, vt campus, vt nemus inprimis, placuisset, aedificia instituere, §) illosque praeterea nemora & lucos, & proceras arbores, tanquam deorum habitacula, insigni reuerentia consecrauisse. ¶)

§. II.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, apparet, arbores stantes, quas Arbores stantes MUCIVS & POMPONIVS in l. 40. D. de act. emt. a nobis proposita appellat, arbores stantes, inquam, quae cum fundo cohaerent, magnam partem pretii & fructus & iucunditatis continere. Sed dicimus arborem stantem, quae radices egit in fundo, & secundum POMPONIVM, in fundo continetur. d. l. 40. D. de act. emt. Neque enim vlla proprie est arbor, nisi quae conceperit radicem, l. 3. §. 3. D. arbor. furt. caes. & quae terram comprehenderit, secundum POMPONIVM & VLPIANVM l. 3. §. 4. D. eod. Quapropter de vitibus, quae radices agunt, dubitare non possumus, quin appellatione arborum contineantur: quod & GAIUS & VLPIANO l. 1. §. 3. D. de arbor. caed. & l. 2. l. 3. pr. D. arbor. furtim. caesar. placuisse video. Neque enim disputatione res indiget, si VIRGILIUM MARONEM, cuius, vt aliorum poetarum, magna apud Ictos auctoritas fuit, audiamus: ille enim vites arboribus etiam decori esse, & praecipuo inter illas loco constitui, ostendit: §)

Vitis vt arboribus decori est, vt vitibus vuae,

Vt gregibus tauri, segetes vt pinguibus aruis,

K 2

*) KIRCHMANNVS, de funer. Rom. L. III. c. 17. & 21. leg. c. 23.

†) Praef. de monument. secundum testatoris voluntat. faciendo, ad L. XIV. §. 4. D. de relig.

‡) TACIT. de moribus Germ. c. 16. loc. cit. c. 10.

§) VIRG. ecl. V. v. 33.

¶) CIC. L. II. de manu satis opponuntur.

x) Idem

tes pro parte rei immobilis habentur & cum fundo transeunt ad possessorem. Arbores deiectione non sunt fructus fundi neque ad fructuarium simpliciter pertinent. Quid inter ligna & arbores & materiam discriminis intersit. Arbores syluestres, cremiales. Arbores



atque idem alio loco:

Non eadem arboribus pendet vindemia nostris. 2)

Vt intelligatur, *arborum* nomine veteres imprimis *vites*, ex quibus expectamus *vindemiam*, & omnia, quae radices habent, comprehendisse.

Igitur *arbores* stantes quidem appellamus, quae *radices* egerint, & *terra* contineantur, & *cohaereant cum fundo*. Sed haec talia quis non videt *fundi* esse *portionem*. Abscisse enim *GAIUS*, *rationem*, ait, id est, *iuris regulam* non permittere, ut *alterius* sit *arbor*, quam cuius in fundo radices egisse intelligatur, l. 7. §. 13. D. de *acquir. rer. dom.* Nec minus eleganter *PAVLLVS*, *arborem*, ubi *coaluerit*, *agro* *cedere*, l. 26. §. 2. D. de *acquir. rer. dom.* itemque alio loco, si quid cum re nostra *cohaereat*, illud *nostrum* esse, ostendit, l. 23. §. 2. D. de *rei vindicat.* Sed luculentius paullo *VLPIANVS*, *fundi* esse, ait, quidquid *terra se tenere videatur*. l. 17. pr. D. de *act. emt.*

Igitur dicemus, quae *cum fundo cohaereant*, pro *parte fundi* accipi, & cum fundo ad possessorem quemlibet transferri. Ita quidem *GAIUS* etiam de *fructibus pendentibus* interpretatur, ut, quia cum corpore, quod terra continetur, *cohaereant*, *pars fundi* esse videantur. l. 44. D. de *rei vindicat.* Imo vero generaliter *DIOCLETIANVS* & *MAXIMIANVS* l. II. C. de *rei vind.* segetem, quae terram amplexa sit, *ad dominum fundi* aiunt pertinere.

Ex eodem fonte deducitur, quod, secundum *POMPONIVM*, si fundus *euincatur*, *manu sata* & omnes fructus, etiam *industriales* atque *mixti*, a possessore pristino *non tolli* possint, sed ad euincem pertineant: cum *confita* pro *parte fundi* habeantur. l. 53. D. de *rei vindicat.* Enimvero, si *VLPIANO* obsequimur, *fundus* est *integrum* aliquid, quod omnes partes, & quaecunque cum ipso *cohaerent*, omnino comprehendit. l. 60. pr. D. de *verb. sign.*

Ex quibus rebus intelligitur, non solum *arbores stantes*, sed quaecunque etiam *manu sata* sint, omnemque segetem, & *pendentes fructus*, *portionem fundi* esse, & cum illo ad alios transferri.

Imo vero, secundum *PAVLLVM*, nec venditor, fundo *alienato*, *manu sata* tollere & retinere potest, quae ad terram adhaerent, nisi *pacto* & *lege venditionis* manu sata exceperit. l. 40. §. 3. D. de *contrah. emt.*

Haftenus igitur nihil inter *arbores stantes* & *manu sata* interest, ut, cum utrumque genus cum *terra cohaereat*, & *arbores* & *manu sata* cum fundo ad quemcunque possessorem transferantur. Sed hoc loco tamen admonendum est, *non omnino confundenda* esse illa, quae *manu sata* sint, cum *arbori*.

2) VIRG. georg. II. v. 90.

boribus, quae aluntur in fundo ad fructum & iucunditatem. Enimuero manu sata dicimus, quae singulis annis feri solent, ad vtilitatem exigui temporis, ut fructus eorum annis singulis tollantur. Sed arbores fere in perpetuum satae sunt, ut nepotibus umbram faciant, atque ad posteritatem propagentur. Ita LABEO rem interpretatus est. l. 80. pr. D. de contr. emt.

Dicemus igitur, & manu sata & arbores esse fundi portionem, sed arbores sub illis, quae manu sata sunt, non comprehendi, cum haec ad fructum praesentem, illae ad fructum diuturniorem, aut perpetuam iucunditatem, comparentur.

Quare intelligitur, si ususfructus fundi cuiquam relictus sit, manu quidem sata, quae fructus tollendi causa comparata sint, ad fructuarium referri, arbores stantes vero, ex PAVLLI interpretatione, inprimis grandes atque ad spem seculi futuri pertinentes, non recte ab illo caedi iure ususfructus, l. 11. D. de usufructu.

Nimirum generaliter VLPRIANVS intercedit, ne possit ille causam proprietatis deteriorem facere, ad quem ius ususfructus pertinet, l. 13. §. 4. D. de usufr. Vnum ipsi POMPONIVS permittit, ut ex sylva caedua pedamenta, atque ex arbore ramos aliquando, ex non caedua sylva ad necessitates duntaxat sumat, quantum sumi possit, ut fundus non deterior factus esse videatur, l. 10. D. de usufr. Et caeduum quidem syluam, quae, Servio interprete, l. 30. D. de verb. signif. quamvis succisa, ex stirpibus & radicibus renascitur, etiam PAVLLVS in fructu esse atque ad fructuarium referri docet. l. 40. §. 4. D. de contrah. emt.

Sed ita quidem de stantibus arboribus habendum est. Haud paullo secius quis iudicaverit, si de arboribus caesis & deiectis quaestio nasceretur.

Primo enim non indignum erit observari, arbores deiectas, quae stantibus & cum fundo cohaerentibus a POMPONIO nostro opponuntur, l. 40. D. de act. emt. arbores, inquam, deiectas esse separata a fundo corpora, & cum fundo, nisi aliud actum sit, quasi partem fundi, non transferri. Luculenter enim GAIVS docet, si, priusquam fundus emeretur, arbores tempestate deiectae fuerint, quod arbores pars fundi esse desierint, & quasi separatum corpus apud venditorem manere posse videantur. l. 9. D. de peric. & commodo rei vend. Imo vero, si ante venditionem deiectae sint, & harum contemplatione fundus inprimis emptus fuerit, non subsistere venditionem, supra ex PAPINIANO est a nobis observatum. l. 58. D. de contr. emt.

Itaque deiectae quidem aut erutae arbores desinunt pars fundi esse, & si cum agro alterius coaluerunt, agro alterius cedere videntur: imo, rursus erutae, non ad priorem dominum reuertuntur, sed illius manent, ex cuius agro, tempore novissimo, erutae fuerunt. Hoc enim PAVLLO placuit, l. 26. §. 2. D. de adquir. rer. dom.



Habes primum discrimen, quod inter arbores stantes, & *deiectas* atque a fundo *separatas*, intercedit. Deinde non omittendum est, quod *VLPIANVS* obseruauit, arbores, quae *vi tempestatis ceciderunt*, non quidem esse *partem fundi*, sed neque tamen *inter fructus computari*. l. 7. §. 12. D. *solut. matrim.* Et *maritus* quidem certe arbores, quae in fundo *dotali* *vi tempestatis ceciderunt*, non totas lucrabitur, sed *soluti matrimonii* partem dimidiam pretii restituet uxori, non secus, ac si *thesaurum* in fundo alieno inuenisset. Ita enim *VLPIANVS* respondit d. l. 7. §. 12. D. *solut. matrim.* cum ad uxorem, quae *naturaliter* fundi *domina* est, arbores *deiectae* in primis pertinere videantur.

Paullo durius *usufructuarium* *LABEO* tractauit. Illi enim, secundum huius disciplinam, ne pars dimidia quidem *arborum*, quae *euulsae* sint, aut *vi tempestatis fortuitae deiectae*, relinquatur, cum appareat, illas ad fundi *substantiam*, non ad fructus, pertinuisse: sed ad suas *necessitates*, atque ad *usum & refectionem* villae, si aliunde ligna & materia non suppetant, *tubinde* sumere poterit, quantum *necessitas* exiget, ex *arboribus deiectis*, l. 12. pr. D. de *usufruct.*

At vero liberalior *PAVLLVS* fuit, qui, quamuis arbores *deiectas* non ad *usufructuarium* omnino referat, tamen ipsum non cogit, *vi* in locum *arborum euulsarum* aut *deiectarum* alias *substituatur*, cum ipsi ex euulsis & *deiectis* non omne commodum omnino relinquatur. l. 39. pr. D. de *usufr.* Contra, in locum *demortuarum arborum*, quae totae ad *usufructuarium* pertinent, quod nouas *substituere* cogatur, idem *PAVLLVS* alio loco comprobauit. l. 18. D. de *usufr.*

Satis, credo, ostendimus, arbores *vi tempestatis erutas*, aut *vento deiectas*, (nostri *Wind-Brüche* appellant,) *fructu fundi* non omnino contineri, sed esse corpora, ab ipsa *substantia fundi, vi tempestatis, separata*, quae ad dominum proprietatis pertinere videantur. Praeterea monendum est, arbores *deiectas* plerumque *materiae* nomine in primis comprehendi. Ita enim *VLPIANVS* l. 12. pr. D. de *usufr.* rem interpretatur, & prohibet, ne quis *materia*, id est, *arboribus deiectis*, pro *lignis* *uti possit*. Item etiam *PAVLLVS* placuit, *vi* arbores, pali & *perticae*, non pro *lignis*, sed pro *materia* omnino habeantur. l. 168. D. de *verb. signif.* Sed *GALLVS AQUILIUS* apud *MELAM* arbores *caesas* & *deiectas* *materiam caesae* appellatione comprehendit. l. 17. §. 6. D. de *act. emt.* Imo vero generaliter, *quidquid potest in aliam speciem conuertere*, aut ex quo nouum aliquid fieri potest, *materiam* dicere solemus, quod *GALLVS* obseruauit. l. 7. §. 7. D. de *adquir. rer. domin.* Sed, sensu singulari & excellentiori, omnia ex quibus aedificia fiunt, *materiae* appellatione continentur. d. l. 7. §. 10. & 12. D. de *adquir. rer. dom.* & l. 47. D. de *act. emt.* Quod & nostri non ignorant, qui,

qui, voce germanica Bau-Materialien, nihil non significant, quod ad usum aedificandi pertinere posse videatur.

Igitur arbores *deiectae* & *euulsae* ad materiam plerumque referuntur. Neque tamen negligendum est, haec talia, alio nomine *ruta caesa* appellari. Generaliter enim Q. MUCIVS SCAEVOLA, in *rutis caesis* esse, ait, quae terra non teneantur, & separata sint a fundo, ut possint ad opus faciendum adhiberi. l. 241. D. de V. S. Et paullo clarius AQVILIUS GALLVS *ruta* esse, ait, quae *eruta* sint, *caesa*, quae *deiecta*, ut arbores caesae, & carbones. l. 17. §. 6. D. de act. emt.

Ex his autem, quae adhuc comprobata sunt, intelligetur, ab arboribus *deiectis* ligna quodammodo distinguui. De his quidem OFILIUS & VLPRIANVS disputarunt. l. 55. §. 1. & 2. D. de leg. 3. Sed receptum est, secundum VLPRIANVM, ut hae demum arbores ligna appellentur, quae destinatae sint, ut concidantur, ignis faciendi causa. l. 55. §. 2. D. de leg. 3. Atvero ad comburendum destinatae sunt, quae vulgo *caeduae*, aut *cremiales*, aut, quod alii malunt, *gremiales* appellantur, quod idem VLPRIANVS observavit. l. 7. §. 12. D. solut. matrim.

SALMASIVS quidem in exercitationibus PLINIANIS, itemque HOTTOMANNVS arbores *cremiales* rectius dici, ait, quasi a cremando, non a gremio, quo rustici ligna collecta, das Eese-Holz, domum ferre solent. Ne quid nos teneat, audiamus COLVMELLAM, a) qui ligna *cremia* dici, ait, quae tenuia sint, ut alius illorum usus, nisi, ut comburantur & ignem faciant, esse non possit. Sed de his quidem diligentissime ALCIATVS b) noster tradidit.

Extremo observandum est, in ordinatione sylvestri Saxonica Diui AVGVSTI, A. 1560. promulgata, inter ligna cremialia & alias arbores *deiectas*, die Wind-Brüche, discrimen luculentissimum constitutum esse. c)

§. III.

Comprobauimus igitur, arborem stantem, quae in fundo continetur, Dominus separatim a fundo corpus non esse, quod ROMPONIUS docet, l. 40. D. de fundi arbo. act. emt. sed, tanquam partem fundi ad possessorem praedii transire. Si res stantes pereit, ut, quis emere aut vendere possit partem illam fundi, quae arbo. vendere pot. ribus stantibus in fundo continetur, breuiter expediamus. Et de emtore est. Non ve. quidem nulla fere controversia est, cum quilibet, qui res suas libere admi. ter fructua. nistret, etiam emere res alienas possit, nisi luculento iure ab emtionibus nec ma. prohibeatur. De fructuario duntaxat dubitatum, virum emere possit arbo. ritus. An vasallus recte vendat ar.

a) COLVMELL. de re rustic. l. XII. c. 19.

verb. signif. op. T. II. p. 905.

§. Wenn aber, in codice Aug. T. II. p. 492.

b) ALCIATVS ad l. XXX. de heres in feu. d. A. 1560. do stantes.

c) Forst- und Holz-Ordnung. d. A. 1560.



An parochus res, quarum fructus, cum ipsius fundi usufructu, ad ipsum iure reali vi-
ex sylva pa- dentur pertinere. POMPONIUS quidem negat, *emptionem* valere, si quis
rochiali an suam rem emerit, vel sciens vel ignorans. l. 16. pr. D. de *contrah. emt.*
ex fundo Igitur posset obtendi, ne *fructuarium* quidem, qui *particula dominii ad tem-*
oppignorato pus fruitur, emere omnino posse partem substantiae sibi obligatae. Sed op-
dominus ar- portune occurrit idem POMPONIUS, valere emtionem, si *usufructus*
bores vende- duntaxat sit emtoris l. 16. §. 1. D. de *contrah. emt.* Videtur enim illud
re possit. emisse, quod ipsi deest de proprietate, & quod ipsi non permixtum est solo
iure usufructus.

Sed res plus difficultatis habet, si de *venditore*, & quis recte *vendat*
arbores in fundo stantes, disputemus.

Et primo quidem POMPONIUS, in lege a nobis proposita 40. D.
de *act. emt. dominum fundi* ex praedio *arbores stantes* vendidisse, ait, ideo-
que valere hanc venditionem, ut *ex emto* agi possit. Vix enim locus esse
potest dubitationi, quin *dominus*, ad quem *fundus* tanquam *integrum cor-*
pus pertinet, nisi lex specialis obstat, etiam de *partibus* fundi & de rebus,
quae cum fundo cohaerent, libere disponat. Sed noli tamen illud temere
& sine discrimine omnino affirmare.

Enimvero, qui non *perpetuum & absolutum & plenum dominium*,
quod nostri appellant, adquisiuit, sed limitatum & reuocabile, aut qui rem ter-
tio restituere tenetur, illi nullius rei, nisi quae salua fundi substantia alienari
& consumi possit, venditionem permittere solemus.

Sed copiose disputauimus, *arbores stantes* ad fundi *substantiam* referri,
ideoque, nisi *caeduae* sint & renascantur, sine fundi *detrimento* neque cae-
di neque vendi posse. Quare dicemus, *arbores stantes* ab illo, qui rem
alteri aliquando restituere obstrictus sit, succidi & vendi non posse, nisi de-
mortuae fuerint, aut *caeduae*, & generaliter, nisi *succisione & venditione*
illa pretium fundi non deminuat. Ex hac causa deducitur, quod & *ma-*
ritus vxori teneatur, si in fundo dotali *arbores* non *caeduas* ceciderit, &
fundum deteriore fecerit *arborum succisione*. Quod supra, ex l. 7. §. 12.
D *solut. matrim.* a nobis obseruatum est.

Non multo secius de illo iudicabimus, qui *pignoris* iure res suas obli-
gavit creditori. MARCELLUS enim auctor est, debitorem, si rem oppi-
gnoratam deteriore reddiderit, ut noceret creditori, de eo, quod inter-
est, teneri. l. 27. D. de *pignorib. & hypothec.* Quapropter audiendus est
creditor, aduersus debitorem, qui syluam obligatam, *caedendo arbores*,
extirpat, aut corrumpit & consumit, ut pretium fundi imminutum non
sufficiat aeri alieno exsoluendo. Solent enim iudices, ad petitionem credi-
toris, *arborum succisionem* atque venditionem subinde *praeceptis poenalibus*
impedire, aut seuerioribus remedijs uti, si res moram non ferre videatur.

Super-

Superest, ut de *vasallo* videamus, quem ad ipsum fundi *dominium utile*, siue, quod veteres dicebant, *ius dominio proximum* nancisci, & *pro domino haberi*, expeditum est, 2. F. 8. cum & fundum, *quasi dominus*, a quocunque vindicare posse censeatur. Sed *vasallum* quidem scimus prohiberi, ne fundum deteriores faciat, sine *domini directi* & *simultanee investitorum* aut *agnatorum* etiam consensu, 2. F. 8. in fine. Igitur certius videtur, ne quidem *sylvam caeduum* recte corrumpi a *vasallo*, aut ab ipso arbores excidi, & in emtores transferri posse, si hac venditione de pretio fundi aliquid decedat. Imo vero, si *domino* vel aliis *ius hanni ferini* competat, ita utendum est *sylvae caeduae*, ne *venationi* damnum inferatur: Daß das Holz nicht ganz verödet, der Wild-Bahne kein Schaden zugesüget, noch das Wild in seinem Stande gestört werde. d) Apud Saxones quidem augustissimus *pater patriae* in *clementissimo edicto de propagatione arborum* anno 1666. xxvi. proposito, §. XIII. expectat & exigit a *vasallis* suis, ut *tantum boni patresfamilias* saltibus & nemoribus utantur. Daß unsere getreue Vasallen und Unterthanen, welche mit Heyden und Wäldern beliehen, oder dergleichen sonst besitzen 2c. ihre Heyden und Wälder haushwirthlich tractiren sollen. Quare apparet, ne his quidem grassandi temere in *sylvis* licentiam concedi, sed modertae utendum esse iure *arbores caedendi*.

Praeterea de *fructuario* supra comprobauimus, cum *stantes arbores*, nisi *caeduae* sint aut *cremiales*, *fructuum* appellatione non contineantur, illum *arbores* excidere non posse, l. 12. pr. & l. 13. §. 4. D. de *usufr.* Sed *caedua* quidem *sylvae*, secundum *TREBATIUM*, ut *bonus paterfamilias* utetur. l. 9. §. 7. D. de *usufr.*

Quae cum ita sint, quid tandem de *parochia* dicemus, cui subinde *leges ecclesiasticae usumfructum sylvae parochialis*, des *Pfarr-Holzes*, liberaliter concedunt. An dicemus, *caedere* ipsum posse *arbores*, aut *vendere*, ex *parochiali sylvae caedua*, ut ipse commodius alatur? Et *Saxonica* quidem *lege* sapientissima constitutum est, ut, auctoritate & consensu superioris, illorumque, quorum interest, ad *usum suum*, & necessitates familiae, *caedere arbores cremiales* possit: praeterea nullae ipsi *arbores* omnino conceduntur, ne fundus deterior ad posteritatem transmittatur.

Als auch befunden, daß die *Pfarr-Gehölze* durch die *Pfarren* zu Zeiten aus *Geiz*, oder sonderlich eigenem Nutzen, vorseßlich merklich verhaueu und also verwüster worden, daß etwa ihnen selbst, auch ihren Nachkommen, an jährlicher *Beholzung* mangelt, So wollen wir, daß hinführo denen

d) STRVV. C. VI. thes. XI. n. 3.

MOHR de iure venandi. c. 3. n. 23.

GRYPH. oecon. legal. obseru. 18. n. 17.

HORN. iurisprud. feud. c. VII.

§. 12.



denen Pfarrern ihres Gefallens Holz zu hauen nicht verstattet, besondern, nach Grösse und Gelegenheit, auch Abtheilung des Holzes, und an guten gelegenen Orten, (damit es wiederum wachsen, und nicht etwan gar verhaueu werden möge) mit Vorwissen der Erb- und Lehn-Herren, (da die vorhanden, oder zu erlangen,) oder, in deren Mangel, des Richters, oder Kirch-Väter nothdürfftig Feuer-Holz zu hauen angewieft, und ferner nichts, weder durch sie, die Pfarrer, Kirch-Väter, oder jemand anders, aus den Pfarr-Hölzern zu Brenn-Holz, oder Bauen, etwas gehauen werde, damit alle nachkommende Pfarrer, so wohl und viel Holzes finden und haben mögen, wie die jetzigen Pfarrer haben und bekommen. 2c. c)

igitur Saxones vix quidem ius vendendi arbores ex parochiali sylua parochis concedent; cum usu lignorum necessitas duntaxat propria, nothdürfftig Brenn-Holz, non ius vendendi arbores, contineatur.

Imo vero generaliter illustris BOEHMERVS f) de iure communi, etiam ex ingenti sylua, ex qua arbores sine cuiusquam incommodo & pretii diminutione vendi possent, negat ius vendendi arbores parochis competere, sed pecunias ex arboribus venditis redactas sub foenore elocandas, & vlturas duntaxat parochis distribuendas esse, ait. In eandem fere sententiam ante ipsum CARPZOVIVS g) respondit.

Sed extra Saxoniam quidem, in illis regionibus, in quibus provinciali lege ius ususfructus, parochis in syluis parochialibus concessum, non restrictum est, videtur TREBATII sententia parochis favere, vt non solum ad suos usus ligna ex sylua caedua sumere, sed etiam vendere possint arbores, si venditione pretium fundi non imminuatur, l. 9. §. 7. D. de usufr. Qua ex causa, vt a praeside accepi, ICTI Vtembergenses, mense Ianuario huius anni, ad consultationem exterorum, praefecti Wintzenburgensis sententiam confirmauerunt, qua parochis ius vendendi arbores ex sylua parochiali concesserat, & solam moderationem boni patris familias ipsi praeciendam esse duxerat. His enim ICTI nostri rationibus imprimis utebantur:

Dieweil dem pastori, wenn nicht ein anderes ausdrücklich verordnet, der Nießbrauch des Pfarr-Holzes unstreitig zustehet, mithin derselbe in sylua caedua, wenn der Werth solcher Holz-portion dadurch nicht vermindert wird, auch Bäume fällen und verkauffen kan,

l. 9. §. vlt. l. 10. & 11. D. de usufr.

seine successores aber, daferne das Grund-Stück und dessen Nutzung im vorigem Stande erhalten wird, sich begnügen müssen, So ist voriger Bescheid von uns billig confirmiret worden.

§. IV.

c) Ordin. Sax. eccles. art. gener. 31. Von Pfarr-Hölzern. cod. Aug. T. I. p. 458.
f) BOEHM. in iure parochiali, sect. V. c. 2. §. 24.
g) CARPZOV. iurisprud. consist. l. 1. tit. VII. def. 101. n. 5. & 6.

Nemo igitur facile dubitauerit, quin a domino subinde, salvo iure Sylva caedua ad tempus vendi potest. Quid inter sit in venditione, inprimis si fundi pretium non imminuatur, arbores, stantes in praedio, efficaciter vendantur. Consequens est, ut de ipsa formula venditionis huius videamus. Et primo quidem, si quis specialiter quasdam duntaxat arbores, stantes in praedio, vendiderit emtori, manifestum est, quid actum sit, & quod solum ius tollendi illas arbores venditum esse videatur. Sed impeditior est illa formula, quam LABEO proponit, l. 80. § 2. de contrah. emt. si conuenerit, ut, non arbores singulae, sed ipsa sylva caedua per annos aliquot vendita sit emtori. In hac enim specie, non arbores, sed ipse fundus per tempus aliquod venditus videri posset, quasi omnis utilitas & omne ius de sylva caedua liberrime omnino disponendi ad emtorem transferatur. IULIANVS certe fauet illi sententiae, ut cum fundo ipsum etiam solum a domino alienatum videatur. l. 81. § 3. D. de leg. 1.

Imo MARCELLVS & VLPIANVS, fundo etiam ad tempus cum conditione resoluitiva vendito, dominium interim transferri iudicarunt. l. 4. § 3. D. de in diem addict.

Sed obstat huic sententiae, quod, si emtori ius consumendi syluam caeduum tribuamus, & arbores, quae ad substantiam sylvae quodammodo pertinent, extirpandi potestatem faciamus, frustra in aliquot annos duntaxat venditio facta esse videatur: cum venditori spes inanis syluam caeduum elapso tempore recuperandi, extirpatis arboribus, relinqueretur. Ideoque LABEONI quidem fere non videtur omnis utilitas sylvae caeduae, sed solum ius caedendi & tollendi arbores, ad emtorem pertinere. l. 80. § 2. D. de contr. emt. Proximo enim versiculo antecedente, §. 1. eiusdem legis, de venditione iurium coepit disputare. Imo vere LABEO cum SERVIO negat, nisi aliud actum sit, glandem, quae in sylva in quinquennium vendita decidisset, emtoris esse, quamuis haec in dubio ad dominum fundi referatur: negat, inquam, glandem emtoris esse, praeter illam, quae in arboribus fuisset, cum ipsae ab emptore caederentur. Itaque venditorem potius glandem & fructus sylvae retinere censet, emtorem vero duntaxat arbores, quas ipse ceciderit, & glandem cum illis cohaerentem, ex illo negotio lucrari. l. 80. § 2. D. de contrah. emt.

Quae cum ita sint, apparet emtori legem boni patrisfamilias in illa venditione impositam videri, ne fundum deterioorem faciat, neque pretium fundi internum, quod fuit tempore contractus, caesis promiscue arboribus imminuatur.

Sed videndum est, utrum illa sit vera venditio, si ius utendi sylva caedua ad certum tempus, salva substantia, pro pecunia numerata, vendi-



tur emtori. Enimuero videtur fere magis *locatio* esse, quam *venditio*, si *ius utendi* pro mercede transferatur.

Nimirum, quod GAIUS ait, l. 2. pr. & §. 1. D. *locati*, est quaedam *familiaritas* & proxima *coniunctio* inter *venditionem* & *locationem*, ut interdum quaeri debeat, an sit *emtio* an *conductio*. Ideoque secundum POM-
PONIUM, PAVLLUM HERMOGENIANVM, atque IAVOLENV M d. 6.
§. 1. & 2. l. 21. §. 4. D. de *act. emt.* l. 3. D. *locati*. l. 75. & l. 79 D. de
contrah. emt. contractui emtionis *conductio*, *conductioni* emtio interdum
adiicitur, ut deinde *emtor* etiam de illo, quod ex *conductione* debetur,
actione *emti* experiri possit, si principaliter *emtio* celebrata esse videatur.

Neque negari potest, interdum *dubium discrimen* esse, quo *conductio*
ab emtione seingatur. Sed LABEO tamen inuenit aliquod discrimen, quo
facillime *venditio* *locatioque* distinguantur. Ait enim, non videri *emtionem*,
si de rei *venditae dominio* id agatur, ne illud *transire possit ad emtorem*:
hoc enim si actum sit, potius *locationem* esse, aut genus aliud contractus.
l. 80. §. 3. D. de *contrah. emt.*

Idem & IAVOLENO verius esse visum est, ut, quoties res *vendita*
alienetur, *venditio*, non *locatio*, subesse intelligatur. l. 65. D. de *con-*
trah. emt.

Quid igitur de *sylua caedua in aliquot annos duntaxat vendita*, con-
stituemus, cum hac *venditione* solum *ius caedendi arbores* ad tempus ali-
quod transferri videatur. Videlicet, si, *animo vendendi*, negotium contra-
ctum sit, dicendum est, quamprimum *emtor* caedere *syluam* coeperit, pre-
tio *venditori* numerato, *ius reale* per *quasi traditionem* transire ad emto-
rem, sed *reuocabile*, & *restrictum ad solas arbores*, *saluo* *fundi pretio* in-
terno, *caedendas*: ideoque etiam *possessionem* & *periculum* ad *emtorem* per-
tinere: l. 2. §. 1. D. de *in diem add. et.* Contra, si quis *conduxerit* *vlum*
syluae pro mercede, in personam *locatoris* duntaxat habebit actionem, & rei
interitu, si *sylua* sine culpa *conductoris* igne *absunta* fuerit, liberabitur
necessitate *pensionis exsoluendae*. Ceteras *leges & formulas*, quibus *fructus*
pendentes & cum *fundo cohaerentes* vendi soleant, CATO ^{h)} enarrauit.

§. V.

Venditor *Exposuimus*, quis recte vendat *arbores* in *fundo stantes*, quae ad
rei *eam fun-* ipsam *fundi substantiam* tanquam *partes* quaedam videntur pertinere. Nunc
do *cohaeren-* igitur tempus est, ut reuertamur ad POMPONIUM, qui in lege nostra 40.
tis *pretio nu-* D. de *act. emt.* *venditorem*, qui *pecunia accepta arbores*, *stantes* in prae-
merato *obli-* gatur ad tra- *dictio*, *tradere* noluerit, ex *emto* conueniri posse, ait. Operae *pretium* fuerit,
dendum, *em-* breuiter indicare, *ad quid venditor*, *pretio soluto*, *teneatur*.
ror *ad sol-*

^{h)} CATO de re rustie. c. 146. & 147. sqq.

Et



Et ante omnia quidem observandum est, si quis arbores, stantes in fundo. Praedio, aut alias res, quae fundi portio sunt, & cum fundo cohaerent, vendere, est rem vendiderit, res illas, non tanquam partem fundi & rei immobilis, vendidit, sed id actum esse videri, ut illa, quae cum fundo cohaerent, postea fiant res mobiles, atque ad emptorem transferantur: siue ipsum ius deiciendi & tollendi res illas cum fundo cohaerentes, venditum censeri: quod ex illis, quae priori ypho a nobis disputata sunt, intelligitur.

Ad quid igitur dicemus obligari venditorem, qui arbores, stantes in praedio, vendiderit, sed nondum caesus, neque ab illo praedio, cuius portio sunt & cum quo cohaerent, separatas.

Illud quidem expeditum est, non agi posse aduersus venditorem, nisi pretio soluto, quod & POMPONIVS noster, l. 40. D. de act. emt. & l. 6. §. 1. & l. 19. D. de contrah. emt. observavit: inprimis, si convenierit, ut pretio non soluto res sit inempta. Imo vero licet tradita fuerit, res non aliter sit accipientis, nisi aut pretium solutum sit, aut eo nomine satisfactum, vel fidem habuerimus emptori siue ulla satisfactione. l. 19. D. de contrah. emt. Quid, quod ne quidem sufficiat partem pretii soluisse, cum reliqua corpora, quae nondum tradita sunt, secundum SOAETOLAM, pignoris iure retineri possint. l. 22. D. de heredit. vel action. vendit. Et singulare est, quod LABEO affirmat, si emptor duos heredes reliquerit, & alter coheres, quia nomina ipso iure diuisa sunt, duntaxat partem suam soluerit, tamen ipsum ex empto cum venditore agere non posse, nisi totum pretium solvatur. Ita enim contractum aes alienum diuidi non posse. l. 78. §. 2. D. de contrah. emt. Quod habet rationem, cum deterior venditoris conditio fieri non debeat, per emptoris mortem & multitudinem heredum. Igitur, soluto pretio demum & pecunia omni numerata, emptor aduersus venditorem, qui tradere noluerit, ex empto habet actionem.

Nimirum, numerata pecunia, aut si emptor realiter paratus est ad numerandum, venditor ut tradat rem venditam tenetur. Imo, si moram fecerit venditor, de eo quod interest, convenitur, & praestare debet, quod rem habere interest emptoris, & si plurius intersit, quam quo pretio res empta est, obligatio venditoris egreditur ipsum pretium venditionis. Ita ULPIANVS & POMPONIVS rem interpretantur, l. 1. & l. 9. pr. & §. 3. D. de act. emt. vendit. Luquenter autem DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS venditorem, aiunt, de fide rupta actione empti conveniri posse, si pretio accepto rem tradere recuset. l. 7. C. si quis alteri vel sibi. Interim sufficit, si venditor semper paratus sit ad tradendum, & si nulla difficultas a venditore obiciatur, quo minus res tradatur. Hoc POMPONIVS praecipit, l. 3. §. 4. D. de act. emt. Emptor enim, quod POMPONIVS alio loco ait, actione venditi tenetur, & compelli potest ad tollendum, si venditor tra-

ad tollendum, si venditor tra-



dere paratus sit. l. 9. D. de *act. emt.* Sed idem tamen POMPONIUS, & PAVLLVS, l. 3. §. 2. & l. 2. §. 1. D. de *act. emt.* desiderant, vt *vacua possessio* tradatur. Inprimis si quis *corpus cum terra & fundo adhuc cohaerens*, vt, *vindemiam & fructus pendentes*, vendiderit & fructus legere & tollere prohibeat, ex emto actione efficaciter conuenietur: quod IULIANVS & DIOCLETIANVS aiunt. l. 25. D. de *act. emt.* l. 4. C. eod. Contra, si *per ipsum non steterit*, quo minus res tradatur, defungetur officio, secundum GAIUM nostrum, si cedat emtori actiones, aduersus illos, qui nullo iure ipsum impediunt, quo minus tradere rem possit, l. 35. §. 4. D. de *contrah. emt.* Quod & PAVLLVS atque IULIANVS itemque VLPIANVS l. 12. l. 13. l. 14. D. de *peric. & commod. rei vendit.* & l. 14. pr. D. de *furtis*, probauerunt. Sed si *rem alienam* vendidit, quamvis tradiderit, tamen ex emto conuenietur, ac si res nunquam tradita fuisset. l. 3. pr. D. de *act. emt. vendit.*

Tradere igitur rem venditor tenetur. Sed vt illud efficaciter fiat, vtque errori & dissensionibus obuiam eatur, ita tradere debet, vt *finis* etiam ostendat, ne ignoret venditor, quantum occupare debeat & *possidere*. Hoc enim SCAEVOLA praecepit. l. 48. D. de *act. emt.*

Sed quid dicemus, si tradiderit? an compelli poterit venditor, vt etiam *dominium* in emtorem transferat, priusquam actione emui liberetur. Et PAVLLVS quidem, in negotiis *stricti iuris*, negat, si rem *tradidit* stipulemur, illud intelligi, vt *proprietas* in stipulatorem transferatur: sed ait sufficere, si *res tradatur*. l. 28. D. de *verb. oblig.*

Imo vero, etiam in *bonae fidei* negotiis, maxime in venditionibus, AFRICANVS atque VLPIANVS docent, non cogi venditorem, vt *rem faciat emtoris*, sed satis esse, si, quantum in se positum sit, efficiat, vt emtori *rem habere*, id est, *possidere*, illaque vri liceat, tanquam sua. l. 30. §. 1. D. de *act. emt.* l. 25. §. 1. D. de *contrah. emt.*

Recte enim CUIACIUS ⁱ⁾ & HOTTOMANNVS ^{k)} traditionem, ad quam venditor obstringitur, definiunt, dum illam in *possessionis datione* consistere affirmant: quamvis, vt supra comprobauimus, si res non tradatur efficaciter, sed possessio deinde iure auocetur, res fere non tradita fuisse censeatur. l. 3. pr. D. de *act. emt.* Sed controuersiam, quae inter IACOBVM RAEVARDVM ^{l)} & GERARDVM NOODT de illo argumento suborta est, hic postremus felicissime diremit. ^{m)}

Venditor igitur efficiet, vt *rem habere*, id est, *possidere liceat emtori*. Eleganter enim DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS emtione perfecta & pretio

ⁱ⁾ CUIAC. XI. obs. c. 19. op. T. III. p. 336.

^{k)} HOTTOMANN. quaest.

illust. XI.

^{l)} IACOBVS RAEVARDVS, varior. L. IV. c. 19.

^{m)} GERARDVS NOODT. probabil. iur. ciu. L. II. c. 12. op. T. II. p. 53.

pretio soluto, possessionem emtam esse censuerunt. l. 15. C. de rei vindic. Sed expediendum est, quomodo hoc praestetur a venditore, ut emtor res venditas possidere possit. Neque dubitari potest, rem mobilem, ideoque etiam arbores, aut poma, aut vindemiam pendentem, ita nobis tradi debere, ut res illas apprehendere & custodire, & si velimus, naturaliter possidere, illisque incumbere, possimus. Ita NERVA filius & PAVLLVS de rebus mobilibus tradiderunt. l. 3. §. 13. D. de adquirend. vel amitt. possess.

Vnum meretur observari, rem incertam nec tradi posse, neque possideri: itaque, si quis ex fundo arbores emerit, sed hac lege, ut illas emtori eligere liceret, ante electionem quidem, cum & venditor ignoret, quid tradat, & emtor nesciat, quid ipse a venditore accipiat, certum est, arbores nec traditas videri, neque ab emtore possideri. Ita quidem aperte POMPONIUS, l. 26. D. de adquir. vel amitt. possess.

Quapropter disputatione vix indiget, arbores stantes, aut vindemiam pendentem, quae tanquam res mobiles vendantur, non posse tradi, quamdiu cum fundo cohaereant & terra contineantur & pro parte rei immobilis habeantur. Neque enim possideri potest corpus aliquod tanquam res mobilis, quam diu cum re immobili unum corpus constituit & cum fundo cohaeret & terra continetur. Quod argumentum IAVOLENVS diligentissime tractavit, l. 23. §. 2. D. de usurpat. & usucap. Quapropter nulla est traditio arborum stantium in praedio, donec a substantia fundi separentur. Recte enim PAVLLVS observavit, ne illarum quidem rerum, quas antea singulas & separatas iure domini possedimus, a nobis dominium vindicari posse, si res nostrae cum alia re cohaerere coeperint, donec a corpore principali separentur: adeoque ad exhibendum potius agendum esse, ut res nostrae a corpore alterius separentur, & post separationem domino reddantur, l. 23. §. 5. D. de rei vindic.

§. VI.

Tradere igitur, ut supra demonstratum est, rem venditam debemus & efficere, ut rem habere & possidere liceat emtori. Igitur quibus modis hoc efficiatur, ut res cum fundo nostro cohaerentes ab emtore possidere possint, videamus.

Et facillimus quidem videtur GAIUS noster, qui nudam voluntatem interdum censet sufficere ad rem transferendam: in primis si rem ex causa emtionis apud alterum esse patiamur. l. 9. §. 5. D. de adquir. rer. domin. Idem etiam POMPONIUS placuit, ut, si dominus rem suam velit tuam esse, tradita omnino videatur. l. 21. §. 1. D. eod. Imo vero, secundum VEN-
Res cum fun-
do cohaeren-
tes ante se-
parati nem
neque pro-
pria neque
impropria
neque vera
neque quasi
traditione
transfervi
possunt. Si
ipsum,



gnatio & c. ipsum, quo minus occupet, impediri prohibuerit: cum ita rem ipsi exhibuisse
stodia arborum in praedio stantium & assignasse censetur. l. 52. §. 2. D. de *adquir. vel amitt. possess.*
 Sed caue existimes, *semper nuda voluntate* traditionem a domino ab-
 solui & rem *traditam* esse, si dominus *velit* illam ad te transferri. Enim-
 nim vero, ut supra demonstrauimus, in *traditione* desideramus, ut venditor
 possessionem efficiat, quo emtor rem *traditam habere & possidere* possit. Hoc plerum-
 que non efficitur *nuda voluntate*. Obsistit enim POMPONIUS, qui non
 Ante separa- satis esse censuit, si dominus *iusserit*, ut me alius *inducat* in possessionem,
 zionem ven- sed requiri, ait, ut vere inducat in possessionem. l. 33. D. de *adquir. vel*
 ditor tan- amitt. *possess.*
 tum personam
 h actione con-
 veniri potest.
 Si fundus & l. 21. §. 1. D. de *A. R. D.* tunc demum *nudam* domini *voluntatem* ad-
 post vendi- mittunt, si ille, cui res tradenda est, vel naturaliter rem tradendam iam
 zionem arbo- detinet, vel etiam vere illam *possidet*, sed ex alia causa, quam ex emtione,
 rum ante il- ex qua venditor in ipsum vult dominium transferre. Hoc enim ex ipsis le-
 larum sepa- gum verbis intelligitur, quas exscribere non vacat. VENTILEIUS autem
 ratio vendi- l. 52. §. 2. D. de *adquir. possess.* tractat eiusmodi speciem, in qua ille, cui
 tur. Fundus res traditur, vere occupat possessionem domino consentiente. In his igitur
 cum arbori- exemplis vere efficitur per *nudam* domini *voluntatem*, ut emtor rem *habere*
 bus ad ter- & *possidere* possit.
 rium trans- fertur.

Extra has species non sufficit *nuda voluntas* ad *traditionem*, nisi al-
 teri facultas detur rem *tollendi* & vere occupandi. l. 3. §. 13. D. de *adquir.*
vel amitt. possess. DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS aperte praeci-
 piunt, non nudis *pactis*, sed *traditionibus* & *usucapionibus*, dominia trans-
 ferri, l. 20. C. de *pact.* ut appareat, *pacta* & *nudam voluntatem* traditio-
 nibus opponi. Igitur, si emtor *naturaliter possessionem*, quandocunque
 velit, *confestim nancisci non possit*, quod NERVA filius desiderat, d. l. 3. §. 13.
 D. de *adquir. vel amitt. possess.* res nondum tradita videtur.

Sed inprimis in rebus *cohaerentibus*, quae nondum *separatae* sunt,
 non exiguam difficultatem habet, ut sciamus, quando alter res illas *natu-*
raliter possidere possit, & quando *vere traditae* emtori videantur. Qua-
 propter, ut de hoc argumento, in quo cardo huius dissertationis versatur,
 certius quid constituere possimus, operae pretium erit, ante omnia de di-
 versis speciebus rerum *cohaerentium* aliquid monere.

Sed elegantissime quidem de rebus *cohaerentibus*, L. ANNAEVS SE-
 NECA tractauit. Quaedam, inquit, corpora *continua* sunt, ut homo;
 quaedam *composita*, ut domus & nauis, & omnia, quorum diuersae par-
 tes iunctura in unum sunt coactae: quaedam constant ex *distantibus capiti-*
bus, quorum *membra* adhuc separata sunt, tanquam exercitus, populus,

*) SENECA, epist. 102.

„senatus. Illi enim, per quos ista corpora efficiuntur, iure & officio cohaerent, natura *diducti* sunt, & singuli.”

Neque minus apposite POMPONIVS, tria esse, ait, genera corporum, vnum, quod continetur *uno spiritu*, quod Graece *ἑνωμένον*, *unitum*, vocatur, vt homo, tignum, lapis: alterum, quod ex *contingentibus*, id est, ex pluribus inter se *cohaerentibus*, constat, quod *connexum* dicitur, vt aedificium & naus: tertium, quod ex *distantibus* constat, vt corpora *plura*, non *soluta*, sed *uni nomini subiecta*: velut grex, legio, populus. l. 30. pr. D. de *usurpat.*

Iam vero dubitationi fere vix locus est, quin *arbores stantes & cum fundo cohaerentes*, itemque *fructus pendentes*, ad *primam* classem rerum *cohaerentium* pertineant, quas SENECA *continuas*, POMPONIVS *unitas*, quae *uno spiritu* contineantur, appellauit. Nimirum, supra demonstratum est, *arbores stantes & fructus pendentes* esse *partem fundi*. l. 17. pr. D. de *act. emt.* l. 53. D. de *rei vindic.* cum ratio non permittat, vt *alterius* sit arbor, quam cuius est fundus, in quo arbor radices egerit. Contra, *fundus*, secundum VLPIANVM, est *integrum aliquid*, quod omnia, quae terra se tenent, comprehendit, l. 60. D. de *verb. signif.*

De his igitur, quae *unita* sunt, & naturaliter cum alia re cohaerent, videndum est, quomodo, si sigillatim & sine fundo venditae sint, & tradi & possideri possint.

Neque vero dubito haec talia *nunquam*, & *nullo modo*, *tradi & sigillatim possideri posse*, donec *separata sint a fundo*.

Nimirum supra a me comprobatum est, *fructus pendentes*, & *arbores stantes*, si *absque fundo* a domino vendantur, tanquam *res mobiles* venditas videri, adeoque tanquam *res mobiles* tradi debere, & ab emtore possideri. Sed luculenter IAVOLENVS, quod antea monuimus, l. 23. §. 2. D. de *usurpat.* docet, non posse recipi, vt eadem res tanquam *mobilis possideri possit*, quae cum re *immobili* adhuc *cohaereat*. Quod quidem nullam dubitationem habet, si de rebus *continuis* seu *unitis*, quae vno spiritu continentur, disputemus. Si quis enim, vt exemplum proponam, si quis, inquam, *caput aut corium tauri* aut vituli adhuc viuentis emat, manifestum est, *caput & corium tauri* absque tauro nec *tradi* nec *possideri* posse, donec hae partes a corpore suo *separentur*. Quae cum ita sint, nec *arbores stantes* tradi & possideri possunt, nisi a fundo, tanquam corpore suo, cum quo naturaliter cohaerent, *separatae & caesae & deiectae* sint.

Hoc intellexit IULIANVS, qui l. 25. D. de *act. emt.* eleganter docet, illum, qui *vindemiam pendentem* emerit, antequam vuae a fundo *separentur*,

o) Vid. GERARDVS NOODT ad L. XXI. pand. et. tit. II. p. 467.



tur, non rei vindicatione, sed actione ex emto duntaxat, aut exceptione rei nondum traditae, uti posse: sed si vuae iam lectae, & venditoris voluntate a fundo separatae sint, tunc demum, si quis illas tollere aut calcare prohibeat, ad exhibendum, aut rei vindicatione, aut iniuriarum actione recte agi aduersus possessorem. Ex quo loco discimus, vuae nondum separatas, neque lectas, nondum traditas, neque ad emtorem translatas esse; post separationem vero demum illas possideri, & ius reale ac perfectum in emtorem transferri posse; in quo si turbetur, actioni ad exhibendum & iniuriarum locum facit IULIANVS.

Eadem fere dicenda sunt de secunda classe rerum *cohaerentium*, quae *connexae* dicuntur, & ex pluribus rebus in vnum coactis constant, & vno nomine appellari solent. In his enim, velut in aedificio, etiam *res mobiles*, ut lapides & tigna, continentur. Sed, de his quidem luculenter IAVOLENVS tradidit, res hasce *mobiles*, quamdiu cum aedificio coniunctae sint, *tanquam res mobiles & singulares nec possideri posse, nec usucapi*, sed *diruto aedificio*, si *separatae* sint, tunc demum *de nouo possidendas esse*: ut, quamuis domus lapsu temporis usucapta sit, res illae *mobiles*, antea cum aedificio *connexae*, nunc *separatae*, noua usucapione acquirendae esse videantur. l. 23. §. 2. D. de *usurpat.*

Vides igitur, *res mobiles & singulas*, quae *cum re immobili cohaereant*, ut arbores, & fructus pendentes, ante *separationem* ab emtore non possideri posse. Sed si *possideri nequeunt, nec tradi possunt ante separationem*, cum *traditio sit datio possessionis*: quod supra obseruauimus.

Itaque fingamus, GELLIVM quendam *arbores, stantes* in praedio, aut fructus pendentes, TULLIO heri vendidisse, hodie vero totum fundum, quo arbores & fructus continentur, vendere & tradere DOMITIANO: an dicemus Tullium aduersus Domitianum *rei vindicatione*, aut *ad exhibendum* experiri posse? Equidem hoc affirmare non ausim, quandoquidem *arbores stantes* Tullio nec traditae sunt, nec possessae, antequam Domitiano fundus traderetur. Certius enim videtur, arbores illas, & fructus pendentes, ad Domitianum tanquam *partem fundi* pertinere. Si quid enim cum *fundo cohaeret*, simul nostrum est, quod PROCVLVS & PAVLLVS aiunt, l. 26. §. 1. D. de *acquir. rer. dom.* & l. 23. §. 2. D. de *rei vindicat.* Et secundum VLPIANVM, omne illud fundi est, quod terra se tenet, ut supra a nobis monitum est ex lege 17. pr. D. de *act. emt.* Hoc enim tam laxo sensu verum est, ut etiam *res non alienabiles*, ut *res religiosae*, quae cum fundo, cohaerent, simul cum fundo, per *accessionem*, sed *saluo iure suo*, transferantur, ut PAVLLVS & VLPIANVS tradiderunt. l. 22. & 24. D. de *contrah. emt.*

Quae cum negari non possint, Tullio, arborum *stantium* emtori, aduersus Domitianum nec rei vindicatio, nec actio ad exhibendum, competet, sed aduersus Gellium, venditorem, *actione personali ex emto*, ad id quod

quod interest, emtor experietur. Quod & MVLIVS & POMPONIVS probauerunt, in lege a nobis proposita 40. D. de act. emti.

Igitur arbores stantes in fundo, priusquam separentur, vere tradi non possunt.

Superest, vt expediamus, an non traditione impropria & ficta res cum fundo cohaerentes, tanquam mobiles, transferri possint ad emtorem.

Enimuero inprimis signatione, id est, signo imposito, quamuis res loco non mota sit, interdum tradita videtur. PAVLLVS enim auctor est, trabes, quae fiunt ex arboribus, traditas censer, si emtor illas ex voluntate domini signasset. l. 14. D. de peric. & commod. rei vendit. quod & GERARDVS NOODT, p) & STRYKIVS q) obseruat.

Sed PAVLLVS quidem de trabibus a fundo separatis adeoque mobilibus, tractauit, vt signatione possessio illarum adquiri possit videatur. d. l. 14. D. de peric. & commod. rei vendit. Sed si res adhuc cum fundo cohaereat, aut alia ex ratione nondum apprehendi & possideri possit, certius est, illam non esse traditam, quamuis emtor illam signauisset. Enimuero inter TREBATIVM & LABEONEM fuit illa controuersia, cum ille dolium signatum omnino traditum censeret, LABEO contra iudicaret, dolium non traditum videri. Et VLPIANVS quidem praefert LABEONIS sententiam, vt non sit traditum dolium, quamuis signo imposito: cum potius, ne dolium cum alio permutetur, quam vt pro tradito accipiat, ab emtore videatur signatum esse. l. 1. pr. & §. 2. D. de pericul. & commod. rei vendit.

Eadem fere dicenda sunt, si ille, qui arbores stantes aut fructus pendentes emit, custodes apposuerit, ne res emtae a furibus interuertantur. IAVOLENVS quidem ita de aceruo lignorum iudicauit, vt, si dominus illum me tollere iusserit, & ego custodiam appoluerim, aceruus mihi confestim traditus censer possit. l. 51. D. de acquir. vel amitt. possess. Sed noli acervum lignorum cum arboribus stantibus, quae cum fundo cohaerent, permiscere. Ille cum separatus sit a fundo, & apprehendi & possideri potest ab emtore, voluntate venditoris, ideoque traditus videtur, si illum apprehenderim per custodes. Sed arbores stantes & fructus pendentes ante separationem, absque fundo non possideri possunt, adeoque nec per custodes tradi aut apprehendi poterunt.

Extremo videamus, si arbores stantes in conspectu emtoris ipsi assignentur, an non oculis possessionem emtor adquisiuisse videatur. Ita oculis rem dicuntur non solum apprehendere, sed etiam deuorare, qui cupidius ad rem in conspectu positam aspirant. Hoc sensu SENECA oculos illorum gulosos r) appellauit, qui dapibus conspectis picam compescere non possint.

M 2

Imo

p) NOODT. probabil. L. II. c. 6. q) STRYK. vsu modern. pandect. ad L. XII. tit. 1. §. 3. r) SENECA. quaest. natural. III. c. 18.



Imo vero CELSVS probat hoc *traditionis* genus, cum res oculis conspicitur & emptori assignatur. l. 18. §. 2. D. de *adquir. possess.* Ita, si pecunia mihi debita in conspectu meo apud me a debitore deponatur, IAVOLENVS censet, illam mihi traditam videri. l. 79. D. de *solut.* Praeterea PAVLLVS hoc *genus traditionis naturale* dixit, si res ita ostendatur, vt *pro tradita*, haberi possit, l. 8. D. de *pecul.* Et Gaius habet non dissimilem speciem, quam *tacitam traditionem* appellauit. l. 2. D. *pro socio.* 1)

Sed res ipsa loquitur, haec fructu & effectu carere, si non possit res tradita ab emptore *apprehendi atque possideri.* Sed antea ostendimus, rem mobilem, quae ab immobili nondum separata sit, non posse tanquam mobilem apprehendi aut tradi, aut possideri. l. 23. §. 2. D. de *usurpat.*

Atuero finge, venditorem iussisse emptorem, vt *arbores in conspectu eius stantes* deiceret, & tolleret, & sibi haberet. An tunc forte traditae videbuntur? Adhuc dicemus, *venditionem esse cum mandato contractui adiecto*, sed nullam traditionem interuenisse. Itaque si fundus vendatur, & tradatur nouo emptori, antequam prior emptor deiecerit arbores, *personali actione* venditor tenebitur, sed tertius possessor fundi non videbitur emptori obligatus.

Sed forte quis obiecerit, *ius caedendi arbores* venditum videri, si dominus praedii arbores *stantes* vendiderit, illasque caedere & tollere iusserit emptorem. Enimuero nouimus, *iura*, etiam absque fundo, *quasi traditione* efficaciter transferri.

Non dissimulo, haec dici posse cum specie quadam veritatis. Neque tamen moueor, vt credam, *arbores stantes quasi traditione* transferri posse in emptorem. Nimirum si quis plures *arbores*, stantes in praedio, quamvis vno pretio, vendiderit, non id actum est, vt emptor *ius* aliquod reale, quo praedium obligetur, sed, vt *ius in arbores singulas*, tanquam in res *mobiles*, nanciscatur. VIPIANVS enim docet de *singulis* arboribus agi posse, quamquam vno sint pretio coemptae. l. 33. D. de *contrah. empt.* Igitur faciamus, emptori *ius* in *arbores singulas* venditum censer. Illud tamen expeditum, *ius* illud in *arbores singulas* non alia ratione, quam *patientia* domini, & *exercitio* emptoris, per quasi *traditionem* transferri posse. Sed exerceri illud ius nequit, nisi singulas caedendo & tollendo. Ex quo appareret nihil iuris realis transire in emptorem, nisi *singulas ceciderit*, & deiecerit, & *separauerit a fundo.* Ideoque si fundus alii tradatur, priusquam arbores *separatae* sint, non possessor *nouus fundi*, reali actione, sed *venditor* duntaxat ex *empto*, conueniri potest, quod & POMPONIVS docet, in lege nostra 40. D. de *act. empti.*

§. VII.

1) ROBERT L. II. probab. c. VI.



§. VII.

Habes iam fere omnia, opinor. Sed perueniendum est ad extremum, Dominium quod tractat noster POMPONIUS, emtorem arbores stantes, ut dominum, rerum cum a tertio possessore fundi, specialiter vindicare non posse. d. l. 40. D. de fundo cohaerentium, ante separationem non transferri potest ad emtorem. Ideoque nec rei vindicatio ipsi competit.

Nimirum emtione, ante traditionem, illud impetramus, ut, quamvis dominium nondum in nos collatum sit, tamen rem in bonis habere videamur. *VLPIANVS* enim in bonis nostris computari, ait, non solum quae domini nostri sint, sed etiam, si quid sit in actionibus, petitionibus, persecutionibus, l. 49. D. de verb. signif. quod & *MODESTINVS* approbavit, l. 52. D. de adquir. rer. dom.

Itaque, cum venditor actione emti teneatur, ut antea a nobis comprobatum est, non potest esse obscurum, emta, quamvis nondum tradita, ad bona nostra efficaciter referri.

Ceterum, ante traditionem, dominium non transferetur ad emtorem. Eleganter enim *PAVLLVS* ius domini & ius emtoris, inter se opponit. l. 188. pr. D. de verb. signif. Sed apertissime *Callistratus*, illum, ad quem ager ex causa emtionis pertinet, antequam ager traditus fuerit, non recte rei vindicatione uti, docet. l. 50. D. de rei vindicat. Quod habet rationem, cum, secundum *DIOCLETIANVM*, non pactis, sed traditionibus, dominia rerum transferantur. l. 20. C. de pact. Ceterum ipsi emtori, an alii, ex eius voluntate, res tradita fuerit, non interest, quod *VLPIANVS* obseruauit. l. 11. pr. D. de public. in rem action. Itemque si vel instrumenta nondum tradita sint, dummodo rem ipsam traditam fuisse appareat, *DIOCLETIANVS* dominium translatum esse, iudicauit. l. 15. C. de rei vindicat.

Ex his igitur, quae adhuc comprobata sunt, intelligitur, tertium possessorem, cui fundus, cum arboribus stantibus & cohaerentibus, post venditionem arborum, adhuc stantium, traditus fuerit, nisi aliud cum illo actum sit, ab omni actione penitus absolui, & fundum cum arboribus domini iure retinere, emtori vero aduersus venditorem, pristinum fundi dominium, ex emto actionem dari. Cum enim tradi arbores, antequam a fundo separentur, emtori non possint, frustra de dominio & rei vindicatione quaeritur, quae nunquam datur emtori arborum stantium, donec deiectae sint, ipsique assignatae.

Quare cautionis esse apparer, ut emtor confestim, pretio soluto, ex voluntate domini, caedat arbores & deiciat, aut dominum compellat, ad arbores a fundo separandas & tradendas, ne quid ipsum postea perturbet.



Extremo sciendum est, emtorem propria auctoritate, *sine domini voluntate aut iudicis interuentu*, caedere & occupare arbores stantes sibi venditas non posse.

Eleganter enim POMPONIVS, emtorem, *per se*, non recte in possessionem venire, ait, nisi in illam vere inducatur, quamvis dominus iusserit, ut inducatur. l. 33. D. de *acquir. vel amitt. possess.* Nimirum *diui MARCI decretum* emtorem etiam terreat, *ne ipse ius sibi dicat*, cum iudicis contentu. l. 13. D. *quod met. caus.* Vnum tamen praetor vicino permittit, ut, si arbor alterius in aedes vicini impendat, & dominus illam adimere recuset, vicinus illam adimat, & sibi habeat, quod supra obseruatum est, ex l. 1. pr. D. de *arbor. caedend.*



LVII.

DE DVOBVS FRATRIBVS

IN EADEM

LITE PARTIVM ADVERSARVM
PATROCINIVM SVSCIPIENTIBVS.

VITEMBERGAE, DIE MAIL. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXXIII.

§. I.

Diuino quodam consilio & sapientissima providentia constitutum
Fraternitas & amicitia est, ut societates & amicitiae & fraterna consortia magis caritate mutua,
 citiae magis quam sanguinis propinquitate, coniungantur. Quanquam enim, quae
 gis caritate natura conglutinavit, plerumque tenacius cohaerent, quam quae hominum
 quam sanguine iunguntur consiliis & arte quadam inter sese connectuntur; tamen in iungendis colen-
 tur. Fratrum disque amicitia, ut diximus, ipsa fere natura inuitante, non tam sangui-
 nomen etiam nem, quam ingentiorum atque morum conspirationem & mutuam beneuo-
 cum vementiam & studium bene de aliis merendi, cogitamus, adeoque occulto quo-
 eioribus gradibus item dam sensu ad bonorum societatem & consensionem adducimur.
 que cum sociis & amicitia ceteris communibus catur. Inter
 Quare solet euenire, ut intra unam domum & eosdem lares non facile
 subsistant amicitiae, sed latius spargantur atque ad plures perueniant, adeo-
 que diuersae gentes & cognationes beneuolentia & mutuo amore coalescant,
 ami-

amicorum societas, res in hominum conditione pulcherrima & iucundissi-^{fratres est}
ma, non tam casu fortuito & sorte nascendi, quam destinatione & consi-^{praesumptio}
lio, constituatur. ^{& suspicio}

Inter ipsos quidem *fratres*, quos *natura* & *sanguinis* communio proxi-^{gratiae. Fra-}
me coniungit, non magis fere *communis sanguinis* origo, quam, quae ipsi ^{tres inter-}
etiam *sanguini* non nihil debet, similitudo morum, *communes fortunae*, & ^{dum habentur}
vitae ab ineunte aetate *consuetudo* societatem quandam pariunt, animosque ^{pro una}
incendunt, ut arctius teneriusque *frater fratrem* complectamur, atque *fra-*
ternum illud *confortium*, quod IUSTINIANVS l. 11. C. *commun. de suc-*
cess. appellat, sanctissime retineamus.

Quapropter, etiam sine illo *sanguinis* vinculo, & sine *originis* commu-
nitione, non solum *aeque facile*, sed etiam melius, quam inter *fratres*, aliquan-
do *societates* & *confortia* coluntur. Optime M. FABIVS QVINCTILIA-
NVS ^a inter illos, ait, qui *a primis aetatibus* in eandem vitam conuerunt,
esse *affectionem* aliquam & *speciem fraternitatis*. Imo vero, secundum
VLPIANVM, etiam inter *socios bonorum*, propter vitae consuetudinem &
fortunarum coniunctionem, ipsa *societas* habet ius quodammodo *fraterni-*
tatis. l. 63. pr. D. *pro socio*. Sed elegantissime PAVLLVS noster, *frater-*
nitatem caritate constitui, obseruat, ut, qui *fraterna caritate* diligitur,
frater esse videatur. l. 58. §. 1. D. *de heredib. instit.* Certe sub appellatio-
ne *fratris* heres potest institui, qui non est frater, d. l. 58. §. 1. cum ce-
teroquin, qui non *cognatum*, *cognati nomine*, heredem instituit, interdum
nihil egisse & errasse censeatur. l. 4. C. *de hered. instit.*

Denique, ut intelligatur plus in *fraternis amoribus* tribui amicitiae
quam *sanguini*, audiamus GORDIANVM qui, l. 4. C. *de castrensi pecul.*
hereditatem, quae *fratri* ex testamento *fratris*, eiusdemque *commilitonis* in
iisdem castris cum herede suo degentis, obuenerit, ad *peculium castrense*
pertinere iudicat, quasi non propter sanguinem sed propter *vitae & militiae*
confortium, hereditas relicta videatur. Credendum enim est, inquit, pere-
grinationis societatem, laborem *commilitii* coniunctum, obeundorum mu-
nerum *confortium*, *affectioni fraternae* non nihil addidisse, illosque sibi,
vice mutua, omnino *cariores* reddidisse. d. l. 4. D. *de pec. castrens.* Quae
cum ita sint, *fratris* appellatio inter *socios* & *amicos* maxime frequentata
est: &, secundum QVINCTILIANVM ^b qui efficacissime *blandiri* vo-
lunt, amicis *fratrum* nomine subinde blandiuntur.

Et meretur obseruari, in ipsis etiam *cognitionibus*, amoris significan-
di causa, *fratrum appellationem* latius, & *ultra secundum gradum*, ser-
pere, pluresque, qui *fratres* non sunt, eodem nomine quandoque com-
prehen-

^a) QVINCTIL. declamat. XVI. p. m. 717.

^b) QVINCTIL. declam. 3.

prehendi. Eo sensu duorum *fratrum* filios M. TVLLIVS CICERO ^{c)} *fratres* appellavit; quod & PAVLLVS observavit, l. 10. §. 13. D. de *gradibus*, ex cuius disciplina & *fratres amitini* & *consobrini*, quamvis vltiore gradu sint, *fratres* frequentissime dicuntur. Imo idem M. TVLLIVS alio loco, de *sororis marito* aliquando *fratris* nomine usus est. ^{d)}

Certe in ipso *secundo gradu* SCAEVOLA, & PAVLLVS l. 93. §. 3. D. de *leg. 3.* l. 38. D. *famil. hercisc.* & C. CORNELIVS TACITVS ^{e)} subinde *fratrum* appellatio e etiam *sorores* comprehendunt.

Sed haec vtcunque existimata fuerint, illud certe expeditum est, si ad naturam & arcanam illam vim sanguinis etiam morum animorumque coniunctio accedat, tunc demum sanctissimum illud vinculum contrahi, quod *fratrum concordiam* solemus appellare; quae res efficit, ut in *unam personam* coalescere & *eodem spiritu regi* videantur.

Hoc sensit miles ille Pompeianus, apud C. TACITVM, ^{f)} qui *fratrem* suum, cum apud Ianiculum aduersus Cinnam pugnaretur, ferro imprudens occiderat, mox, cognito facinore, seipsum interfecit, cum fratre interemto ipsam lucis huius *ysuram* sibi molestam iudicaret. Hoc etiam Iuturnae in mentem venit, fratre Turno interemto. Ita enim illa, apud VIRGILIUM MARONEM, ^{g)}

— — Haud quidquam mihi dulce meorum,
Te sine, *frater*, erit.

Quae cum ipsa natura doceat, non opus est, ut confugiamus ad P. NIGIDIUM, qui, secundum A. GELLIVM ^{h)} subtilissimo *ερωμα*, *fratrem* quasi *fere alterum*, id est, fratri proximum, fratris simillimum, qui fere in unam cum fratre personam coaluerit, a veteribus dictum esse, iudicavit. Ita etiam M. TVLLIVS, si *fratrem* in provincia relinqueret, iudicatum iri existimavit, quod *se alterum* in provincia reliquisset. ⁱ⁾

Sed hoc quidem disputatione non indiget, *ciuili ratione*, *fratres*, qui *sub eiusdem patris potestate constituti sint*, pro vna persona quandoque accipi, si negotium de re, ad *parentis* communis commoda pertinente, contractum esse videatur.

Luculentum enim est Iustiniani praeceptum, qui §. 10. I. de *testam. ordin.* *fratres* non posse testes esse in testamento, ait, quo frater illorum, qui cum testibus sub eiusdem patris potestate est, heres instituitur a testatore; cum totum illud negotium heredis institutionis inter heredem & testatorem

c) CIC. epist. ad famil. IV. 4.

d) CIC. pro domo sua, c. 15.

e) TACIT.

annal. L. XII. c. 4.

f) TACIT. histor. L. III. c. 51.

g) VIRG. aen. XII.

v. 384. h) A. GELLIVS noct. attic. L. XIII. c. 10.

i) CIC. epist. ad

famil. L. II. ep. 15.

testatorem agi censeatur: &, quoniam res illa ad *parentem* heredis, maxime usufructus causa, pertineat, duos fratres, qui cum patre, ideoque etiam *inter se*, quodammodo *una persona sint*, in negotio, quod ad *fratrem* & *patrem* pertineat, testes esse non posse: cum de *suo quasi commodo* testimonium praestare videantur.

In his igitur negotiis *fratres pro una persona* merito habentur.

§. II.

Ex his, quae adhuc comprobauimus, apparet, magnam esse vim affectionis fraternae, & nihil credi facilius, quam *fratres* regi communibus *con-* *sibus* & illis, *filiis*, & *mutua consensione* inter se coniungi.

Sed haud paullo secius iudicandum est, cum de *fratrum negotiis* *ca-* *strensibus* & *quasi castrensibus* tractamus. Enimvero *miles*, quamuis filius *duo* *familias*, quantum ad *militiam* attinet, quasi *alius homo* esse iudicatur, ideo *fratres* *pro* *que*, si *miles* duos heredes instituit, alterum rerum *castrensium*, alterum re- *extraneis* *habentur*. *Fr-* *atres* in *mili-* *tia* saepe ex

Qua propter dubitari non potest, cessare in illis negotiis *cognitionis* *aduersis* *par-* *tionem*, adeoque fratres in causis militaribus neque *pro una persona*, ne- *tibus* *steto-* *runt* *atque* *in* *praeliis* *alter* *alte-* *rum* *trucida-* *verunt.* *poss.* quamuis *IUSTINIANVS* aliter sensisse videatur si miles post *missio-* *nem* *testamentum* *faciat*. §. 9. I. *de testam. ordin.*

Hoc etiam adduxit *MARCELLVM* atque *VLPIANVM*, ut in testa- *mento* *militari*, in quo de *castrensi peculio* disponitur, *fratrem* etiam, quasi *rum* *trucida-* *verunt.* *extraneum*, testem esse posse iudauerint; l. 20. §. 2. D. *qui testam. fac.* *verunt.*

Imo vero generaliter, secundum *VLPIANVM* l. 22. D. *qui testam. fac.* in testamento extranei, duo fratres, qui *in eiusdem patris potestate* sunt, modo nec cum herede, nec cum testatore, ratione potestatis coniuncti sint, simul recte testimonium testamentarium praestare possunt.

Neque vero apud Romanos defuerunt fratres, qui *in militia aduersas* aliquando *partes* secuti sunt, atque, pro sua quisque parte pugnantes, *fratrem* ex *aduersa parte* *trucidarunt*. Nimirum, si *VIRGILIVM* *MA-* *RONEM* *k)* audiamus, Alecto illa, furiarum maxima, potest

— — *Vnanimis armare in praelia fratres,*

& *milites* quandoque *l)*

Gaudet, *perfusi sanguine fratrum.*

Certe

k) *VIRGIL.* Aen. VII. v. 336.

l) *VIRGIL.* georg. II. v. 511.



Certe apud C. CORNELIUM TACITUM ^{m)} eques gregarius fratrem stantem ex *aduersa parte* non solum occidit, sed illud etiam apud duces professus est, & quasi re bene gesta, etiam praemium poposcit. Quod ne quis infrequens & singulare esse existimet, idem TACITVS ⁿ⁾ in *bellis civilibus* illud usu venisse, ait, ut *fratres affines & propinqui*, a fratribus, affinibus, propinquis, *aduersis* praeliis trucidarentur. Haec sunt *solida fratrum odia*, quae in negotiis publicis, cupidine victoriae & invidia subinde accenduntur: quod alio loco TACITVS observat. ^{o)} Denique ne quid desit ad rei fidem, ipse etiam CAESAR ^{p)} memoriae prodidit, bello civili aliquando milites, cum colloquendi facultatem nacti essent, suos necessarios & propinquos in *exercitu aduerso* requisivisse, & inuitandi causa in castra sua adduxisse.

Quae cum ita sint, disputatione vix indiget, in castrensi causa fratres non solum non *coniunctos* videri, sed etiam *ex aduersis partibus* subinde stare posse.

§. III.

Munus aduocatorum est inter se gratiam & consensionem esse, sed in *castrensis* negotiis tantisper quasi *militia* negligi & dissimulari ius *cognitionis*. Igitur de *aduocatis* quidem & *procu- ratoribus* dispiciamus, utrum *fratribus duobus*, in eadem lite, *partibus* fratres *ad aduersis* ita patrocinari & adesse liceat, ut ab altero illorum actor, ab *aduersis* parti ro reus, defendatur.

Nimirum non locus est dubitationi, quin *aduocati partium aduersarum* in iudicio *militum iuribus utantur*, qui gloriose vocis munimine, laborantium spem vitam & posteros defendant. Hoc enim *imperatores* I. 7. 8. & 14. C. de *aduocat. diuers. iudicior.* praeceperunt. Sed in his quidem ritur in *ad-causis*, quod supra observatum est, *fratres*, etiam vnus parentis potestati adhuc subiecti, non solum non pro vna persona, sed ne quidem pro *coniunctis* haberi solent, adeoque etiam *ex partibus aduersis* possunt inter se pugnare, & de victoria contendere.

Itaque dicemus, nisi aliud quid obiciatur, *permitteri fratribus duobus aduocatis*, in eadem lite *partium aduersarum patrocinium suscipere* & *inter se pugnare*. Quis enim dubitaret, cum in praeliis *aduersis* duo *fratres* armis inter se contendere & *cruentam* victoriam *sanguine* adipisci possint, iisdem etiam concedis, ut *forensam* illam *lauream* praelio legitimo, a quo *aduocatus aduersae partis in capitis periculum non adducitur*, & quaerant, & partem tueantur.

Verum enim vero non parum quidem fratribus *arma aduersa* tractantibus ob stare videbitur, *odium calumniae, gratiae, praeuentionis*, quod

m) TACIT. hist. III. c. 51.

L. IV. c. 60.

n) TACIT. histor. III. c. 25.

p) CAESAR. de bello civil. L. I. c. 74.

o) TACIT. annal.



praetorem subinde adducit, ut *aduocatis* interdicat postulationem, l. 1. §. 6. D. de postuland. quamvis illos aduersarius admittat, l. 7. D. eod. Sed *praeuicator* censetur, secundum LABEONEM, qui ex *utraque parte*, eaque *aduersa*, consistit in iudicio, & partem aduersam adiuuat, pro diti causa sua, l. 4. §. 4. D. de his qui not. inf. Quamvis etiam proprie *aduocatus* non possit *praeuicator* appellari, si *VLPIANVM* audiamus, l. 1. §. 1. D. de praeuar. tamen *aduocati* si ex *utraque parte* constiterint, secundum MACRVM & eundem *VLPIANVM*, *extra ordinem* subinde puniuntur, d. l. 1. §. 1. & l. 3. §. 2. D. de praeuaric.

Iam vero disputatione vix indiget, merum & suspicionem *praeuicationis* fere suboriri posse, si *duo fratres ex partibus aduersis* constiterint in illo *praetorio forensi*. Si enim *pro vna persona* habeantur, quod interdum fieri debere, supra §pho I. comprobatum est, vide ut *uterque duorum fratrum* ex *utraque parte aduersa* consistere, & partem aduersam adiuuare. Certe M. TULLIVS, cum *fratrem* in *provincia* relinquere cogitaret, metuebat, ne iniqui iudices dicerent, ipsum non plane post annum, ut senatus voluisset, de *provincia* decessisse, quoniam *alterum se*, id est *fratrem*, qui cum ipso *vna persona* sit, in illa reliquisset. q) Siue etiam *gratiam* illam, quae inter fratres intercedit, cogites, erit locus suspicandi, ne frater benignius tractet *aduocatum aduersae partis*, & quo illius negligentia, turpitudine, inicitia, tegatur, de iure clientis sui aliquid remittat, in *gratiam aduersi aduocati*.

Observandum est enim, *aduocationem*, a quibusdam, maxime ab ARCADIO CHARISIO, cum *testimoniis* conferri, l. 25. D. de testib. Sed testes quidem, quod CALLISTRATVS obseruat, ob *suspicionem gratiae*, vel propter *reuerentiam personarum*, non admittendi sunt, ad testimonium dicendum, l. 3. pr. & §. 5. D. de testib., quod etiam DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS probauerunt, l. 5. C. de testibus. Quapropter, cum *aduocatio* cum *testimoniis* habeat aliquid commune, videri posset, non admittendum *fratrem in parte aduersa* consistentem.

Neque tamen permoueor, ut a sententia discedam, aut dubitem, quominus frater aduersus alium, cui frater eius praestat *aduocationem*, admitti possit. Supra enim §pho II. copiose ostendimus, in negotiis *militaribus* & *quasi castrensibus*, ideoque inprimis in *aduocationibus*, fratres *pro vna persona* non habendos esse. Igitur fratres non poterunt *praeuicatores* appellari, quasi ex *utraque parte simul consistent*, qui *partibus aduersis* in eodem iudicio praestent *aduocationem*. Quae enim a M. TULLIO, cum de *QUINCTO fratre* in *provincia* relinquendo deliberaret, dicta sunt r) ut supra obseruatum est, magis ad iocum pertinent, quam ad veram *personae unitatem* comprobendam.

N 2

Deinde

q) CIC. epist. ad fam. L. II. ep. 15.

r) CIC. II. epist. ad fam. 15.

Deinde, quod de *gratia* fratrum obiicitur, facile dilui potest, si cogitemus, etiam *odia fratrum*, maxime in negotiis militaribus, non *insueta* esse: quod supra ex *TACITO* notatum est. ¹⁾ Ipsa enim *aemulatio*, quae alit ingenia, plerumque in illis negotiis, ex quibus *gloria* petitur, animos accendit, ut gratiae, coniunctionis, amicitiae, obliuiscantur.

Neque vero, in tantum *testimonia*, & *aduocationes* comparantur, ut quorum testimonia suspecta sint, iidem ab aduocatione confestim repellantur. Per testes enim *facti quaestionem* maxime excutimus, ut fides rei gestae comprobetur. In his igitur nemini credi potest, ut *HADRIANVS* docet, nisi qui a suspitione gratiae remotus esse videatur. l. 3. §. 1. D. & l. 5. C. de testibus.

Contra *aduocati* maxime *factum* narrant & *rationem iuris* iudici exponunt, quod ipse etiam circa admonitionem aduocati nosse debet: in qua causa non tam facile res per gratiam aut *aduocatorum* amicitias corrumpi potest. Quare non dubito, efficaciter duos fratres partibus aduersis patrocinium praestare posse.

Illud tamen attinet monere, multum *iudicis arbitrio* & religioni iudicantium in illo negotio permitti. Hoc enim in testimoniis admittendis *HADRIANVS* & *PAPINIANVS*, l. 3. §. 2. & l. 13. D. de testibus & in *aduocatis* ac procuratoribus recipiendis, *MODESTINVS*, *PAVLLVS*, *VLPIANVS*, praeceperunt. l. 17. §. 2. l. 18. l. 20. l. 22. D. de procurat. Ita ut si alter *fratrum* rem, propter fratris aduersarii gratiam, legnius tractare, aut tergiversari videatur, poterit iubere praetor, ut alius substituatur.

§. IV.

Frater aduocatus ²⁾ *Admittuntur* igitur plerumque *duo fratres aduocati*, qui *partium aduersarum* in eadem lite patrocinium susceperant. Superest, ut expediamus, an etiam *inuitus* cogi possit *frater*, si patrocinium repudiet aduersus illam partem, in qua *frater* eius *aduocatus* consistit. Et profecto quidem, aut *frater* *patrocinium* deam affirmare, non cogi posse *fratrem* ad illud patrocinium suspiciendum. Enimvero, si recte a *maiori ad minus*, *negatiua* ratiocinatione, argumentum ducimus, maxime me mouet, quod ne ad *testimonium* quidem dicendum cogi possit *frater* inuitus, in illis causis, in quibus *fratris* salus aut commoditas periclitatur. Aperte enim *PAVLLVS* docet, *lege Iulia* constitutum esse, ne quis aduersus *consobrinum*, aut qui *proprio* gradu sit, *testimonium* dicere cogatur. l. 4. D. de testibus.

Quid igitur dicemus? cum in testimoniis, quorum usus ad *veritatem* indagandam maxime *necessarius* videtur, fratrem non cogamus, an cogendus esse censebitur in causa minus *necessaria*, ut *fratri* inuidiam molestiamque

1) *TACIT.* IV. annal. c. 60.

que faciat sua aduocatione. Mihi quidem videtur tanto minus cogendus esse, quanto magis ignoscendum pudori aduocati, qui vel fratris sui victoriae & gloriae obstare, quod inter aduocatos fere necessarium est, vel apud alios in suspicionem inquirere noluerit, quasi fratris sui gratiae aliquid dedisset. Certe de procuratoribus ita GAIUS, PAVLLVS atque VLPIANVS tradiderunt, vt cogi nequeant, qui inimicitiarum, aut etiam adfinitatis & cognationis, aut alia probabili excusatione, vt possint l. 21. 22. 23. D. de procurat. Sed haec talia cum etiam aduocatis molesta esse possint, sine dubio ab aduocatione excusabunt.

Sed ais, non interesse fratris aduocati, vtrum a fratre aduersae partis aduocato in illo praelio vincatur. Imo vero interest fratris, ne vincatur, non solum propter poenam, quae aduocato imminet, si ipsum segnitia & inscitia litem perdidisse a fratre ostendatur, sed etiam propter victoriae gloriam, quam multi, inprimis illi milites, plerumque bonis omnibus & vita fere ipsa chariorem arbitrantur. Et hoc satis causae est, cur nolit frater fratri sua aduocatione molestus esse.

Sed, vt dicere occupauimus, res iudicis arbitrio permitti debet. Aliquando enim vel duo tantum aduocati in eodem loco sunt, cum duo sufficere dicantur, l. 19. C. de aduoc. diuers. iudic. vel certe duo soli interdum fama sunt hilariori, quod GRATIANVS ait. l. 7. C. de postulando. Finge igitur praeter duos fratres neminem in loco quodam esse aduocatum, qui fama hilariori commendetur. Finge porro alterum electum esse ab aduersario: alteri vero fratrem alterum patrocinium negare: denique finge, alterum clientem non inuenire aduocatum, cuius auctoritas & fama ipsi prodesse possit. Et ait GRATIANVS, officio iudicis contineri, vt aequalis fiat causidicorum distributio, & par utrique auxilium praestetur; itaque coget fratrem ex aduersa stare parte. d. l. 7. C. de postulando.



VTRVM FEVDO LEGATO

EIVS

AESTIMATIO DEBEATUR.

VITEMBERGAE, DIE IVNII. A. Q. S. P. 151. MD CC XXXIII.

§. I.

Legatum
ex coniectu-
ra voluntatis
interpretatur.
Aestimatio
interdum ne-
cessario ab-
herede prae-
standa est.
In primis
coniecturam
voluntatis
aut si res cu-
pula aut facta
heredis pe-
rit quando-
que tantum
permittitur
heredi aesti-
mationem lo-
co rei prae-
stare.

Cum *beneficentia & liberalitate*, quod M. TVLLIVS ait, a) nihil sit hominis naturae accommodatius, quo quisque est vir melior, tanto benignius socios tractare solet, tantoque diligentius curare, ut fructus sui beneficii, ad illum, cui ipse aliquid tribuere voluit, plenissimus certissimusque pervenire, & ad quam plurimos permanere possit.

Sed *legata* quidem *nobilissimum esse genus beneficii*, tum ex aliis causis quam plurimis. tum ex eo maxime, intelligimus, quod ne quidem de *re-ferenda sibi gratia* cogitare potest, qui *suprema voluntate* beneficium reipublicae, amicis, posteris relinquit.

Quod cum intelligerent, qui iura tradiderunt, plerique & inprimis AFRICANVS, ex *natura beneficii*, legatum ita accipiendum & *interpretatione* amplificandum esse, docuerunt, ne illud *fructu* omnino careat, neque quid a testatore *frustra legatum* videatur. l. 109. pr. D. de leg. 1. Imo vero aut si res cu- PAPINIANVS noster *coniecturam voluntatis admittit*, ut, si penitus satis- fieri decreto testatoris in praestando beneficio non possit, ex *probabili* ipsius voluntate, sensus quidam beneficii ad illum perveniat, cui testator aliquid tribuere voluerit, & huic, si res ipsa nequeat, certe rei *aestimatio* praestetur. l. 78. §. 1. D. de leg. 2.

Et eleganter quidem CALLISTRATVS, si res ipsa intercepta fuerit, *actionem in factum* legatorio accommodavit, ut *indemnitate* consequatur. l. 63. D. de leg. 2. Quamvis enim fere *lucrum* potius expectet, cui a testatore res legata est, quam ut de *damno* depellendo cogitare videatur, *ictus* tamen, miseratione conditionis humanae, molestum & *damnosum* esse censuit, si pereat beneficium, si eludatur atque exitum habere nequeat illa, cui maxime favendum est, benignitas supremae voluntatis: ideoque, propter exemplum, non tam *lucris* petitionem quam *damni* persecutionem, id est, *actio-*

a) c. 1. l. offic. c. 14. II. offic. c. 18.

actionem in factum ad *indemnitatem* dedit legatario, qua *aestimationem* rei legatae, sibi interceptae, adipiscatur. d. l. 63. D. de leg. 2.

igitur, qui *aestimationem* rei legatae petit, *indemnitatem* censetur postulare. Aegre enim, ut diximus, videtur heres legatario fecisse, qui *mutavit* beneficium defuncti, & rem ipsam non exhibuit, quam ad legatarium voluerat testator pervenire. Quapropter, si *VLPIANVM* audiamus, *inilitus* quidem nemo cogitur *aestimationem* accipere, si res ipsa praestari possit, quae relicta sit a testatore, l. 71. §. 4. D. de leg. 1. Itaque cum alicui poculum legatum esset, vellentque heres praestare *aestimationem*, quia propter *affectionem*, iniquum esset, illud poculum a se separari, non impetrauit a praetore, ut pro re *aestimationem* solvere liceret. d. l. 71. §. 4. de leg. 1.

Et habet illud rationem, cum ad *indemnitatem* pertineat praestatio *aestimationis*. Sed satius est, rem ipsam legatario servari, quam de *damnis* ipsam farciendis litigare cum herede.

Ex eodem fonte deducitur, quod neque legatarius, qui rem legatam sibi dicat minus iucundam aut vilem futuram, facile audiendus sit, si pro re, quam heres dare paratus est, compendii sui causa, *aestimationem* petat ab herede, nisi testator legatario reliquerit *electionem*. Hoc enim *POMPEONVS* observat. l. 8. §. 2. D. de leg. 1.

Nimirum frustra de *indemnitatem*, quae *aestimatione* continetur, legatarius controuersiam faciet heredi, cum ipse re, quam repudiat, accepta, non solum *damno* carere posset, sed *lucrum* etiam haberet.

Quare dicemus, nec legatario deberi *aestimationem* & *indemnitatem*, si res ipsi ab herede offeratur, nec heredem officio penitus defungi, qui pro re legata offerat pretium & *indemnitatem*. Aperte enim *VLPIANVS*, rem legatario *parandam* esse, ait, ab herede, quamvis rei illius *difficilis paratio* videri possit. l. 39. §. 7. D. de leg. 1.

Sed, quandoquidem in *coniectura voluntatis*, qua maxime *ultimarum voluntatum* interpretatione utimur, atque in iudicanda *aequitate*, multa interuenire possunt, quae efficiant, ut a regula iuris discedamus, recte *VLPIANVS* observauit, interdum afferri posse *iustam causam*, cur aliquis rem ipsam, quam debeat, praestare non cogantur, ideoque heredi fauendum esse, qui ex *iusta causa* paratus sit, *aestimationem* potius legatario praestare. l. 7. §. 3. D. de leg. 1.

Sed in primis *iusta causa* videbitur *naturalis* illa in homines nobis *coniunctos affectio*, quae efficere potest, ut iniquum censeatur, illos a nobis separari, & legatario relinqui. Ideoque secundum *VLPIANVM*, si heres *seruum hereditarium*, forte patrem suum, vel matrem, vel fratres *naturales*, alteri praestare damnatus sit, *aequissimum* iudicatur, & benigna interpre-



interpretatione receptum est, pro *homine* legato *aestimationem* arbitrio iudicis praestari. d. l. 71. §. 3. & 4. D. de leg. 1.

Itaque officio iudicis continebitur, ut hic interdum heredi permittat, pro re *aestimationem* dare, ob *affectionem*: quod maxime in *hominibus* legatis receptum est, quos vera *affectione* in magno pretio heres habere iudicatur. Sed ipse *VLPIANVS* res ceteras, praeter homines, excipit, ut non possint, *legatario inuito*, retineri, aut pretium illarum pro rebus legatario obtrudi, d. l. 71. §. 4. D. de leg. 1.

Neque tamen hoc perpetuum est, ut, si res ipsa possit exhiberi, heres nequeat pretium offerre. Nimirum, ut antea observatum est, *probabilis causa* etiam in ceteris rebus aliquando heredem excusabit, si pro re *pretium* legatario exsoluerit. Inprimis enim in legato *rei alienae* obtinuit, ut illa quidem *parari* debeat, quamvis *difficilior* sit ista *paratio*, sed tamen audiatur heres, si dicat, dominum, a quo ipso rem redimere deberet, *immensum pretium*, *affectionis causa* forte, *petere*, ut sine maxima iniquitate exsolui pretium non posse videatur. Si enim *GAIO* atque *VLPIANO* obsequimur, heres *iustam*, id est, *communem aestimationem* potius legatario soluere iubebitur, quam ut heredem *pretio immodico* illam redimere cogamus. l. 14. §. 2. D. de leg. 3. l. 71. §. 3. D. de leg. 1.

Non multum ab hac specie recedit, si cuiquam *pars aliqua bonorum* sit legata. Enimuero *odium rixarum* & *communione* adduxit *POMPONIUM* atque *PAVLLVM*, ut succurrendum esse heredi iudicarent, ipsique *electionem* darent, utrum *partes rerum* an *aestimationem* naluert praestare. l. 26. §. 2. & l. 27. D. de leg. 1. Quamvis enim *posset* legatario dari rerum quaedam *portio*, tamen propter vel *communione* vel *diuisionis* incommoda, quae in partibus rerum assignandis timeri possent, *permissum* est, *aestimationem* dare.

Habes igitur *duas causas*, ob quas heredi *permittatur*, *rem* legatario *negare* & *pretium*, *inuito etiam*, offerre. Primam, ut diximus, in *affectione hominum coniunctorum* inuenimus, quos ipsos, heres non cogitur legatario praestare: altera est, *iniqua* quaedam *difficultas*, si *plus noceret heredi praestatio ipsius rei*, quam legatario illa *prodesse posset*; ut: si *pretio immodico res redimenda* esset. Tunc enim heredi melius consuleretur, si *iustam aestimationem* legatario exsolueret, & legatario illud non prodesset, si heres domino rei legatae pretium *immensum* soluere illamque redimere omnino teneretur. Item, si propter *communione* incommoda non minus molestiarum immineret legatario, quam heredi, placuit, pro ipsis rebus communibus, *aestimationem* potius praestari.

Sed nec *tertia causa*, quam commemorauimus, negligenda est, *voluntas testatoris*, qui *electionem* heredi reliquerit, utrum malit rem, an *aestima-*

aestimatio dare. In his enim speciebus, atque ex his causis, permittitur heredi, quamvis res ipsa dari possit, potius *aestimatio* dare. Superest, ut de illis speciebus exponamus, in quibus legatarius pretium accipere, & heres, etiam inuitus, pro re *aestimatio* soluere tenetur. Hoc vero imprimis accidit, si non possit ipsa res praestari, adeoque necesse sit, *aestimatio* quandoque legatario exfolui, quod ULPIANVS observavit. l. 41. §. 4. & l. 47. §. 4. lqq. D. de leg. 1.

Sed non potest res praestari, vel naturaliter interdum, ut: si res inveniri & impetrari nequeat, vel moraliter, quod dicunt philosophi, id est, ob legis aut hominis dispositionem, quae necessitatem obsequii imponit, ut, obiecto quodam impedimento, res non debeat praestari.

Est elegans eiusmodi species apud PAVLVM, qui in legato *tesserae frumentariae*, de qua CYNACIUS ^{b)} & TURNEBVS ^{c)} non nihil observarunt, itemque in *militiae* legato *quantitatem*, qua *tessera frumentaria*, aut *militia* comparari possit, contineri, ait, ut *aestimatio* etiam heredibus legatarii debeatur, quamvis ille post mortem testatoris discesserit, cui *tessera* aut *militia* fuerit legata. Cum enim legatario, iam defuncto, nec *tessera frumentaria* nec *militia* utilis esse queat, neque semper in heredis potestate sit, ut *tesseram* illam aut *militiam* redimat, placuit, *aestimatio* *tesserae* & *militiae* deberi. l. 49. §. 1. D. de leg. 2.

Eo refertur, quod, si duobus res eadem relicta sit, & manifeste appareat, testatorem utrique legatario *solidum praestare* voluisse, docente PAVLO, unus pretium debeat accipere, alteri res ipsa assignetur, & illi detur electio, qui primus fuerit litem contestatus. l. 33. D. de legat. 1.

Non multum est absimilis illa species, quam ULPIANVS l. 47. §. 2. & 3. D. de leg. 1. tractavit. Si enim ex duabus rebus alternatim legatis, una quam heres electurus fuisset, sine heredis culpa absit, & exhiberi nequeat, heres nisi alteram praesentem praestare maluerit, absentis *aestimatio* praestare potest, & legatarius pretio debet contentus esse.

Neque omitrendum est, quod quandoque propter legis aut hominis dispositionem res nequeat praestari, adeoque heres, *aestimatio* data, voluntatem testatoris impleuisse videatur.

Enimuero PAPINIANVS docet, si testator praedia emerit, & testamento ex illis unum praedium Titio reliquerit, sed princeps resciderit totam venditionem, coniectura voluntatis, partem pretii, pro modo *aestimationis*, legatario soluendam esse, loco praedii, quod testator ipsi reliquerat. l. 78. §. 1. D. de leg. 2.

^{b)} CYNAC. L. VI. obs. 33.

^{c)} TURNER. 19. aduers. 16.



Ex eadem ratione iudicabimus legatum, si Titius Mabuio domum legauit, *deductis marmoribus*, quae *ornamenti perpetui* causa sint in domo. *VLPIANVS* enim respondet, *non detrahenda esse marmora*, sed aestimationem domus, deducto pretio marmorum, legatario deberi. l. 41. §. 4. D. de leg. 1. Quod habet rationem, cum *AVIOLA & PANSA*, coll. factum sit SCtum, ut, *quae aedibus iuncta sint*, suprema voluntate ab aedibus ne separentur. l. 41. §. 1. D. de leg. 1. Cum enim, *ob legem* marmora nequeant a domo separari, pretium domus, ex testatoris voluntate, in locum aedium succedit.

Neque incommode hoc loco adiciemus aliam speciem, quam *MARCELLVS* atque *MARCIANVS*, diligentius tractauerunt. Aiunt enim, si quid alicui licite relictum sit, sed ipse quidem, propter corporis sui *vitium*, vel propter qualitatem rei relictæ, vel propter aliam quamcunque *causam probabilem*, rem habere non potuerit, alius vero hanc habere potuisset, quanti res illa comparari soleat, tantam aestimationem illum habiturum esse. l. 114. §. 5. D. de legat. 1. Sed causam probabilem intelligunt *MARCELLVS* atque *VLPIANVS*, quae culpa legatarii careat, sed vel a lege, vel ab hominis dispositione, vel a vi maiori atque casu, aut a natura negotii, profecta videatur.

Neque erit alienum ab hoc loco, quod *VLPIANVS* l. 34. §. 7. D. de legat. 1. obseruauit, si rem emerit aut sub alio onere adquisierit legatarius, ut rem ipsam possideat, tunc ipsi aestimationem deberi, & usque ad premium, quod legatarius exsoluerit, ipsi aduersus heredes ex testamento dari actionem: cum beneficentia testatoris debeat exitum habere, & emtio, quae interuenerit, ut iam res ipsa dari nequeat, aestimationis exsoluendae necessitatem heredibus imponat.

Sed maxime meretur obseruari, si facto vel culpa aliqua heredis res praestari non possit, simpliciter & abscessse deberi aestimationem. *VLPIANVS* enim auctor est, in culpa, per quam res perierit, aestimanda, non solum illam, quae dolo sit proxima, neque leuem duntaxat, praestandam esse, sed verius esse, quod etiam diligentia desideretur. l. 47. §. 5. D. de leg. 1. Neque vero indiget disputatione, cum infiniti fere sint gradus diligentiae & culpa, si praeter culpam leuem etiam diligentia exigatur, id praeceptum videri, ut iudex, a cuius arbitrio pender diligentiae & culpa aestimatio, nihil facile remittat, sed lex illis, quae circumstant, strictius & seuerius aestimet, an non homines frugi officio diligentia exactior contineatur.

IULIANVS enim & *AFRICANVS* monuerunt, culpa reum esse heredem, si rem non requisierit, nec operam aut sumtum praestiterit, ut res restituatur: cum si hoc neglexerit, etiam de fructuum & sumtum aestimatione

matione teneatur. l. 39. pr. & §. 1. D. de leg. 1. Hoc enim & a DVARENO d) observatum est, & PRAESES alio loco e) comprobavit.

Inprimis vero, si *mora* heredis praecesserit, quidquid *postea* accidisse appareat, illud totum *heredi* imputatur. LABEO enim ait, si, post *moram* heredis, fundus, etiam chasmate, quod nulla vis humana prohibere potest, perierit, *deberi aestimationem*: cum legatarius, nisi *mora* interuenisset, antequam illud accideret, fundum vendere omnino potuisset. l. 47. §. 6. D. de leg. 1. quod & AFRICANVS, l. 108. §. 11. D. eod. & alii complures, inprimis IVLIANVS, probauerunt. l. 39. pr. & §. 1. D. de leg. 1.

Imo vero si nec *mora* admittita sit, neque *culpa* heredis res sit interversa, tamen, si *facto heredis res perierit*, aequum est, *praestari aestimationem*. Eleganter enim CALLISTRATVS notavit, si heres rem legatam *ignorans* in funus consumserit, quamvis nec *dolo* nec *culpa* rem possidere desierit, adeoque *reali* actione pulsari nequeat, tamen *in factum* actione legatario consulendum esse, ut ipsi ab herede *indemnitas* & *aestimatio* praestetur. l. 63. D. de leg. 2.

Ex his igitur, quae adhuc disputata sunt, intelligitur, *rem ipsam*, si regulam sequamur, legatario praestandam esse: sed interdum, ex magna causa, inprimis ob *coniunctionem* & *affectionem hominum*, aut *iniquam difficultatem*, si non commode res exhiberi possit, aut ob *testatoris voluntatem*, permitti heredibus, ut loco rei, quam dare possent, *aestimationem* legatario exsoluant. Denique, si res, *licite relicta* a testatore, vel *naturaliter*, vel ob *hominis aut legis dispositionem*, sine culpa legatarii, praestari nequeat, inprimis, si res *facto*, aut *culpa* heredis intercepta videatur, abesse aestimationem, & in his extremis speciebus, etiam cum fructibus & sumtu, legatario deberi.

§. II.

Haftenus quidem comprobatum est, ex quibus causis heres vel possit, *Res extra commercium* vel non possit non, loco rei legatae *aestimationem* legatario praestare. Sed & quae proxime tractauimus, illa quidem maximam difficultatem habet, si res ipsa, a testatore alicui legata, ob *legis dispositionem* nequeat praestari. In hac enim tractatione distinctio admittenda est, ut in *utiliter legantur. Item* quinquamus, *quatenus*, & *qua de causa*, lege civili rerum quarundam translatio prohibeatur. *que si legatae committitur rei legatario interdictum sit rei legatae commercio interdum nec aestimatio de-*

Igitur, prius quam de *feudi legati aestimatione soluenda* aliquid affirmemus, operae pretium facturi videmur, si de prohibito commercio copiosius exponamus. Primo enim quaedam generaliter *alienari* & legari & in *mercio interdum nec aestimatio de-*

O 2

a) DVAREN. ad l. 47. §. 5. D. de leg. 1.
g) PRAESES de omni culpa in negotiorum iudicio praestanda §. 2. & 3. Id. de periculo pignoris. §. 3.

e) PRAESES de omni culpa in negotiorum iudicio praestanda §. 2. & 3. Id. de periculo pignoris. §. 3.

si legatarius alios transferri nequeunt, quia illarum rerum commercium omnibus inter-
sine culpa dictum est, ideoque res illae, quantum ad alienationem attinet, pro nullis
sua amittat quodammodo habentur. Sed de his quidem luculenter VLP IANVS, fu-
illius rei com- riosi esse, ait, si quis campum Martium, vel forum Romanum, vel
mercium, ipsi quandoque aedem sacram, vel Salustianos hortos, qui Augusti sunt, vel praedia, quae
aestimatio in formam patrimonii redacta a procuratore patrimonii principis admini-
relinenda est. strantur, legaverit testamento: cum haec talia distrahi non soleant, nec
commercium illorum, nisi iussu principis, cuiquam permittatur. Sed, quae
a furiosis relicta sunt, pro non scriptis merito accipiuntur, ideoque huius
legati ne quidem aestimatio praestatur. l. 39. §. 8. 9. & 10. D. de leg. 1.

Itaque dicemus, si ipsum rei legatae commercium ob publicam utilita-
 tem simpliciter privatis ademptum sit, ne illud unquam ad privatos perue-
 niat, sed ut vel divinae rei, vel vñbus principis & rei publicae relinquatur,
 inutile legatum esse, adeoque nec aestimationem legatario deberi. Sed ob-
 servandum est, Ictos ademptionem illam commercii strictius interpretari.

Itaque, si non omnis alienatio, sed sola rei legatae distractio, & sepa-
 ratio a fundo, sub certis conditionibus, interdicta sit, ipsa quidem res legata
 sine fundo dari non potest, cum lex aperte obloquatur: sed, si saluo legis-
 latoris consilio, aestimatio exsolui possit, & in fraudem legis nihil admissum
 videatur, benigna interpretatione receptum est, ut, ob luculentam testato-
 ris voluntatem, pretium ab heredi peti possit.

Terigimus superiori sectione eiusmodi speciem, quam VLP IANVS
 l. 41. §. 1. sqq. D. de leg. 1. tractavit. Si enim marmora, aut columnae,
 aut elia quaedam corpora, quae aedibus iuncta sint, legantur, quae ex SCto
 ab aedibus seiungi & distrahi non possunt, num quidem simpliciter debebi-
 tur legatum: d. l. 41. §. 1. D. de leg. 1. sed inspicendum tamen erit, secun-
 dum eundem VLP IANVM, an non, salva lege, aliquando debeat aestima-
 tio praestari. Non enim simpliciter prohibita est translatio marmorum &
 columnarum, sed hoc tantum consilio, ne urbs & provincia ornamentis
 spolientur: si CONSTANTINVM audiamus. l. 6. C. de aedif. privati.
 Ideoque permissum est possessoribus ex fundo suo in alium fundum suum
 columnas & marmora transferre: quod D. SEVERVS etiam probavit. l. 41.
 §. 3. D. de leg. 1. Quapropter VLP IANO placuit, si huic conditioni satis-
 fiat, & nihil in fraudem legis committatur, aestimationem marmorum le-
 gatario deberi. l. 41. §. 4. D. de leg. 1.

Habes igitur primam distinctionem, ad quam respiciendum est, cum
 de aestimatione rei legatae, si ipsa ob legem praestari non potest, disputatur.
 Appareret enim, si res simpliciter commercio omnium exenta sit, neque rem
 legatam, nec pretium, deberi. Sed si, ut observauimus, quodammodo
 cum

cum *conditione*, ex *speciali causa*, commercium rerum quarundam duntaxat, *restrictum* sit, facilius admitti, ut *aestimatio* peti possit.

Atvero in hac secunda specie porro distinguimus. Si enim *non simpliciter interdicta* est rei cuiusquam *translatio*, sed legibus tantum *restricta* facultas transferendi, illa restrictione vel *heredi* tantum, vel *legatario* duntaxat, vel *utrique*, sed *cum conditione* aliqua, ademptum est commercium rei *legatae*.

Si *utrique* commercium, sed *cum conditione* aliqua duntaxat, ademptum est, videndum, an, *salua legis auctoritate*, *impleri possit voluntas testatoris*: quod ubi apparet, si non res ipsa, certe *aestimatio* efficaciter debetur: quod supra ex l. 41. §. 1. sqq. D. de leg. 1. a nobis comprobatum est.

Contra, si *heres duntaxat non habeat rei legatae commercium*, PROCVLVVS ait, *rem utiliter legatam esse*. l. 49. §. 3. D. de leg. 2. Neque enim conditio heredis, propter quam ipsi commercium ademptum est, fraudi esse legatario, aut prohibere potest, quo minus hic testatoris beneficio fruatur. Igitur fingamus, *fundum alienum* TITIO legatum, sed *heredem forenssem*, quod statutis quorundam municipiorum constitutum est, *res immobiles adquirere, & redimere non posse*. Nihil dubito, quo minus Titio vel ipse fundus, vel eius *aestimatio*, debeat praestari, *salua legis municipalis prohibitione*, quae heredem a commercio rerum immobilium excludit. Sive enim fundus *extet in bonis testatoris*, non opus est *heredis* commercio, *cum dominium fundi legati ad legatarium ipso iure transferatur*: si fundus non extet, sed per heredem ab alio redimendus sit, ab herede quidem, cui redemptio rei immobilis interdicta est, posci non potest, ut fundum redimat & praestet, cum lex ipsum excludat a redemptione, sed *aestimatio* debebitur, qua satisfieri possit voluntati testatoris. Neque enim *in fraudem legis* heres aliquid faciet, cui ipsi quidem possidere res immobiles non licet, sed *pretium* rei immobilis alii solvere non interdictum est. Itaque, secundum PROCVLVVM, si solus *heres non habeat rei commercium*, nihilo secius aut *res legata*, si sit *in bonis testatoris*, legatario praestanda est, aut si non extet, sed redimenda sit, *aestimatio solvenda*. l. 49. §. 3. D. de leg. 2. Hoc postremo enim casu heres quidem *facultatem dandi* non habet, quod VENULEIVS ait, sed *res ipsa non est commercio exempta*. l. 137. §. 4. D. de verb. oblig.

Ita quidem existimandum est, si *heres non habeat commercium rei legatae*. Superest, ut de legato, quod *incapaci relictum est*, siue cuius *commercium legatarius non habet*, videamus. Et solebant veteres *incapacibus*, per interpositam personam, quaedam per modum *fideicommissi taciti*, relinquere: quod cum in fraudem legis factum videretur, inutile & in-

fructuosum



fructuosum erat fideicommissario *incapaci*. De quo argumento PRAESES alio loco copiosius tractavit. *f)* Certe VLPPIANVS l. 34. D. de verb. oblig. si quis rem stipuletur, cuius commercium non habet respondit, *non valere stipulationem*, cum licite non inter sit stipulatoris, rem ipsi, cuius commercium non habeat, promitti.

Sed ne de hoc quidem argumento certi aliquid *sine distinctione* potest constitui. Enimvero legatario *commercium* rei legatae vel *probris & turpitudinis* suae causa, vel propter *casum aliquem*, qui non fuerit in eius *potestate*, & de quo nemo ipsum accusare omnino possit, est ademptum. Si *probris* causa commercio illius rei legatario interdictum sit, certum est, *inutile legatum esse*, quod, *lege obloquente*, ipsi sit relictum. Neque esset audiendus legatarius, qui *aestimationem* peteret rei legatae, cuius commercio *per probrum* priuatus est. Alleganda enim esset a legatario *propria turpitudine*, quae efficere, *ut rem ipsam petere non posset*. Sed constat inter omnes, illi non succurrendum esse, *qui in propria turpitudine quaerat fundamentum actionis*. Hoc intellexit VLPPIANVS, qui, l. 114. §. 5. D. de leg. 1. tunc demum *incapaci* aestimationem dari iubet, si ipsi res *licite* fuerit relictæ, id est, si neque *simpliciter* res sit *commercio exempta*, neque *ob ignominiam* legatarii commercio rei legatae ipsi sit interdictum.

Enimvero, si nihil tale *admissum* sit a legatario, quod ipsi *cum probro* efficaciter obiciatur, valet legatum. VLPPIANVS enim luculenter, si legatarius *ob quamcunque probabilem causam*, inprimis propter corporis sui vitium, aut *qualitatem rei relictæ*, rem sibi legatam habere nequeat, *aestimationem dandam esse*, ait, l. 114. §. 5. D. de leg. 1.

Sed *probabilis causa*, sine dubio, dicitur, quae a *casu*, sine legatarii culpa aut *vitio*, profecta videatur. At vereor tamen, ut semper hoc verum sit, & aestimatio semper praestanda sit legatario, si ipse, sine suo *vitio*, commercium non habeat rei legatae. Idem enim, quem antea laudavi, VLPPIANVS, alio loco, distinguit, *utrum sciuerit legatarium incapacem esse*, an *ignorauerit* testator. Ut puta: cum seruo alieno *militia* legata fuerit, & *sciuerit* testator, seruum esse, tunc demum *aestimationem solui* iubet VLPPIANVS; sin vero *ignorauerit*, denegandam esse, ait, legati persecutionem, cum testator, si *sciuisse*, non relicturus fuisse censeatur. l. 11. §. 16. D. de leg. 3.

Hoc vero adduxit MANTICAM *g)* ut existimaret, *semper* indagandum esse, in legato, quod incapacibus relictum sit, *utrum incapacem esse sciuerit*, an *ignorauerit* testator.

Verum

f) PRAESES de legato tacito §. 3. l. IX. tit. 11. n. 8.

g) MANTIC. de coniect. vltimar. volunt.

Verum enim vero, non ausim affirmare quod ex lege illa *VLPIANI* recte colligatur, quod nunquam subsistat legatum relictum *incapaci*, si testator *ignorauerit*, ipsum incapacem esse. Primo enim *VLPIANVS* tractat de *militia*, quod legatum in *quantitate* consistere, ex l. 49. §. 2. D. de leg. 2. supra est probatum. Itaque non proprie agitur in lege illa l. 1. §. 16. D. de leg. 3. de re legata, cuius commercium non habeat legatarius, cum seruus omnino sit capax *quantitatis*. Hoc enim *SAMVEL DE COCCII* ^{h)} erudite annotauit. Deinde de seruo agit *VLPIANVS*, & de quaestione voluntatis duntaxat, vtrum legaturus fuisset testator seruo, si *sciisset* seruum esse: & probabile erat, non fuisse legaturum, cum seruus, cui testator beneficium suum destinabat, non quidem incapax sit legati, vtilitatem autem sibi destinatam non admodum percipiat, sed in dominum transmittat. Quae ratio in aliis personis vtiq. non obtinebit.

Itaque ex lege l. 1. §. 16. D. de leg. 3. non sequitur, *semper* inutile legatum esse, si testator *ignorauerit*, legatarium non habere commercium rei *legatae*. Sed rectius indicabimus, si dicemus, legatarium quidem, qui *sine culpa* sua commercium rei legatae non habet, aestimationem simpliciter petere posse, si *sciuerit* testator, ipsum *sine vitio* incapacem esse, cum appareat, non obstante conditione & *incapacitate* legatarii testatorem ipsi prospicere omnino voluisse. Sin *ignorauerit* conditionem legatarii testator, *quaestio voluntatis* erit, & ex *emixae voluntatis* significatione & reliquis *coniecturis*, eliciendum erit, vtrum, si *sciisset*, nihil eo fecius legatum ipsi relicturus fuisse videatur. Hoc enim etiam in legato rei alienae *ALEXANDER* inspiciendum esse, praecipit. l. 10. C. de legat. quib. ⁱ⁾

Sed de hoc argumento diligenter *IACOBVS MENOCHIVS*, ⁱ⁾ quem in plerisque argumentis magni facio copiose commentatus est.

§. III.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, non potest esse obscurum, *vtrum* De feudo
& quando heres, feudo legato, de re praestanda vel aestimatione exsoluen- non facile
da teneatur. disponi pot-
est suprema
voluntate.

Enimuero non ignoro, quanta *varietate* tractatum sit hoc argumen-
tum a *BALDO*, *IOANNE FABRO*, *MANTICA*, *VINNIO*, & aliis Nisi ex con-
sensu domi-
ni directi &
feudalium
successorum.
Sed Sed dami-
nus directus
vasallo & va-
sallus domi-
ni recte feu-
dum legant.

^{h)} *SAMVEL DE COCCII* iuris ciuil. controuerf. L. XXX. quaest. 14. obieci. 3.
ⁱ⁾ *MENOCH.* L. VI. praesumt. 120. ^{k)} *IACOB. MENOCH.* de praes. L. IV.
praes. 119. n. 6. fgg. ^{l)} *ANDREAS FACHINEVS* controuerf. iur. L. V.
c. 37. ^{m)} *SAMVEL DE COCCII*, iuris ciuil. controuerf. L. XXX. c. 14.
in fine.

Sed *PACHINEVM* quidem, qui eruditissime hanc litem disceptauit, inprimis mouet, quod *de feudo suprema voluntate disponere penitus nequeat vasallus*, ideoque *inutile legatum feudi esse* censet, ut ne *aestimatio* quidem feudi debeatur.

Igitur attinet monere, quousque porrigatur facultas vasalli, cum feudum cogitat in alium transferre.

Nimirum de *feudis propriis* quidem expeditum est, *nullam*, quod dicunt compilatores: *ordinationem defuncti*, in feudis admitti. 1. F. 8. cum *ne pro anima* quidem, id est, ecclesiae, & *ad pias causas*, feudum relinqui posse censeretur. 2. F. 9. §. 1.

Quae cum ita sint, non videtur locus esse dubitationi, *inutile & nullum esse legatum*, quo feudum extraneo a testatore assignatur.

Sed admonendum est, in utroque capitulo de *successorum* praeiudicio, & de *fraude*, quae cuiquam fiat, a compilatoribus tractari. Enimuero, in priori loco de *successione filiorum & nepotum* disponitur, quae *ipsis solis* relinquenda sit, *nihil in contrarium valente defuncti testamento*, 1. F. 8. pr. In posteriori specie 2. F. 9. §. 1. prohibetur feudi alienatio, quae *in fraudem* facta esse videatur.

Qua propter disputatione vix indiget, tunc demum testamento de feudis disponi non posse, si cuiquam *fraus* fieri, vel *ius quaesitum* extorqueri, testamento videatur. Sed ex hoc loco intelligitur, *feuda non esse simpliciter commercio exempta*, sed *alienationem, testamentariam* inprimis, cum *conditione* quadam & ex *speciali causa* prohiberi. Atvero de his quidem speciebus, supra §. 2. p. 15. ex l. 41. §. 1. sqq. D. de leg. 1. probauimus, non proflus *inutiliter* illas res *legari*, quarum alienatio ex causa speciali sub conditione prohibita a testatore videatur: sed *aestimationem* quandoque soluendam esse, si nihil *in fraudem* legis committatur, adeoque salua lege satisfieri possit defuncti testamento.

Igitur videamus, de illis speciebus, in quibus nemini omnino *fraus* fiat, neque *ius quaesitum* cuiquam extorqueatur, quamuis testator extraneo feudum relinquat testamento. Et in hoc quidem argumento certum est, de *domini directi & descendantium*, illorumque, qui prima aut *simultanea investitura comprehensi sunt*, duntaxat praeiudicio tractari, si feudum in extraneum transferatur testamento.

Quapropter res ipsa loquitur, si *nihil domino directo*, *nihil illis*, qui *prima* aut *simultanea investitura comprehensi sunt*, *subtrahatur*, cessare prohibitionem testamenti, quo feudum cuidam relinquatur. Res erit luculentior, si per species singulas eamus. Primo enim, si ipse dominus *directus* ipsi *vasallo*, quem *de feudo* inuestiuerit, feudum illud relinquat testamento, & ipse *dominium directum*, *iure pleno & perfecto adquisiuerit*, nemo

nemo dubitabit, dominum directum de feudo efficaciter disposuisse. Idem dicemus, si vassallus, qui solus de feudo nouo inuestitus sit, neque successores masculos ex se natos relinquit, feudum legauerit domino directo. Cum enim nemini per testamentum illud noceatur, cessabit interdictum, quo omnis de feudis dispositio supremæ voluntatis infirmatur. 1. F. 8. 2. F. 9. §. 1. Quamuis enim non solum ad dominum directum sed etiam ad vassallum reali iure feudum pertineat, tamen IULIANVS opportune monet, si quid legatario desit, & testator ius aliquod in illa re habeat, quam alteri legauerit, valere omnimodo legatum. 1. 71. §. 5. D. de leg. 1. Idem & PAVLLO placet, vt, si testator fundum cum legatario communem ipsi legauerit, portio, quæ ipsi desit, legatario relicta videatur. 1. 5. §. 2. D. de leg. 1.

Non aliter iudicabimus, de feudo mere hereditario, si simpliciter facultas liberrime testandi vassallis relicta est, ⁿ⁾ cum nec dominus directus, nec quisquam alius conqueri omnino posse videatur, si feudum, possessoris potestati plenissimæ relictum, in legatarium feudi capacem transferatur. In eandem sententiam respondebimus, si dominus directus generaliter cuius possessori facultatem dederit, feudum in alios quomodocunque transferendi. ^{o)} Denique vix attinet monere, ex consensu domini directi & simultanee investitorum & successorum feudaliū, valere testamentum, quo feudum extraneo relinquitur, cum in hac specie nec fraus cuiquam fiat, ideoque cesset omnis causa prohibitionis.

In his igitur speciebus ipsum feudum ad legatarium perueniet ex testamento.

§. IV.

Non igitur potest esse obscurum, feuda non quidem simpliciter commercio exenta esse, sed, si nemini fraus fiat, imprimis ex domini directi, & successorum feudaliū consensu, & vendi atque intra viuos alienari, imo vero etiam mortis causa transferri posse. Quapropter non facere possum cum FACHINEO ^{p)} qui feudum prorsus inutiliter legari & ex hoc legato ne quidem deberi aestimationem arbitratur. Imo vero, plerumque a domino directo & agnatis, ceterisque successoribus, facultas, feudum etiam proprium in alios transferendi, pecunia redimi posse scimus. Qua propter aulim affirmare, legato feudo, videri quantitatem, qua feudum redimi vis solet, legatario relictam. Eodem modo enim PAVLLVS atque VLPIANVS ^{q)} incapacitatem reliquitum sit.

ⁿ⁾ HORN. iurispud. feud. c. 4. §. 38. & 40. LVDW. de diuis. feudi, c. 4. p. 102.

^{o)} Vid. priuileg. Ferdinandi I. Lusatis concessum in codic. August. T. II.

^{p)} FACHIN. L. V. controuers.



militia aut *tessera frumentaria* legata *quantitatem* legatam intelligi docuerunt, quod ex l. 49. §. 1. D. de leg. 2. & l. 11. §. 16. D. de leg. 3. supra a nobis comprobatum est.

Igitur dicemus, si *extraneo feudum legauerit* vasallus, damnatum videri heredem a testatore, ut a *domino*, aut successoribus *impetrare studeat* & *redimat* ius illud feudum transferendi, & postea legatario feudum tradat, vel, si non possit, praestet ipsi *aestimationem*. Hoc enim generaliter receptum est, ubi *res quodammodo aliena* legatur testamento: ut, si redimi non possit, quia non vendat illam dominus, vel *pretium inmodicum* constituat, aestimatio praestetur: quod supra ex GAII praecepto, l. 14. §. 2. D. de leg. 3. observatum est.

Inprimis vero si *filios masculos*, ad quos spes feudi pertineat, *reliquerit vasallus*, dubitari non potest, teneri filios, ut *agnoscant voluntatem testatoris*. Hoc enim & *iure feudali communi*, 2. Feud. 45. & 51. & *Saxonico* II. §. 21. & *electorali* P. II. const. 47. & *constit. inedita* IV. luculenter praeceptum est.

Quare videamus, *an non filius ipsum feudum legatario praestare teneatur*. Sed primo quidem manifestum est, ob stare alienationi omnino domini directi praerudicium, cui inuito non obtrudi potest alius vasallus. Deinde, si etiam impetrari possit domini, illorumque, quorum interest, consensus; tamen facio cum *VLPIANO*, qui, ob *iustam & probabilem* causam permittit heredi, *aestimationem* potius soluere, quamvis res ipsa praestari potuisset. l. 71. §. 3. sqq. D. de leg. 1. Sed magna est, & probabilis causa, si filius *antiquum feudum*, a maioribus profectum, ad splendorem familiae & posteritatis amplificandum olim a parentibus suis comparatum, *retinere* atque *ad suos posteros* malit transmittere, quam *ad legatarios extraneos transferre*. Enimuero praestatio ipsius feudi *iniquam difficultatem* in hac specie habere videretur, ob quam causam pro re aestimationem dari posse, supra §. 1. p. 7. expediuimus.

Praeterea, si testator feudum reliquerit legatario etiam *incapaci*, cui non ob *probrum*, aut turpitudinem suam, sed sine culpa sua, facultas acquirendi feudi sit adempta, non difficulter affirmaverim, *deberi aestimationem*. Hoc enim, ut supra diximus, in omnibus rebus, licite relictis, quas legatarius ob *probabilem* causam habere non possit, receptum esse *MARCIVS* docet, ut, si alius illas res habere possit, legatario incapaci tantum praestetur, quanti res illae comparari potuissent. l. 14. §. 5. D. de leg. 1. Neque vero, utrum *sciuerit*, an ignorauerit testator, legatarium feudi *incapacem*, aut rem feudi iure obligatam esse, in magno discrimine ponemus: cum, siue sciuerit, siue ignorauerit conditionem, semper inquirendum sit, an *serio & enixe* rem legatam voluerit legatario praestari, & virum,

utrum, si sciisset conditionem, feudum non relicturus fuisse videatur. In hac enim causa quaestionem voluntatis maxime versari, supra ex VI-PIANI l. II. §. 16. D. de leg. 3. a nobis comprobatum est. Sed coniecturam voluntatis facile ex ipsis verbis capiemus.

Extremo, si vel heres, qui legatario feudum praestare iussus sit, feudi commercium non habeat, atque incapax feudi censeatur, tamen tenebitur de aestimatione. Generaliter enim PAVLVS docuit, ab herede, qui rei legatae commercium non habeat, vel rem ipsam praestandam, si illa in bonis testatoris fuerit, vel aestimationem dandam, ut supra ex l. 49. §. 3. D. de leg. 2. copiose demonstratum est.

Extremo admonendum est, illa, quae adhuc dicta sunt, non de feudis regalibus, quae principibus Germaniae ab imperatore tribuuntur, illorumque aestimatione, sed de non regalibus, quae absque dignitate privatis concedi solent, accipienda esse: de illis enim iam tractare instituti ratio non permittit.

§. V.

Igitur feudo legato plerumque aestimatio debetur. Sed habet aliquam difficultatem, quomodo aestimandum sit feudi pretium, cum illud inter dominum directum & vasallum quodammodo diuisum sit adeoque iure quodam, quod dominio proximum sit, non pleno dominio, pertineat ad testatorem. Et disputatione vix indiget, non totam aestimationem fundi legatario deberi, sed deducendum esse pretium domini directi, id est, exquirendum esse, quanti res minoris vendi possit, quod fundus non ad omnes heredes, sed ad quosdam tantum successores transmitti, adeoque aliquando reuocari atque ad dominum reuerti, possit.

In qua computatione etiam ad numerum proles, qua munita sit immortalitas familiae, aut ad numerum simultanee inuestiendorum, qui a domino directo admitti soleant, respiciendam est, ut tanto minus legatario praestetur, quanto citius feudum, si illud a domino directo nactus esset, ab eius posteris & simultanee inuestiendis reuocari posse, & quanto minus illud legatario utile futurum esse, videatur. Haec enim omnia, si conuentione res confici non possit, arbitrio iudicis definiuntur. Ita certe IULIANVS l. II. §. 3. D. de mortis causa donat. praecepit.

Denique deferam hunc locum, si illud vnum adhuc confecerim, utrum, si testator allodium, Titio legatum, post conditum testamentum, alii offerat in feudum, & vel liberos masculos habeat, vel aliis simultaneam inuestituram impetraverit, utrum, inquam, mutatione illa allodii in feudum, illud legatum ademptum sit, an nihil eo minus legatario pretium omnino debeat.

P 2

Sed



Sed opportune quidem POMBONIVS occurrit, qui generaliter *rem legatam*, quae post conditum testamentum *alii destinata fuerit* a testatore, legatario *ademptam esse*, docet, l. 24. §. 3. D. de leg. 1. lam vero res ipsa loquitur, per *obligationem allodii in feudum rem legatam partim hereditibus masculis duntaxat, partim simultanee inuestitis*, extremo etiam domino *directo, destinari*. Itaque *ademptum videbitur legatum*, hinc ne aestimatio quidem efficaciter petetur. *Nudam enim voluntatem* sufficere in ademptione PRAESES 9) alio loco comprobavit.



LIX.

PORTIO STATVTARIA
MARITO AB VXORE
BONA MENTE ADIMI POTEST.

AD CONSTIT. ELECTORAL. SAX. VII. P. III.

VITEMBERGAE, DIE IVNII. A. Q. S. P. EST. CIO IOCC XXXXIII.

§. I.

Beneficia & iniuriae *exditionis commoditates & plura incommoda* contineantur, quam, quod *ex animo dan-* praesentibus etiam *de futuris* hactenus & iudicare possumus, adeoque vel *ris & facien-* ad spem felicitatis erigimur, vel dolores nostros & mala imminetia e longis aestimamus. *Beneficia* quoque, sollicitudine & metu, praesentimus. Plerique certe, etiam hebetes & tardi, tunc maxime ingeniosi sunt, & diligentissime animum aduertunt, ubi ex praesenti vel iniuria vel beneficio cernendum est, quid in posterum ab aduersario aut amico doloris vel iucunditatis expectare possint. Quapropter, in plurimis negotiis, illa, quae ab aliis in nos commissa aut profecta sunt, ex illorum animo & voluntate aestimamus, neque ut ferae bestiae, in praesenti vel beneficio vel iniuria haeremus & subsistimus, sed ex animo dantis vel facientis iudicamus, quid de illo in posterum vel timere, vel confidere & sperare, debeamus.

Enim-

9) PRAESES, quomodo legatum nuda voluntate adimatur.

Enimuero multum refert, quod L. ANNAEVS SENECA ^{a)} praecepit, multum, inquam, refert, quid *rector ille animus* cogitet, qui rebus omnibus, in nostra potestate constitutis, *formam dare solet*, ut vel laude digna vel vituperanda esse videantur.

Hoc est, quod VLPIANVS monet, etiam in *furtis & rapinis* iudicandis, *non factum duntaxat* inspiciendum esse, sed imprimis *causam faciendi*, l. 39. D. de furt. l. 2. §. 18. D. vi bonor. rapt. cum animo & voluntate facientis *forma* ac *substantia delicti* maxime contineatur.

Verum, ut ad iniurias & beneficia reuertamur, luculenter idem SENECA ^{b)} alio loco, quam *libenter* quis *profuerit*, quam *inuitus nocuerit*, inspiciendum esse, ait, quoniam, *animo & beneficia & iniurias* constare, certum sit: quod & PAVLLVS atque VLPIANVS in iudicio iniuriarum probauerunt. l. 4. & l. 3. §. 1. & 2. D. de iniur. & fam. lib.

Et habet illud rationem, cum neque multum gaudere possimus de commoditatibus, quas *animo maligno & studio nocendi* nobis paratas esse ceruimus, ut pestis quaedam in futurum nobis imminere videatur, neque multum dolere debeamus de accepto incommodo, quod magis a fortuna, quam odio aduersae partis, ad nos peruenisse intelligamus.

Enimuero hoc est illud praecipuum, quod in hominum conuictu atque in societate omnium bonorum imprimis quaerimus & expectamus, ut nobiscum *bono animo* agatur, utque hominum *voluntates* nobis deuinctae sint, denique ut mutuo amore & consensione in vnius societatis corpus quodammodo coalescamus. Hoc M. TVLLIO ^{c)} in mentem venit, qui in referenda gratia in primis, *quo quisque animo, studio, beneuolentia*, aliquid fecerit, ponderandum esse, docet: cum multi faciant multa, temeritate quadam, sine iudicio, sed vel morbo, in omnes, vel repentino quodam impetu animi, quasi vento, incitati, quorum *beneficia* non aequae magna sint, atque ea, quae *iudicio, considerate, constanterque* sint delata.

Igitur, quod idem, quem antea laudauimus, SENECA affirmat, ^{d)} non *rem*, sed *vim rei*, id est, quo animo, quo tempore, quo loco, qua conditione, *quibus ex causis*, quo modo aliquid datum sit, in aestimandis beneficiis spectamus. Aut, quod idem alio loco monet, non *quid fiat*, aut quid detur, refert, sed *qua mente* quid ab alio nobis tribuatur. ^{e)} Enimuero coire debent duo, quae beneficium efficiunt. Primum rei magnitudo, quae ex conditione temporis & personarum indicatur, alterum, ut *eius causae* quis aliquid fecerit, ad quem voluerit beneficium peruenire, cum

^{a)} SENEC. de benef. L. I. c. 6.

^{b)} SENEC. L. I. ep. 81.

^{c)} CIC. de off.

l. c. 15.

^{d)} SENEC. de benef. L. III. c. 8.

^{e)} SENEC. de benef. L. III.

c. 6.



eumque dignum iudicauerit, & libens ipsi attribuerit, & gaudium perceperit, quod ipse potuerit bene de altero mereri. f)

Quae cum ita sint, *animus & iudicium* dantis atque facientis maxime ex illo cognoscitur, si circumspectius elegerit, quid & quantum cuique tribuendum videatur. Inspiciendum est enim, quod *CICERO* g) obseruat, ne vel *obstet* benignitas iis ipsis, quibus benigne fieri a nobis videatur, aut ne ceteris *noceat*, ne maior sit benignitas, quam facultates, utque cuique aliquid pro dignitate tribuatur. Sed paullo luculentius *SENECA* noster h) primo danda esse *necessaria*, deinde *utilia*, proxime *iucunda*, utique *mansura*. Et ex hoc delectu, quam bene aliquis de nobis meritus sit, intelligemus. Extremo opportune *M. TULLIUS* adicit i) optime societatem illam & coniunctionem hominum seruari, si, ut quisque *est coniunctissimus*, ita in eum benignitatis plurimum a nobis conferatur, sed primam societatem esse in ipso *coniugio*, proximam in *liberis*: mox sequi *fratrum* coniunctiones, deinde aliorum, qui ex eadem origine, in alias domos, tanquam in colonias, exierint: ut, quo quisque *propius nos attingat*, tanto *iustius* tantoque meliori *animo* in illam *beneficia* a nobis conferri censeantur. Sed de his quidem deinceps locus erit exponendi.

Eandem fere rationem etiam in *iniuriis* sequimur: cum, secundum *PAULUM* atque *ULPIANUM*, in illo, qui nos minus blande affecerit, non quid factum sit, sed quid alter *voluerit* facere, & qua de causa, aut quo delectu aliquid fecerit, inspiciamus, l. 3. 4. & 33. D. de iniur. quod supra fuit obseruatum.

§. II.

Etiam *be-* *Inter viuos* igitur, in hac societate & communione hominum, quam *vedis institu-* colimus, ut supra comprobatum est, ex *animo* cuiusque atque *voluntate* *zio interdum* iudicium facimus, quid alteri propter *iniurias* aut *benefacta* debeamus. *est iniuria.* Sed *mortuorum* quidem voluntates, supremis *tabulis* expressas, a quocumque consilio, vel bono vel maligno etiam, profectas, facilius ferimus, cum *Exhereditatio* *plerumque* nostra, propter *spem* aut *metum temporis futuri*, non interfit, quidquid *nozam & in-* illi, qui nobis amplius nec nocere nec prodesse possunt, de nobis sensisse *iuriam con-* videantur. *tinet. Exhe-* *redatio cum* *elogio. Exhe-* *redatio odio-* *sa est.*

Verum enim vero, quandoquidem nihil quod ab alio profectum sit, homini sano atque liberali iucundum esse potest, nisi quod ex alterius de nobis *iudicio*, & studio quodam *beneuolentiae*, enatum & in nos derivatum intelligatur; etiam in *ultimis* voluntatibus aestimandis, non in paruo discrimine ponimus, *qua mente* aliquid relictum aut constitutum sit a testatore.

Qua-

f) *SENEC.* de benef. l. IV. c. 29. & l. VI. c. 7.g) *CIC.* l. off. c. 14.h) *SENEC.* de benef. l. II.i) *CIC.* l. off. c. 16. & 17.

Quapropter in *heredum institutionibus* imprimis, quibus plerumque quidem *beneficium* testatoris continetur, tamen inquirimus, *quo animo* testator hereditatem reliquisse videatur. Certe, si *VLPIANVM* audiamus, non valet heredis institutio, si quis heredem appellatione quadam, quae *contumeliae causa* adici subinde solet, in tabulis supremæ voluntatis nuncupavit. l. 9. §. 8. D. de *hered. instit.* Quod habet rationem, cum non sit dignum homine ingenuo *beneficium*, quod cum *probro & maledicto* relinquatur. Recte enim meus ille *SENECA* ^{k)} *maledictum*, inquit, esse incipit, non *beneficium*, in quo *vitium accipientis* agnoscitur. Sed elegantius *FABIVS VERRVCOSVS* ^{l)} *beneficium aspere datum* dixit esse *panem lapidosum*, quem esurienti accipere necessarium sit, comedere acerbum. Et generaliter *contumeliosa admonitione* efficiamus, ut cum homo liber illam indignitatem ferre non possit, *beneficium* perdatur, & merito hereditas ab illo contemnatur, quem testator per contumeliam voluerit suo beneficio commaculare.

Imo vero, quod *DESIDERIVS HERALDVVS* observavit, ^{m)} contra bonos mores est, si heres agnoscat *contumeliosam* institutionem: cum agnitione hereditatis probum sibi obiectum confiteri, adeo ut hereditate indignus esse videatur. Quapropter receptum est, *nullam* esse heredis institutionem, cui admonitio contumeliosa a testatore sit adiecta. Vnam speciem *contumeliae* excepit *MARCIVS*, cum *filius* heres instituitur cum *maledicto*: hoc enim receptum esse ait, l. 48. §. 1. D. de *hered. instit.* cum non soleant *parentes animo maligno* in liberos uti *maledictis*, quod etiam *VALERIVS MAXIMVS* ⁿ⁾ loco quodam observavit.

Sed ita quidem *heredum institutiones* ex animo defuncti, *probabilibus* indiciis prodito, interpretamur, & plerumque ita illas accipimus, ut testatorem *bene mereri* voluisse censeamus.

Haud paullo secius de *exheredatione* iudicium facere solemus. Illa enim, si *CVIACIVM* audias, fere *infamiam*, dedecus, iniuriam censetur continere. ^{o)} Sunt enim quaedam talia, quae plerumque ab animo maligno profecta esse iudicantur. De illa quidem exheredatione, quam veteres cum *elogio*, id est, *vituperatione* & exprobratione contumeliosa, fieri dicebant, nemo dubitat, quin ad *infamiam* aut *notam* spectare censeatur. *Elogium* enim ut diximus, plerumque *contumeliam* & *vituperationem* continebat. *AFRICANVS* certe iudicavit, filium cum *elogio* *exheredatum* esse, si pater ipsum iusserit exheredem esse, quia ipsum non ex se natum per-

k) *SENEC.* L. I. de *benefic.* c. XI. in fine. l) apud *SENEC.* L. II. de *benef.* c. 7. m) *DESID. HERALD.* observ. & emend. c. 28. apud *OTTON.* in thel. T. II. p. 1345. sq. n) *VAL. MAXIM.* L. V. c. 9. o) *CVIAC.* ad L. V. quaest. Papin. op. posthum. T. I. p. 118.

perspexisset. Sed luculentius *VLPIANVS* cum *coniicio* exheredatum esse ait, quem pater ex adulterio natum, non nominandum, latronem, gladiatorem, dixerit in tabulis supremæ voluntatis. l. 3. pr. D. *de lib. & posthum. hered. instit.*

Igitur, qui cum *elogio* excluditur hereditate, cum *coniicio* exheredatur. Eodem enim sensu *MARCIANVS* atque *CELSVS* reos cum *elogio*, id est, cum improbitatis admittæ contumeliosa commemoratione, custodiendos dari iubent: l. 6. & l. 11. D. *de custod. & exhibit. reor.* quod etiam *MODESTINVS* comprobauit. l. 3. pr. D. *de re milit.* *POMPEIUS* certe illum, qui cum *elogio* & vituperio *exheres* scribitur, ab illo, qui sine causæ allegatione excluditur, distinguit. l. 1. §. 9. D. *de Carbon. edict.* *SCAEVOLA* noster seruauit fideicommissum cum hoc *elogio*, id est, conuicio relictum: *MAEVI* *liberto meo, nihil de me merito*, illud dari volo. l. 37. §. 2. D. *de leg. 3.* Sed de his quidem *elogiis* copiose *CVIACIVS* p) tractauit.

Imo vero etiam *sine elogio exheredatus*, quandoque per *contumeliam* & cum *nota* videtur exclusus ab hereditate: quod *DESIDERIVS* *HERALDVS* elegantissime probauit. q)

Sed de illis quidem speciebus dubitari non potest, quin *iniuriam* contineat *exheredatio* in tabulis supremæ voluntatis. Et meretur obseruari, quod *PAPINIANVS* l. v. *quaestionum* expresse *iniuriam* appellet, si quis *exheres* esse a testatore iubeatur. l. 8. D. *de inoff. testam.*

Enimvero ipsa *quaerela inofficiosi testamenti* imitatur quodammodo iniuriarum actionem, *contumeliae vindicandæ* causâ institutam, quod *VLPIANVS* indicauit. l. 1. §. 8. D. *si quid in fraud. patr.* cum *doloris* potius quam pecuniæ *persecutionem* habere videatur. r)

Ex eodem fonte deducitur, quod in dubio *odiosa* sit *exclusio legitimi heredis*. Certe, secundum *POMPEIUM*, si in iisdem tabulis filius & *heres scriptus*, & nominatim *exheredatus* sit, heredis institutio præfertur *exheredationi* l. 21. D. *de lib. & posth. hered.* Sed haud paullo luculentius *PAVLLVS* noster, aliam esse causam *institutionis*, ait, quæ *benigne* accipiat, aliam *exheredationis*, quæ nunquam adiuuanda videatur. l. 19. D. *eod.*

§. III.

*Exheredatio
bona mente
etiam hodie
efficax est. Le-
gitima pie-
tatis causâ
relinquitur*

Vides, plerumque *heredes legitimos* cum *ignominia* & *nota* & *indignatione* testatoris, aut cum *elogio* excludi. Sed optime magistri artis nostræ per-

p) *CVIAC.* ad l. 3. D. *de lib. & posthum. op. T. I. p. 1049.* q) *HERALD.* obseru. & emendat. c. 28. apud *OTTONEM* in thes. T. II. p. 1345. sqq.
r) *CVIAC.* obseru. L. XVII c. 17.

perspexerunt, & beneficia & iniurias non tam ex rebus, quam ex cuiusque ^{ut personis} voluntate, aestimari, & inquirendum esse, qua mente quid ab illo factum ^{proxime con-} sit, qui nobis vel aegre fecisse, vel beneficium omnino tribuisse, videatur. ^{iunctis con-}

Enimvero aperte *VLPIANVS*, multos, inquit, non notae causa exheredare liberos, neque ut eis obsint, sed ut illis consulant, ideoque fideicommissam illis hereditatem dare. l. 18. D. de liber. & posthum. hered. quod *TRYPHONINVS* etiam probavit, maxime, si causam & necessitatem iudicii sui testator adiecesset. l. 16. §. 2. D. de curat. furios. Ideoque valebit institutio, si anus in suprema voluntate nepotes ex filio prodigo iusserit heredes esse, & filium exheredauerit, sed tantum illi alimentorum nomine legauerit a nepotibus, quantum ad illam causam sufficere omnino posset, d. l. 16. §. 2. D. de curat. furios.

Sed clarius alio loco *VLPIANVS*, si filius non mala mente exheredatus sit, sed alia ex causa, exheredationem, ait, ipsi non nocere: eoque referri, si furoris causa, aut ob inpuberem aetatem, exheredatus fuerit, ne ipsi ab agnatis noceatur, sed extraneus heres hac lege institutus, ut filio respicienti, aut puberi, restitueret hereditatem. l. 12. §. 2. D. bonis libert.

Non minus elegantem speciem proposuit *MARCELLVS*, qui l. 52. pr. D. ad leg. Falcid. tractavit de liberto, qui patronum ex assie instituit heredem, filio legatum centum viginti, reliqua extraneo, reliquit, ne filius oneribus hereditariis implicaretur. De quo argumento *ANTONIUS FABER* & *FRANCISCUS MARSIVS GORDONIVS* copiosius exposuerunt.

Extremo etiam *DIOCLETIANVS* & *MAXIMIANVS*, imperatores, admiserunt matris testamentum, quae liberis non pure, sed sub conditione, hereditatem reliquerat, non ut iniuriam illis faceret, sed ut illis consuleret, atque ipsorum commodis, apposita conditione, prouideret. l. 25. C. de inoff. testam.

Ex quibus locis apparet, etiam in exheredationibus iudicandis, quamquam illae plerumque, secundum *SENECAM* ^{u)} a magna parentum indignatione & quadam fere desperatione atque iniuria profectae videantur, tamen multum referre, qua mente quis exheredatus fuerit in suprema voluntate.

Naturali enim rationi veteres in hac causa obsecuti sunt, dum docuerunt, quod neque iniuria videri possit exheredatio, cuius consilium non onerandi aut notandi, sed ornandi ac defendendi filii causa, pater ceperit, nec hereditas pro beneficio accipiat, quae dampnosa & luctuosa heredi futura esset.

s) *ANTON. FAB. l. coniect. 15.*

r) *GORDON. in praetermiss. iuris civil. c. 3. apud OTTON. in thes. iuris Rom. T. II. p. 836.*

u) *SENEC. L. I. de clement. c. 14.*



esser. Secundum TULLII enim x) & SENECAE y) quae antea adduximus, praecepta, neque *damnosa*, neque *superuacua* & *inutilia* liberis beneficia a parentibus frugi relinquuntur, sed primo *necessaria*, deinde *utilia*, proxime *iucunda*, utique *mansura*. Quapropter ex his *caussis* iudicabimus, utrum *valeat exheredatio*, & utrum quis *bona mente* heredem legitimum exheredasse videatur, si heredi *obfutura*, aut certe *inutilis* & *luctuosa* quodammodo futura fuisset hereditas, aut non diu apud ipsum *mansura*, aut cum magno metu & incommodo coniuncta: inprimis si pro hereditate aliud quid relictum sit, quod *magis necessarium* aut *magis utile*, aut *diutius mansurum* censeatur, ut credamus testatorem *potius consulere, quam iniuriam facere & nocere heredi excluso voluisse*. Extant eiusmodi species sexcentae, in quibus, ex illis, quae circumstant, iudicatur, *bona mente* filium *exheredatum* esse, ut *exheredatio* subsistat. Plura eiusmodi MENOCHIVS, z) CARPZOVIVS, a) STRYKIVS, b) & OSIVS AVRELIVS, c) congefferunt, quae exscribere non vacat. Vnum meretur observari, *luculentam* desiderari *causam*, illamque ex ipsis *rerum argumentis* apparentem, ut quis *bona mente exheredatus* videatur. Neque tamen vel cum BALDO consensio d) qui *malam* semper *mentem* instigasse parentes suspicatur, ut liberos excluderent legitima hereditate. Huic enim M. TULLIVS e) & SENECA f) inprimis obloquuntur. Neque vero BARTOLO g) obtemperare ausim, qui *pietatem* parentum in liberos sibi inuenisse visus est in quavis liberorum exheredatione. Sed magis fere faciam cum RIPA, h) qui tunc demum, si legitimi heredes non penitus exclusi, sed loco hereditatis alio testatoris beneficio ornati sint, potius *bona mente* factam videri censet *exheredationem*: inprimis si intelligatur, *ideo* initum esse consilium *exheredationis*, ut ne heres legitimus *fructu careat* hereditatis, sed ut commodo extantiori in posterum ipsi consulatur.

Eo inprimis pertinet, quod TRYPHONINVS observavit, *prodigum filium*, subinde rectius *excludi* a parente, & nepotes ex filio hac lege institui heredes, ut alant *prodigum parentem*, cui hereditas *infructuosa* penitus futura, certe *non diu* apud ipsum *mansura* videatur. l. 16. §. 2. D. de curat. furios.

Non

x) CIC. de offic. L. I. c. 14. y) SENECA. L. I. de benefic. c. 11. z) MENOCH. de praesumption. L. IV. praef. 28. a) CARPZOV. P. III. constit. IX. def. 11. b) STRYK. vl. mod. L. XXVIII. tit. 2. §. 7. sqq. c) OSIVS AVRELIVS, de variant. Cuiacii interpret. disp. XI. in thes. Ottonis T. III. p. 722. d) BALD. ad l. 10. C. de oper. libert. e) CIC. orat. pro Rosc. Amerino. c. 19. f) SENECA. L. I. de clement. c. 14. g) BARTOL. ad l. 7. §. 6. D. de oper. libert. h) RIPA ad l. 2. pr. D. de vulg. & pupill. substit.

Non multum ab hac specie abhorret illa, quam PAPINIANVS l. 3. §. 3. D. de *usur.* diligentius tractauit. Ait enim, *matrem*, cum tutoribus filiae & lubrico tutelae iudicio diffideret, res suas non filiae, sed Pollidio cuidam, hac lege reliquisse, vt totam hereditatem restitueret filiae, cum haec ad certam aetatem peruenisset: & PAPINIANVS censet, ratam fuisse temporariam exheredationem. Qua re efficitur, vt, quamuis heres ex die, aut ad certum diem, quod idem PAPINIANVS alio loco, l. 34. D. de *hered. instit.* docet, efficaciter relinqui nequeat, tamen exheredatio quasi ad certum tempus facta, non prorsus sit inutilis, si bona mente facta sit, & res heredi legitimo, per formam fideicommissi, cum fructibus restituatur.

Illud expeditum est, cessare querelam *inofficiosi testamenti*, si appareat, testatorem exheredatione legitimis heredibus consulere potius, quam iniuriam facere & nocere voluisse. Ita enim & ALEXANDER & DIOCLETIANVS atque MAXIMIANVS rescripserunt. l. 12. & l. 25. C. de *inoff. testam.*

Extremo nec habebit facile testator, cur sibi timeat a IUSTINIANI noua constitutione, qui *Nou. CXV. cap. 3.* solam ingratitude admissit, ob quam liberi aut parentes legitima excluderentur. Ipsa enim ingrati & indigni appellatio, qua IUSTINIANVS illo loco vitur, ostendit, ipsum de eiusmodi speciebus tractauisse, in quibus portio legitima heredibus utilis esse, & tanquam beneficium relinqui potuisse, quod ipsis iniqua exheredatione per iniuriam negari & extorqueri videatur. Sed nemo dixerit iniuriam fieri, cum heredi res inutilis aut etiam damnosa, exheredatione adimitur, & in locum superuacuae hereditatis verum beneficium substituitur, & relinquitur legitimo heredi.

Igitur recte LYNCKIUS exheredationem, ait, bona mente factam, habere figuram exheredationis, sed vere non esse exheredationem, sed pro beneficio accipiendam esse.

§. IV.

Habes exheredationem, quae, quamuis alias iniuriam contineat, tamen si a bona mente & prouido consilio profecta videatur, pro beneficio potius, quam pro iniuria habetur.

Sed, vt solent per interpretationem rerumque usum aliae atque aliae species enasci, de herede legitimo, qui iam conturbauerit & collapsus atque ad egestatem reductus sit, an in fraudem creditorum exheredari possit, videamus.

Et primo quidem disputatione vix indiget, inutilem fere & infructuosam esse hereditatem debitori, qui ne accepta quidem hereditate creditoris esse cesset.

Q²

1) LYNCKIUS de exheredat. bona mente. c. 4.

Filius obac-
ratus bona
mente exhe-
redari potest.
Filius obac-
ratus potest
consentire in
exheredatio-
nem quamuis
bonis cesse-
ris. Neque
bus creditores



eius queribus satisfacere omnino posse, sed nihilominus in egestate & aere alieno man-
 possunt defurus esse videatur. Igitur in debitoris obaerati persona, nisi sorte ignomi-
 inofficioso te- niam decoctoris euitare studeat, heredis institutio non erit beneficium, quod
 stamento. lu- re ciuili de- SENEGA ^{h)} affirmat, cum beneficia vel necessaria dari debeant, vel certe
 bitor com- vtilia aut iucunda, vtique mansura.

Enimvero rem superuacua dare, & quae non commoditatem ali-
 quam illi pariat, cui tribuatur, idem est, ac foeminae arma venatoria, aut
 hereditati. rustico libros, aut iuris studioso retia mittere, ^{l)} aut vestimenta aestiua tem-
 Sed propter- pore brumali. ^{m)}

Quae cum ita sint, ipse quidem debitor, qui videt, sibi hereditatem
 omnino non profuturam esse, sed ad creditores suos peruenturam, non fa-
 cile queretur de ademptione. Sed habet aliquam difficultatem, an non cre-
 ditores possint conqueri, qui, post cessionem bonorum, in debitoris, quasi
 ior aequitas mortui, iura & omnes obligationes successerunt, aut, quae ante cessionem
 suadeat vt in fraudem ipsorum gesta sunt, efficaciter rescindere possunt.

Verum enim vero, ipsum quidem testatorem, qui creditoribus here-
 ditatis sui legitimi nihil debuit, neque sua ex persona accusare possunt, cum
 enim & ho- ipsis non obligatus fuerit defunctus, neque ex persona debitoris, qui ipse de-
 die potest in exheredatione, bona mente facta, quae pro beneficio habetur, conqueri
 ri suo renun- non potuisset. Ideoque aulim affirmare, creditores, quamuis omne ius
 ciare. debitoris communis in ipsos translatum sit, tamen non habituros querelam
 inofficiosi, quam ipse debitor non habuisset. Ad eundem enim modum
 DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS rescripserunt, patrem de inofficioso
 testamento liberorum nomine queri non posse, quo mater hac conditione
 liberos scripserit heredes, si a patre emanciparentur. l. 25. de inoffi-
 testament.

Quamuis enim patri non exiguum commodum conditione illa adima-
 tur, tamen ex persona liberorum, quibus mater illa conditione consuluit,
 pater non habebit querelam inofficiosi testamenti. d. l. 25. C. de inoffi-
 testament.

Igitur dicemus, creditores non posse impugnare patris testamentum,
 quo filius obaeratus, etiam post cessionem bonorum, hereditate, bona men-
 te, excluditur, ne bona perueniant ad creditores. Et ipse debitor habebit,
 cur gaudeat, quod, loco superuacuae hereditatis, ad creditores peruentu-
 rae, sibi aliud beneficium relictum sit, & necessarium, & vtique mansurum.

Atuero posset aliquis ambigere, si ipse debitor agnoscat testamentum
 hoc parentis, quo excluditur hereditate, annon hoc in fraudem creditorum
 omnino gestum esse videatur. Si enim VLPIANVM, l. l. §. 2. l. 2. & 3.
 D. quae

^{h)} SENEC. l. benef. c. XI.
 & 12.

^{l)} Idem ibidem. ^{m)} Idem l. l. de benefi-
 c. 12.

D. quae in fraud. credit. audiamus, ubi debitor aliquid fraudationis causse gessit, aut aliquem liberauit, aut data opera aliquid omisit, creditoribus reuocatoria actio, ex praetoris edicto, poterit accommodari: quod & PAULLVS alio loco comprobauit: vt, qui non fecerit, quod facere omnino debuisset, in fraudem creditorum fecisse videatur. l. 4. D. eod.

Neque tamen permoueor, vt a sententia discedam, aut existimem, creditores accusare debitorem posse, qui agnouerit parentis testamentum, in quo bona mente est exheredatus. Primo enim superuacua est agnitio paterni testamenti, quod nec filius, nec creditores eius, impugnare potuissent. Itaque frustra queruntur de agnitione testamenti, quod etiam non agnitum rescindi penitus non potuisset.

Deinde, faciamus, quod efficaciter filius potuisset non agnoscere, aut impugnare parentis testamentum, non habebunt tamen creditores, quod dicant, in fraudem creditorum debitorem agnouisse exheredationem.

Nimirum aperte VLPIANVS l. 6. §. 2. *D. quae in fraud. credit.* & l. 134. *D. de reg. iur.* docet, debitorem, qui hereditatem vel legitimam, vel testamentariam, repudiauerit, non locum facere fraudatorio edicto, aut Paullianae actioni; cum tantum non acquirere voluerit debitor, non vero patrimonium, iam quaesitum, diminuire, quod solum fere prohibeatur fraudatorio edicto. Quod habet rationem, cum legitima heredibus quibusdam relinquenda sit, non vt creditoribus illorum satisfiat, sed vt ipsis legitimis heredibus beneficium exhibeatur. Quis igitur accusauerit debitorem, qui non desideret legitimam portionem, quam sibi intelligit vel damnosam, vel certe inutilem futuram?

Sed in primis in illa specie, cum, excluso filio, qui bonis cesserit, nepotes ex ipso nati ab auo heredes instituti sunt, non fraudulenter, sed etiam ex officio pietatis egisse videbitur debitor, qui agnouit testamentum, & legitimam omisit, vt liberis suis consulere, quos viderat secum, si impugnasset testamentum & creditoribus hereditatem reddidisset, ad egestatem perueni-
ruros. Ita certe & CALLISTRATVS & PAPINIANVS responderunt: patrem, qui fideicommissum hereditatis maternae filio restituerit, omitta Falcidia deductione, potius bonam fidem & debitam pietatem in illa re secutum esse, quam fraudasse creditores: itemque debitorem, qui non duxerit quartam Trebellianicam ex fideicommissum, quam retinere potuisset, non videri fraudem creditoribus fecisse, sed fideliter egisse. l. 19. & 20. *D. quae in fraud. credit.*

Merito igitur ignoscemus debitori, qui, ne vel ipse in posterum alim-
entis egeat & reipublicae molestus sit, vel liberi eius calamitatem parentis sentiant, agnoscit testamentum, in quo ipse bona mente exheredatus est,

Q 3

&



& potius *alimenta* accipit, sibi relicta, liberis heredibus institutis. Ita quidem certe etiam CARPZOVIVM ⁿ⁾ video sensisse.

Sed quamvis haec *iure scripto* certa ac definita sint, tamen ipsa nobis *aequitas*, qua ius scriptum subinde temperamus, videtur *obloqui* & prohibere, *ne decipiantur creditores*. Hi enim fere miseratione digni sunt, qui, nisi hereditatem debitori deferendam spectavissent, fidem debitori non fuissent habituri, ideoque spe sua excidunt, & creditum perdunt, *si debitor agnoscat exheredationem*. Certe illa *aequitas* & CARPZOVIVM ^{o)} & plures alios ^{p)} permouit, ut inter hereditatem *deferendam* & *delatam*, posuerint aliquod discrimen, & *delatam* hereditatem *non posse repudiari a debitore*, in fraudem creditorum, iudicauerint. Ipse etiam memini, hoc temperamentum *ICtis Vitembergensibus* in quibusdam speciebus placuisse.

Atuero, ut libere profitear, quid sentiam, non ausim facile, a *luculentis legum verbis*, quibus ipsa *aequitatis* ratio diligenter definita est, *discedere*, & *illa corrigere*, propter aliam *opinionem* aequitatis. Quid enim *VLPIANO*, & *PAPINIANO* & *CALLISTRATO*, respondebimus, qui aperte docent, *non adquirere hereditatem* debitori, bonis lapso, non solum *licere*, sed hoc etiam *pium esse*, & *bonae fidei* convenire, si repudiatione illa posteritati debitoris consulatur, l. 6. §. 2. l. 19. & 20. D. *quae in fraud. credit.* Certe hanc *ICtis Saxonice* olim sententiam omnino placuisse, ut liceat debitori *non acquirere*, & feudum etiam *in fauorem filii* confestim refutare & omittere, *BERLICHIVS*, ^{q)} ex duobus rescriptis electoralibus probauit. Deinde, si ponamus, fauere creditoribus in illa causa speciem quandam *aequitatis*, certe constat, in *iudicanda aequitate omnia quae circumstant*, diligenter *aestimanda* esse, priusquam quid *aequius melius* videri possit, abscisse & generaliter profiteamur. Nimirum, si de *egestate liberorum* euitanda, & ipsis debitoris *alimentis*, quibus, si impugnaret testamentum, cariturus esset, disputetur, rectius fere liberis & debitori, qui ad egestatem reducti reipublicae oneri & impedimento futuri essent, quam creditoribus, rectius *pietati* testatoris, ipsis legibus apertis commendatae, quam creditorum desiderio, cui ipsa legum verba obloquuntur, in illa specie fauimus. Quapropter non dubitauerim affirmare, & testamentum, in quo filio *obaerato* alimenta relicta sint, sed ipse exheredatus sit, liberis eius heredibus institutis, omnimodo valere, & *piam esse agnitionem* debitoris, qua probat illam *exheredationem*.

§. V.

ⁿ⁾ CARPZOV. P. III. constit. IX. def. XI. n. 4 sqq.

^{p)} DE BERG. resol. Lanterbach. p. 754 sq.

^{q)} BERLICH. P. II. decif. 163. §. 12 sq.

^{o)} CARPZOV. decif. 161.

id. elect. d. foren. p. 1117.



§. V.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, non difficile erit iudicare de *portione statutaria*, quam *uxor marito obaerato*, relictis alimentis, ideo ad-
mit, ne bona sua ad creditores eius potius perveniant, quam ad maritum.

Enimvero expeditum est & in controuersiam fere trahi non potest, *portionem statutariam coniugum*, idest, partem hereditatis, quae coniugi super-
stiti vel ex iure communi, vel prouinciali, vel municipali etiam, subinde de-
beatur, imitari rationem *legitimae* illius *portionis*, quae liberis & parenti-
bus deberur. Luculenter enim *imperator*, omnimodo quartam partem sub-
stantiae coniugi pauperi relinquendam esse, ait, neque illam interuerti polle-
quamuis coniux a coniuge *irrationabiliter excludatur*. Nou. CXVII. c. 5.
Auth. *Praeterea, C. unde vir & uxor*. Haec enim portio coniugi super-
stiti ideo decernitur, ne *impietate* coniugis omnis spes hereditatis superstiti
extorqueatur. Sed haec est natura *legitimae portionis*, Nou. CXV. c. 3.
definirae.

Et habet rationem, quod in *portione statutaria* diminuenda non plus
licere possit *coniugibus*, quam parenti in *legitima liberorum portione* adi-
menda: cum, secundum M. TVLLIVM ^{r)} sint gradus quidam *societatis*
& officiorum, & in collocandis beneficiis *coniunctissimo* cuique plurimum
a nobis debeat. Sed *prima est societas in coniugio*, proxima in liberis,
deinde in vna domo. Inprimis vero *uxores*, cum hae omnia debeant mari-
tis, bonum est, *res suas omnes maritis permittere*, si *imperatores* audia-
mus, l. 8. C. de pact. conuent. & nihil magis pium est, quam si hanc ma-
ritis gratiam pro summis beneficiis referant, & hereditatem ipsis liberalissi-
me relinquunt. Quapropter plerique omnes, & inprimis MEVIUS ^{s)} at-
que CARPZOVIVS ^{t)} praeceperunt, etiam iure communi, *uxorem de*
portione statutaria nihil posse deminuere *suprema voluntate*.

Sed inprimis in *electoratu Saxoniae* sapientissima lege constitutum est,
ne *uxor testamento aliquid detrahat de portione legitima optime meriti ma-*
riti: Daß dem Weibe nicht nachgelassen werde, dasjenige, so dem überle-
benden Ehemanne aus ihren Gütern gebühret, durch einen letzten Wil-
len zu vermindern.

Quid ergo faciemus de *uxore*, quae marito obaerato subtraxerit *por-*
tionem statutariam *suprema voluntate*, & vel liberis, vel etiam extraneo, il-
lam reliquerit, cum fideicommissio, vt marito *alimenta annua praesentur*.
Dices, nihil egisse hanc *uxorem*, cui per legem *adempta sit testamenti factio*,
qua portio statutaria mariti minuatur.

Sed

r) CIC. de offic. l. c. 14.

s) MEV. ad ius Lubecenſ. P. I. tit. 1. art. 8. §. 57 seq.

t) CARPZOV. P. III. constit. 7. def. 15.



Sed salua res, & valebit vxoris testamentum. Nimirum res ipsa loquitur, *in fauorem mariti* ademptam esse vxori illam testamenti factionem, vt *improbitali* mulierum occurratur, & debita maritis *pietas* praestetur. Sed nulla esset illa *pietas*, qua portio hereditatis, non *maritis*, sed *creditoribus* illorum, profutura, ab vxoribus relinqueretur maritis, peruenientibus ad extremam egestatem. Hoc enim necessario euenturum esset, si *marito obaerato* portio statutaria praestaretur. Imo vero vxor non potest magis *pia* esse in miserum maritum, quam si *marito* sibi coniunctissimo diligentissime prospiciat, & *alimenta* etiam relinquat, ne egeat in posterum & reipublicae molestus sit, atque ad mendicantem redigatur.

Quapropter, vt supra obseruatum est, *ex animo vxoris*, vti quoduis *beneficium* & quaelibet *iniuria*, ita etiam *ademptio portiois statutariae*, in primis *iudicatur*. Et *valebit ademptio*, vxoribus propter solam *impietatis* suspicionem interdicta, si *bona mente* & *pio consilio* maritum excluderint *inutili* aut damnoisa portione, non *notae caussae*, sed vt *consulant indigentiae* mariti, & *alimenta* ipsi pareant, & bene de ipso mereantur. Cum enim eandem rationem *in liberis exheredandis* etiam hodie sequamur, vt, quamuis *legitima* ipsis pleno iure debeatur, tamen, si illa sit inutilis, potius *alimenta* relinqui possint, portione legitima adempta, quod supra ex l. 18. D. de lib. & posthum. & l. 16. §. 2. D. de curat. furios. & l. 12. §. 2. D. de bonis libert. a nobis comprobatum est; quae inuidia est, quo minus etiam *vxori* facultatem *pietatis* exercendae relinquamus, quam *parentibus* largimur, vt possit, pro *inutili* portione, *alimenta*, *beneficium necessarium* & *utile*, & *mansurum*, tribuere marito.

Quae cum ita sint, creditores quidem accusare non possunt vxoris testamentum, quasi *in fraudem* ipsorum marito *legitima portio* adempta videatur, cum nihil vxor debeat creditoribus mariti, adeoque illi non habeant, quod de *fraude*, *sibi facta*, conquerantur. Itaque nec *debitori* recte indignantur, qui *agnoscit* pietissimum vxoris testamentum, cum nec ipse queri possit de portione, quae *bona mente* sibi sit *adempta*, & facultatem habeat, ex *pia* & *iusta causa*, non *adquirendi* siue *omittendi legitimam hereditatem*. l. 6. §. 2. l. 19. & 20. D. quae in fraud. credit.

Vnum video huic sententiae obstare, quod *ipso iure* portio statutaria pertineat ad superstitem maritum, adeoque creditoribus subtrahi non posse videatur. Nou. 117. c. 5. Const. elect. Sax. 7. P. III. Verum enimvero, etiam *liberis heredibus suis* legitima ex parentis hereditate *ipso iure* acquiritur, & *legatorum dominium*, post aditam hereditatem, *ipso iure* transit in legatarium. Sed IULIANVS tamen ait, si legatum repudiauert debitor, illum non videri aliquid fecisse *in fraudem creditorum*. l. 6. §. 3. D. quae in fraud. credit.

Ex



Ex quibus rebus apparet, *tutum* esse uxoris testamentum, quo *uxor* maritum *bona mente* portione statutaria exclusit, *relictis alimentis*, ut neque a *debitore*, cuius fere non interest, neque a *creditoribus* eius, impugnari possit. Hoc enim & *B. BERGERVS* quodam loco ^{u)} videtur agnouisse.

Restat, ut de *alimentis* illis videamus, quae marito *obseruato*, ab *uxore*, in locum portione statutariae subinde relinquuntur. Sed haec quidem a creditoribus, ad quos portio statutaria ceteroquin peruenisset, non possunt vindicari. Enimuero *MODESTINVS* l. 7. D. de *cession. bonor.* tunc demum bona, post *cessionem* bonorum nouiter adquisita, venundari posse docet, si tales sint facultates, quibus praetor moueri posset: &, secundum *VLPIANVM*, de nouiter adquisitis debitor, *in quantum facere potest* duntaxat, condemnatur. l. 4. pr. D. de *cession. bonor.* Igitur dubitari non potest, *alimenta* debitoris non pertinere ad ius creditorum. Imo vero luculentius idem *VLPIANVS*, l. 6. D. *eod.* si quid menstruum vel annuum, *alimentorum nomine*, debitori misericordiae causa fuerit relictum, non iterato, ait, vendi posse bona debitoris, sed haec debitoris propria videri.

§. VI.

Offerebatur superiori anno Scabinis Vitembergensibus eiusmodi species, quam, operae pretium fuerit, referre. Iuolenus, bonis lapsus, bonis cesserat. Uxor eius opulentior testamentum fecerat, & portionem statutariam ademerat marito *obseruato*: & primo gradu filium, secundo sororem aut aliam cognatam scripserat heredes: relictis marito alimentis. Creditores impugnabant testamentum, quasi *in fraudem suam* factum. Scabini Vitembergenses consulebantur, an ademptio portione statutariae valeret. Responsum est, valere. En tibi formulam responsi: Singularis species re-sponso illustratur.

Obwohl einem Erblasser, seinem Ehegatten die ihm verordnete statutarische Portion wider dessen Willen, in einem Testamente, oder anderer Disposition, auf den Todesfall zu kürzen, oder zu entziehen ordentlicher Weise nicht nachgelassen

Part. III. const. Elect. 7.

MEY. ad ius Lubec. p. I. Tit. I. Art. 8. n. 57 sequ.

CARPZ. P. III. Const. 7. Def. 15.

Hiernebst einem Schuldner, so in Abfall seiner Nahrung, und in einem Concors gerathen, einiger Rechtslehrer Meinung nach, eine Erbschaft, so ihm wirklich angefallen, zum Schaden seiner Gläubiger, fahren zu lassen, und derselben sich zu begeben, nicht frey stehet

CARPZ. Decil. 161.

^{u)} DE BERGER. oecon. iur. L. II. tit. 2. §. 34. not. 21.

Fest. VII.

R



demnach daß eines Theils das Testament sub A. darinnen dem Schuldner von seinem verstorbenen Eheweibe, an statt der ihm gebührenden Mobilien-Verlassenschaft, auf den einen Fall 30. Rthlr. jährlich, auf den andern nunmehr erfolgten Fall aber der Nießbrauch ihrer ganzen Verlassenschaft, auf seine Lebens-Zeit, beschieden worden, zu Nicht nicht beständig, andern Theils die von dem Schuldner währendes Concurses beschene Agnition dieses letzten Willens, und die darunter steckende Renunciation seiner statuarischen Portion, von keiner Wirkung sey, mithin des Curatoris lris darwider gerichtetes Suchen allerdings gegründet, es das Ansehen gewinnt.

Diemeil aber dennoch, nach deutlicher Verordnung derer gemeinen Rechte auch einem in Concurs befangenen Schuldner einen zu hoffenden Gewinn, auch besonders eine, durch einen letzten Willen, oder sonst, auf ihn verfallene Erbschaft fahren zu lassen, und deren sich zu verzeihen unbenommen,

L. 6. pr. & §. 1. D. quae in fraud. cred.

dahingegen einige Rechts-Gelehrte, und der usus fori an einigen Orten, nur wegen einer besondern Billigkeit, welche aus denen Umständen zu ermessen, davon abgewichen, und inter hereditatem deferendam & delatam einen Unterschied gemacht,

CARPZ. decis. 161.

DE BERGER. resol. Laut. p. 754 seqq.

Id. elect. D. for. p. 1117.

mithin solcher Unterschied nur sodann, wenn aus des Schuldners Zustande, und sonst, daß die repudation denen Gläubigern zum Tort geschehen, sich veroffenbaret, in gewisser Maße statt finden kan, dahingegen bey gegenwärtigem Falle von der Testatrix das Absehen lediglich auf ihres Ehemannes elenden Umstände, und daß derselbe, wenn ihre Verlassenschaft auf ihn verfället, und zum Concurs gezogen würde, an dem nöthigen Unterhalt Abbruch leiden mögte, gerichtet worden, demnach das angezogene Testament in Erwägung, daß so gar denen leiblichen Kindern die Erbschaft per exheredationem bona mente factam entzogen werden kan,

L. 18. D. de lib. & posthum.

L. 16. §. 2. D. de curat. furios.

L. 12. §. 2. D. de bon. libert.

eine unstreitige Billigkeit vor sich hat, und bey solcher Bewandniß, da der Schuldner damit zufrieden, keine Ursache, in deren Betrachtung von denen obberührten gemeinen Rechten bey diesem Falle abzugehen, sich ereignet, vielmehr dem Schuldner, bey so gestalten Sachen, diese Disposition anzunehmen, unverwehret gewesen,

DE BERG. diss. de omitta hered. §. 76.

Id. oecon. iur. lib. II. Tit. 2. §. 34. n. 21.

So erscheinet dannenhero so viel, daß des Schuldners Eheweib obgedachtermassen, und nach Inhalt der Veylage sub A. zu testiren, auch der Schuldner solches Testament zu agnoskiren, berechtiget gewesen, des letztern Creditores aber solchen letzten Willen anzusechten nicht befugt. B. N. W.

Sed iudex primae instantiae verbis constitutionis electoralis inhaeserat & resciderat vxoris testamentum:

Daß M. S. E. letzter Wille fol. 409 sequ. volum. III. so fern dadurch deren Ehemanne die ihm gehörige statutarische Portion entzogen werden wollen, und da auf dessen Einwilligung und Entsagung seinem Rechte, zum Nachtheil derer Gläubiger, kein Absehen zu nehmen, zu Recht nicht beständig, sondern es ist, in Ansehung derer fol. 432, sequ. eod. volum. angeführten Umstände besagter M. S. E. Verlassenschaft zur Concurs-Massa zu bringen, zu welchem Ende J. G. E. daß er ein richtiges Inventarium, oder in dessen Ermangelung, eine endliche Specification, edire, oder die bereits fol. 475 sequ. allegat. volum. überreichte vermittelst Endes bestärke, aufzulegen, und bey dessen Verweigerung er darzu, durch vierzehntägiges auch ferner zu erhöhendes Gefängniß, anzuhalten: Es bleibet aber N. D. M. ihre an gedachte Verlassenschaft gemachte Ansprüche bey dem Concurs und wider den Curatorem lris & bonorum ordentlich an- und auszuführen, unbenommen. B. N. W.

Sed curia provincialis Pitembergensis, cum ad illam prouocatum esset, correxit sententiam priorem:

Daß die eingewandte Appellation in ihren Formalien beständig, und zu gebührender Rechtfertigung anhero erwachsen, derer Materialien halber erscheinet aus denen Acten und deren Partheien rechtlichen Einbringen so viel, daß in erster Instanz übel gesprochen und wohl appelliret, derowegen M. S. E. letzter Wille fol. 409 sequ. Vol. III. da sie hierinne zum Besten ihres Sohnes, ihren Ehemann bona mente übergangen, zumahlen dieser damit zufrieden gewesen, und die darinne enthaltene Substitution gestaltten Sachen nach, als ein fideicommissum, vor zu Recht beständig zu halten, mithin deren sämtliche Verlassenschaft zur Concurs-Massa nicht zu bringen, noch auch N. D. M. ihre an gedachte Verlassenschaft gemachte Ansprüche bey dem Concurs und wider den Curatorem lris & bonorum öfterst ordentlich an- und auszuführen verbunden, sondern es ist besagter M. S. E. nach ihrem Ableben, vermöge Testaments, auf ihren nachhero gleichfalls verstorbenen Sohn J. H. A. E. gekommene Verlassenschaft, nach Abzug des dem Vater, als debitori communi, denen Rechten zuständigen Theils, und der Quartae Trebellianicae, als welches beydes zur Concurs-Massa zu bringen, Appellantens Ehe-Frau zu überlassen, diese hingegen hiervon den gemeinen Schuldner den Nießbrauch auf seine Lebens-Zeit zu gestatten schuldig, B. N. W.



LX.
VTRVM
DIVISIO PER SORTITIONEM
FACTA
OB LAESIONEM RESCINDI
POSSIT.

AD L. III. C. COMMVN. VTRIVSQUE IUDICI.

VITEMBERGAE, DIE SEPT. A. Q. S. P. EST. CIO IO CC XXXIII.

L. III. C. communia vtriusque iudicii tam familiae
exerciscundae quam communi diuidundo.

Impp. DIOCLET. & MAXIM. AA. & CC. Aureliae
Septimiae.

Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio
factis diuisionibus, solet subueniri: quia in bonae fidei iudiciis, quod in-
aequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. P. P. XVI.
Kal. Iul. ipsis AA. (& Constant. III.) consl. 293.

§. I.

*Diuisio simi-
lis est vendi-
tioni. Sed
multum in-
terest in re-
diuisiones
venditiones
Feudum com-
mune vni in
diuisione ad
iudicatum non
fit nouum.*

Inique M. TULLIUS in *topicis* a) ad C. Trebatium, iurispru-
dentibus obiecit, rarius illos *similitudinibus & collationibus rerum diuer-*
sarum vii, quam philosophos & oratores. Enimuero etiam Iureconsultos
natura docuit, hac facillime via perueniri ad cognitionem rerum abditarum,
si a rebus notis & familiaribus, *comparatione* quadam, ad res non prorsus
quidem *diffimiles*, sed *diuersas* tamen, deducamur. Ita enim, intellige-
bant, euenire, vt, quando a *similibus* ad *non dissimilia*, sed *noua* tamen,
delabamur, non solum cupidius haec inuestigemus, sed etiam, quid inter
illa

a) c. 10. Topic. c. 10. f. 41.

illa discriminis interfit, facilius perspiciamus. Accidit igitur veteribus, quod, apud MARONEM ^{b)} Tityro, qui, urbem, quam dicunt Romam,

— — — putabat

— — huic villae similem, qua saepe solebant

Pastores ouium teneros depellere foetus.

Sic canibus catulos similes, sic matribus hordos

Norat, sic paruis componere magna solebat.

Certe studium illud comparandi apud veteres effecit, ut non solum *quasi delicta*, *quasi contractus*, *quasi usufructum*, iurisdictione, senatusconsultis, interpretatione, ob singulares reipublicae rationes, ad exemplum delictorum, contractuum, & veri usufructus, introduxerint, sed etiam alia negotia quam plurima, *comparatione similitudinis*, actione *utili* accommodata, ad species diuersissimas pertraxerint. Ex hoc fonte promanarunt illae partium diuersarum altercationes, quibus emphyteuticarius contractus, quod ZENO ait, modo cum emtionibus, modo cum conductionibus, *conferebatur*, donec, explosa illa *similitudine*, hic contractus propriam naturam adipisceretur. l. i. C. de iure emphyteu.

Illud quidem expeditum est, hac veteres docendi ratione vsos fuisse, ut negotia cum aliis negotiis conferrent, & quid inter illa *similitudinis* intercederet, diligentius inuestigarent. Sed iam quidem de *diuisione rerum communium* inprimis videamus. Et ULPIANVS quidem, *diuisionem* communis hereditatis, qua singulis heredibus singulae possessiones, cum portione aeris alieni, attributae sint, *permutationi similem* putauit, adeoque *praescriptis* verbis agendum esse, docuit, si quis discesserit a pactione: *cum certa lege permutationem cohaeredes fecisse videantur*. l. 20. § 4. D. *fam. erisc.*

Nimirum habet rationem Ulpiani sententia, qua permutationi diuisiones comparauit. Recte enim PAVLLVS, itemque DIOCLETIANVS & MAXIM. tradiderunt, quod, si non *pretium*, sed *res* pro re interuenerit, non *emtionem*, sed *permutationem*, fieri intelligamus. l. i. D. & l. 7. C. de *rerum permutat.* Enimuero in *diuisionibus*, cum singulae particulae rerum singularum ad quemlibet *condominorum* iure reali & condominiumi pertineant, apparet, si singulae possessiones singulis condominiumis, vice mutua, attribuantur, non tam *pretium* pro *merce*, quam *res* pro *rebus* dari, ut magis *permutationes* rerum singularum, quam *emtiones*, contractum videantur.

Sed aliter quidem visum est imperatori ANTONINO, qui l. i. C. *commun. utriusque iudicii*, *diuisionem*, ait, praediorum, *vicem emtionis obtinere*. Videtur enim mouisse ANTONINVM, quod ULPIANVS & CAIVS

R 3

at,ue

b) VIRG. eclog. I. n. 20 sq.



atque PAVLLVS docuerunt, plerumque etiam pecuniam interuenire in diuisione, quod proxime accedit ad naturam emtionis: quandoquidem res iusto pretio aestimanda sit, & de euictione cauere debeat, & res per adiudicationem & condemnationem finiat, adeoque opus sit, illum, cui quid adjudicatum sit, alteri certa pecunia pro re adjudicata condemnari. l. 2. §. 1. & l. 3. D. fin. reg. l. 10. D. commun. diu.

Sed luculentissime ALEXANDER, l. 3. C. commun. diu. rem exponit. Ait enim, quamuis non interueniat pecunia, tamen aestimatione iusta facta, singulis res singulas adiudicari, quali pretiis inter utrumque compensato, illoque, cui res maioris pretii obuenerit, condemnato, ut portionem alterius pecunia subinde exaequaret. Ex quo loco intelligitur, certe fingi in diuisionibus pecuniam interuenire, illamque inter condominos aut coheredes compensari, quali singuli portionem suam alteri, aestimatione facta, vendidissent, & pretium alter alteri, breui manu & mutua compensatione, exsoluissent.

Quamuis autem non dissimulem, diuisiones praediorum naturaliter quidem magis cum permutationibus, quam cum emtione, conuenire; tamen non multum discriminis inter illos interest, qui diuisiones ex permutationis, & qui ex emtionis, natura aestimarunt. Enimvero, & GORDIANVS & imprimis DIOCLETIANVS tradiderunt, etiam permutationem habere vicem emtionis, l. 2. C. de rer. permut. & ad exemplum ex emto actionis agi, posse, si pro possessione alia possessio, quamuis nullo pretio constituto, promittatur, l. 1. C. eod. Certe & ARISTO & PAVLLVS vicinam esse permutationi emtionem obseruarunt l. 2. D. de rer. permut. itemque MODESTINVS, quasi emtionem factam esse docuit, cum pro quarta parte hereditatis fundus traditus fuisset, ficta constitutione pretii, eiusque compensatione, l. 62. D. de iure dotium: ut parum referre videatur, diuisiones ex permutationis an ex emtionis lege iudicentur.

Sed meretur tamen obseruari, quanquam cum emtionibus subinde compareatur rerum communium diuisiones, non tamen per omnia naturam emtionis inesse in diuisione. Primo enim in emtionibus, quod VLPIANVS docet, res consensu definitur: l. 9. pr. D. de contrah. emt. & si regulam sequaris, nemo emere aut vendere cogitur inuitus. Sed in diuisionis iudiciis, quod supra ex PAVLLO, GAIO atque VLPIANO, obseruatum est, controuersia adiudicatione atque condemnatione, parte aduersa etiam inuita, terminatur. l. 1. §. 1. l. 2. D. fin. reg. l. 10. D. commun. diu.

Deinde, quod obseruat FACHINEVS c) si causam utriusque negotii cogites, emtiones commerciorum & mutuae commoditatis causa plerumque contrahuntur, quarum rerum cogitatione multa in illis, extra ordinem constituta

c) FACHINEVS controuerf. iur. L. VIII. c. 36. in fine p. 660.

fiuta sunt: diuifiones autem, *neceffitatis & controuerfiae finiendae* cauffa fiunt, cum, secundum *GAIVM*, *neceffaria* fit rerum communium diftributio, l. 1. pr. D. *fam. ercifc.* vt *controuerfiae* inprimis *minuantur*. Hoc enim idem *GAIVS* l. 2. §. 1. D. *fin. reg.* atque alio loco *PAVLVS* l. 4. pr. D. *eod.* tradiderunt.

Extremo in emtionibus res *aliena* transfertur in emtorem; quandoquidem, secundum *POMPONIVM* & *PAVLVM*, nemo rem fuam emit efficaciter, nec feiens, nec ignorans, l. 15. §. 2. & l. 16. D. de *contrah. emt.* Contra, in *diuifione*, certum eft, quemlibet rem *condominii iure fuam* ab altero accipere, & in alterum transferre.

Ex his fere fontibus deinde deriuabimus difcrimen, quod in aestimandis *diuifionibus* & *emtionibus* fubinde obferuatur. Sed iam quidem vnum omittere non poffum, *diuifionem feudi* inter plures fucceffores, qua res vni adiudicatur, isque reliquis fuccefforibus pecunia condemnatur, cum ille, qui rem accipit, *rem fuam* emit, non elle emtionem, nec *feudum nouum* constitui hac diuifione, nec *finultaneae inueftiendos nouiter domino* directo obtrudi poffe, fed *feparatum* hoc elle negotium a *venditione*.

Ita quidem certe fapientiffima lege Saxonica ^{d)} res definita eft:

Alldieweil aber, wenn mehr, als einer, in gefamter Lehen an einem Guthe ftehen, vermöge derer Lehn-Rechte, einem jedwedem dererfelben, die Mit-Belehnſchaft in folidum zukömmt, und folche nur fodann, wenn eine würckliche Theilung gefchiehet, gebrochen wird, dahingegen, wenn die übrigen mit Gelde oder fonft, abgefunden werden, diefelben in effectu zur Succellion nicht gelangen, fondern derjenige, fo das ganze Guth auf diefe Mafse an ſich bringet, folches allerdings kafft feiner in folidum habenden Mitbelehnſchaft erhält, und folglich, daß es entweder ganz oder zum Theil ein neues Lehn ſey, nicht zu behaupten; vielmehr, wann man dieſes einräumen wolte, fo oft ein Vater verſtürbet und mehr Söhne hinter ſich läffet, nur einer aber die Güther behält, *feuda noua* würden conſtituiret und mithin dem Lehns-Herren neue Mitbelehnnten obtrudiret werden, So können auch Sr. Königl. Maieſtät nicht geſtatten, daß in dem Falle, da, wie gemeldet, ein Mitbelehnnter nebenſt andern im Lehn zugleich ſuccediret, und denen übrigen ihre Antheile abhandelt, weder das ganze Lehn, noch auch die erhandelten Stücke, *pro nouo feudo* zu achten, und deswegen neue Mitbelehnnte anzugeben, ihm frey gelaffen ſeyn möge.

Quod

^{d)} Extract der Königl. Reſolution auf die Punkte der Praeliminar-Schriften, de dato Dresden, den 2. Febr. 1700. Cod. Aug. T. I. p. 366.

Quod cum & iuri communi convenire res ipsa facile ostendat, non dubitauerunt ICI Vitembergenses, etiam exteri, cum eiusmodi species mense Iunio huius anni offerretur, ex iisdem praeceptis respondere. Proponebatur enim, pactione inter vasallum & rusticos ita continisse, ut, quoties feudum a vasallo *venderetur*, rustici *laudemium* vasallo nouo praestare tenerentur. Mortuus vasallus tres filios reliquerat heredes feudi. Primogenitus, in diuisione iudicio, feudum *solus retinuerat*, *pecunia fratribus soluta*. Quaerebatur, *utrum a rusticis, quasi feudo vendito, laudemium recte peteretur*. Respondum est, *non peti posse laudemium*, cum feudum non *venditum*, sed, *diuisionis iure*, *retentum* videatur. Res erit luculentior ex rationibus adiectis:

Obwohl, so viel die ichtige Lehn-Veränderung betrifft, Herr Beklagter von seinen Herren Brüdern das Ritter-Guth bey der Theilung angenommen, und vor ihre Antheile ihnen etwas an Gelde herausgegeben, der gleichen Theilung und Annehmung aber einem Kauffe gleich zu achten.

Diuisio enim hereditatis vicem emtionis obuiet.

L. I. C. commun. vtriusque iudicij.

Derowegen die Klägere, auch vermöge deren alten und unveränderten Lehn-Briefe, nach deren Inhalt sie bey Kauff und Tausch in manu dominante & seruientie den 10ten Pfennig zu entrichten haben, bey ichtiger Theilung und Ueberlassung des Ritter-Guths an Herrn Beklagten, zu Bezahlung nurgedachten Lehn-Geldes verbunden zu seyn scheinen.

D. a. d. Die Theilungen zwar in gewisser Maaße, besonders so viel die Gewehrs-Leistung anlanget, mit denen Kauff-Contracten verglichen werden können, solches aber mit allen Umständen auf die Theilung der Ritter-Güther, und Annehmung dererselben, gegen Bezahlung derer übrigen Antheile, nicht so schlechterdings zu erstrecken, in mehrerer Erwägung, ider derer Descendenten an dem Lehn seiner Eltern ein ius succedendi in *solidum* ex prima inuestitura parentum erlangt, folglich, wenn deren mehrere vorhanden, und einer dererselben seine Brüder mit baarem Gelde abfindet, nicht so wohl das Ritter-Guth, an welchem der Annehmer bereits ein ius succedendi in *solidum* gehabt, vom neuen erkauftet, als vielmehr die Concurrenz derer übrigen Gebrüdere durch Bezahlung einer Summe Geldes abgewendet wird, derowegen ein solches Lehn-Guth nicht so schlechterdings pro feudo emto & nouiter acquisito, sondern pro antiquo geachtet wird,

ANTON. disput. I. th. 5. lit. h.

demnach

demnach das Lehn-Geld bey ickiger Theilung, unter dem Verwande eines getroffenen Kauffs, um so viel weniger zu verlangen, ie gewisser das angezogene Befugniß, ein so starkes und bey vielen Fällen zu entrichtendes Lehn-Geld zu fordern, in denen gemeinen Rechten pro odioso & exorbitante angenommen wird, mithin solches nach Möglichkeit und bey allen Fällen, darüber man sich nicht durch unzweifelhafte Verträge verglichen, billig einzuschrencken,

CARPL. P. II. const. 39. def. 32. FRANZK. de laudem. c. 8. n. 17. sq.

MORN. iurisp. feud. c. 17. §. 22.

So ist, wie im Urtheil enthalten, von uns billig erkannt worden.

§. II.

Ex his igitur, quae adhuc disputata sunt, intelligitur, non prorsus eandem diuisionum atque emtionum naturam esse, sed quamlibet speciem separato iure in quibusdam capitibus censer. Sed hoc tamen disputatione vix indiget, uti ex emto actionem, ita diuisorias controuersias ad bonae fidei iudicia referri. Certe abscisse VLPIANVS, hoc iudicium bonae fidei esse, ait, si communi diuidendo, inter condominos, agatur. l. 4. §. 2. D. commun. diuid. quod & placet GORDIANO, qui non esse ambiguum existimat, familiae erciscundae titulum inter bonae fidei iudicia connumerari. l. 9. C. fam. ercisc. Ideoque DIOCLETIANVS & MAXIM. quidquid in iudiciis bonae fidei obueniat, etiam in diuisionibus obtinere, docuerunt, ut hae quidem, mutuo consensu, bona fide, terminatae instaurari commode non possint. l. 3. & l. 8. C. commun. vtriusque iudic. Imo vero aulim affirmare, maiorem, esse bonae fidei in diuisionibus, quam in emtione, sanctitatem. Nimirum necessaria est plerumque diuisio, distributionis causa, si GAIVM audiamus, l. 1. pr. D. famil. ercisc. cum controuersiae explicari propemodum non possint, nisi rerum communium diuisione: ideoque pietatis officio fungatur, quod PAPINIANVS ait, qui minuendae controuersiae gratia, quamuis arbiter sententiam nondum dixerit, iurgium communionis perimunt consensu. l. 57. D. fam. ercisc. Controuersiarum enim & litium exsecratione obtinuit, ut multa in diuisoriis iudiciis extra ordinem admitterentur. Hinc arbitris inprimis officium datur distrahendae controuersiae, secundum MODESTINVM atque ALEXANDRVN l. 7. D. fin. regund. & l. 3. C. commun. diu. itemque agrimensoribus, secundum PAVLLVM, VLPIANVM, atque CONSTANTINVM, l. 4. §. 1. & l. 8. pr. & §. 1. D. fin. regund. l. 3. C. eod. qui scindant nodum Gordium, si solui commode non possit: hinc res adiudicationibus & condemnationibus arbitrariis finitur, l. 2. §. 1. & l. 3. D. fin. regund. l. 6. §. 10. & l. 10.

Fasc. VII.

S

D. com-



D. commun. diuid. l. 55. *D. fam. ercisc.* hinc denique *coguntur* aliquando possessores, etiam aedificium deponere, & arbores succidere, vltis aliquis tandem finis controuersiarum: quod PAVLLVS obseruauit. l. 4. §. 3. *D. fin. regund.*

Quae cum ita sint, apparet, non solum *bonae fidei* rationem habendam esse in his iudicijs, sed illam fere, odio dissensionum, sanctus & scrupulosus, quam in multis alijs negotijs, in *diuisione* custodiri. Sed *aequalitatem* certe, quasi animam atque spiritum *bonae fidei* & *aequitatis*, veteres inprimis in *diuisione* rerum communium commendauerunt. Et profecto habet rationem, quod in diuisionibus *aequalitatem* requiramus. Neque enim id agitur in *diuisione* rerum communium, vt aliquid *lucremur*, aut priuatum compendium augeamus, cui rei emtores atque venditores, ita exercendis *commercijs*, operam dare solent; sed, vt *suum quisque retineat*, & certis finibus includat, & a controuersijs ac litibus discedat. Quapropter non procul abest a furto & rapina, qui portioni alterius insidietur, & *aequalitatem* interuertat. Quod cum cogitaret PHILIPPVS, itemque DIOCLETIANVS, *aequo iure diuidi* hereditatem, l. 11. & 14. *C. fam. ercisc.* & *aequalitatem* in omnibus seruari, praeceperunt. l. 4. *C. commun. diuid.* Hoc est, quod PAVLLVS atque VERIANVS *nihil indiuisum relinqui*, & si vna res *indiuisa* manserit, de illa iterum communi diuidendo agi posse, docuerunt. l. 25. §. 20. *D. fam. ercisc.* l. 4. §. 2. *D. commun. diuid.*

Imo vero, quamuis interdum ex longa possessione, & si coheredes diu separatas rationes in singulis rebus hereditarijs habuerint, diuisio legitime facta *praesumatur*, tamen cessat illa praesumptio, si *portiones inaequales* videantur: quod & MENOCHIVS ^{d)} & PRAESES ^{e)} alio loco, obseruauerunt. Neque enim potest aliquid minus accommodatum esse ad fidem sublatae communionis faciendam, inaequalitate; cum maximam *aequalitatem* postulet *diuisio*, & in his iudicijs, quidquid *inaequaliter* factum sit, iudicis auctoritate corrigatur. l. 3. *C. commun. vtriusque iudic.*

§. III.

Rescissio diuisionis odiosa, nisi ob dolum aut errorem. Post transactionem illa non rescinditur.

In tanta igitur *sanctitate iudicij diuisionis*, non potest esse obscurum, quod, quamuis nihil, quod ab *aequitate* alienum videatur, admitti possit, tamen nihil aegrius admittat praetor, quam *rescissionem legitimae diuisionis*. Neque enim a *bona fide* & ab omni officio est quidquam alienius, quam *deferere constantiam vitae*, & cum ad rem ventum fuerit, claudicare, aut a consilio deficere, in quo deligendo nos non errasse videamus. Neque ita, quod M. TVLLIVS ait, ^{f)} generati a natura sumus, vt ad ludum & iocum facti

d) MENOCH. L. III. praesunt. 60. n. 6 sqq. p. 370.
aequalitatis in iudicijs diuisionis §. 2 sqq.

e) PRAESES de praesunt.
f) CIC. I. offic. c. 29.



facti esse videamur, sed ad seueritatem potius & grauitatem: ideoque exci-
tanda est in nobis quaedam animaduersio & diligentia, ne quid temere, ac
fortuito, & inconsiderate negligeretur faciamus.

Prima igitur praetoris, quod PAVLLVS ait, cura est, vt tueatur ad-
iudicationes suas, vel exceptionem, vel etiam actionem dando, post legi-
timam diuisionem. l. 44. §. 1. D. fam. erisc. Ex eodem fonte deducitur,
quod, secundum VLPIANVM familiae eriscundae amplius, quam semel,
agi non possit, nisi causa cognita. l. 20. §. 4. D. famil. eriscund. vt intelli-
gatur, odiosum videri, si quis discesserit a fide legitimae diuisionis, neque
quenquam facile audiri, nisi grauissimam causam comprobauerit praetori.
Ita certe DIOCLETIANVS & MAXIM. videntur iudicasse, vt maiores
viginti quinque annis, rerum communium diuisionem, semel finitam bona
fide & mutuo consensu, instaurare penitus non possint. l. 8. C. commun.
vtriusque iudicii.

Sed vnum tamen omnes desiderant, vt consensu omnium bona fide, res
communes sint diuisae. Igitur suppetunt omnino causae, quae mouere
praetorem possint, vt deserat & rescindat superuacuum diuisionem.

Neque tamen alias omnino causas admittet praetor, quam quae bonam
fidem & consensum, quibus regitur sanctitas diuisionis, interuerrere omnino
videbuntur. Sed consensum quidem in primis error, bonam fidem dolus in-
teruertunt. Igitur eamus per exempla. Tractauit eiusmodi speciem MO-
DESTINVS, in qua, propter dolum coheredis, negat subsistere diuisionem,
l. 35. D. de pactis. Proponit enim, fratres hereditatem maternam diuisisse,
& inuicem cauisse, quod nihil sibi commune manserit in hereditate: postea
apparuisse, pecuniam auream a fratre altero subtractam esse, cuius nulla
mentio facta fuerit, in diuisionis instrumento. Quaerebatur, an post pactum
diuisionis, actio de surrepta pecunia competeret aduersus fratrem: MO-
DESTINVS respondit, competere omnino actionem, & si pacti exceptio op-
poneretur, vtiliter de dolo replicari posse. d. l. 35. D. de pactis.

Habes igitur primam speciem, in qua dolus perturbauerat consensum,
bonamque fidem interuerrerat, vt diuisio rescindenda videretur. Superest,
vt de altera admoneamus. Et opportune occurrit VLPIANVS, qui l. 22.
pr. D. fam. erisc. errorem etiam & ignorantiam admisit, vt a diuisione
discedatur. Narrat enim, possessiones hereditarias diuisas esse inter cohe-
redes: alterum in aedibus sibi adiudicatis, thesaurum effodisse, illumque non
quidem veterem, quem PAVLLVS inuentori attribuit, l. 31. §. 1. D. de
adq. rer. dom. sed nouum, ab ipso testatore, metus & custodiae causa
depositum, & reconditum sub terra, de quo POMPONIVS tractauit, l. 15.
D. ad exhibend. Ignorauerant heredes, thesaurum sub terra conditum
fuisse. Igitur proponebatur, vtrum ille, cui aedes in diuisione obrigerant,



thesaurum retinere posset, an ad communicandum & diuidendum teneretur: & L A E T O N I placuit, *diuidendum* esse, cum de illo thesauro non senserint heredes, in prima rerum communium diuisione, d. l. 22. pr. D. *famil. ercisc.*

Non multum ab hac specie recedit, quod idem V L P I A N V S monet, quae per *errorem* communicata sint cum heredibus in *diuisione*, cum ad illos non pertinere viderentur, rata non videri; quandoquidem *imperitia coheredum* iurisdictionis formam non immutat. l. 20. pr. D. *famil. ercisc.*

Discedam ab hoc loco, si hoc vnum adiecero, etiam iudicis *errorem* efficere, ut familiae erciscundae iudicium quandoque retractetur. P A V L L Y S enim obseruauit, si *unam personam* iudex omiserit in condemnatione, cum res non inter omnes gesta sit, nihil actum a iudice videri, l. 27. D. *fam. ercisc.*

Ceterum & *aetas* aliquando, quae & ipsa plerumque impedit *consensum*, aut certe excusat temeritatem & negligentiam in deliberando, praetorem, *caussa cognita*, inuitat, ut *rescindat*, aut *emendet temerariam diuisionem*: cum *bona fides* non patiatur, nos abuti minoris leuitate. Certe D I O C L E T I A N V S iudicem, *caussa cognita*, aestimare iussit, vtrum minori, ob diuisionem, succurrendum esse videatur. l. 4. C. *communi diuid.*

Extra has species, ut dicere occupauimus, praetor non deserit *diuisiones*. Inprimis si, *auctore iudice*, res *diuisae* sint, ex *caussa iudicati* parendum est conuentioni. Hoc enim P A V L L Y S praecipit. l. 36. D. *fam. erciscund.*

Idem dicemus, si, post *diuisionem bona fide factam*, *transactum* sit de pristina communione, quamuis non omnia *diuisa* sint. S E V E R V S enim & A N T O N I N V S rescripserunt, si vel de ea re *sententia* dicta fuerit: vel *transactio* secuta, iudicium familiae erciscundae, aut communi diuidendo, non resuscitari. l. 1. C. *fam. ercisc.*

Neque enim de aduersario, sed de se conqueri debebunt, qui de omni *caussa scientes* transegerunt, & taedio iurgii & controuersiae vel dederunt aliquid, vel acceperunt, vel alteri subinde reliquerunt, ut a lite discedatur.

§. IV.

Quae sit ista inaequalitas ob quam diuisiones bonam fidem, alter consensum, nervos illos iudicii diuisorii, conuellere C. commun. videntur.

utrinque iudicii quaque iudicii, quam in fronte dissertationis proposui, quidquid inaequaliter factum esse constiterit, in diuisionibus corrigendum esse arbitratur. Poterat videri D I O C L E T I A N V S, praeter dolum & errorem, etiam alias causas, etiam

etiam euentum rei dubiae, denique omnem omnino laesionem admittere, vt a plerumque di-
pactione legitimae diuisionis discedatur.

Atenimvero, pignore certarem, DIOCLETIANVM de sola fraude & errore tractauisse, quibus diuisiones vitentur.

Primo enim videtur manum TRIBONIANI passa esse lex DIOCLETIANI, quam ex codice GREGORIANO desumptam, fide auctoris, illius veteris consultationis notissimae CUIACIVS & SCHVLTINGIVS g) restituerunt. Ita enim haec lex legitur in codice GREGORIANO. „An diuisio, quam iam factam esse proponis, conuelli debeat, rector prouinciae, praesente parte aduersa, diligenter examinaabit, & si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam maioribus in perperam factis diuisionibus soleat subueniri, quod improbum atque inaequaliter factum esse con-
stituerit, in melius reformabit.

Nihil potest esse luculentius, quam DIOCLETIANVM, de diuisione fraudulenta duntaxat, quae fraudibus non careat, quae perperam, improbe, inaequaliter facta sit, sensisse; quod etiam V. C. GERARDVS NOODT, lumen illud nostrae iurisprudentiae h) videtur agnouisse.

Imo vero faciamus, IUSTINIANVM recte legem DIOCLETIANI expressisse d. l. 3. C. commun. vtriusque iudic. ausim tamen affirmare, ne ex his quidem verbis, quae IUSTINIANVS exhibuit, aliud confici omnino posse, quam, vt propter dolum, vel errorem, diuisio inaequalis rescindatur. Nimirum IUSTINIANVS, etiam maioribus, per fraudem vel dolum, vel perperam factis diuisionibus, subueniri, ait, quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum sit, in melius reformetur. d. l. 3. C. commun. vtriusque iudic.

Sed primo quidem apparet, DIOCLETIANVM nihil noui hoc loco constituere, sed ex natura communi iudiciorum bonae fidei, ad quae diuisiones referuntur, iudicare, quando diuisiones rescindantur. Sed bona fides & consensus solo nimirum dolo, aut errore perturbantur. Neque patitur bona fides, vt ex qualibet leui causa a pactione discedatur. Abscisse enim idem DIOCLETIANVS alio loco, diuisionem bona fide, mutuo consensu factam, non posse instaurari, docet. l. 8. C. commun. vtr. iudic.

Praeterea idem DIOCLETIANVS non minus luculenter, maioribus, qui res communes diuiserunt, negat concedi restitutionem aduersus legitimas diuisiones, nisi dolo circumscripti, aut errore lapsi videantur. l. 4. C. communi diuid. l. 22. C. fam. ercisc.

S 3

Quo

g) Cod. GREGORIAN. L. III. tit. V. apud SCHVLTINGIVM in iurisprudentia ante-Iustinianen p. 695. h) GERARD. NOODT. de forma emendandi doli mali c. 7. op. T. I. p. 362.



Quo si factum igitur negaretur, ut dicitur in §. 1. v. s. maiores posse rescindere
divisionem, si, praeter *dolum & errorem*, quaelibet laesio, & quaelibet
inaequalitas, sufficeret ad divisionem infirmam. igitur, *omni modo*.

Sed video te moueri, quod **DIOCLETIANVS**, seu **TRIBONIANVS** potius, aut **IVSTINIANVS**, distinguat diuisiones; *vel* per fraudem, *vel* per dolum, *vel* *perperam* omnia factas: ut *perperam* factae videantur, quae non sint fraudulentæ vel dolosæ, & tamen propter inaequalitatem rescindantur. l. 3. C. commun. vtriusque iudic.

Atuero diluetur illa dubitatio, si cogitaueris, illa particula: *vel*: non semper species oppositas discerni, sed interdum res coniunctas copulari. In hoc certo loco noluit PROCLETIANVS hac particula species oppositas disiungere, sed connexas copulare, cum eadem particula etiam fraudem *vel* dolum inter se coniungat. Sed scimus nihil inter dolum atque fraudem interesse, sed rem vnā nominibus diuersis & promiscuis subinde appellari: vt certum sit, particulam: *vel*: hoc loco copulatiuam esse, & synonyma coniungere.

Praeterea observandum est, *perperam* facta a magistris artis nostrae illa inprimis appellari, quae per dolum aut errorem administrata videantur. Hoc enim diuinus ille ALCIATVS, alter iurisprudentiae nostrae parens, comprobauit. D. Vulgo certe existimatum, *perperam* dici a fratribus *perperis*, famosis *impostoribus*, qui, propter ingenium & studium fingendi, etiam CECROTES appellabantur.^(K)

Interim faciamus, *perperam*, factas diuisiones hac lege seungi a diuisionibus *dolosis* atque *fraudulentis*, nihil tamen inde conficietur, quam ut dicamus, *perperam* factas videri, si *per errorem res inaequaliter* diuisae intelligantur. Cum enim imperator, *ex natura iudiciorum bonae fidei* inaequalitatem iubeat emendare, nihil cogitare potuit praeter *dolam & errorem*, quod *bonam fidem & consensum* interuertat. Quod video etiam *CVLACIVM* nostrum ¹⁾ obseruasse.

Sed haec quidem, quamvis ita expedita sint, ut vix locum faciant dubitationi, tamen nemo existimet, excludi omnem laesionem, qua, sine fraude adversarii, portio nostra diminuitur, ut ex illa apud praetorem agi nequeat, ad corrigendam inaequalitatem. Enimvero eleganter ULPIANVS, etsi nullus stipulantis dolus intercesserit, tamen aliquando rem ipsam in se dolum habere, ait, cum dolo faciat, qui aliquid petat, vel retineat, ex iniqua stipulatione. l. 36. in fine D. de verb. oblig. §. 25. l. 1. de in iudic. litig.

Vides, aliquando etiam *sine dolo* inita negotia rescindi, si *res ipsa do-
lūm in se habere* censeatur. Quando igitur dicemus, rem, bona fide pro-
missam,

1) ALBERT. L. I. parerg. c. 49. op. T. III. p. 269.

k) ALCIAT, loc. cit.

Д) *СУІАС*. L. XIII. obs. 24. p. 407. op. T. III.

missam, in se dolum habere, vt sine dolo peti nequeat a stipulante, qui ipse non admiserit dolum. Nimirum inaequalitatem intelligimus, quae sine dolo contrahentium, sed per vtriusque errorem & ignorantiam irrepleat, vt non aequae partes constitutae sint in diuisione. Semper enim error aut ignorantia, quae errorem parit, interuenire debet, si quis non de dolo, sed de sola inaequalitate efficaciter aduersus condominum aut coheredem, post diuisionem, conqueratur. Ita vt sentiam, vltimus me adduxit, qui neminem laedi, aut fraudari, ait, qui sciat, & consentiat. l. 145. D. de reg. iur. & l. 1. §. 1. in fine D. de act. emt. vendit.

Igitur apparet, scientem fere non laedi, nec efficaciter conqueri posse de inaequalitate: superest, vt ea demum inaequalitas prosit ad petendam emendationem, in quam per errorem & ignorantiam probabilem delapsi sumus. Hoc est, quod DIOCLETIANVS praecipit, etiam maioribus XXV. annis, in negotiis bonae fidei, officio iudicis, causa cognita, succurri. l. 3. C. quibus ex caus. mai. Hoc est, quod POMPONIUS docet, maioribus etiam in laesione subueniri, cum aequo & bono non conueniat, lucrari aliquem cum alterius damno, aut damnum sentire per alterius lucrum. l. 6. §. 2. D. de iure dotium. Generaliter enim, quancunque laesionem insignem dicimus dolum in se habere, & parere restitutionem, quanquam fraude aduersarii non decepti simus: quod supra observatum est. Ex hoc fonte profluxit, quod quamuis bona fide, mutuo consensu, finita sit diuisio, tamen, si quid indiuisum manserit, illud officio iudicis subinde emendetur. l. 25. §. 20. D. fam. ercisc.

Igitur, vt rem paucis comprehendam, nego hac nostra lege 3. C. commun. vtriusque iudicii. quidquam singulare constitutum esse a DIOCLETIANO: sed inaequalitatem diuisionis ex natura iudiciorum bonae fidei, ad quam imperator prouocauit, aestimari, aio. Sed haec quidem maxime dolum auersatur: qui si interuenerit non quantitas pretii, in quo quis laesus est, sed qualitas facti efficit, vt laeso succurratur, l. 10. C. de resc. vendit. At uero praeter dolum aduersarii, etiam error probabilis impedit consensum. Quapropter laesio insignis, & inaequalitas, non a scientibus, sed ab ignorantibus, aut errantibus, admissa, praetorem iouitat ad emendandam inaequalitatem. Adeoque error & dolum duntaxat efficiunt, vt diuisiones emendantur. Sed in errore & inaequalitate causae cognitionem maxime desideramus. Neque tamen solam laesionem ultra dimidium attendimus, quidquid BALDVS in contrariam partem disputer, & quamuis PAVLVS l. 38. D. fam. ercisc. hanc maxime laesionem notet, quae sit ultra dimidiam partem. Rectius sequemur communem naturam iudiciorum bonae fidei, in quibus error probabilis, sed insignis, ex quo alter cum nostro damno fiat locupletior, arbitrio iudicis aestimandus, etsi non rescissionem totius nego-

iii, tamen emendationem parit. l. 9. §. 2. l. 11. §. 1. D. de *contrah. emt.* l. 11. §. 5. & l. 21. §. 2. D. de *act. emti venditi.* Sed haec omnia non profunt laeso, si vel *transegerit* de ipsa *laesione*, vel l. s. sententia sit definita. l. 1. C. *fam. ereisc.*

§. V.

Sortes opponuntur iudi subinde emendeiur, satis explicatum arbitramur. Sequitur, ut de diuisione cio. Inter per sortitionem facta exponamus: quae & ipsa species, ex his, quae adhuc disputata sunt, commodius aestimari potest, si prius de ipso iure sortitionis sunt instar proponamus.

Et primo quidem notum est, quam despecto plerique loco *sortes* habuerint, ut, qui *sortitioni* rem commiserit, confidere *fortunae*, *casui*, *superstitioni* videretur. Certe THEODOSIVS & VALENT. illos *sortium* *casui* rem totam permittere, dixerunt, qui *sortitione* facta inter se experirentur. l. 2. C. *quando & quibus quarta pars.* Et IUSTINIANVS *sortes* & *fortuitas circumstantias* coniunxit, ideoque prohibuit abbates & abbatillas *sorte* eligere, qui iudicio & ratione eligendi videantur. l. 47. §. 1. D. de *episc. & cler.* Quamvis aliter veteribus visum sit, apud quos, si VIRGILIVM MARONEM ^{m)} audiamus.

Lacoon ductus Neptuno *sorte* sacerdos.

Certe M. TVLLIVS ⁿ⁾ auctor est, „*sortem* experiri, idem esse ac micare, „*talos & tesseras iacere: in quibus rebus temeritas & casus, non ratio nec „consilium valere videatur: ideoque totam rem inuentam esse, ait, fallaciis, aut ad quaestum, aut ad superstitionem, aut ad errorem: quapropter „vita communis iam dudum exploserit hoc genus diuinationis.*„

Certe fefellit quosdam iuris interpretes ille *sortium* contemptus, ut, cum DIOCLETIANVS in l. 3. C. *commun. vtriusque iudicii, diuisiones, quae sine iudicio fiant, rescindi patiantur, crederent illas intelligi, in quibus sorte, aut sortitione, res communes diuidantur: cum sortes aliquando iudicio opponi, & quaecunque sorte definita sint, temeraria & in consulta videantur.*

Verum enim vero non ita prorsus inter veteres conuenit, *temere & inconsulto geri, quae sorti committantur.* Ipse, quem antea testem inuocaui, M. TVLLIVS inconstantissime sensit de *sortibus*, atque, alio loco, ^{o)} „*non contemnendas esse sortes*, dixit, cum auctoritatem habeant vetustatis: „*quae, si ductae sint, ut apte in rem cadant, diuinitus fieri posse, credit: „quan-*

^{m)} VIRG. aen. II. v. 201.

ⁿ⁾ CIC. de diuinat. L. II. c. 41. sect. 85. de diuin. L. I. c. 18. sect. 34. & 35.

^{o)} CIC.



„quandoquidem, quamuis cauffa fortaffe lateat, obfcuritate inuoluta naturae, „Deus illa nos non fcire, fed illis nos vti, voluiffe videatur. „ Plerique enim diuinum fe infortibus iudicium inuenire putauerunt, inprimis TIBERIVS, qui, fi TRANQVILLO ^{p)} fides eft, Geryonis oraculo monitus, de confulationibus fuis talos aureos in Aponi fontem deiecerit, & ex numero confilii cepit rationem. ^{q)} Certe HORATIVS FLACCVS, commemorat, *sortem*

quam ratio dederit, feu fors obiecerit, ^{r)}

atque apud VIRGILIUM MARONEM ^{s)} indicantur

— non sine forte datae, sine iudice, fedes,

vt intelligatur, *sortitionem non opponi iudicio*, fed cum iudicio coniungi, & ex huius fere natura aestimari.

Sed iure confulti & veteres auctores rei publicae, non quidem omnes fuperftiofe de *sortibus* iudicauerunt. Interdum tamen non modo *sortitionem compararunt cum fententia & iudicio*, fed illam huic etiam aliquando praetulerunt. Ita quidem VLPIANO vifum eft, qui l. 24. §. 17. D. de fideicommissar. libertat. fi non conftet, quis maxime ex feruis manumittendus fit, aut allegatis cuiusdem meritis arbitrari praetorem poffe, ait, aut feruos *sortiri*, ne aliquam fufpicionem gratiae aut ambitionis praetor lubeat: vt tutior fere *sortitio*, quam arbitrium praetoris, videatur.

Sed frequentiffime tamen *sortitione* experiebantur, cum aut non *referret, vter vinceret*, nec tamen alter cedere alteri confenfu veller, aut *inextricabiles controuerfiae & lites imminerent*, fed res iudicio dirimi deberet. Ex his fontibus *sortitio confulum*, vter templum dedicaret, apud LIVIUM ^{t)} *sortitio centuriarum* in comitiis, *sortitio prouinciarum*, ^{u)} *sortitio iudicum* apud M. TVLLIUM ^{x)} *sortitio animaduersionis* in flagitio militari ^{y)} enatae funt, vt, cum omnes poenam meriti fuiffent, merus poenae ad omnes, fensus eius ad patricos, perueniret.

Sed ICti quidem, fi in eiusmodi cauffis *sortitione* vterentur, rem quasi *fuffragio & confenfu definitam* accipere solebant. Audiamus GAIUM, qui l. 5. D. fam. ercisc. fi omnes ex aequis partibus heredes fint, neque inter eos conueniat, *apud quem cautiones hereditariae & instrumenta effe debeant*, vel *sortiri* illos iubet, vel *confenfu & fuffragio eligere* amicum. Ex quo loco apparet, nihil referre, res *confenfu*, an *sortitione*, finiat. Eandem

p) SVETON. in vita Tiberii, c. 14.

q) videantur DEMPST. ad Rosini rom.

antiq. L. II. c. 7. p. 116.

r) HORAT. I. ferm. I. v. 1. & 2.

s) VIRG.

aen. VI. v. 431.

t) LIV. L. II. c. 36.

u) LIV. L. VII. c. 26.

x) CIC.

in orat. pro Cluent. c. 28.

y) CIC. pro Cluent. c. 46.



dem rationem secutus *VLP IANVS*, si ambo ad iudicium prouocauerint, sorte rem discernendam esse, ait. l. 14. D. de iudic. Idem *IUSTINIANO* visum est, in *optione pluribus legata*, vt in omnibus eiusmodi speciebus iudicem fortunam habeant, & quem fors praetulerit, is habeat eligendi potestatem. l. 3. C. commun. de legat. Sed maxime in *diuisionibus* placuit, si iustae partes constitutae essent, sorte definiiri ad quem quaelibet portio perueniret. l. 2. C. quando & quibus quarta pars. Nou. 162. c. 3.

Sed in illis *sortitionibus* quidem obseruandum est, aliquando id manifeste agi, vt alter, qui sorte vincatur, credat alteri, & huic soli lucrum & victoriam relinquat. Certe in *optione legata*, cum sortiuntur legatarii, vter eligere debeat, aut apud quem documenta esse debeant, manifestum est, victum cedere victori, & non posse de laesione conqueri, aut de iniquitate fortuiti euentus: cum res *sortitione*, quasi *sententia*, & *transactione*, finita & diremta videatur, l. 5. D. fam. erisc. l. 3. C. commun. de leg. In his igitur nemo desiderauerit aequalitatem.

Sed plerique tamen in *diuisionibus*, vt diximus, hoc animo accedunt ad *sortitionem*, ut antea partes iustae & aequales maxime constituentur, & deinde, si omnia exaequata sint, *sortitione*, ad quem partes singulae perueniant, constituatur. Ita *DIDO* apud *MARONEM* 2)

Iura dabat legesque viris: operumque laborem

Partibus aequabat iustis, & sorte trahebat.

de quo argumento & *SENECA* a) & *TIRAQVELLVS*, b) & *CYACIVS* c) & *MYNSINGERVS* d) quaedam obseruarunt. Et in his quidem speciebus res ex bona fide iudicatur.

§. VI.

Sortitio de partibus inaequalibus a sciente impugnari nequit. Sed si tu partes per delum aut errorem inaequaliter constitutae min. Sed iure communi, vt diximus, controuersiae vel leuiores vel intricabiles *sortitione* dirimuntur, quod supra §. 5. huius dissertationis p. 24. ex

Vidisti iam omnia, opinor. Itaque proxime absumus a portu in hac navigatione. Neque enim in *diuisione per sortitionem* facta obliicitur quaedam dubitatio, quae non ex his, quae adhuc dicta sunt, dilui omnino posse videatur. Itaque primo disputatione non indiget, de sola sorte & eius euentu. Sed si tu neminem queri posse, qui consensit in *sortitionem*. Generaliter enim *ROMPONIUS* praecepit, quod euentus fati atque damni non pariat omnino restitutionem. l. 11. §. 4. D. de minorib. Eleganter *ZENO*, non videri circumscriptum, ait, qui iure communi usus sit. l. 9. C. de in integr. restit. constitutae min. Sed iure communi, vt diximus, controuersiae vel leuiores vel intricabiles *sortitione* dirimuntur, quod supra §. 5. huius dissertationis p. 24. ex

2) *VIRG.* aen. I. v. 511.
de iure primogen. quaest. 60. n. 1. sq. & quaest. 17. opin. I. p. 376.
146. L. XIII. obl. 24.

a) *SENECA.* controu. L. VI. 3.

b) *TIRAQVELLVS.*

c) *CYACIVS.*

d) *MYNSINGERVS.* IV. obl. 33.

ex l. 5. D. fam. ercisc. & l. 2. C. quando & quibus quarta pars, est demonstratum.

Deinde hoc etiam difficultate caret, si maiores, scientes, in diuifione partes inaequales constituerint, ut lucrum victori relinquatur, & res forte finiatur, nullam esse laefionem, qua scientem & consentientem affecerit fortuna. Hoc enim ex VLPIANO inprimis, l. 145. D. de reg. iur. & aliis compluribus magistris nostrae artis, supra §. 4. huius libelli p. 20. comprobauimus. In his certe speciebus res sententia & transactione videtur definita, quae si interuenerit, frustra de rescissione aut emendatione cogitatur; quod aiunt SEVERVS & ANTONINVS l. 1. C. fam. ercisc.

Extremo, si conuenerit, ut partes iustae per diuifores antea constituantur, & deinde, constitutis partibus, illarum assignatio forti sit permilla, non potest esse obsecrum, huic conuentioni easdem exceptiones, quae aliis diuifionibus obiciuntur efficaciter opponi posse. Finge igitur, diuifores vel quaedam plane non in partes retulisse, vel dolo aliquod surripuisse, vel altera portione thesaurum, a parente depositum, recondi: certe per doli, aut erroris allegationem efficiemus, ut diuifio inique facta emendetur. Hoc enim ex l. 3. C. commun. vtriusque iudic, ex l. 22. pr. D. fam. ercisc. ex l. 25. §. 20. eod. §. 3. & 4. huius scriptionis p. 13. & 21. copiose ostendimus. Neque enim, dum fortitionem elegerunt coheredes, de dolo, aut fraude, aut illis rebus ac thesauris, de quibus non constabat, transegerunt, sed partes iustas fieri omnino voluerunt. Atque ita video etiam BALDVM ^{e)} & PINELLVM ^{f)} & FACHINEVM ^{g)} & SAMVVL DE COCCEII, ^{h)} respondisse.

Ne igitur confidant aduocati hic diuifionibus, nisi clientes etiam de laefione transegerint, aut sententiam iudicis impetrauerint, qua tota communio sublata, & diuifio confirmata sit. Hoc enim & imperator suauit, l. 1. C. fam. ercisc.



T 2

LXI.

^{e)} BALD. ad l. 3. C. commun. vtriusque iur. ^{f)} PINELLVS ad l. 1. C. de rescind. iudic. ^{g)} FACHIN. controu. iur. L. VIII. c. 36. p. 659. sq. ^{h)} COCCEII iuris controu. L. IX. tit. 2. quæst. 9. p. 546.

DE DONATIONE
RERVM MORTVARVM.

VITEMBERGAE, DIE XXIV. NOV. A. Q. S. P. EST. CIO 15 CC XXXXIII.

Eleganter MARCELLVS, cum de *donationibus inter virum & uxorem* disputaret, L. 7. digestorum, observauit, quae uxori a marito data sint, vt in *vinguenta & res mortuas* impenderentur, efficaciter donata esse, ideoque repeti non posse: & addit VLPIANVS, etiam si maritus lancem uxori ad eandem causam dederit, & mulier, reventa lance, sua pecunia emerit vinguenta, cessare repetitionem; cum vxor, quae tantundem in *rem mortuam* impenderit, non locupletior facta esse videatur. l. 7. §. 1. D. de donat. inter vir & vxor.

Quae vt intelligantur, vacat rem ab origine repetere, vt de *donatione rerum mortuarum*, vel prohibita, vel legibus permilla, certi aliquid constituamus. Neque enim facilius labimur in causis iudicandis, quam vbi *temperamentum* illud quaeritur, quo recte facta atque ipsum *studium virtutis* a vicio & leuitate seiungantur. Hoc videtur CELSVS cogitasse, cum de *donationibus coniugum*, inprimis de impensis in res vxoris a marito factis, iudicaret. Ait enim, non certa regula comprehendi posse, sed ex *modo & genere impensae* aestimandum esse, verum maritus *contra SCrum* aliquid donasse, an, *officio mariti ductus*, iuste pecuniam in rem vxoris impendisse videatur. l. 47. D. de donat. inter vir. & vxor.

Neque tamen recte definiemus illud discrimen *martialis officii*, & *prohibitae donationis*, nisi obseruauerimus causas illas, quibus adducti maiores noluerunt, *donationem inter coniuges valere*. Nimirum VLPIANVS, receptum esse, ait, vt cessarent donationes inter virum & uxorem, ne mutuo amore *spoliarentur* coniuges, *profusa* inter se *facilitate*, l. 1. D. de donat. inter vir. & vxor. Sed SEXTVS CAECILIUS, apud PAVLLVM, adii-
cit, euenturum esse, vt *venalitia* essent *matrimonia*, si donationes inter coniuges admitterentur. l. 2. D. eod. Luculentissime autem oratione ANTONINI expressum est, amorem honestum solis animis aestimandum esse: ideoque prohiberi donationes *coniugum*, vt *famae coniunctorum* consulatur:

ne



ne concordia pretio concilari videatur: neue melior in paupertatem incideret, deterior vero ditior fieret, & patrimonium augetur. l. 3. pp. eod. Ex quo loco apparet, non id praeceptum esse a maioribus, ut mariti deservent officium suum, ut desinerent uxores blande & liberaliter tractare, aut ipsis apparatus vitae iucundioris & quasdam etiam delicias subministrare, sed ne insidiarentur coniux coniugis fortunis, neue contradicerent aliquid uxores cum incommodo & damno maritorum, neue quid aucuparentur ex opibus coniugum, quod ad augendas res privatas & patrimonium uxorum amplificandum pertineret.

Quae cum ita sint, secundum Celsum, ut supra diximus, ex ipso modo & genere impensae non difficilis erit coniectura, utrum quis ductus officio mariti, an profusa facilitate, aliquid in res uxoris impendisse videatur. Ut enim de genere impendii inprimis exponamus, res ipsa loquitur, non profus abesse ab officio mariti, aut illicitam censeri coniugis donationem, quae illud duntaxat efficiatur, ut sumtu vxor liberetur, ut commoditate quadam vitae atque suauitate perfruatur, sed hoc vnum prohibitum videri, ne illa quae a marito profecta sint, pretio vendantur, neue ex rebus illis, quae eius deliciis destinatae sint, patrimonium uxoris augeatur, neue ad res eius & fortunas accessio quaedam fiat ex mariti liberalitate. Vlpianus quidem certe, illam demum donationem impediri, ait, quae donantem non solum pauperiorem, sed accipientem etiam locupletioreni factura videatur. l. 5. §. 8. D. de donat. inter vir. & vxor. Neque vero vxor censetur confestim facta locupletior, si rem ipsi maritus emerit, quam alias ipsa vxor suis sumtibus comparatura fuisset. Quamvis enim in aliis causis, quod Marcianus docet, etiam ille, qui sumtibus suis propter alterius liberalitatem parcat, & rem ex beneficio donandis accipit, quam ipse emere fortasse debuisset, non solum non pauperior sed etiam locupletior factus esse iudicetur, l. 47. §. 1. D. de solut. tamen liberalius inter coniuges actum, & ad officium mariti pertinere visum est, ut uxorem onere sumtus faciendi aliquando leuet, ipsique iucunditatem aliquam sine eius impendio procuret. Aperte enim Vlpianus, non ideo, ait, locupletioreni fieri uxorem, quod rem ipsi necessariam, aut ab ipsa emendam, donauerit maritus, quamvis sumtu leuata videatur. l. 5. §. 8. D. de donat. inter vir. & vxor. Ideoque si vxori suae monumentum purum, magni pretii, donauerit, quod vendi non possit, sed postea religiosum fiat, vel si ad refectorem aedium incendio consumptarum pecuniam ipsi dederit, vel si mulieri, propter suas causas necessarias iter facienti, aliquid, expensarum nomine, soluerit maritus, secundum Paulum atque Vlpianum, efficaciter censetur donauisse. l. 5. §. 8. l. 14. l. 21. D. eod.



Ex his igitur, quae adhuc disputata sunt, intelligitur, cur Marcellus doceat, si quid in *unguenta* & *res mortuas*, vxoris causa, impenderit maritus, ratam esse liberalitatem, ut reuocari haec donatio non posse videatur. l. 7. §. 1. D. de donat. inter vir. & vxor. Enimvero disputatione vix indiget, *res mortuas & morientes* dici, quae quamuis iucunditatem aliquam praesentem pariant, tamen perdurare non possint, sed *mox expirent*, atque extinguantur, ut *fructum aliquem & vestigium sui non relinquant*. Ita *dies moritur* apud STATIVM poetam ^{a)}, qui consumitur nunquam rediturus. Ita *dies occisus & mortuus*, & *sepulcro conditus*, & *combustus*, esse dicitur apud PLAVTVM, ^{b)} qui nugis & comportionibus consumtus, ut fructum ex illo nullum habeamus. Eadem fere forma *res occisa* dicitur, quae perdita sit, ut spem sustentare & fructum parere non possit. ^{c)} Imo vero *sermo deliciarum & desidia*, ^{d)} item fama & memoria beneficiorum, ^{e)} denique & plausus hominum ^{f)} *moritur*, apud TVLLIVM, cum haec talia sine fructu plerumque tandem deficient, & extinguantur. Sic denique

— — Vitio moriens sitit aeris herba ^{g)}

Atque exustus ager morientibus aestuat herbis, ^{h)}

& cadit

— — — — — supremi

Flos prati moriturus, ense postquam

Tactus praetereuntis est aratri. ⁱ⁾

Moriuntur enim, quae cum aliquando, ut flores & herbae, aspectu suo & suauitate nos delectauerint, mox evanescent, atque pretium amittunt. Eadem comparatione VLPIANVS litem *mortuam* appellat, quam debitor in fraudem creditorum data opera *perdidit* & *neglexit* & *consumsit*, ut nihil ex illa perueniat ad creditores. l. 3. §. 1. D. quae in fraud. cred. quod BARNABAS BRISSONIUS ^{k)} obseruat. Ad eundem fere modum, *litem mortua* rem nullam esse, illamque extingui, PAVLLVS dixit. l. 2. D. iudicat. solu. cum ex illa nihil amplius speretur, quod aëtori possit prodesse. Eodem sensu PAPIRIVS FRONTO, atque MARCIANVS, *peculium*, ut homines, nasci, crescere, tandem, cum omnis res & spes consumpta sit, *mori*

^{a)} STATIVS lib. IV. sylu. 6. v. 3. Iam moriente die rapuit me coena benigni vincticis. ^{b)} PLAVT. Menaechn. act. I. sc. 2. v. 43. 45. ^{c)} PLAVT. Menaechn. act. III. sc. 2. v. 46. ^{d)} CIC. pro Coelio. p. 31. n. 76. ^{e)} Id. post redit. in Sen. c. 2. n. 3. ^{f)} Id. ad Attic. II. 34. 5. ^{g)} VIRG. ecl. 7. n. 57. ^{h)} VIRG. I. georg. v. 107. ⁱ⁾ CATVLL. carm. XI. v. 22. ^{k)} BRISSON. de verbor. signif. voce: mori. p. 659.

mori censuerunt. l. 40. pr. D. de pecul. Sed maxime *unguenta*, quod PLINIVS *secundus*, ^l atque ex illo CUIACIVS, ^m observavit, *illico expirant & suis moriuntur horis*, cum, contra, vestes & gemmae perdurent atque ad heredes transmittantur.

Sed ex hoc quidem loco iudicabimus, quid inter res *viuas* atque *mortuas* discriminis intersit. Margaritas enim & gemmas & vestes pretiosas, *quasi viuas*, PLINIVS rebus *morientibus* opponit, quod illae, quamvis ad usum hominis adhibitae, *retineat aliquod pretium*, adeoque, etiam post mortem domini, cum bonorum universitate ad heredes transeant, & spem temporis futuri contineant, & superstites futurae videantur; cum contra res *mortuae*, ut flores & unguenta, si semel ad voluptatem hominis accommodatae sint, *pretium amittant*, & fructum aliquem in posterum non pariturae sint, adeoque in patrimonio postea non computentur.

De his igitur recte MARCELLVS iudicavit l. 7. §. 1. D. de donat. inter vir. & vxor. valere donationem rerum mortuarum, cum ex illis vxor non locupletior fiat, sed praesenti tantum voluptate perfruatur. Haec enim impendia non minus accurate PAVLLVS l. 10. D. de impens. in res dotal. fact. & l. 79. D. de verb. signif. a rebus utilibus seiungit, cum *utilia* quidem rem meliorem faciant, & patrimonium augeant, ideoque, secundum SABINVM l. 11. §. 1. D. de impens. in res dot. fact. vxori efficaciter a marito donari non possint, *voluptaria* vero, quorum appellatione etiam res mortuae plerumque continentur, ad suavitatem praesentem duntaxat, aut ad speciem ornandam pertineant, & si non extent, & tolli non possint, *pro nullis* habeantur.



DE DIVISIONE NOMINVM

IN

IVDICIO FAMILIAE ERCISCVNDAE

INTERDV M NECESSARIA.

AD L. III. D. FAMIL. ERCISC.

VITEMBERGAE, DIE DECEMBR. A. Q. S. P. EST. CIO IO CG XXXXIII.

L. III. D. Famil. erciscund.

GAIVS L. VII. ad edictum provinc.

Plane *ad officium iudicis* nonnunquam pertinet, *ut debita & credita singulis pro solido*, aliis alia, *attribuat*: quia saepe & solutio & actio partium non minima incommoda habet. Nec tamen scilicet haec attributio illud efficit, *ut quis solus totum debeat*, vel totum alicui soli debeat; sed *ut*, siue agendum sit, partim suo, partim procuratorio, nomine agat; siue cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio, nomine conveniatur. Nam licet libera potestas maneat creditoribus, cum singulis experiundi; tamen & his libera potestas est, suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata sunt.

§. I.

Diuidia.
lurgium.

*E*tiam archipirata, quod TVLLIVS ^{a)} ait, *nisi aequabiliter praedam dispertiat*, aut interficitur a sociis, aut certe relinquitur. Contra, cum *aequalitatis* studium in *communibus rebus diuidendis* ista sit particula iustitiae, sine qua ne quidem illi vivere possunt, qui scelere & maleficio pascuntur; aequabilitas in partiendo multis magno honori fuit: ideoque *propter aequabilem praedae partitionem* BARDYLIS ILLYRIVS latro magnas opes habuit, & multo maiores VIRIATVS LVSITANVS, cui etiam exercitus Romani, donec a C. LAELIO frangeretur, propter opinionem *iustitiae* & potentiam inter latrones adquisitam, aliquoties cesserunt. ^{b)}

Vide.

a) c. c. off. II. c. II. test. 40.

b) Id. ibid.



Videbatur enim, vt diximus, haec in *partitionibus* iustitia, cuius fruendae causa homines in ciuitates coiuuerunt, in hac communione, qua utimur, tam necessaria, vt, nisi illa in omni genere vitae coleretur, iungituro societates & contrahi negotia non posse censerentur.

Sed, cum plerique aegrius decedant de loco, quem obtinuerunt, & commoditatem illam, qua adhuc vsi sunt, difficillime dimittant, illamque sibi non sine indignatione extorqueri patiantur, hominum cupiditas effecit, vt haec ipsa *necessitas diuisionis* non exiguam habeat difficultatem, & *partitio aequabilis* non minus plerumque rixarum & dissensionum pariat, quam ipsa *communio*, a qua disceditur per *diuisionem*. Eleganter, quidem ROMAEIVS FESTVS ^{c)} *diuidiam*, quam a *diuidendo* dictam esse omnes nouimus, *discordiam*, NONIVS MARCELLVS vero, ^{d)} *diuidiam*, quasi tristitiam, glossa verus *diuidiam*, ἐπὶ ἀχθῆται, ἀχθῆται, *offensam*, *molestiam*, *dissensionem* esse, interpretantur; quia vel illi qui dissentiunt, in diuersas partes discedunt, atque diuiduntur, vel omnes *diuisio* cum quodam incommodo & difficultate maxima coniuncta est, adeoque continet *materiam offensarum* & *dissensionis*, hinc socios sollicitos & suspensos tener, vt, si aliquid alteri detrahatur in *partitione*, vtrinque pungatur animi atque in diuersas partes distrahantur. Sed iustam quidem *Festi* interpretationem esse, qui *diuidiam* quasi *discordiam* appellari docet, etiam PLAVTVS ^{e)} mihi persuadet, apud quem Nicobulus, cum a Chrysale deceptus esset, adeoque causam cum illo *rixandi* & conquerendi habere sibi videretur,

Nimio, ait, illaec res est magnae diuidiae mihi,

Subterfugisse sic mihi hodie Chrysalum.

Ex quo loco intelligitur, *diuidiam* esse aegritudinem animi, quam maxime ex inuidia & rapacitate aduersarii, cum rixa & altercatione, contrahamus. Videntur hoc *germani* etiam sensisse, qui, cum hominem *rixosum* & *incontinentem* auerlantur, & sibi cauent ab illius iniuria & acerbitate, communi vsu loquendi & consueta formula, dicunt, *se nolle cum illo communi diuidundo experiri*, Ich mögte nichts mit ihm zu theilen haben.

Sed, vt reuertar ad Romanos, quoties de re *communi diuidenda* agebatur, si non lites & odia, certe *iurgia* & contentiones nascebantur, quae fratrum etiam concordiam plerumque perturbabant, & non sine magna cautione a iudice aut arbitris perimebantur. Proprie enim *iurgium* dicitur, controuersia inter *personas coniunctas*, vt coheredes aut confines, agitata. PAPINIANSVS quidem, si de communi hereditate controuersia fuerit, *iurgium*.

^{c)} FESTVS de verbor. signif. v. *Diuidia*. sermon. cap. 2. n. 254. v. *Diuidiae*.

^{d)} NON. MARCELLVS de propriet. ^{e)} PLAVT. Bacchid. act. IV. sc. 4. c. 1.



gium a iudice perimendum esse, ait l. 57. D. fam. ercisc. & VALENTINIANVS, THEODOSIVS & ARCADIVS peragendam esse aiunt intentionem iurgii finalis inter confines, l. 5. C. fin. reg. vt intelligatur, non facile sine simultate controuersias de rebus communibus diuidendis distrahi & extricari. Hoc vnum tamen, si M. TULLIVM f) audiamus, inter litem & iurgium interest, quod beniuolentia non lis, sed iurgium, inimicorum vero contentio lis esse videatur: ideoque lex putat, iurgare inter se vicinos, non litigare. Eodem fere sensu apud PABINIANVM, inter coniuges, quorum societas merum mel redolere debet & animorum conspiratione inprimis continetur, iurgio tamen locus est, & vxor interdum digreditur & reuertitur post iurgium l. 27. D. de pact. dotal. l. 31. D. de iure dot. Ita ille apud FLAVIVM g)

— — Iurgio tandem vxorem abegit a ianua.

& ne Iupiter quidem Iugoni semper parcit, quin illam obiurget aliquando, apud VIRGILIUM MARONEM h)

Quae iam finis erit, coniux, quid denique restat?

Vltius tentare veto.

Nimirum facile etiam inter bonos, cum quilibet interdum sibi modum ex sua duntaxat cupiditate constituat, res in controuersiam adducitur, vt iurgium illud de rebus communibus plerumque cum aliqua dissensione coniunctum esse videatur.

Quae cum ita sint, Romani non solum aequitatem inprimis & moderationem animi suaserunt illis, qui rem communem habent, & communi diuidendo inter se experiuntur, l. 3. C. commun. utr. iudic. l. 4. C. commun. diuid. l. 11. & 14. C. fam. ercisc. sed etiam iudicibus & arbitris, in illis controuersis, in quibus de re communi disceptatur, amplissimam laxissimamque potestatem esse voluerunt, de qua proxime locus erit exponendi.

§. II.

Diuisio ita Nimirum difficiles sunt iudicis aut arbitri illius partes, qui inter co-
facienda est heredes aut condominos ius dicere suscepit, vt res communes aequabili par-
ne res diui- titione diuidantur. Sed inprimis in illis rebus, quae commode in partes diui-
sa sit inuti- di non possunt, inuidia singulorum & aemulatio, quae plerumque inter so-
lis. Diuide- cios & communium rerum possessores interuenire solet, efficit, vt, quo se
re interdum idem est ar-vertat, iudex inuenire propemodum non possit. Neque enim Q. FABIVM
que assigna- re aut adiu-
dicare. In- dicare. In-
sardum ali- sardum ali-

f) C. C. fragm. de republ. IV. ex edit. Verburgii. T. X. p. 3960.
 Menaeum, act. 1. sc. 2. v. 18.

h) VIRG. aen. XII. v. 793, & 805.

g) FLAVT.



LAREONEM quisquam recte imitabitur, qui, cum a rege Antiocho, armis a se superato, ex isto foedere *partem nauium dimidiam* accipere deberet, cauillatione facta, naues omnes *secuit*, vt tota classe Antiochum priuaret. Haec enim *vafre* dicta atque facta esse, opportune VALERIUS MAXIMVS ¹⁾ obseruat. Neque vero in re communi *diuidunda* arbiter SALOMONIS iudicium comodo sequetur, qui, periclitaturus animum matrum, cum duae meretrices de partu disceptarent, & quaelibet illum suum esse contenderet, hunc quidem *medium secari* iussit, & singulis patrem attribuit, donec vera mater intercederet, & sobolem suam totam alteri adiudicari postularet. ²⁾

Enimvero recte POMPONIUS apud VLPIANVM l. 22. §. 1. D. *fam. erisc.* obseruauit, interdum *necessitatem* praecipere, vt res tota vni aut pluribus *adiudicetur*. Ideoque iudex idoneus vel vnique coheredum certam partem assignabit, vel, admissa licitatione, *vni rem integram adiudicabit*. d. l. 22. §. 1. Sed generaliter ALEXANDER, si res *commode diuidi non possit*, aestimatione facta, *vni rem adiudicari*, illumque, cui res adiudicetur, reliquis pecunia damnari, iussit. l. 3. C. *commun. diuid.*

Igitur in his fere causis videbitur officium iudicis, qui *res communes diuidit*, maxime *adiudicationibus* & *condemnationibus* absolui. Et recte quidem iudex, si res singulas singulis *adiudicauerit*, dicetur res *communes diuississe*. Plerumque enim apud veteres, qui res inter plures *diuidunt*, non singulas dissecant, & *dimidiatas* distribuunt, quod plerumque molestum est, sed *singulis singula corpora assignant*. Hac forma enim VLPIANVS l. 7. §. 12. D. *commun. diuid. pignus* inter creditores *diuidendum* esse, ait, vt illud, aestimatione facta, *vni assignetur*. Frequentius certe *diuini* dicuntur corpora, quae singula singulis adiudicantur, non, quae dimidiata per plures distrabuntur. Ita fere

Diuisae arboribus patriae,

apud VIRGILIUM MARONEM, ¹⁾ id est, sua cuique generi arborum patria ab ipsa natura parente *assignata*. Ita ille apud HORATIUM FLAGRVM ²⁾

Hesperia sopes ab vltima

Caris multa sodalibus

Nulli plura tamen *diuina* oscula

Quam dulci Lamiae

V 2

Neque

¹⁾ VALER. MAXIM. rer. memorat. L. VII. c. 3. n. 4. in fine. ²⁾ 1 Reg. 3. v. 25.

³⁾ VIRGIL. II. georg. v. 117. ⁴⁾ HORAT. I. carm. XXXVI. v. 5 sq.



Neque vero singulis *dimidiata*, aut *diuidua*, quod PLAVTUS ⁿ⁾ ait, sed cuique *integra* oscula *diuisit*. Est etiam, apud SENECA ^{o)} nulla vxor tam misera & sordida, cui sufficiat vnum par adulterorum, sed *singulis horas diuidit*, quamuis dies omnibus non sufficiat. Sed apparet, dici illam singulis *horas* diuisisse, quae *singulis horas integras attribuit*, in quibus turpitudini vacaret. Sic apud M. TYLLIVM ^{p)} *agri virilini diuiduntur*, atque ille apud ^{q)}

Petit caesariem, grataque foeminis

Imbelli cithara carmina diuidit:

id est, singulis viris agri singuli, singula carmina singulis foeminis subinde assignantur.

Hanc igitur formam secutus arbiter, quod VLPIANVS ait, vel singulis singula, vel, si necessitas postulet, omnia *adiudicabit vni*, qui reliquis pecunia condemnetur. l. 22. §. 1. D. *fam. ercisc.* Haec ipsi necessitas interdum a testatore imponi potest, si ille moriturus bona inter heredes diuisit. DIOCLETIANVS enim iubet arbitrum, diuisione facta, *patris voluntatem sequi*, in *adiudicando*, si ille cuiquam specialiter res quasdam assignauit. l. 21. C. *fam. ercisc.* Interdum vero res ipsa adiudicationem postulat, si res *diuidi* non possit. l. 3. D. *commun. diu.*

Imo vero etiam praeter *necessitatem*, si aliqua *commoditas & utilitas* hoc suadeat, vt res integrae potius ad vnum perueniant, quam vt diuulsae, & distractae in partes, corrumpantur, iudex in rebus *diuidendis*, quod *omnibus utilissimum* est, aut quod malint litigantes, maxime sequetur. Hoc enim VLPIANVS praecipit, l. 21. D. *commun. diuid.*

Ceterum, in *vniversalibus iudiciis*, quomocunque tandem res *communes diuidantur*, illud expeditum est, iudicem *nihil debere indiuisum* relinquere, si VLPIANVM audiamus, l. 25. §. 21. D. *fam. ercisc.* Ipsa tamen necessitas aliquando videtur efficere, vt neque res *diuidi per partitionem* possit, neque *vni* commode adiudicari. Haec talia igitur, secundum LABEONEM atque GAIVM, *in medio relinquenda sunt*. l. 4. §. 3. & l. 5. D. *fam. ercisc.* Constat enim, hoc in illis rebus obtinere, quae *omnibus necessariae sunt*, & quibus ne singuli quidem carere possunt, sine magno detrimento. Haec instrumenta *necessaria* igitur, vt *cautiones hereditariae* & *tabulae ipsius testamenti*, singulis non attribuuntur, sed interdum *in medio relinquuntur*, certe diuidi non possunt, ideoque, vel illi, qui ex maiori parte heres sit, *praestita cautione*, de tabulis, si res exegerit, exhibendis, commendari possunt, vel, vt tanto facilius pereant, apud *amicum* vel

ⁿ⁾ PLAVT. rudent. act. V. sc. 3. v. 52 sq. de senect. c. 10.

^{o)} SENECA. III. benef. 16.

^{p)} CICE.

^{q)} HORAT. L. I. carm. XV. v. 14 sq.

vel in publico quodam loco deponuntur. l. 4. §. 3. & l. 5. D. fam. ercisc. Hanc fere rationem improbe secutus est ille, quem ante commemoravi, Q. FAEIVS LABEO, qui, si M. TVLLIO, ¹⁾ & VALERIO MAXIMO ²⁾ fides est, arbiter Nolanis & Neapolitanis, cum de finibus regundis contenderent, a senatu datus, ubi ad locum illum uenit, cum utriusque separatim locutus est, ne cupide quid agerent, ne appetenter, atque ut regredi, quam progredi, mallent. Quod cum utrique fecissent, aliquantum agri in medio relictum est: quapropter LABEO illorum fines, sicut ipsi dixerant, terminauit, in medio relictum quod erat, populo Romano adiudicauit. Sed decipere hoc quidem est; non iudicare. Plerosque tamen, etiam post religiosissimam iudicis sententiam, fortuna decipit, si res quaedam indiuisa in medio relinquatur. Igitur, praeter inextricabilem necessitatem, boni & innocentis viri officium, quod ULPIANVS l. 4. §. 1. D. fam. ercisc. appellauit, vix permittet, ut aliquid in medio indiuisum relinquatur.

§. III.

Igitur, si regulam sequamur, nihil indiuisum manet in hereditate, sed vel rerum singularum partes coheredibus singulis attribuendae, vel res tota adiudicanda est uni, qui reliquis pecunia damnetur. Sed decemviri tamen in nominibus hereditariis cessare voluerunt arbitrium iudicis, cum haec ipso iure inter heredes diuisa videantur. Ita enim illi in fragmentis, apud IANVM VINCENTIVM GRAVINAM, ¹⁾

Lege XII. tabularum constitutum est, ut nomina inter coheredes ipso iure diuisa sint. Ideoque nomina adiudicationem vix admittunt.

„Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis erecta, cita sunt,
„Ceterarum familiae rerum erecto, non cito, si volent, heredes erectum
„cirum faciunt: praetor ad erectum ciendum arbitros tres dato.”

Et obtemperauit decemviris imperator GORDIANVS, qui, l. 6. C. fam. ercisc. ea, quae in nominibus sint, non recipere diuisionem, ait, cum, ipso iure, in portiones hereditarias, ex lege XII. tabularum, diuisa esse videantur. Neque minus luculenter DIOCLETIANVS, qui, euidentissime, inquit, huic rei lex XII. tabularum heredes facit obnoxios, ut creditoribus hereditariis ab ipsis satisfiat. l. 7. C. de hereditar. action. Sed VALERIANVS atque GALLIENVS quidem in personalibus actionibus hoc inprimis admiserunt, cum manifesti & indubitati iuris sit, actionem personalem inter plures heredes creditoris, ex lege XII. tabularum, diuisam esse: ut officio iudicis in diuidendis actionibus carere posse videamur. Solam enim pignoris persecutionem imperatores exceperunt, cum pignus in solidum unicuique teneatur. l. 1. & 2. C. si vnus explur. hered. Certe in pecuniae certe

V 3

pra-

¹⁾ etc. l. off. c. 10.
de iur. natural. gent. & XII. Tab. V. pag. 277.

²⁾ VALER. MAX. l. VII. c. 3. n. 4.

³⁾ GRAVIN.

promissione, quae & ipsa *personalem* actionem parit, PAVLLVS eandem regulam secutus est, ideoque & *petitionem* & *solutionem* certae pecuniae promissae ad creditoris atque debitoris heredes *pro portionibus hereditariis* pertinere docuit, l. 85. §. 1. D. de *verb. oblig.* Ex quo loco apparet, actiones, quibus creditum petatur, non solum heredibus, sed etiam contra heredes, pro parte illa, ex qua heredes fuerint, ipso iure competere, & hoc solum inuestigandum esse, ad quam partem hereditatis vel creditoris vel debitoris heredes vocati sint, qui agant vel conueniantur, quamuis nondum diuiderint hereditatem.

Sed ita quidem de *personalibus actionibus* PAVLLVS iudicauit. Imo vero generaliter idem PAVLLVS de omnibus *nominiibus hereditariis* praecepit, ut, si nihil in corporibus, omnia in nominibus consistant, quae a defuncto relicta sint, *familiae erciscundae iudicio locus esse non possit.* l. 25. §. 1. D. *fam. ercisc.* In eandem sententiam respondit VLPIANVS, qui l. 2. §. 5. itemque & l. 4. pr. D. *fam. ercisc.* quae cum priore cohaeret & vno spiritu legenda est, *nomina*, inquit, non veniunt in iudicium *familiae erciscundae*, sed ceterae res, praeter nomina, ab arbitro subinde diuiduntur.

Sed hi quidem videntur nullas omnino actiones aut petitiones excipere, sed abscisse omnia nomina, siue in rem siue in personam formula concipiantur, singulis heredibus tribuere, ut *pro portione hereditaria* & conueniri debeant, & experiri possint. Enimvero decemuirale illud praeceptum, ut nomina ipso iure inter coheredes diuisa esse censeantur, tam benigne acceptum est, & tam late patuit, ut in omnibus rebus & oneribus hereditariis hoc obtineret. Idem enim, quem antea commemoravi, PAVLLVS, alio loco, itemque VLPIANVS, docuerunt, omnes pecunias ex rebus hereditariis redigendas aut redactas, *pro portione hereditaria singulis competere*, ut in illis rebus diuisiones & adiudicationes superuacuae omnino iudicentur, l. 38. D. *fam. ercisc.* l. 51. pr. D. *eod.*

Quae cum ita sint, coheredes quidem omnes eadem actione, sed pro sua quisque parte hereditaria, experientur, & singuli eadem actione, quamvis ex diuersa parte, a creditoribus conueniuntur. Neque aliquem mouebit, quod idem Paullus docet, plures, qui eandem actionem habeant, vnius loco in iudicio haberi. l. 9. D. de *act.* Hoc enim inter viuos interdum obtinet, si plures idem negotium commune contraxerint, aut plures vnius viui & superstitis negotia administrauerint, ut hi aliquando pro vna persona habeantur: sed mortuorum heredes in nominibus ipso iure diuisas, & diuersas rationes habent, & pro parte hereditaria agunt & conueniuntur.

Igitur dicemus, ex lege decemuirali, partem crediti & debiti, ad quemlibet coheredum, pro portione hereditaria ipso iure pertinere. Ex quo fonte deducitur, si vnius coheredum partem suam a debitore acceperit, alter

alter, postquam debitor deserit soluendo esse, nihil consecutus sit, primum non teneri, ut cum secundo illud *communicet*, quod ad ipsum peruenerit a debitore. l. 31. D. locati, l. 12. C. depositi. Hoc enim in societate duntaxat receptum est, ut, si vnus sociorum partem suam consecutus sit, alter minus acceperit, actione pro socio, propter summam aequitatem portiones, crediti ab altero accepti exaequantur. l. 63. §. 5. D. pro socio.

Neque locus erit dubitationi, quin actio ab vno coheredum, pro portione hereditaria, aduersus debitorem instituta, non profit coheredi ad praescriptionis tempora interrumpenda, si alter tempus illud extrahi & elabi patiatur: cum, quae ipso iure diuisa sint, ut debita hereditaria, figillatim praescribantur & separatis actionibus petantur. ^{u)}

Contra in debitis, seu passiuis nominibus, si vnus coheredum designat soluendo esse, alter debitum pro portione hereditaria soluerit, expeditum est, hunc, qui soluerit, portione deficientis, qui deserit soluendo esse, non posse onerari: cum, quantum ad nomina attinet, si regulam sequamur, coheredes ipso iure separatas rationes habeant, & singuli pro sua tantum parte teneantur. l. 33. pr. D. de leg. 2. Hoc enim erudite FRANCISCUS BALDVINVS ^{x)} & CVNRADVS RITTERSHVSIVS ^{y)} exposuerunt. Ex his igitur intelligitur, nec diuidi nomina inter coheredes, sed ex lege decemuirali per se diuisa esse, neque regulariter ad officium arbitri pertinere in familiae erciscundae iudicio, ut nominum partem heredibus singulis attribuat, neque adiudicationi locum esse in nominibus, ut vni coheredum debitum aut creditum in solidum attribuat; cum adiudicationes in iudiciis diuisoriis duntaxat, quae ad nomina non pertinent, subinde admittantur, sed nomina actiua & passiuia ipso iure sint diuisa inter coheredes.

§. IV.

Igitur, ut diximus, si decemuiris obtemperamus, ipso iure nomina inter coheredes diuisa sunt, ut singuli pro portione hereditaria & agere, & conueniri possint. Verum, hoc non esse perpetuum, sed interdum, ob necessitatem, aut certe ob utilitatem aliquam insignem, uti res ceteras, ita etiam nomina hereditaria vni coheredum aut adiudicari, aut imponi, res ipsa facile ostender. <sup>Necessitas interdum co-
git iudicem
ut nomen
actiuum aut
passiuum in-
primis ex re-
staroris vo-
luntate vni
adiudicet, aut
imponat. Ne-
adque tamen
creditoribus
hoc nocet. Is
cui nomen</sup>

Enimvero PAPINIANVM audiamus, qui l. 77. §. 18. D. de leg. 2. nomina interdum per diuisionem vni obtingere & assignari, ait. Et magis luculenter GAIVS noster, quem interpretamur, l. 3. D. fam. ercisc. plane

^{u)} Vid. DE BERGER. resol. Lauterbach. p. 166. XIII. tabul. c. 32. p. 157.

^{x)} FR. BALDVINVS ad hoc nocet. Is cui nomen
^{y)} CVNRADVS RITTERSHVSIVS in dodec. cui nomen
estelt. seu comment. ad XIII. tab. class. III. c. 23. p. 157.



passuum se ad officium iudicis nonnunquam pertinere, docet, ut debita & credita singulis pro solido, alia aliis, attribuantur. Sed apertissime SCAEVOLA in *cauonem* legibus illis geminis, l. 1. & 14. D. de *distract. pign.* arbitris diuidendae hereditatis hanc potestatem facit, ut *nomina* quoque *communium debitorum* separatim diuersa singulis in solidum assignent: quo facto vnumquemque & ab his eorum, debitore sibi addicto cessante in solutione, pro solido pignus, sub hoc actione com nomine obligatum, vendere omnino posse arbitrat. d. l. 11. & 14. D. *de distract. pign.*

ad soluen- dum. Non Igitur operae pretium fuerit, inuestigare, primo, quae necessitas in primis cogat iudicem, ut nomen hereditarium vni coheredum, exclusis reliquis, assignet. Et constat quidem, voluntate testatoris maxime, iudici imponi hanc necessitatem posse, ut vni aut singulis debita aut credita ab ipso in solidum attribuantur. Disputatione enim vix indiget, permitti testatoribus, & in primis patri, ut nomina, actiua maxime, vel vni vel singulis attribuant in iudicio supremae voluntatis. PAPINIANVS enim l. 32. D. fam. *ercisc.* tractauit de parente, qui, vice diuisionis, actiones heredibus dederit, illasque distribuerit inter coheredes. Et imperator ANTONINVS l. 1. C. de *except.* habet creditorem, qui, non omnibus, sed quibusdam duntaxat heredibus adscripserat nomen debitoris sui. Neque vero a iuris regula defecit ANTONINVS, dum rescripsit, quamuis debitores hereditarii vnicuique coheredum pro portione hereditaria, antiqua lege, obligati sint, tamen debitorem efficaciter illis soluere posse, quibus nomen illud adscriptum sit a creditore: ideoque, si reliqui coheredes, qui ab hoc nomine exclusi sint in testamento, nihilominus ipsi etiam pro parte hereditaria egerint aduersus debitorem, hunc quidem exceptione *doli mali* defendendum esse, cum omnes voluntatem testatoris agnoscere cogantur. d. l. 1. C. de *except.*

Habes primum officium iudicis, ut defendat debitorem, qui, secutus voluntatem testatoris, debitum exsoluerit vni coheredi, cui illud assignatum erat in suprema creditoris voluntate.

Neque tamen ibi substiterunt interpretes, sed interdum etiam singulis expresse assignauerunt credita ex defuncti voluntate. Hoc enim expeditum esse, ait VLPIANVS, ut, si vni ex heredibus nomen legatum, id est, a testatore assignatum sit, hoc ille iudicio familiae *erciscundae* consequatur. l. 4. pr. D. fam. *ercisc.* Neque vero coheres consequi legatum potest in hoc iudicio, nisi nomen ipsi a iudice, facta adiudicatione, assignetur.

Apparet igitur, nomen actiui, etiam antequam illud a debitore solutum sit, officio iudicis vni ex testamento efficaciter adiudicari, & non prorsus exulare partes iudicis, in nominibus actiuis diuidendis. Neque vero hoc cuiquam mirum videbitur, qui cogitauerit, pertinere ad officium arbitri

arbitri in hereditate diuidenda, vt in primis *parentis & testatoris iudicium sequatur*. Hoc enim PHILIPPI, & in primis DIOCLETIANVS, praeceperunt, vt, si testator praeuenerit officium arbitri, hic in adiudicando patris sequatur voluntatem l. 11. & l. 21. C. fam. ercisc.

Quae cum ita sint, non solum arbiter singulis assignabit nomina actiua, ex suprema voluntate creditoris, sed hic etiam, cui nomen assignatum fuerit, contra debitorem efficaciter experietur. Certe AFRICANVS illi, cui nomen adiudicatum sit, potestatem facit experiundi cum heredibus, vt ipsi praestent atque mandent actiones aduersus debitorem, l. 108. §. 13. D. de leg. 1. ideoque procuratorio nomine coheres, quod GAIVS ait, in lege nostra l. 11. D. fam. ercisc. debitorem actione sibi mandata potest conuenire.

Imo vero tentari potest, vt coheres, etiam sine cessione nominis, vtili actione experiari possit aduersus debitorem, qui ipsi in testamento assignatus est; cum etiam emtori hereditatis, quamuis ipsi venditor actiones non mandauerit, actiones utiles aduersus debitores hereditarios accommodentur. Hoc enim ALEXANDER itemque DIOCLETIANVS docuerunt, l. 5. & 7. C. de hered. vel act. vendit. Quid, quod etiam ille, cui nomen a creditore oppignorum est, si PAVLLVM audiamus, agere aduersus debitorem, & pecuniam ab illo exigere, & excludere ipsum creditorem possit, l. 18. pr. D. de pignorat. act. Quare dubitari non potest, nomine actiuo, a testatore, vel arbitro hereditatis diuidendae, in vnum coheredem translato, huic vni in debitorem concedendas esse actiones. Neque habebit debitor, cur conquerratur, cum possit etiam inter viuos nomen vendi & mandari & in alios transferri, inuito debitore, l. 3. C. de hered. vel action. vend.

Vides, nomina actiua, id est, credita hereditaria plerumque, debitore etiam inuito, in coheredes singulos transferri posse. Sed maior difficultas interueniet, si aes alienum & passiva nomina, quae & ipsa inter coheredes ipso iure diuisa sunt, vni duntaxat iniungantur. Forma enim veteris iuris, quam SEVERVS & ANTONINVS appellant, hereditaria onera pro cuiusque portione hereditaria ad heredes scriptos refert, l. 1. C. si certum pet. ideoque haec a testatore, inuitis creditoribus, non videbitur mutari posse in suprema voluntate. Generaliter enim in omnibus oneribus hereditariis receptum est, vt illa, pro partibus hereditariis, ab heredibus omnibus ferantur, cum lex XII. tabularum omnes huic rei obnoxios fecisse videatur. l. 2. C. de hereditar. action. l. 7. C. eod.

Et aperte quidem PAVLLVS intercedit, ne ex persona heredum conditio obligationis immutetur. l. 2. §. 2. D. de verb. oblig. Sed disputatione non indiget, deteriore fieri conditionem creditoris, qui, cum contra singulos, ipso iure, pro parte hereditaria, haberet actionem, iam vnus, cui



testator aes alienum iniunxerit, *unius*, inquam, aut paucorum, fidem & fortunam sequi cogereetur.

Imo verò, si *GAIVS* nostrum audiamus, non solum *inuitis* creditoribus obrudi alius debitor, aut vnus ex coheredibus delegari, non potest, sed ne *volenti* quidem creditori actio *in solidum* dabitur aduersus illum ex heredibus, quem *solum* testator iusserit *aes alienum* creditoribus praestare; cum *ipso iure* diuisa sit obligatio inter omnes coheredes. l. 69. §. 2. D. de leg. 1.

Quae quamuis vera sint, & dubitationi locum non faciant, nihil tamen magis familiare fuit testatoribus, quam vt *aeris alieni* exsoluendi necessitatem, vel quibusdam duntaxat heredibus, vel *vni* etiam, iniungerent suprema voluntate. Eiusmodi testamentum nobis *SCAEVOLA* seruauit, in quo testator, filio & filia heredibus institutis, a *filio* duntaxat, quicquid ipse pro mutuo acceperit, & debuerit, vel si quid aliud euenerit aeris alieni, totum voluerat exsolui, vt quod filiae, coheredi, relictum esset, integrum ad illam perueniret. l. 34. §. 3. D. de leg. 3. Itemque apud *VLPIANVM* testator quidam, duobus heredibus institutis, alterum ex his damnauit, vt solus aes alienum exsoluat creditori. l. 7. §. 3. D. de liberat. leg. Praeterea *MODESTINVS* disputat de testamento, in quo defunctus *onera hereditaria* quibusdam duntaxat heredibus nominatim iniunxisset. l. 33. §. 1. D. de leg. 2. Sed diligentissime *PAPINIANVS* atque *VLPIANVS* tractauerunt eiusmodi species complures, in quibus pater, pro modo possessionum hereditariarum, quas inter singulos distribuerat, etiam *onera aeris alieni* inter liberos diuisit, aut onera illa duntaxat *vni* ex heredibus iniunxit, aut *unum* dotis soluendae onus iussit suscipere, vt ceteri portiones integras haberent. l. 20. §. 3. §. 5. & 8. D. fam. ercisc.

Ne igitur existimes, frustra testatores praecipere, vt aeris alieni exsoluendi necessitas *vni* aut quibusdam imponatur. Nimirum id quidem expeditum est, creditoribus causam duriores dari, aut vnum ex heredibus obrudi, non posse testamento, neque illos cogendos esse, vt aduersus vnum duntaxat ex heredibus experiantur. Hoc enim ille, quem antea nominauimus, *GAIVS* docet, qui l. 69. §. 2. D. de leg. 1. negat creditori competere ius agendi *in solidum*, aduersus illum, cui aes alienum iniunctum sit. Atque idem alio loco, quem illustrandum suscepimus, l. 3. D. fam. ercisc. quamuis aes alienum ad vnam translatum sit, *liberari* tamen *manere* potestatem, ait, creditoribus, *cum singulis experiri*. Sed luculentissime *VLPIANVS*, creditores posse *pro portionibus hereditariis* singulos heredes conuenire, docet, quamuis vni onus aeris alieni iniunxerit testator. l. 20. §. 3. D. fam. ercisc. Sed, *coheredum causa*, utilis est voluntas testatoris, qua *unum* aere alieno onerauit. Dilente enim *GAIVS*, non *creditores*, *ait*,

ait, sed *coheredes*, quorum interest hoc fieri, habere actionem aduersus illum, cui testator iniunxit solutionem, l. 69. §. 2. D. de leg. 1. Imò vero etiam SCAEVOIAE placuit, coheredes, *quasi ex fideicommissò, posse consequi, ut coheres*, aere alieno oneratus, illud *exsoluat* creditori. l. 34. §. 3. D. de leg. 3. Abscisse etiam IULIANVS, si testator, duobus heredibus institutis, vnum damnauerit soluere creditori, valere hoc legatum *propter coheredem*, ait, & hunc *ex testamento acturum* cum coherede onerato, ut creditori debitum soluat, d. l. 7. §. 3. D. de liberat. leg. Denique idem IULIANVS, post diuisionem hereditatis, coheredes, ait, posse cum illo, quem testator aeri alieno exsoluendo adstrinxerit, *praescriptis verbis* experiri, quasi certa lege *permutationem* fecerint, si omnes reliquae res fuerint diuisae. l. 20. §. 3. D. fam. ercisc.

Praeterea, si PAPINIANO obsequimur, iste, cui aes alienum a testatore iniunctum est, *cauere* debet coheredibus, *illos indemnes fore, & defensum iri* aduersus creditorem. l. 20. §. 5. D. fam. ercisc. Si enim creditor nihilominus singulos conueniat, placuit illos *defendi* ab herede, cui onus soluendi aeris alieni sit iniunctum. Neque hoc sine exemplo factum est, ut heres oneratus *cauere* teneatur coheredibus *de indemnitate*. IULIANVS enim, hoc etiam *in fideicommissis* obtinere, ait, ut, si quis rogatus sit, hereditatem, *deducto aere alieno*, restituere, fiduciarius, qui aes alienum deduxerit, fideicommissario *caueat, ipsum defensum iri* aduersus creditores. l. 16. §. 3. D. ad Sctum Trebell.

Igitur in his causis negari non potest, *necessariam* esse interdum iudicis aut arbitri auctoritatem, *ut nomina diuidat, & vni etiam assignet, illumque cogat soluere, & coheredibus cauere de indemnitate*. Enimvero opportune PAPINIANVS monet, *officio iudicis de hereditate diuidenda cognoscentis cogendum* esse coheredem, *ut onus aeris alieni suscipiat & caueat de indemnitate*. l. 20. §. 5. D. fam. ercisc. Hoc etiam CELSVS obseruauit, qui l. 18. §. 4. D. eod. docuit, coheredes *familiae erciscundae iudicium habere*, ut coheres oneratus soluat, utque ipsi a creditore liberentur. Ita intelligetur, quid GALIO nostro, in lege 3. D. fam. ercisc. quam in fronte dissertationis proposuimus, in mentem venerit, qui, ob *necessitatem* interdum *vni coheredum debita in solidum* attribuenda esse, tradit, ut vnus *coheredum solus* partim suo partim *procuratorio nomine* conueniatur. Quamuis enim inquit, *libera potestas* maneat creditoribus, *cum singulis experiundi*, tamen & coheredibus libera potestas est, *suo loco substituendi eos, in quos onera hereditaria officio iudicis translata sunt*. d. l. 3. D. fam. ercisc. Officio iudicis vero onera haec in istos transferentur, quibus testator iniunxit *necessitatem aeris alieni exsoluendi*. Sed hi, cum coheredes *defendere* cogantur, quod IULIANVS & PAPINIANVS aiunt,



l. 20. §. 3. *D. fam. ercisc.* l. 16. §. 3. *D. ad SCt. Trebell.* partim suo, partim *procuratorio* nomine creditori respondebunt, si ceteri coheredes de portione sua hereditaria conueniantur.

Itaque ad *officium iudicis* inprimis, pertinebit, *cogere* coheredem, ut *solvat* creditori, utque *defendat* coheredes, ut *procuratorio nomine* actionem excipiat, & pro ceteris coheredibus respondeat, si a creditoribus conueniantur, denique ut *caueat* coheredibus de *indemnitate*.

Neque tamen his duntaxat curis absoluitur arbitri diligentia, in hereditate & nominibus passivis diuidendis, sed latius porrigitur, & ad hoc quoque extenditur, ne ille, cui onus aeris alieni iniungitur, vel in portione *legitima*, vel, si extraneus fuerit, in *quarta Falcidia*, laedatur. Videtur enim ceteris coheredibus *liberatio legata* esse, si vni aes alienum a testatore iniunctum sit, ut reliqui hoc onere leuentur. Sed constat, per legata nec legitimam portionem heredum, neque quartam Falcidiam extraneorum, ita imminui omnino posse, ut legitimo lucro exuantur.

Tractauit eiusmodi speciem *PAPINIANVS*, in qua testator quosdam coheredes necessitate aeris alieni onerauerat: & respondit: *officio iudicis*, de diuidenda hereditate cognoscentis, contineri, ut *cogantur illi onus suscipere*, quibus hoc imposuerit testator: neque tamen quemquam *ultra quadrantem* portionis suae *onerandum esse*, sed prospiciendum, ut *illibatum habeat quadrantem*. l. 20. §. 5. *D. fam. ercisc.* Sed quomodo heredi onerato praestabimus quadrantem, nisi *adiudicatione* rerum aliarum, quae coheredibus decedant in diuisione, ut *quarta* onerati compleatur.

Habes alterum *officium iudicis* in nominibus passivis diuidendis. Sed apposite *PAPINIANVS* etiam aliam sollicitudinem arbitro hereditaris diuidendae iniicit, ut ad illum, qui aere alieno a testatore oneratus est, etiam *commoda* illa referat, quae, ex testatoris voluntate, cum illo onere coniuncta esse videantur. l. 20. §. 8. *D. fam. ercisc.*

Proponit enim, vnum ex heredibus a testatore iussu esse, ut *susciperet onus dotis uxori exsoluendae*, sed eundem testatorem uxori legatum reliquisse, quo ipsa contenta esse posset, si dotem ab herede non repetiisset: *Uxorem, repudiato hoc legato*, quod ipsi pro dote relictum erat, *dotem* a heredibus *repetiisse*: *PAPINIANVS* respondit, dotem uxori ab illo exsoluendam esse, cui hoc iniunctum sit in testamento: sed voluntati testatoris videri conuenire, ut legatum, quod uxori, si dotem non repeteret, relictum erat, ad coheredem, qui dotem soluere iussus esset, quasi in compensationem dotis exsolutae, perueniret: ideoque coheredem *oneratum, officio iudicis*, legatum illud in iudicio familiae erciscundae consecuturum esse, d. l. 20. §. 8. *D. fam. ercisc.*

Hoc igitur loco edocemur, duram videri testatoris voluntatem, quae unum in solidum aere alieno oneravit, ideoque propter summam praesumptionem aequalitatis, temperandam esse conditionem coheredis onerati, ut etiam commoda ad ipsum perueniant, quae, probabili coniectura voluntatis, oneri aeris alieni respondere videantur. Sed probabile erat, testatorem, qui uxori legatum, dotis loco, reliquerat, hoc animo fuisse, ut, quod dotis loco relictum esset, ad heredem dotis restitutione oneratum, si uxor dotem repetiisset, oneris compensandi causa, perueniret.

Imo vero generaliter admonet PAPINIANVS, propter duram conditionem heredis, qui solus iubetur onera hereditaria subire, non facile praesumi, quod unum duntaxat onerare voluerit testator: sed, nisi aperte aliud constitutum sit, ex duobus heredibus quemlibet obstringi parte dimidia aeris alieni. l. 35. pr. & §. 1. D. de hered. instit. & adhuc luculentius l. 40. §. 3. D. de pact.

§. V.

Accepisti, quando testatoris voluntas efficiat, ut nomina ipso iure non prorsus diuisa esse, sed officio iudicis uni assignanda videantur. Consequens est, ut dispiciamus, quando res ipsa & natura negotii hoc postulet, ne nomina, pro parte hereditaria, inter coheredes diuidantur.

Nimirum opportune PAVLLVS admonuit, quasdam promissiones, quas praestationem non recipere, ideoque illas inter coheredes non admittere diuisionem l. 2. §. 1. & 2. D. de verb. oblig. l. 25. §. 9. sqq. D. fam. ercisc. Igitur dicemus, actiones, quae dirigantur ad obiecta non diuidua, aut quae non recipiant diuisionem, ipso iure diuisas non videri, sed desiderare officium iudicis, ut adiudicationibus atque cautionibus controuersiae distrahantur.

Et primo quidem de credito, quod diuidi non possit, videamus. De hoc quidem luculenter POMPONIUS, singulis heredibus in solidum actionem dari, ait. l. 2. §. 2. in fine. D. de verb. obligat. Sed plenius PAVLLVS noster exemplo viae promissae rem exponit, l. 25. §. 9. D. fam. ercisc. Tales enim praediorum seruitutes, constat, diuidi non posse, sed certum illas ex lege modum accepisse, qui si deficiat, ipsa natura viae & seruitutis interuertitur. l. 8. & 13. §. 2. D. de seruit. praed. rustic. Certe qui iter aut actum dimidium habet, nec iter, nec viam, neque actum videbitur habere, ideoque haec talia singulis condominis praediorum dominantium in solidum debentur, si PAPINIANVM audiamus. l. 6. §. 4. D. si seruit. vindic. Igitur abscisse PAVLLVS noster, illas stipulationes diuidi non



passé, ait; hinc denique lege XII. tabularum *diuisionem* videri actionem, quales seruitutes ab aduersario petantur: ideoque omnibus *in solidum* actionem dari: quod si vero *vin* aut alia seruitus praestari a debitore non possit, heredibus id, quod interest, praestandum esse: sed hoc cum sit *diuidium*, pro parte hereditaria fieri condemnationem, id est, heredes eius, cui seruitus promissa, singulos id, quod interest, pro parte hereditaria consecuturos. l. 25. §. 9. D. *fam. ercisc.*

Eadem dicenda sunt, si *factum* aliquod non *diuiduum* defuncto sub poena promissum sit a debitore: ut, si quis sub poena sponderit defuncto, se neque ipsum neque heredes eius prohiberetur, quo minus ipse ire, agere, per fundum suum possit. Et caret dubitatione, si unus coheredum a promissore prohibeatur, totam poenam committi, l. 2. §. 6. D. *de verb. oblig.*

Vix attinet monere, quod idem etiam obtineat, si quis *faciendum* aliquid promiserit defuncto, quod corrumpi necesse esset, si diuideretur. Eo pertinet, si quis opus vel monumentum se facturum promiserit defuncto. Sed monumentum singulos stipulantis heredes *in solidum*, non pro parte hereditaria, petere posse, CELSVS atque VLPIANVS, l. 72. pr. D. *de verb. oblig.* docuerunt. Contra, si id, quod interest, praestetur, singuli coheredes partem consequentur.

Ita quidem de creditoris heredibus habendum. Non multo secius de debitoris heredibus constituemus, si defunctus promiserit aliquid, quod nec naturaliter nec civiliter recipiant diuisionem. Sed quae quidem sint diuidua, aut contra, quae diuidi non possint, eleganter PETRVS GRANGIANVS 2) explicauit. De his quidem diserte PAVLLVS noster respondit, si ille, qui viam aut seruitutem promississet, dece erit puribus heredibus relictis, non diuidi hanc obligationem, sed quemlibet *in solidum* conueniri posse, ideoque officio iudicis contineri, ut cogat coheredes, inter se cautiones interponere, ut, si vnus litis aestimationem praestare coactus sit, id pro parte a reliquis consequatur. l. 25. §. 10. D. *fam. ercisc.* Hoc iure utimur, si quis statum promiserit, aut opus faciendum, aut cetera, quae diuisionem non recipiunt, ut ex DIVI MARCI rescripto singuli heredes *in solidum* ex hac promissione teneantur. Sed, qui opus vel statum fecerit, aut a creditore conuentus, ipse sumtus ad opus faciendum *in solidum* subministraverit, hoc imputabit heredibus, ut sumtum pro parte cuiusque hereditaria recuperet in iudicio familiae erciscundae. l. 11. §. 23. & 24. D. *de legat. 3.*

Idem.

2) GRANGIANVS paradox. iur. cap. 69. & 70. in thes. OTTON. T. V. p. 651.

Idem iudicium fiet de illis omnibus, quae, nisi tota, solui efficaciter non possunt, id est, ubi neuter heredum obligatione liberatur, nisi totum praestetur creditori. De his enim praecepit PAVLLVS, heredes singulos in solidum teneri, sed, quod quisque soluerit, quemlibet iudicio familiae erciscundae a coheredibus recuperare. l. 2. §. 2. & l. 85. §. 2 sqq. D. de verb. oblig.

In his igitur negotiis arbiter familiae erciscundae non otiosus erit, sed ad officium iudicis de hereditate diuidenda cognoscentis pertinebit, ut vel uni imponat necessitatem praestandi facti individui, qui reliquos, si conueniantur, procuratorio nomine defendat, aut ut iudex coheredes cogat inuicem cauere, se illi, qui solidum praestare a creditore coactus fuerit, pro parte hereditaria damnum pensaturos: hoc enim & GAIVS noster, l. 3. D. fam. ercisc. & PAVLLVS atque VLPIANVS l. 2. §. 2. & l. 85. §. 1. D. de verb. oblig. l. 25. §. 10. D. fam. ercisc. tradiderunt.

Non minor diligentia a iudice desiderabitur etiam in aliis obligationibus, quae, quamuis naturaliter diuidi possent, tamen ita adstrictae sunt, ut ex unius coheredibus factis aut cunctatione damnum ad omnes peruenire posse videatur.

Eo imprimis pertinent, quae, sub poena sunt promissa, a defuncto debitore, de quo genere stipulationum IACOBVS CVRTIVS quaedam obseruauit. a) Ita autem veteribus placuit, si debitor se & heredem suum aliquid facturum aut non facturum sub poena promiserit, & vel unus coheredum, aduersus stipulationem, factum promissum omiserit, aut fecerit, quod omitti debuisset, stipulationem commissam esse, & coheredes singulos teneri. l. 85. §. 3. & l. 2. §. 2. D. de verb. oblig. Igitur in obligatione dandi aut faciendi, iudex, si VLPIANVM audiamus, vel singulos facere aut dare cogeret, vel uni onus imponeret, sed reliquos cautione tenerabit, ut, si ille facere aut dare in solidum coactus fuerit, ipsi partes pro cuiusque portione hereditaria restituantur, aut illum, qui solus hoc suscepit, aliis oneribus leuabit, ut ipse damnum non sentiat, & officia cuiusque exaequantur. l. 25. §. 13. D. fam. ercisc.

Contra, si in non faciendo consistat obligatio, omnes de indemnitate inuicem cauebunt, ut, qui aduersus promissionem aliquid fecerit, aut per quem aliquid factum fuerit, ut poena committeretur, aut cuius factum reliquis damnosum fuerit, ille reliquos indemnes praestet, si a creditore postea conueniantur. d. l. 25. §. 13. D. fam. ercisc. Haec enim damna, PAVLLVS alio

a) CVRTIVS εινζών L. II. c. 4. in thes. OTTON. T. V. p. 148 sqq.

alio loco docuit, in iudicio familiae erciscundae coheredibus ab illo, qui poenam commiserit, sarcienda esse. l. 44. §. 8. D. eod.

§. VI.

Actio depo-

siti directa
& ipsum ius
pignoris in-
ter heredes
& deponen-
ris & credi-
toris commo-
de diuidi
vix possunt
ideoque uni
assignari de-
bent.

Debita igitur & credita, quae non sunt diuidua, & in quibus ex facto unius ad reliquos damnum peruenire potest, non sunt ipso iure diuisa, sed officio iudicis plerumque imponuntur, aut adiudicantur uni, qui reliquis subinde de indemnitate cogitur cauere. Sed haec res insignem difficultatem habet, in deposito & pignore, de quibus, non superuacuum fuerit, diligentius tractare. Itaque, ut primum de deposito videamus, VLPIANVS quidem discrimen aliquod admittit, & distinguit, utrum res diuiduae, an tales, quae diuidi non possint, a defuncto depositae dicantur l. 1. §. 36. D. depositi. Et, si diuiduae quidem res depositae, dubitari non potest, quin hae cuilibet heredum deponentis pro parte hereditaria restituantur. Luculenter enim VLPIANVS, si pecunia in sacculo signato a defuncto deposita fuerit, & unus ex heredibus eius, qui deposuit, depositum repetat, promendam, ait, pecuniam, coram praetore, vel honestis personis interuenientibus, & actori pro parte hereditaria exsoluendam esse: reliqua a praetore, aut ab his, qui interfuerint, denuo obsignanda & custodienda, aut in aede sacra a debitore deponenda. l. 1. §. 36. D. depositi.

Neque improbauit hoc IUSTINIANVS, qui l. 12. C. depositi, illud etiam adiecit, coheredem, qui partem suam receperit, ceteris, qui cunctati fuerint, ad communicandam partem suam non teneri, quamuis debitor desierit soluendo esse: hoc enim receptum esse ait, ne industria coheredis diligentis poenas alienae desidia luere cogatur. d. l. 12. C. depositi. Vnam tamen speciem IULIANVS excipit, si dissentiant heredes, virum & pro qua parte ad ipsos pertineat hereditas defuncti. Tunc enim, si vnus agat de deposito reddendo, nisi hic paratus sit cauere debitori de indemnitate, res depositae in loco publico a debitore deponuntur, donec de hereditate iudicetur. l. 1. §. 37. D. depositi.

Eadem fere dicenda sunt, si res diuiduae ab initio depositae fuerint a pluribus: quod fieri omnino posse, PAVLLVS atque FLORENTINVS docuerunt. l. 6. & l. 17. D. depositi. Si enim cuiusque deponentis durat pro parte aliqua interlit, VLPIANO placet, fieri pro parte condemnationem, ut sua cuique pars restituatur. l. 1. §. 44. D. depositi.

Igitur in deposito diuiduo, singulis quidem pro parte hereditaria, sed non sine magno incommodo, non sine praetoris aut honestarum personarum

sonarum interuentu, res restituentur. Sed, cum in hac specie, quod GAIUS noster ait, l. 3. D. fam. ercisc. solutio & exactio partium non minima habeat incommoda, quis non videt, ad officium iudicis, ex sententia GAI, pertinere, vt actio depositi ex coheredibus vni in solidum adiudicetur, & hic reliquis cauere de indemnitate & parte communicanda, per arbitrum cogatur, aut, vt coheredum conditio rerum aliarum adiudicatione exaequetur.

Sed superest, vt de deposito, quod diuidi non potest, exponamus. De hoc enim ille, cuius antea fidem inuocaui, VLPPIANVS praecipit, vni totum depositum reddendum, sed actorem, qui illud repetat, satisficere cogendum, de isto, quod supra partem eius fuerit, cum reliquis communicando, & de defendendo debitore, si a ceteris heredibus conueniatur. l. 1. §. 36. D. depositi.

Quae cum ita sint, apparet, non ipso iure diuisam esse inter coheredes actionem depositi, si hoc diuidi non possit, sed cuilibet in solidum dandam esse actionem, & actorem de indemnitate debitori satisfacere debere.

Sed GAIUS tamen vnā speciem exceptit, si non omnes ex aequis partibus deponentis sint heredes. Tunc enim vni, quamuis satisfacere parato, depositum non reddetur, nisi maior pars, id est, qui maiore ex parte heredes scripti sint, adierint praetorem. l. 14. D. depositi. Quae res cum coniuncta sit cum maxima difficultate, & non solum debitori onerosa, qui cautionem exigere debet ab actore, sed etiam lites nouas pariat inter coheredes, cum quibus actor communicare debet, quae accepit; iudex hereditatis diuidendae merito, secundum VLPPIANVM, l. 21. D. communi diuid. quod utilissimum est omnibus, sequetur, & commodissime vni actionem assignabit, qui vel cauebit de partibus communicandis, vel toto deposito retento, coheredibus res alias relinquet. Hoc enim videtur GAIUS etiam sensisse, qui iubet vni creditum attribui, vt rem partim suo, partim procuratorio nomine recuperet a debitore. l. 3. D. fam. ercisc.

Eaedem difficultates aliquando etiam inter viuos interueniunt, si plures eandem rem, vel in solidum, vel hac lege, vt illa simul vtriusque redderetur, commendauerint amico. In priore enim specie VLPPIANVS ambobus in solidum agendi dedit facultatem, vt melior ratio occupantis habeatur. l. 1. §. 44. D. depositi. In posteriore specie neuter aget efficaciter, nisi alter & suo & procuratorio nomine depo-



depositum repetat a debitore. Et DEMOSTHENES quidem, quod fide VALERII MAXIMI ^{b)} narrare iuvat, lepide defendit pauperculam ancillam, apud quam duo rem hac lege deposuerant, *ne alteri sine altero redderetur.* Haec enim ab altero, qui socium suum mortuum dixerat ideoque luctum squalore vestium simulauerat, decepta, *uni* reddiderat depositum: sed mox ab altero conuenta, cum extricare se non posset, iam de laqueo & suspendio cogitare coeperat. Opportune autem DEMOSTHENES, mulierem paratam esse, dicebat, depositum reddere, sed non fieri hoc posse, nisi actor socium adduxisset, cum haec lex fuerit depositi, *ne alteri sine altero redderetur.* Et ita quidem ancillam liberauit.

Ex quo loco apparet, quae tricae, si *pluribus* actio depositi competat, rem impedian, nisi vel unum procuratorem communem habeant, vel uni depositum cedatur, qui & *suo & procuratorio nomine* experiri possit.

Sed haec quidem in *deposito* recepta sunt, si actio a *deponentis* heredibus instituat. Non minus res impedita est, si *ius pignoris* transmittatur ad *plures heredes creditoris*. Nimirum ipsum etiam *ius pignoris* cum *ciuiliter diuidi non possit*, omnibus ex aequo obligatum est, &, si PAVLLVM audiamus, quando pignus *pluribus* obstrictum, aequalis est *omnium caussa*, in petendo pignore & retinendo. l. 20. §. 1. D. de *pignerat. act.* Ideoque POMPONIO & VLPIANO placuit, si debitor portionem debiti duntaxat soluerit, nihilominus pignus vendi posse, cum *indiuia* pignoris natura sit, & vel propter partem debiti totum pignus obligatum teneatur. l. 8. §. 2. & l. 9. §. 3. D. *eod.* Imo vero generaliter in soluendis pignoribus observatur, ut, nisi *uniuersum*, quod debetur, creditori offeratur, duret ius pignoris, & hoc etiam vendi possit ob partem debiti non solutam. l. 25. §. 14. D. *fam. ercisc.*

Ex hac igitur pignoris natura deriuatur, quod defuncto creditore, *multis heredibus relictis*, pignus *unicuique in solidum* teneatur. Ita enim VALERIANVS & GALLIENVS responderunt. l. 1. C. *si vnus ex plur.* Et habet illud rationem, ut, cum ipsum creditum, ob quod pignus obstrictum est, inter heredes pro parte hereditaria diuisum sit, pignus, nisi cuilibet illorum satisfactum fuerit, *liberari penitus non possit.*

Quid

^{b)} VALER. MAX. L. VII. c. 3. inter extern. n. 5.



Quid igitur dicemus, an *diuisum* esse iudicabimus ius pignoris, inter plures coheredes, cum ipsum creditum pro portionibus hereditariis inter illos diuidatur? Non puto: quandoquidem pignus cuiuslibet in solidum teneretur. An igitur singuli pignus possidebunt? Ne hoc quidem sine incommodo coheredum admittetur. Et a quo tandem debitor pignus reperet *pigneratitia actione*, cum a neutro possit repetere, nisi etiam coheredi sit satisfactum? l. 9. & l. 11. §. 3. D. de *pignerat. act.*

Vides rem perplexam esse, & habere maximam difficultatem. Igitur opportune occurrit PAVLLVS, qui, l. 29. D. *fam. ercisc.* si res pignori data fuerit defuncto, illam, ait, *in familiae erciscundae iudicium venire*, & *adiudicandam esse vni*, qui *coheredibus*, pro partibus suis, pecunia condemnatur. Video hoc etiam VLPIANO placuisse, qui l. 7. §. 6. D. *commun. diuid.* generaliter, si pignus pluribus obligatum sit, *utile communi diuidendo iudicium* inter illos dari, docet.

Igitur etiam in hac causa desiderabimus *officium iudicis*, qui creditum, quod sub pignore debetur, vni ex creditoris heredibus assignet, & coheredum partes compensatione aliarum rerum exaequet, ne singuli, separatis rationibus, cum debitore committantur. Apposite enim SCAEVOLA noster monet, arbitrum *diuidendae hereditatis*, praeter corpora, etiam *nomina* communium debitorum singulis assignare posse, neque dubitandum esse, quin unusquisque eorum, debitore, sibi addicto, cessante in solutione, *pignus* sub eo nomine obligatum *in solidum* vendere possit. l. 11. & 14. D. de *distract. pignor.* Quapropter tutissimum erit etiam *hypothecariam* actionem vni assignare, qui aduersus possessorem & suo & procuratorio nomine experiatur.

§. VII.

Satis diu in *deposito* & pignore haesimus, & diutius, quam vel *Depositarii* lem. Neque tamen dimittere possum *depositum* & pignus, prius *heredes si de-* quam etiam de *heredibus depositarii*, itemque de heredibus debitoris, *positum di-* qui sub pignore debuit, certi aliquid constituatur. Atque, ut primo *vidi nequeat* de *deposito* exponamus, heredes depositarii plerumque etiam *in solidum* ex *depo-* *tenentur. Sed* *sito pro parte duntaxat hereditaria* tenentur, ut *depositi* reddendi obli- *possessor in-* *gatio inter illos diuisa* videatur. NERATIUS enim atque VLPIANVS *primis illud* l. 7. §. 1. D. *depositi.* & l. 18. D. *eod.* in *plures heredes*, ex defuncti *reddere co-* *obli-*



gitur. Ea obligatione, pro parte cuiusque hereditaria, depositi actionem dari dem fere ob-ri, aiunt.

tenent inter
heredes illius,
qui sub pi-
gnore debuit.

Atuero haec in illa tantum specie obtinent, si ipsae res non appareant, sed dolo defuncti sint consumtae. Tunc enim ex facto defuncti singuli pro rata hereditaria tenentur. l. 9. pr. D. depositi.

Contra, si res extet, maxime, si species deposita fuerit, quae diuidi non possit, expeditum est, illam nisi totam, aut, quod MARCELLVS ait, nisi pro solido, restitui non posse. l. 22. D. depositi.

Quapropter opportune VLP IANVS monet, si heres illius, qui commodatum, (aut etiam depositum, cuius eadem ratio est,) accepit, totius rei restituendae habuerit facultatem, illum in solidum teneri. l. 3. §. 3. D. commodati. Hoc enim generaliter inter viuos receptum est, ut, si res ab initio apud duos sit deposita, cum quolibet illorum agi possit, & neuter liberetur, nisi totum depositum reddatur. l. 1. §. 43. D. depositi.

Igitur, si vnus ex heredibus depositarii rem depositam detineat, nemo dubitabit, hunc solum de deposito reddendo in solum teneri. Sed semper fere res depositae ab vno coheredum duntaxat, post familiae eriscundae iudicium, detinebuntur. VLP IANVS enim l. 7. §. 11. D. commun. diuid. res apud defunctum depositas diuidi non posse, & non venire in iudicium communi diuidendo, ait. Quapropter, si diuidi res depositae nequeant, & tamen custodiri debeant, boni iudicis officio conueniet, illas, ut deponenti restituantur, coheredum vni assignare, & hunc omnino cogere, ut reliquos procuratorio nomine defendat. Hoc enim GAIVS noster praecipit. l. 3. D. fam. erisc.

Habes plures depositarii heredes. Extremo videamus de heredibus debitoris, qui pignus aut hypothecam creditori obligauit. Enimvero eleganter GAIVS & PAPINIANVS scribunt, pignoris causam indiuisam esse, ideoque debitoris heredes de pignore teneri, quamuis vnus pro sua parte pignus liberasset. l. 65. D. de euiction. l. 7. §. 4. D. quibus mod. pign.

Et secundum VLP IANVM, nisi vniuersum, quod debetur, creditori offeratur, nunquam pignus solutione partis liberatur. l. 25. §. 14. D. fam.



D. fam. ercisc. l. 9. §. 3. D. de pignerat. act. Igitur neque haec hereditum obligatio ita diuisa est, ut ceteris alterius facto noceri non possit: cum omnium intersit, ut pignus, soluta omnia pecunia, luat. Quae cum cogitarent CASSIUS & CELSVS, eleganter responderunt, iudicio familiae erciscundae, cogi posse omnes coheredes, ut pecuniam soluant, & pignus liberent, ne vnius negligentia omnibus, etiam diligentibus, damnosa esse possit. l. 18. §. 4. & l. 44. §. 7. D. fam. ercisc. Quod PAPINIANVS etiam probauit. l. 65. D. de euict. Imo vero PAPINIANVS alio loco vnum posse pignus luere, notauit, & hunc a coheredibus, pro parte hereditaria cuiusque, pecuniam solutam iudicio familiae erciscundae recuperaturum esse. l. 18. §. 6. D. fam. ercisc. Ad has igitur ambages euitandas merito arbiter hereditatis diuidendae, vni imponet hoc officium, ut & suo & procuratorio nomine rem oppignoratam, cum coheredibus communem, luat: sed coheredes cauere ipsi de indemnitate, aut sumtus pensare, iubebuntur. Hoc intellexit IULIANVS, qui rem a defuncto oppignoratam vni adiudicari posse, ait, sed hanc tanto minori pretio in adiudicatione aestimandam esse, quanto maiori pecunia pignus luendum videatur. l. 6. §. 8. D. commun. diuid. Hac enim adiudicatione atque aestimatione efficietur, ut ille solus, cui arbiter rem oppignoratam adiudicauit, illam liberare & coheredes defendere cogatur.

§. VIII.

Adhuc quidem expediuius, quando necessitas quaedam cogat iudicem hereditatis diuidendae, ut etiam de nominibus hereditariis cognoscat, aut vni debita quaedam aut credita assignet. Comprobauimus enim, hanc necessitatem vel testatoris voluntate, vel ipsius negotii natura, imprimis in actionibus, quae diuidi nequeant, aut in quibus alteri facto alterius noceri possit, iudici imponi, ut actiones aut obligationes ad vnum ex coheredibus transferat, cautione praestita de mutua indemnitate.

Verum enimvero latius patet potestas iudicis, quem VLPIANVS, in rebus communibus diuidendis, illud sequi iubet, quod omnibus utilissimum sit, aut, quod malint litigantes. l. 21. D. commun. diuid. Quapropter disputatione vix indiget, etiam diuidua debita & credita vni imponi aut assignari posse, si, citra assignationem, difficultas quaedam diuisionem perturbatura & magnum incommodum habitura videatur, l. 3. D. fam. ercisc. aut si malint coheredes, de-
ra. c. VII. *Z* *bita*

Nomina actionum
 a coheredibus in vnum
 transferri possunt
 in sunt passiva
 nomina nequeunt vni
 imponi inuitis creditoribus. Nisi delegatione interueniente.
 Ipsi tamen inter se tenentur de nominum diuisione vel praescriptis verbis, vel actionibus.



ne familiae bita & credita singulis imponi atque assignari. Nimirum aperte VL-
 eriscundae. PIANVS tradit, quamuis in hoc iudicium nomina non veniant, ta-
 Regulariter men, si stipulationes interpositae fuerint de nominum diuisione, hanc
 debita inter ab arbitro defendendam esse. l. 2. §. 5. D. fam. erisc. Et PAPI-
 coheredes di- NIANVS quidem, si quis placita de diuisione nominum detrectet, pos-
 xisa sunt non se contra illum coheredes, quasi certa lege permutationem fecerint,
 pro quanti praescriptis verbis agere, respondit, l. 20. §. 3. D. fam. eriscund.
 rate emolu- mo vero DIOCLETIANO placuit, vt, quamuis non interposita sti-
 menti sed pro pulatione, solo pacto actiones diuiserint, ille, qui placitum excedat,
 parte here- ad exhibendam fidem praescriptis verbis conueniri possit. l. 23. C. fam.
 ditaria. erisc. Contra, secundum GELSUM, omnes illae controuersiae de
 nominibus hereditariis iudicio familiae eriscundae expedientur. l. 18. §. 4.
 D. fam. erisc.

Quid igitur dicemus. Nimirum PAPINIANVS postulat, vt
 permutationem fecerint coheredes, si illum, qui placita detrectet,
 praescriptis verbis velint conuenire. Quae cum ita sint, omnino cer-
 rius videtur, post diuisionem reliquarum rerum factam, non facile
 familiae eriscundae iudicium dari posse, cui, secundum VLPIA-
 NUM, post diuisionem semel factam vix amplius locus est, l. 20. §. 4.
 D. fam. erisc. sed praescriptis verbis coheredem, quasi de permuta-
 tione, quae in rerum hereditariarum diuisione & mutua adiudicatione
 continetur, a coherede conueniri: Contra, si de solis nominibus pa-
 ctum interpositum fuerit, reliquis rebus nondum diuisis, fidem pacti
 a iudice familiae eriscundae defendendam esse. Igitur stabunt cohe-
 redes nominum diuisioni. Et si de actiuis quidem nominibus conue-
 nerit, vt haec vni duntaxat assignentur, nulla dubitatio est, subsi-
 stere diuisionem, cum actiones, etiam inuito debitore, cedi & man-
 dari posse censeantur. l. 3. C. de hered. & act. vendit. Itaque co-
 heredes vel mandabunt actiones suas illi, cui illas assignarunt, vt &
 suo & procuratorio nomine conueniat communes debitores, quod GA-
 RVS ait, l. 3. D. fam. erisc. vel, vt in hereditate vendita, per
 assignationem, viles in illum acti nes transferentur. l. 5. & 7. C. de
 hered. vel act. vendit. Illud e peditum est, debitorem, qui isti
 soluit, cui ipse a testatore vel coheredibus assignatus est, exceptione
 doli mali turum esse, si a reliquis conueniatur; cum hi factum
 suum aut testatoris, impugnare non possint. l. 1. C. de except. Sed
 coheredes isti, cui nomen assignarunt, etiam de euictione tenebuntur.
 l. 14. C. fam. erisc.

Atuero



Atuero maiore cautione opus est, si debita seu nomina passua, id est aeris alieni exsoluendi necessitas, vni imponantur. Antiqua enim lege, vt supra diximus, constitutum, vt heredes singuli creditoribus, pro parte hereditaria cuiusque, teneantur. l. 2. & 7. C. de heredit. action. & l. 6. C. de iure deliber. Pro parte, inquam, hereditaria duntaxat, non pro quantitate, aut emolumentis, quae ex hereditate ad singulos heredes peruenerunt, singuli tenentur. Hoc enim PAPINIANVS docuit. l. 35. §. 1. D. de hered. instit. & SEVERVS atque ANTONINVS probauerunt, vt ne praelegata quidem aestimentur, sed pro quota parte, ex qua quilibet heres scriptus est, a creditoribus conueniatur. l. 1. C. si cert. petat.

Quapropter, cum lex XII. tabularum creditoribus heredes debitoris singulos, pro portionibus hereditariis, addicat, res ipsa loquitur, ius quaesitum illis extorqueri & pacto heredum immutari ac diminui, adeoque vnum ex heredibus, forte minus idoneum, ipsis inuitis obici, non posse. l. 2. §. 2. D. de verb. obligat. Generaliter enim placuit, transactionem coheredum tertio, inprimis creditori, non nocere. l. 1. C. de transact. Sed maxime ANTONINVS & VERVS, apud Scaeuolam rescripserunt, priuatis pactiōibus ius ceterorum non laedi, aut corrumpi, ideoque heredes, scriptos testamento, conueniendos esse, quamuis ipsi vel inter se vel cum aliis de hereditate dicantur transegisse. l. 3. D. de transact.

Luculentissime autem DIOCLETIANVS, pacto diuisionis actiones, quae creditori aduersus singulos coheredes competant, mutari penitus non posse, docet. l. 23. C. fam. ercisc. Imo vero, quamuis usuras a singulis heredibus, qui pacto aes alienum diuiderint, in solidum acceptauerint creditores, tamen de ipsa sorte singulos heredes pro parte hereditaria obligatos habent, neque, acceptando usuras, pactum diuisionis, inter coheredes interpositum, censentur agnouisse. l. 40. §. 2. D. de pact. Praeterea, quamuis aliqui creditores agnouerint & probauerint pactum illud diuisionis inter coheredes, tamen ceteri aduersus singulos ex lege XII. tabularum, pro parte hereditaria, experientur. d. l. 1. C. inter alios acta. Qua re efficietur, vt, si creditor coheredes singulos conueniat, frustra ipsi pactum diuisionis, quo aes alienum vni impositum fuerit, opponant coheredes, cum creditor, ex lege, singulos habeat obstrictos. Sed PAPINIANVS tamen delegationibus adstringi creditores ait, vt, si coheredes vnum creditoribus addixerint, & hi cum illo solo coherede de toto debito



soluendo conuenerint, ceteros vero coheredes acceptilatione liberauerint, etiam aduersus creditores tuta esse *diuisio* aeris alieni videatur. l. 77. §. 18. D. de leg. 2. l. 40. §. 2. D. de pact.

Interim, omitta *delegatione*, creditores, ex lege, contra singulos experientur: coheres vero, qui aes alienum suscepit, ab arbitro *cogetur*, *onus suscipere*, *ceteros defendere*, & cadere de indemnitate, quod PAPINIANVS & ULPIANVS praeceperunt. l. 20. §. 5. l. 25. §. 10. lqq. D. fam. ercisc.

§. VIII.

Summa capituli totius argumenti.

Nauigamus in portu, ideoque vela contrahemus, & merces recenserebimus. Ad hoc enim aduocatos, velim, advertere animum, non prorsus cessare *officium iudicis*, in nominibus hereditariis diuidendis, sed illa interdum vni assignari aut imponi posse, si vel *testatoris voluntas*, quod supra §pho III. & IV. comprobatum est, vel alia *necessitas* hoc exegerit: hanc *necessitatem* iudici imponi maxime in actionibus & obligationibus, quae diuidi nequeant, & in quibus *facto unius ceteris noceri possit*, inprimis in *deposito* & *pignore*, de quibus §pho V. VI. & VII. tractauimus. Praeterea cogitare illos velim, etiam propter *utilitatem* insignem, atque ad euitandas ambages litium, iudici permissum esse, ut singulis nomina singula attribuat: neque tamen creditoribus nocere diuisionem debitorum inter coheredes, sed hos singulos pro parte hereditaria conuenire posse, ideoque *pacto diuisionis* non confidendum esse, nisi *delegatio* interuenerit, quod §pho VII. ostendimus: hinc consilii esse, ut singulis debita assignentur, hi vero ceteris de *indemnitate cauere* & ipsos *defendere* officio iudicis cogantur.



Index diss. huius fasc.

- LXIII. Diss. *de dominio rerum sub nomine alterius emtarum & alteri adscriptarum*; ad L. 3. C. *si quis alteri vel sibi*. defend. Frideric. Benedict. KETTNERVS, Lips. Viteb. d. 31. Dec. 1743. pag. 1259
- LXIV. *Stillicidium altius tolli posse etiam cum damno seruientis*; ad L. 20. §. 5. D. *de seruit. pr. vrb.* disputando euinc. Carol. Romanus REVSCHERVS, Ianishusa-Misn. Ib. d. 28. Mart. 744. 1282
- LXV. *Observationes de iure infantium*. defend. Gottlob Ernestus HERTEL, Rahniso-Osterlandus. Ib. Apr. eod. 1290
- LXVI. *Legem commissoriam substationibus tacite inesse*. [pro licentia publ. defend. Ioannes Gottlieb REINHARDT, Vitemb. Ib. d. 28. Nou. 746. 1301
- LXVII. *Observationes de adoptione in locum fratris non monstruosa*; ad L. 58. §. 1. D. *de hered. instit.*; defend. Christian. Aug. STEMPFEL, Budissa-Lusat. Ib. Sept. 748. 1317
- LXVIII. Progr. inaug. *de hypotheca*; summos in vir. iur. hon. Adam. Gottl. RÜFFERO, aduoc. & notar. publ. cæs. in Sax. el. immatricul. confer. indic. Viteb. d. 24. Nou. eod. 1348
- LXIX. *Observat. de thesauro a mercenariis aut fabris inuento*; ad L. 67. D. *de rei vindicat.* defend. Frideric. Guilielm. LEISNER, Plauia-Variscus. Ib. d. 12. Apr. 749. 1356
- LXX. *Observat. de thesauro a mercenariis aut fabris occultato*; ad L. 3. §. 11. D. *de iure fisci.*; publ. defend. Carol. Gottfr. SCHREIBER, Gubenfis. Ib. d. 19. Apr. eod. 1376
- LXXI. *Theses de iure optionis maxime in debitis alternatiuis*; ad disputandum propon. Georg. Frideric. SCHELCHER, Dresdens. Ib. d. 3. Sept. eod. 1386
- LXXII. *Observat. de delictis quibus honestum initium fuit*, ad L. 6. pr. D. *de adquir. vel amitt. possessione*; ad disp. propon. Aug. Gottlob WINCKLER, Zinna-Misn. Ib. d. 20. Sept. eod. 1389
- LXXIII. *Observat. de otii poena & iure magistratus in homines otiosos*, ad L. 3. C. *de veteranis*; defend. Ioann. Carolus LEHMANN, Lubbena-Lufatus. Ib. ad d. Iunii 750. 1407

