

*Relatio proposita  
(Domini die nonis)*

COMMENTARIUS  
AD  
PANDECTAS.  
TOMUS TERTIUS.

COMMEDIA  
SUITA  
CATENE  
A  
SUITA SUMOT

225

suppl

# JOHANNIS VOET,

JCTI & Antecessoris in Academiâ

LUGDUNO-BATAVÂ,

## COMMENTARII

A D

# PANDECTAS,

In quo, præter Romani Juris principia ac controversias illustriores, Jus etiam Hodiernum, & præcipuæ Fori Quæstiones exutiuntur;

TOMUS TERTIUS:

EJUSDEM COMMENTARII CONTINENS

## S U P P L E M E N T U M,

A U C T O R E

JOANNE VAN DER LINDEN,

J. U. D. & coram utraque Hollandiæ Curiâ  
causarum Patrono.

---

## S E C T I O P R I M A

A Libro I. usque ad XII. Pandectarum.

---

T R A J E C T I ad R H E N U M ,

Apud B. WILD & J. ALTHEER,  
M D C C X C I I I .



ТЕОВАНИИАНО

Teologiae Antelegorie in Acceditis

DUDUNOAVAA.

COMMENTARII

IV

ЗАГОДИАФ

In dico, quod Reginus Iuris principis ac cognovit  
qua illius principes, in eis Hoc est, quod  
cibus Hoc est, Quidam excutimus;

OMNIS TERRITUS:

Et hoc omnis commentarii continens

SUPPLEMENTUM

Auctor

JOANNINE LINDEEN AVN DER

XV. D. G. coram iuris Hoc est, quod  
conferuntur Ponto.

SECTIO PRIMA

V. Lipsia. Impr. ap. XII. Paedagogium.

ЯЗЫКИ АНГЛИЙСКИЕ

Abra B. WILDE & J. ALLEN

ИДЕЯ СОСТАВЛЕННА



VIR O  
*ILLUSTRISSIMO, GENEROSISSIMO,*

**GULIELMO GUSTAVO FREDERICO,**  
**COMITI DE BENTINCK,**

DYNASTÆ IN KNIPHAUSEN; TOPARCHÆ IN  
RHOON & PENDRECHT, VAREL & DOORN-  
WEERD; EQUESTRIS HOLLANDIÆ ORDINIS  
MEMBRO; COLLEGIO ARCHITALASSICO IN STA-  
TIONE, QUÆ AMSTELÆDAMI EST, ADSCRIPTO;  
AGRI PUTTANI RUARDO & BAILLIVO; HAGA-  
NÆ CIVITATIS BAILLIVO ATQUE SCULTETO;  
AGGERIBUS RHENOLANDIÆ CURANDIS SEP-  
TEMVIRO, &c. &c.

S. P. D.

**JOANNES VAN DER LINDEN.**

**Q**uum mihi deliberandum esset, cuiusnam sub auspiciis hos  
horarum subsicivarum fructus in publicum prodire juberem,  
fane non diffiteor, tum amicorum multitudinem, tum etiam  
eorum numerum, quos Patronos atque Fautores nominare gaudeo,

## D E D I C A T I O.

in prælatione tribuendâ quandam mihi creasse difficultatem. In hoc autem dubio quum ob oculos ponerem, quænam mihi tecum, ILLUSTRISSE GENEROSISSIMEQUE VIR! intercedat relatio, statim cogitare coepi, num implorare auderem licentiam, ut Illustre tuum nomen hujus operis fronti præmitterem. Sextus jam currit annus, quo tibi, ILLUSTRISSE COMES! in causis, muneri tuo Prætorio addictis, me in consilium tuum advocare placuit. Sæpius hac occasione benevolentiam & affectionem tuam erga me expertus fui. Singulari quadam familiaritate in deliberationibus nostris me semper condecorare solitus fuisti: ac, ut uno verbo omnia complectar, nunquam, nisi amici instar, à te receptus fui. Hæc quum contemplatus fuerim, obligatum me atque devinctum censui, ut primâ quacunque occasione gratum animum publice testatum facerem. Petii itaque, ut tuo nomini hoc opus dedicare mihi liceret: ac protinus obtinui. Accipias ergo, ILLUSTRISSE GENEROSISSIMEQUE VIR! tenuissimum hoc, sed certissimum tamen ac maxime sincerum gratitudinis ac venerationis meæ testimonium. Benevolâ tuâ amicitiâ, tuoque insigni favore mihi & in posterum uti liceat; quibus ne indignus unquam videri possim, à mea parte semper laborabo. — Vale, & Deum T. O. M. ut te diu salvum & in columem esse velit, suppliciter nunc veneror, ac semper venerabor.

Dabam Hagæ Comitum  
ipsis Kalendis Augusti  
MDCCXIII.

S. P. D.

JU

# JURISPRUDENTIAE

ROMANÆ AC BELGICÆ

## F A U T O R I B U S

### S.

In omni fere scientiarum genere inveniuntur Scriptores, qui, dum aliorum Opera perlustrarunt, ea quæ ab aliis sparsim dicta & observata erant, in unum quasi corpus collegerunt, & ex iis sistema effecerunt, quod scientiæ istius studiosi saepius consulere solent. Id quoque in Jurisprudentiæ studio accidit; & sane inter eos, qui Romanarum Legum scientiam, adjectis hodiernis moribus, ita tradiderunt, ut ex præcipuis Jurisconsultorum scriptis res notatu dignissimas in unum congefferint, nemo unquam melius officio functus est, quam Vir Clarissimus JOHANNES VOET, dum viveret, *Antecessor in Academiâ Lugduno Batayâ*, qui suo ad Pandectarum quinquaginta Libros Commentario tantam sibi in foro, & apud Causarum Patronos, & apud ipsos Judices, auctoritatem paravit ac meruit, ut secundum ei vix inveneris.

Postquam vero hic Liber in lucem prodiit, quod fere ante seculum factum est, plurima ad explicandas Leges Digestorum & Codicis à Jureconsultis optimæ notæ fuerunt observata; plurimi quoque Commentarii de Jure Hodierno scripti sunt; ac plurima tandem Edicta & Statuta sunt promulgata, quorum omnium nulla in hoc Opere mentio fieri potuit.

Ut autem his omnibus hoc Opus amplificaretur, jam dudum desiderarunt quamplurimi, sed præstitit hactenus nemo, donec mihi tandem in mentem venit huic vitio aliquatenus mederi, novam hujus Operis editionem parando, eamque passim augendo brevibus annotationibus, quarum summa hæc foret:

1º. Ut ea, quæ VOETIUS jam docuit, optimorum hujus ævi Jureconsultorum auctoritatibus confirmarentur.

2º. Ut adderentur ea, quæ ab Auctoriis, VOETII ætate posterioribus, in suis Opusculis, Dissertationibus, aliisque tradita fuerunt. — Et quantus est horum Auctorum numerus? Floruerunt enim hoc seculo hilarioris famæ Jurisperiti. NOODTII, SCHULTINGII, HUBERI, BYNKERSHOEKII, OTTONIS, MEERMANNI, AVERANII, HEINECCHI, BOEHMERI, LEYSERI, POTHIERII, ac multorum aliorum labores tantam hic præbent rerum copiam, ut VOETII Commentarium absolutissimum reddere queant.

2º. Ut

3°. Ut Juris Hodiegni doctrina augeretur his, quæ Placitis, ac Resolutionibus Ordinum, quæque Statutis Urbium post Voetii ætatem constituta fuerunt.

Cum tamen ad hoc Opus recudendum magni sumptus impendi deberent, ne in antecessum Exemplarium imprimendorum numerus satis certo definiri posset, Bibliopolæ Trajectenses B. WILD & J. ALTHEER, quorum typis nova hæc Editio excuderetur, necessitatem omnino exigere putarunt, ut Jurisprudentiæ Romanæ ac Belgicæ Fautores, qui novam hanc Editionem sibi comparare vellent, nomina inscriberent. Prospectu igitur quodam novæ hujus editionis evulgato, per aliquod tempus patuit hæc inscriptio: verum eo elapsò apparuit tantum non fuisse inscribentium numerum, ut sine metu damni hoc opus inchoari posse Bibliopolæ existimaverint. Ratio ejus rei simplicissima fuit. Nullus fere est JCtus, qui VOETH editionem, quarum tot diverse in his regionibus non solum, sed & in Germania, in Gallia, in Italia prodierunt, sibi non comparavit. Hanc nullius fere pretii reddere, ejusque in locum substituere aliam, quæ vel ex rudiore calculo plus minus quinquaginta florinis constaret, noluerunt plurimi.

Parum tunc abfuit, quin à proposito penitus discederem, & sane discessissim, nisi summa rei utilitas, multorumque assiduae exhortationes me tandem permovissent, ut adnotaciones, novæ huic Editioni inserendas, seorsum promulgarem, & sic per modum Supplementi, *Tertium quasi Volumen* hujus Commentarii ederem.

Hujus Supplementi editionem differre, donec universum opus absolutum fierit, neque multorum desiderio, neque Bibliopolarum commodo conveniret. Alia enim negotia, quibus quotidie occupatus sum, parum saepe temporis ad hoc opus comprehendendum mihi relinquunt. In tres itaque quatuorve Sectiones hoc Opus dividere constitui, quarum jam prima, XI. priores Pandectarum Libros complectens, in lucem prodit. Cæteræ singulatim tam cito sequentur, ac aliorum negotiorum copia per miserit.

Quamvis autem in hoc opere summam saepe difficultatem expertus fuerim, ac unius hominis vires, nisi aliorum negotiorum prorsus vacuus sit, ad hoc perficiendum vix sufficient, non dubito tamen, quin Jurisprudentiæ Fautores nonnusquam aliquid convenient, quod attentione non plane indignum judicaverint. Quod si vel parum utilitatis labore meo attulerim, ejus me nunquam poenitebit. — Valeas itaque, B. L. opere nostro fruare, & quæ desunt, aut perperam dicta sunt, humaniter suppleas, ac emendes.

Dabam Hagæ Comitum  
ipsis Kalendis Augusti  
MDCCXCIII.

SUP-

S U P P L E M E N T U M  
 C O M M E N T A R I I  
 V I R I C L A R I S S I M I  
 J O H A N N I S V O E T I I  
 A D P A N D E C T A S;  
 A U C T O R E  
 J O A N N E V A N D E R L I N D E N.

---

L I B E R P R I M U S.  
 T I T U L U S P R I M U S.

*De Justitia et Jure.*

§. I.



E C E S S E fuit, innatas &c.]

Hominis naturæ non congruere, ut sine Lege vivat, pluribus demonstravit PIFFENDORF de Jur. Nat. et Gent. Lib. 2. Cap. 1. ubi quatuor rationibus suam stabilitat sententiam, desumitis 1°. ab humanæ naturæ dignitate & præstantia, qua cæteris animantibus antecellit. Homo enim anima immortali prædictus est, cujus vis circa illa quam maxime exserit, quæ ad cultum Numinis, vitamque socialem ac civilem spectant: eaque ut recte agantur, ad certam normam hominis actiones dirigi necesse est. — 2°. ab hominis præ brutis animantibus pravitate. Tanta enim est humanorum affectuum ferocia & varietas, ut, si nullum jus eos compesceret, omnem vitæ tranquillitatem penitus turbarent. — 3°. ab ingeniorum diversitate. Inter homines fere quot capita tot sensus. Ista vero ingeniorum & inclinationum varietas ut in decus & emolumentum generis humani cedat, certis regulis hominem teneri oportet, ne quod cuique in mentem venit, agere possit. — Et tandem 4°. ab hominis imbecillitate, qua alienæ opis indigens, non nisi post multos annos idoneus fit ad viatum & amictum

proprio marte parandum, ideoque ad societatem ineundam impellitur, quæ tamen nec firma nec tranquilla servari potest, nisi effrenata hominum licentia Legibus coercedatur.

Methodica ejus digestione &c.] Quæ hic tradit Author de variis Juris Systematibus, quæ in primis sub Imperatoribus Romanis confecta fuerunt, ex Historia Juris satis nota sunt. Pluribus hæc omnia explicavit J. A. BACHIUS in Historia Jurisprudentiae Romanae; qui Libellus juris Studiofis non satis commendari potest. — Quod ad patrias vero Leges attinet, cum in plurimis deficiant, & Statutorum varietas juris incertitudini litiumque multititudini occasionem præbeat (BYNKERSHOEK in Praefat. ad Observ. jur. Rom. part. 1.) Ordines Hollandiae non tantum 25. Julii 1668. utræque Curiæ mandarunt, ut illa juris capita in unum congererent, quæ nec jure scripto nec speciali patria lege decisa erant, addito eorum Consilio, quomodo hæc certa legi decidenda forent; verum & postea 22 Martii 1727. hoc mandatum renovarunt, ac insuper jusserunt à Curiis deliberationes inter se esse instituendas de formando universo Juris Hollandici Systemate, cui deinde sub nomine Edicti, Statutorum vel Consuetudinum, vis Legis tribui posset. (Regtsgel. Observat. over de Inleid. van H. DE GROOT, 3. D. Obs. 6.) — Non tamen legitimus hæc unquam

Tom. III.

A

quam

quam executioni fuisse mandata, & forsitan vix superandæ difficultates tantummodo levis- simam spem magni conaminis nobis reliquerunt, licet omnino sperandum foret huic Ordinum intentioni satisfactum fuisse, vel faltem quæstiones saepius obvenientes, & super quibus nonnunquam utriusque Curiæ opinio differt, à Proceribus nostris decidi, ne de his civium dispendio immortales lites intendantur. (Conf. *Praefatio ad Differtat. H. FAGEL & J. C. VAN DER HOOP. Edit. Hag. Com. 1779.*)

## §. 2.

*Romani juris Decisiones.*] Jure nos Romano uti, quoties scriptæ apud nos Leges, vel recepti mores & consuetudines de re controversa nihil certi statuunt, satis constat, MERULA *Man. van Proced. Lib. I. Tit. 4. Cap. I. §. 5. n. 6.* nunc enim Jus Romanum, ut jus commune, esse receptum, multæ posteriorum Principum, Caroli in primis V. & Philippi II., multæ item Ordinum Hollandiae Leges significant: palam quippe, deficientibus Legibus propriis, remittunt ad *jus scriptum vel commune*, quo utroque Romanorum Civile intelligi certum est. Atque ita servat utraque Curia, nisi vel manifesta Reipublicæ ratio, vel perpetuae Consuetudinis auctoritas obstet. BYNKERSHOEK in *Praefat. ad observ. jur. Rom. part. I. pag. 1 & 2.* — De tempore vero, quo jus Romanum his in Regionibus invaluerit, non una est omnium sententia. BYNKERSHOEK in *Praefat. ad observ. jur. Rom.* dicebat, se vix putare aliquam in Hollandia Juris Romani auctoritatem fuisse ante Carolum Audacem. Verum Juris Romani receptionem multo esse antiquiorem satis superque demonstravit L. P. VAN DE SPIEGEL *Oorspr. der Vaderl. Regten Cap. 2 en 3.* ubi plenius exponit, quod in Francorum Legibus, & præsertim in *Capitularibus* (quæ ut & Saliorum ac Ripuariorum Leges, vetustissimis temporibus hac in Regione observabantur) saepius *Legis Romanæ* mentio occurrit, qua *Codicem Theodosianum*, vel *Breviarium Aniani* designabant. Cum vero, cuncte Gotiorum Imperio, hujus Codicis auctoritas sensim fuerit diminuta, tandem succedit Jus Justinianæum, quod in Scholis publicis expositum, & a Clericis non parum protectum, tandem ad Fora translatum fuit, ac deficientibus propriis Legibus pro regula ac norma judicibus invalidit. Hinc & PHILIPPUS à LEYDIS, vetustissimus inter Hollandos Jureconsultus, in Tractatu suo *de cura Republicæ*, saepissime ē jure Romano argumenta petit, & ex eo Comitum Privilegia explicat. — Plura exempla, quibus jam pristinis temporibus Jus Romanum receptum fuisse evincitur, profert J. C. VAN DER HOOP

in *Differt. de necessario Romani juris, & subinde quoque Canonici juris, in Hollandia, studio, Cap. 3.* ubi hoc etiam ex eo demonstrat, quod in variis *Consuetudinibus*, quæ seculo decimo sexto Curiæ Hollandiæ transmissæ fuerunt, dicitur jus dicendum esse secundum *juris scripta*, quando Statuta & Consuetudines deficiunt.

*Canonici illustrationes.*] Legibus Romanorum jam receptis, cum quædam res magis magisque ad æquitatis normam redactæ fuerint, illa jura, quæ à multis Christianis recepta & admodum improprie *Canonica*, vel *Pontifica* appellata sunt, his in Regionibus vim Legum acceperunt. DE GROOT *Inleid. I. B. 2. D. §. 22.* — Conf. porro de usu & auctoritate juris Canonici in his Regionibus, S. VAN LEEUWEN *cens. for. part. I. Lib. I. Cap. I. n. 20.* BOCKELMAN *differ. jur. Civ. & Can. Cap. 12.* ibique notæ E. OTTONIS. J. VAN OUDENHOVEN *kort Vertoog etc. pag. 110—115.* L. P. VAN DE SPIEGEL *oorsprong der Vaderl. Regten Cap. 3. n. 22.*

## §. 3.

*Romani juris scientiam hodie inutilem &c.*] An capita illa juris Romani, quæ in usu hodie non esse dicuntur, in Academiis doceri expediatur? disquisivit CL. VAN DER KEESSEL in *Orat. inaug. Groningæ habita Anno 1762.* Elegans hæc est quæstio & sane pro dignitate tractata. Præcipuas rationes, à viro CL. allatas, breviter recensebo. — 1º. determinatū est difficillimum, quænam doctrinæ pro abrogatis atque obsoletis sint habendæ: usus etenim frequentissime docuit talia pro antiquatis haberi, quæ revera vim suam exercere deprehenduntur. (BYNKERSHOEK *quæst. jur. priv. pag. 50. 329. 427. & alibi*) — 2º. ad Academias non ex nostra tantum regione, sed aliunde etiam, confluere solent juvenes; ideoque universalis quædam jurisprudentia docenda est. In ipsis Belgii Foederati Coloniis v. g. jura servorum vigent. — 3º. cum Jus Civile nobilissimi populi, pacis bellique artibus florentissimi, ac veris philosophia præceptis imbuti, scita, legesque contineat, eorum cognitio non modo animis oblectacionem, sed in ipsis rebus agendis usum fructumque uberrimum tribuit. Multa sunt juris capita, quæ, etiamsi usu non frequentantur, summa tamen fulgent æquitatis laude. Declarat hoc justissimum Edictum, quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur. — In titulo *de aleatoribus* res quoque ejusdem generis occurunt. — Nonne utilissima & in usum sane revocanda foret L. 2. C. de S. S. Eccl. quæ humana cadera in ædibus religioni consecratis sepeliri prohibet. — 4º. sine his capitibus Juri Romani obsoletis, cætera, quæ in foris hodie fre-

frequentantur, intelligi nullo modo possunt. — Nisi v. g. personarum differentiae probe perspectae sint, & jura adoptionum, emancipationum, servitutis &c. recte intelligantur, plurima ad speciales casus à Jureconsultis applicata, intelligi nequeunt. — Qui v. g. ad antiquum judiciorum ordinem non satis attenderit, nihil fere ex titulis de *jurisdictione*, de *in jus vocando*, de *judiciis*, qui usum tamen sunt nobilissimi, intelligere poterit. — Decendum igitur est cum U. HUBERO (*in Orat. I. pag. 11. Oper. min. tom. I.*) „non videri JCTum esse consummatum, qui utramque studii nostri partem, & dicāt logicam & antiquariam, memoria non comprehendisset, idque non modo hac gratia, ut in Academia quis docendi munere fungatur, sed etiam ut forensi more re jus colat & exerceat. Nam quia jus Romanum uno artificio devinctum & colligatum est, non habet res facultatem, uti quæ moribus vigent, ita de re liquo corpore præcidantur, ut altera si ne alterius notitia plane penitusque intelligi possit.” — 5° In obsoletis Juris Romani titulis inveniuntur quædam Leges & fragmenta, quæ in decidendis hodie juris controversiis plurimum valent. — Sic *L. 49. §. ult. ff. de pecul.* constat instrumentum, in quo debiti exitat confessio, non expressa causa debendi, non sufficere ad obtinendam condemnationem. — Notissima est in praxi *Lex diffamari*, desumpta ex *tit. Cod. de ingenuis manumissis*. — Ignoratis itaque obsoletis juris capitibus, & Advocati, & ipsi Judices in errores periculosis facili incident. — In causis quoque Criminalibus decidendis hæc Capita quandoque usu veniunt, quod vel ex ipsa *L. 3. §. 1. ff. ad Sctum Silan. ex tit. de questionibus*, aliisque, appetit.

## §. 4.

*Jurisprudentiam &c.*] Quemadmodum multa sunt vitia definitionum, quæ in Jure Romano occurunt, ut variis exemplis docuit LEYSERUS *Medit. ad ff. tom. I. specim. I. med. I.* ita & hæc jurisprudentiae definitio (quod sit *divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*) revera singularis est. Laborarunt igitur jam dudum Viri Eruditæ, quomodo hic *rerum divinarum* mentio fieri potuerit. Ne omnium conjecturas recenseamus, sufficit notasse opinionem P. PERRENONII *animadv. & var. Lett. Lib. I. Cap. 24.* (*in OTTONIS Thes. tom. I. pag. 621.*) & G. LOPEZ *animadv. jur. Civ. Cap. 4. n. 3 & 4. (ibid. tom. 3. pag. 438.)* existimantium *divinarum rerum* notitiam continere *jus naturale*; *humanarum* vero *jus civile*. — Quamvis autem hæc opinio veri speciem habeat, res tamen intellectu facilior erit, si consideremus prio-

ra verba desumpta esse ex Philosophia Stoica, quam affectabant veteres Jurisconsulti (conf. J. H. BOEHMER *Exerc. ad Pand. tom. I. Exerc. 2.* & E. OTTONIS *Oratio de Stoica veterum jurisconsultorum Philosophia*, in ejus *Dissert. jur. Publ. & Priv. pag. 562—604.*) & continere definitionem sapientiae seu Philosophiae. Sic CICERO *de Offic. L. 2. Cap. 2. Sapientia*, inquit, est, rerum divinarum atque humanarum, causarumque quibus haec res continentur scientia. Eodemque modo SENECA *Epist. 89. Sapientia est, nosse divina & humana, & eorum causas.* (G. NOODT *in comm. ad h. t. ff. Oper. Tom. 2. pag. 2.*) — Ut vero jurisprudentiam à Philosophia distinguerent, addiderunt verba sequentia, *justi atque injusti scientia*. — Non ineleganter quoque hoc Philosophiae & Juris connubium (de quo plura vide apud P. BURGIUM *Elector. Cap. I. in OTTONIS Thesaur. tom. I. pag. 311.*) exprimit QUINTILIANUS *Instit. Orat. Lib. 12. Cap. 2.* cum ait: *Omnis JURIS quæstio aut verborum proprietate, aut æqui disputatione, aut voluntatis conjectura continetur.* Quorum pars ad RATIONALEM; pars ad MORALEM PHILOSOPHIAM redundat. — Causam vero, propter quam Jurisconsulti veteres definitionem scientiae suæ tam late extenderint, LEYSERUS *in medit. ad ff. tom. I. spec. 2. med. 1.* putat solam esse æmulationem; cum enim omnes, qui artem quamcumque profitebantur, quandam affectabant πολιτειαν, atque artem istam complexum omnium scientiarum videri volebant, Jureconsulti, ne qua in re his æmulis suis cederent, vanitatem quoque eorum imitati sunt. In primis rerum divinarum, tanquam præstantissimarum, cognitionem fibi cuncti arrogabant. — Add. E. MERILLIUS *Observ. Lib. I. Cap. I.*

## §. 6.

*Æquitatem.]* Quæ in hoc §. de Æquitate auctor differit, juris analogiae omnino sunt consentanea. Pro generali enim regula tenendum est, eam in primis judicis laudem esse, ex formula *jurisjurandi*, quod præstabilit, Leges servare, non vero vagum & lubricum cujusque arbitrium, cum nihil adeo Judici & Jureconsultis præstandum sit, quam ne ex cerebrina æquitate (quod enim Mævio æquum videtur, Titio videtur iniquum,) à jure scripto recedant. BYNKERSHOEK *in Dedicat. ad I. part. Observat. jur. Rom. & ad opuscula varii argumenti; itemque in Præfat. ad Observ. jur. Rom.* — Add. *notas nostras ad MERULÆ manier van Procederen Lib. I. Tit. 6. Cap. I. §. 6.* — Attamen ex altera parte in causis dubiis, in quibus Lex nihil certi determinat, judex sequi debet id quod æquitati maxime convenit, (BRONCHORST *in var. Cent. I. affert. 7.*) ipsique ca-

vendum, ne, cum evidens est æquitas, verba legum pressius sequendo contra Legislatoris intentionem agat: cuius æquitatis applicanda nulla opportunior est occasio, quam cum de solemnibus negotiorum controversia est, de veritate autem & seria disponentium voluntate nullum dubium existit. LEYSERUS medit. ad Pand. tom. I. spec. 3. med. 6. — Et hoc sensu in L. 8. C. de judiciis, & L. 183. ff. de reg. jur. Jurisconsultis æquitatis præstricto jure rationem habere præcipitur; modo tamen æquitas sit evidens, non dubia; hoc enim postremo casu inter æquitatem jusque interpositam interpretationem soli Principi & oportet & licet inspicere. L. I. C. de Legib. LEYSERUS d. l. med. 7. — *Æquitas* igitur, sive *jus æquitatis*, reæte definitur ab HUBERO in *Digress. Lib. I. Cap. 5. §. 3.* quod fit *benigna & humana iuri scripti interpretatio, pro diversitate singularium, non ex verbis, sed mente Legislatoris facta;* & a GROTIUS de *Æquitate n. 3.* quod fit *virtus voluntatis, correætrix ejus, in quo Lex propter universalitatem deficit.*

## §. 7. &amp; 8.

*Justitia &c.]* Duas habet multum vexata hæc definitio partes, alteram generalem, alteram specialem. Prior pars, his verbis comprehensa, *justitia est constans & perpetua voluntas, huic virtuti cum cæteris communis, veteribus Stoicis, à quibus desumpta est, nihil aliud significavit, quam virtutem;* uti apud CICERONEM *Parad. Lib. 3. Cap. 1.* virtus dicitur *consentiens cum ratione & perpetua constantia;* & apud eund. de *Legib. Lib. I. Cap. 18. constans & perpetua ratio vitae.* — Altera pars definitionis in verbis, *jus suum cuique tribuendi, specialis est, & differentiam hujus virtutis a reliquis virtutibus, ab objecto, circa quod versatur justitia, desumptam declarat.* Conf. P. AVELLANI loc. restit. Cap. 28. (in OTTONIS *Thef. tom. I. pag. 478.*) & U. HUBER *Digress. Lib. I. Cap. 7.*

Cæterum nonnulli in hac definitione pro *tribuendi* legendum putant *tribuens*, moti præfertim auctoritate Basilicæn; (vid. MRNAGIUS *Amoenit. jur. Civ. Cap. 4.*) verum minus recte; cum non tantum Pandectæ Florentinæ vocem *tribuendi* agnoscant, sed etiam cum a viro, æquitatis & justitiae studioso, non requiritur, ut is actu semper suum cuique tribuat, sed sufficit, dummodo intentionem illam semper habeat *jus suum cuique tribuendi.* Poterit igitur accidere, ut vir justissimus aliquando cuidam suum non tribuat, sed nocentem absolvat, innocentem vero condemnnet, & poena afficiat, sine omni tamen injustitiae labore: Judex enim, si secundum acta & probata judicet, si v. g. reum, multis indicis oneratum, atque de se sponte confessum, condemnaverit, licet postea appareat

crimen ab aliis fuisse commissum, tamen justitiam observasse dicendus est. LEYSERUS medit. ad ff. tom. I. spec. I. med. 2.

## §. 9.

*Dividitur vulgo justitia &c.]* Qui primum jura addiscunt, multum temporis & laboris in per noscendis justitiae divisionibus collocare solent. Diu sudant, ante quam varias Jurisconsultorum de justitia universali & particulari, de justitia commutativa & distributiva, de proportione arithmeticæ & geometricæ, de justitia attributrice & expletrice, sententias percipiunt. Attamen in his divisionibus perdiscendis rei prorsus otiosæ & difficilibus nugis operam dant. LEYSERUS medit ad ff. tom. I. spec. I. med. 3. H. DE COCCEJI *Dissert. de Proportionibus, in Exerc. curios. tom. I. pag. 10. seqq.* — Generaliter quidem verum est, justitiam distributricem servare proportionem Geometricam, in distribuendis præmiis & honoribus, quippe quibus, ratione personarum habita, is qui dignior est & excellentior maxime afficitur; ac in poenis irrogandis, in quibus conditio personarum saepe attenditur. L. I. in fin. & L. pen. ff. ad *Leg. Corn. de sicar. L. 10. pr. L. 16. §. 3. & L. 28. §. 2. ff. de poen. L. ult. ff. de injur.* aliisque. Cum è contrario in contractibus magis servari solet proportio arithmeticæ, posthabita conditione ac dignitate personarum. Hoc tamen non sine distinctione accipiendum. Nam in contractibus aut justitia consideratur quoad meritum, dignitatem, & conditionem contrahentium, & tunc servat proportionem arithmeticam; aut consideratur quoad res, quæ in obligationem deducuntur, & tunc proportionem Geometricam servat, scil. in contractibus & commutationibus, in quibus aliquid hinc inde datur & accipitur. Sic v. g. tantidem emit nobilis & ignobilis; verum lucrum & damnum inter socios dividitur pro rata portionis, quam quisque contulit. Pluribus hæc exposuit, & exemplis illustravit J. AVERRANIUS, *interpr. jur. Lib. 3. Cap. 6.*

## §. 10.

*Atque hoc est, quod vult SENECA &c.]* Hunc SENECA locum ex professo explicuit Cl. A. SCHULTING in *Oratione, de angusta innocentia hominis ad legem boni.* (Lugd. Bat. 1730.) Plurima ibi profert exempla eorum, quæ, licet jure permitta, innocentiae tamen aperte adversantur. In hunc censem referuntur mentis solius actus, sive cogitationes; & generaliter omnium officiorum imperfectorum neglectus. Si contra ingratos v. g. actio datur, omnia fora vix sufficerent. (SENECA *de Benef. Lib. 3. Cap. 7.*) — In ipso quoque Jure Romano multa talia exempla occur-

currunt, quæ ante oculos præcipue habuit SENECA. Jura dominorum in servos; potestas parentum in Liberos; conjunctioes cum concubinis; repudiorum ac divortiorum licentia; pectorum nudorum invaliditas; alia que, evidenter probant non semper quæ licent honesta esse.

## §. 11.

*Jus eo sensu nihil aliud est &c.]* JURIS vocabulum plurimas habet significationes. Præcipias enumerabo. — 1<sup>o</sup>. *Jus* dicitur Lex seu complexus Legum. Sic loquimur de jure Naturali, de jure Gentium, de jure Civili, de jure Canonico, de jure Praetorio &c. Hoc sensu etiam aliquid *ipso jure fieri* dicitur. — 2<sup>o</sup>. *Jus* sumitur pro attributo personæ, seu, ut definit GROTIUS *de jure Bell. & Pac.* Lib. I. Cap. I. §. 4. qualitate morali, alicui competente ad aliquid juste agendum. Sic *jus* opponitur *injuria* L. I. ff. *de injur.* L. I. ff. *de nov. op. nanc.* — 3<sup>o</sup>. *jus* sumitur pro scientia juris; eoque sensu dicitur, quod sit *ars æqui & boni*. L. I. §. I. ff. h. t. & hoc *jus à justitia* ibi appellatum dicitur; quæ tamen non est Grammatica Etymologia, sed realis & Philosophica, seu allusio ad rem, quales & in aliis locis inveniuntur, ut in *pr. Inst. de testam. ordin.* L. 2. §. 16. ff. *de O. &c.* vid. C. A. DUKER *de Latin. Veter. Jurisc.* pag. 462 seq. — 4<sup>o</sup>. *Jus* accipitur pro facultate, homini jure legeque competente. Sic dicitur *jus Quiritium*; *jus civitatis Romanæ*. — 5<sup>o</sup>. *Jus* aliquando potestatem significat; veluti in his, qui sunt sui vel alieni juris. — 6<sup>o</sup>. Nonnunquam *jus* pro necessitudine dicimus, v. g. *jus cognationis* vel *affinitatis*. L. ult. ff. h. t. *jura sanguinis*. L. 23. ff. *de adopt.* — 7<sup>o</sup>. *Jus* dicitur *locus*, in quo *jus redditur* L. II. ff. h. t. uti in *jus vocatio*, *confessio* in *jure &c.* sic quoque vox *juris* adhibetur in antiqua & solemni formula, quando te in *jure conspicio*. Vid. CICER. *Orat. pro Muræna* Cap. 12. — 8<sup>c</sup>. *Jus* tandem sumitur pro sententia, sic *jus dicere* vel *reddere* Praetor dicitur. L. II. ff. h. t. — Conf. T. PAPILLONII *Comm. ad tit. D. de just. & jur.* (in MEERMANNI *Thes.* tom. 2. pag. 567.) MEIJERI *Coll. jur. Argent.* ad h. t. n. 5. VICAT in *vocabul. juris*, *voc. jus*.

*Tria juris Præcepta.]* Cum JCtus in hoc tit. juris Præcepta dicit, non juris Regulas, seu *jus civitatis*, & Legum Decreta, ac definitiones, quibus in foro locus est, significat; sed jurisprudentiæ, sive civilis sapientiæ, sive artis æqui & boni, suasiones, sive admonitiones ad justitiam. Conf. G. NOODT in *Julio Paulo* Cap. 10.

## §. 12 &amp; 13.

*Jus naturale &c.]* Hoc *jus* in Legibus Romanis dupli sensu occurrit, vel sensu latiori, quo continet omnia præcepta rectæ rationis circa officia nostra. — Sic in L. 206 ff. *de R. &c.* dicitur *JURE NATURÆ æquum esse*, neminem cum alterius detimento & *injuria fieri locupletiorem*. — vel sensu strictiori, quo definitur ab ULPIANO in L. I. §. 3. ff. h. t. quod *natura omnia animalia docuit*. Desumpta iterum est haec definitio è Veterum Philosophorum doctrina, qui *jus naturæ exigere* dicebant, ut secundum naturam vivamus. *Natura* autem illis erat ipse Deus, sive, ut ait SENECA *de Benef.* Lib. 4. Cap. 7. *divina ratio, toti mundo & partibus ejus inserta*. Cum itaque ex eorum opinione divina illa essentia per omnia corpora diffusa & toti mundo inserta erat, dicere potuerunt naturam illam *jus quoddam omnia animalia docuisse*; quamvis tamen alio modo in hominibus, atque alio in bestiis sepe exsereret. — Præter hanc vero communem omnium animalium naturam, etiam propriam homini naturam statuebant, ex qua *jus gentium* derivarunt. — Conf. C. H. ECKHARD in *Hermeneut. jur.* Lib. I. Cap. 4. §. 132. & ibi C. F. WALCHIUS in notis.

## §. 15.

*Juris naturalis basis, — fundamentum, ac primum principium.]* De hoc primo principio juris naturæ pro diversitate systematum diversimode disputasse auctores, nemo est qui ignorat. A nostro proposito nimis aberraret, has diversas opiniones examinare. Videri de his possunt commentatores ad locum GROTIUS *de jur. Bell. ac Pac.* L. I. C. I. n. 12. ab auctore citatum. BURLAMAQUI *Elementa du droit naturel* part. I. Chap. 5. aliisque. — Forsitan admodum simpliciter tota haec quæstio terminatur, si consideremus, omnibus hominibus naturaliter innatum esse appetitum felicitatis, ac desiderium omnes suas actiones liberas in eum finem dirigendi, ut veras voluptates possideat, doloresque evitet; Leges autem naturales veram ac certam viam ad hanc felicitatem obtinendamducere. — Pluribus haec exsequitur Cl. PESTEL in *Fundament. jurisprud. Natural.*

## §. 18.

*Unde & juris hujus exempla &c.]* Inter exempla juris Gentium, primævi scil. JCtus in L. 3. ff. h. t. etiam refert, ut vim atque *injuriam* *propulsemus*. Cum autem sui defensio hominibus cum ipsis brutis communis sit, ideoque magis ad *jus naturale* pertinere videatur, dubium moverunt nonnulli interpretes, cur juri Gentium JCtus eam adscriperit?

Respondit ad hanc difficultatem BYNKERSHOEK *Observ. jur. Rom. Lib. 5. Cap. 2.* observando, agi in hac Lege de vi iusta illata. Hoc probat locutio *vis atque injuria*, quasi dictum fuisset *vis iusta*. Hinc & me minit JCtus tutelæ corporis, insidiarum, &c.

— Jure igitur natura licet propulsare omnem vim, nullo discriminē aequi vel iniqui adhibito, ita ut vel ad poenam damnatus, si sententiæ executioni se non submittat, jus naturæ sequatur, quippe cuius est se quodcumque conservare, eaque omnia facere, quæ ad sui conservationem conducunt. Sed jus Gentium duntaxat permitit se suaque tueri adversus ea, quæ inique & injuria inferuntur.

*Quod non ita accipiendum, &c.]* De Jure Gentium Tractatus exstat absolutissimus M. DE VATTTEL, *le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains.* — In hujus Libri Prolegomenis jam statim explicantur diversæ juris Gentium species, quo non parum lucis adfertur his, quæ de existentia juris Gentium obligatorii in hoc §. Auctor noster differit. Quemadmodum scilicet singuli homines Legibus Naturæ obligantur, sic etiam Gentes, societate civili invicem con-

junctæ, cum homines esse non desierunt, eodem obligationis vinculo tenentur. Datur igitur jus Gentium, quod ab origine sua nihil aliud est, quam *jus naturæ, Gentium actionibus applicatum.* Et hoc jus, quod *necessarium, internum vel naturale* vocatur, non minorem Gentibus obligationem imponit, quam Lex Naturalis inter singulos homines constituit. — Aliud autem est *jus Gentium positivum*, sive *voluntarium*, cuius Praecepta genera lia hæc sunt, 1º. ut singulæ Gentes aliarum felicitatem & perfectionem, quantum possunt, promoveant. 2º. Ut omnes Gentes fruantur ista libertate, quam Natura omnibus hominibus, naturaliter aequalibus, tribuit: quæque efficit, ut si Gens quædam Leges Societatis, à natura constitutas, aperte violaverit, liceat quidem se adversus eam vi defendere, sed ut cæteroquin singulæ nationes, modo ne jus aliorum perfectum lèdant, actiones suas libere dirigant, ita ut ab aliis Gentibus in his dirigendis cogi nequeant. — Cæterum ab hoc jure Gentium voluntario sive universali differunt duæ aliæ species juris Gentium particulares, quæ foederibus aut consuetudine constant, atque sub nomine juris Gentium *conventionalis* & *consuetudinaris* veniunt.

## T I T U L U S II.

*De origine Juris, & omnium Magistratum, & successione Prudentum.*

## §. 1.

**T**RIA potissimum &c.] Quæ de origine Juris, & omnium Magistratum, & successione Prudentum dici possunt, integris Libris dicta, & fere pertractata sunt, nec quisquam nunc ex professo de his omnibus agat, quin appositurus sit cramen recoclam, ad quam vel leviter eruditini naucent. BYNKERSHOEK *Prætermisso. ad L. 2. de Orig. jur. in Præfat.* Quemadmodum igitur ad antiquitatum & Historiae juris scriptores Lectorem remittere constituit auctor noster, sic & auctoritates quorundam recentium scriptorum addendo contenti erimus.

Multi sunt, qui hunc tit. Commentariis illustrarunt. Inter eos vero eminent C. A. RUPERTUS *ad Enchiridion Pomponii Jcti de origine juris.* — G. VAN DER MEULEN & W. VAN DER MEULEN *in Exercitat. ad h. t.* — ac præsertim BYNKERSHOEK *in Prætermisis laudatis*, quibus à variis Doctorum reprehensionibus POMPONIUM vindicavit.

Addendi etiam sunt, qui Historiam Juris

Romani scripserunt, quos inter nominari merebantur J. V. GRAVINA *de ortu & progressu juris civilis.* — J. G. HEINECII *Historia juris civilis Romani ac Germanici.* — & J. A. BACHII *Historia jurisprudentiæ Romanæ.*

*A Græciæ civitatibus &c.]* Sapienter fecisse Romanos, quod Leges suas à Græcis petierunt, defendit LEYSER medit. ad ff. tom. I. specim. 5. med. I.

*Congestas eas &c.]* Nonnullorum capitum Legum XII Tabb. interpretationem & historiam exequitur IDSINGA *in variis juris civilis.*

## §. 2.

*Ingens præterea &c.]* Harum Legum, Senatus consultorum, Edictorum &c. enumerationem vide apud J. A. BACHIUM *Hist. jurispr. Rom. Lib. 2. Cap. 2.*

## §. 3.

*Justinianum.]* Historiam Justiniani ex professo exposuerunt H. GIPHANIUS *in Commentario*

## DE ORIGINE JURIS &c.

7

*tario de imperatore Justiniano* (Argent. 1612.)  
C. A. RUPERTUS in *Observ. ad BE SOLDI Historiam Universalem* pag. 465.—521.  
J. P. DE LUDEWIG in *vita Justiniani atque Theodoræ.*

*Libris Basiliens.*] Hoc opus, quod collectum & compositum est ex Græcis, quibus tunc utebantur, Institutionum, Pandectarum & Codicis versionibus, ideoque, et si nullam Legum auctoritatem habeat, ad interpretationem Juris Justinianæ summam utilitatem add fert, tandem editum est à C. A. FABROTTI VII. voll. in Folio. Attamen multi Libri in hac Editione non integri apparuerunt; sed à FABROTTI ex variis Fragmentis quodammodo sunt restituti. Et hinc optime de juris prudentia meritus est G. MEERMAN, cum Libros XLIX, L, LI, & LII, *Thesauri sui tomo V.* inferuit.

*Photii Nomocanon.*] Conf. J. A. BACHII *Hist. jurispr. Rom. Lib. 4. Cap. 2. §. 7.*

*Micbaëlis Attaliatæ.*] Conf. J. A. BACHIIUS d. l. §. 9.

§. 4.

*Jus Canonicum.*] Fontes hujus juris a prima sua origine, ejusque progressus per subsequentia secula egregie exponit G. VON MASTRICH in *Historia Juris Ecclesiastici.*

§. 6.

*Novellas Leonis.*] Quamvis generaliter dicendum sit Novellas Leonis apud nos Legum auctoritatem non habere, tamen nonnullæ ex his usū receptæ sunt, cum naturalis æquitas & utilitas publica hoc exigere videbantur. Sic auctoritate Novellæ Leonis 39. Curia Hollandiæ 29 Maii 1731. Ordinibus respondit in favorem prodigi, qui de bonis suis testari volebat; atque in illo Responso his verbis ufa est. „*Het is wel waar, Edele Groot Mogende Heeren!* dat de Novella

„ Leonis in het algemeen voor geen Wetten zyn aangenomen; maar het is ook constant, volgens de leere van onze Hollandsche Regtsgeleerden, dat eenige van dezelve, voor zoo verre die met de natuurlyke billykheid en baarbykelyke nuttigheid overeenkommen, door het gebruik op veele plaatsen zyn aangenomen.” Vid. J. DE MAUREGNAULT juridique *Observation No. 24. pag. 121.*

§. 8.

*Successionem prudentum &c.*] Conf. de hac materia auctores, qui vitas jurisconsultorum scripserunt, veluti J. BERTRANDUS de juris prudentiis: & G. GROTH vita jurisconsultorum, quorum in Pandectis exstant nomina.

*Jurisconsultorum sectæ.*] Conf. de his C. O. à BOEKELLEN de diversis Familiis Veterum jurisconsultorum. & G. MASCOVIUS de sectis Proculianorum & Sabinianorum. — Dissensiones autem utriusque sectæ, Proculianorum & Sabinianorum, ad hæc quatuor capita refert C. H. ECKHARD in *Hermeneutica juris Lib. 1. Cap. 4. §. 157.* — 1°. Proculiani novis plerumque sententiis delectati, majorum placita sæpe deseruerunt; Sabiniani vero in iis, quæ à majoribus tradita erant, regulis juris subsistebant. — 2°. Proculiani verborum subtilitati stricte inherenter, Sabiniani vero benigniorem humanitatis sententiam contra jus sumnum sequuntur. — 3°. Sabiniani naturalem rationem; Proculiani vero opinionem magis, quam substantiam intuebantur. — 4°. Proculiani jurium omnium rationes investigandas putabant; quum Sabiniani contra parum de illis laborarent.

*Disidiorum vestigia per Pandectas — superesse.*] Varia horum vestigiorum exempla collegerunt J. MERCERIUS in *conciliatore Cap. 6.* & C. H. ECKHARD in *Hermeneutica juris d. l. §. 158. & 161.* ibique C. F. WALCHIUS in *notis.*

## TITULUS III.

### De Legibus, Senatus-Consultis & longa Confuetudine.

§. 2, 3 & 4.

*Legem Papinianus definivit &c.*] Definitio Legis, à PAPINIANO tradita in L. I. ff. h. t. quamvis magis encomia bona Legis, quam Legis in genere sumptæ definitionem contineat, (M. A. MURETI *Comm. de Legibus*, in OTTONIS *Thes. jur. tom. 4. pag. 180.* SCHULTING in *Enarr.*

ad h. t. ff. n. 1.) optime explicatur a G. NOODT in *comm. ad h. t.* qui inter alia observat Legem dici *Virorum prudentum consultum*, non aliam ob causam, quam quod plerique Leges à Sapientibus sunt decretæ & latæ. *Consultum enim PAPINIANO non est consilium aut suasio, sed decretum:* nam *consulere* apud Veteres non modo est suadere, sed etiam judicare & decernere, ut in expli canda

canda L. 1. §. 2. ff. ad SCum Vellej. indicat G. NOODT *Obser. Lib. 1. Cap. 18.* — Cum autem addit PAPINIANUS, Leges coēcere delicta, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, hoc ab Atheniensium institutis desumit, quippe apud quos etiam delicta involuntaria coercabantur: (v. P. BURGII *Elector. Cap. 5. in ORTONIS Thes. jur. tom. 1. pag. 317.*) ac sibi voluisse videtur, Legibus puniri delicta, non modo facta dolo malo, id est deliberato animo, seu integra voluntate, sed etiam animo perturbato, id est per imprudentiam seu voluntatem non integrum; ut si culpa arguatur, aut res sit mali exempli, et si non sit mali animi. Sic Lex CORNELIA de Sicariis solum punit dolum malum, sed Lex Aquilia punit culpam, etiam levisimam.

## §. 5.

*Ne privilegia irrogarentur.]* De sensu hujus Fragmenti Legis XII. Tabb. Privilegia ne inroganto; non una est omnium sententia. Dantur, qui hic putant prohiberi de privato Leges ferri, non solum in ejus poenam, sed & in ejus gratiam. Verum rectius alii hanc sententiam rejiciunt: præterquam enim, quod nulla argui potest injustitiae species, si privata Lex feratur in ejus gratiam, qui singulari aliquo beneficio dignus visus fuit; ipsa Legis verba ne inroganto, satis innuunt ea sola privilegia prohiberi, quæ in privatæ aliquius personæ odium & poenam statuerentur, non vero quæ in ejus gratiam. Conf. C. RITTERSHUSIUS in *Comm. ad Leg. XII. Tabb. Clas. 2. Cap. 2. pag. 43.* — G. NOODT in *Comm. ad h. t.* — & POTHIER in *notis ad Fragment. Leg. XII. Tabb. (Tom. 1. Pandectarum præmissis) pag. 146.*

*Axioma vulgatum, cessante &c.]* Quando cesseret Lex propterea, quod cessat ejus ratio, ex professo disquirit J. VOORDA *Interpret. & Emendat. Cap. 1.* ubi eam proponit distinctionem, utrum cum ratione Legis cessent simul ejus sententia, & constituentium voluntas, nec ne. His enim cessantibus, non potest non cessare vis, potestas & effectus Legis: cuius rei exemplum occurrit in L. 6. §. 2. ff. de jure patron. Si vero sola Legis cessat ratio, sententia autem Legis & sancientium voluntas non cessent, dicendum est vim suam Legem non amittere. Hinc si verbis Legis casus, de quo queritur, nominatim & aperite comprehenditur, ulteriori voluntatis questioni locus non est. — Quod si generatim scripta Lex neque complectatur nominatim, neque excipiatur casum, de quo quæstio est, ex eo res pendebit, habeatne locum in proposito, an non habeat, quod sibi constituentes in scribenda Lege proposuerunt, hoc est, quod efficere hac Lege voluerunt. — Sic v. g. Lex, quæ fidejussori exceptionem pac-

ti de non petendo, cum reo initi, competere afferit, cessat, si donandi animo fidejussor intercesserit, quia tunc reus, exacto fidejussore, mandati judicio, conveniri nequit — At vero Lex, quæ v. g. impubrem testari prohibit, quia nullum est ejus animi judicium, cessare dici non potest in puer, præter ætatem recte sapiente, quoniam sententia Legis, voluntasque constituentium in eo non cessant. — Add. DE GROOT *Inleid. 1. B. 2. D. §. 23.*

## §. 7.

*Ubi & Pomponium &c.]* Emendationem eorum, qui in L. 2. §. 4. ff. de orig. jur. pro eboreis tabulis legendum putant æneis, minus necessariam judicat BYNKERSHOEK in *preterm. ad d. l.* Distinguenda sc. sunt tempora; nam primum Tabulæ fuerunt roboreæ, sive quernaæ, deinde eboreæ, ac tandem æri incisæ. Et sic POMPONIUS cum aliis scriptoribus recte conciliari potest.

## §. 9.

*Ut ne statim — obstringant, sed post duos menses.]* Multi dantur scriptores, qui cum auctore existimant, Leges solemniter promulgatas, in quibus Princeps non expressit tempus, ex quo obligationem Legis incipere voluit, non obligare, nisi post duos menses, à die promulgationis numerandos. Hi autem potissimum urgent inscriptionem & verba Novell. 66. sed rectius alii putant, & hanc opinionem pluribus defendit A. MERENDA *Controvers. jur. Lib. 2. Cap. 8. istam Novellam tantum accipiedam esse de illis Legibus, de quibus restrictè loquitur.*

## §. 10.

*Non promulgatam sane Legem non obligare.]* Generaliter hoc verum esse, nemo facile in dubium vocabit. Attamen distinctionem quædam hic est admittenda. Illæ sc. Leges, quæ generaliter quid jubent vel prohibent, ideoque cuivis è populo notæ esse debent, omnino publicatione indigent. Sed cæteroque omnia Decreta Principis, Legibus naturalibus non contraria, à Magistratibus ac subditis sunt observanda, sive per *Insinuationem*, sive per *Publicationem* ad eorum notitiam pervenerint. Hinc si Collegium quibusdam rebus dirigendis præest, sufficit, quod Principis Decretum huic Collegio communicatum sit: quare & utraque Curia judicare tenetur non solum secundum Leges publicatas, verum etiam secundum Ordinum *Resolutiones*. vid. *Notable Deductie nopens t Recht de Steeden competeerende in cas van judicatuure*, in de HOLL. CONS. 3. D. Conf. 226. N. 32, 33, 34

33, 34 en 106. — DE GROOT *Apologie Cap. 12, pag. 128.* ubi annotavit, Ordines Hollandiae & nominatum Amstelædamenses, eo tempore, quo *Resolutio 10 Sept. 1591.* facta est, sensisse talia Decreta, consensibus judicū significata, parem habere vim atque Edicta. — Conf. P. BORT van Crim. zaaken 11 Tit. 1. D. n. 37. pag. 546. seqq. — Ex eodem fundamento Ordines Generales rescripserunt Resolutiones suas à Collegiis Marinis (*de Admiraliteiten*) esse observandas, etiam si his nominatum missæ non fuerant. Vid. *Resolutie van de Staten Generaal van 31 July 1728.* in 't GR. PL. BOEK 6. Deel pag. 1330. — Pertinet huc etiam *Resolutio Ordinum Hollandiae 22 Junii 1751.* qua duo Curiæ Mandata, Societatis Indicæ Privilegio contraria, revocarunt, licet Curia allegasset, hoc Privilegium in Grapheo suo, ac inter Leges, ab Ordinibus Curiæ missas, non reperiri. — Non nimis ergo sollicitos nos esse oportet de dubio, quod movit BYN-KERSHOEK *Quæst. jur. priv. Lib. 3. Cap. 2.* pag. 371. num quidem satis constet, Decreta Ordinum, quæ non publicantur, aequæ ac Edicta, quæ publicantur, auctoritate juris esse habenda?

*In uno tamen altero loco &c.]* Quamvis promulgatio Legis sit de ejus effentia, rejicienda tamen est opinio existimantium, ab eo, qui in Lege se fundat, probandum esse, illam in ea civitate aut pago, ubi adversarius vivit, affixam aut per præconem publice proclamatam fuisse. Non tantum enim summis difficultatibus ista probatio involveretur; sed & in Legibus eadem est solemnitatis præsumtio, quam contractus & instrumenta privatorum pro se habent. — Accedit, quod de jure sufficit, Legem solemniter in urbe, in qua Princeps degit, publicari, typis quoque exprimi, & exempla ejus hinc inde dispergi, & passim in Provincias mitti, nec necesse est Legem in omnibus villis locisque solemniter proclamari vel affigi. Quod & Legibus Romanis convenit, quippe quibus Provinciae & civitates reliquæ ad ea jura, quæ in capite omnium civitatum scil. in regia urbe observantur, respicere jubentur. §. 7. *Inst. de fatisd. ac in L. 3. §. 5. ff. de sepulc. violat. dicitur, generalia esse Rescripta, & oportere Imperialia Statuta suam vim obtinere, & in omni loco valere.* Conf. LEYSER medit. ad ff. tom. I. Spec. 7. medit. I & 2.

## §. 11.

*Adyenas ac peregrinos.]* Leges non tantum observandas esse a subditis, verum etiam ab iis, qui tanquam subditi temporarii in territorio commorantur, satis certum est. Conf. GROTIUS de jure Bell. ac Pac. Lib. 2. Cap. 2. §. 5. & Cap. 11. §. 5. n. 2. & Cap. 18. §. 4. Tom. III.

n. 5. & Lib. 3. Cap. 23. §. 5. n. 3. & Cap. 24. §. 2. Idque ulterius confirmatur *Resolutione Ordinum Generalium 3 Jan. 1671.* his verbis: „Dat aan alle Souveraine Regeeringen „competeerd een absolutende indisputabel recht, „om in haar eigen Territoir, buiten eenig particulier verband van Tractaaten, of andere overgiffte ter contrarie, zoodanige ordres en de wetten te stellen, als het hun goed dunkt, „ende dat een ieder, die zig binnen het zelve Territoir komt te hegeeven, schuldig en gehouden is, zig aldaar de wetten van den Souverain van het Territoir te onderswerpen, „ende dezelve na te komen.” Vid. GR. PL. BOEK 3 D. fol. 52.

## §. 12.

*De Legatis.]* Conf. de hac materia BYN-KERSHOEK *Tract. de Foro Legatorum.*

## §. 14.

*Leges permittentes &c.]* Leges permittivæ censentur esse prohibitivæ ratione eorum, quibus Lex vetat, ne ei, cui quid permittitur, in hoc jure exercendo impedimentum ponant. GROTIUS de jur. Bell. ac Pac. Lib. 1. Cap. 1. §. 9. & PUFENDORF de jur. Nat. & Gent. Lib. 1. Cap. 6. §. 15. — Atque ex ea ratione Privilegiis (*Ostrojen*) inserere solent Ordines hanc similem clausulam: „Ende ten einde de Supplianten deezen onzen consente,accoorde ende Ostrojje mogen genieten, lasten Wy ende ordonneeren allen ende eenen iegelyken,deezen aangaande, dat ze den Supplianten van den inhouden van dien, doen, laten ende gedogen, rustelyk, vredelijc ende volkomelijc genieten, ende gebruiken, ceffeerende alle hinder ende belet ter contrarie.” Conf. Regtsgel. Obser. over de Inleid. van H. DE GROOT 3 D. Obs. 2.

## §. 15.

*Sed nec Romanis &c.]* Recte putat Auctor, non omnibus Legibus Principes Romanos fuisse solutos, eaque sententia confirmatur, tum ex variis locis DIONIS CASSII, quæ exhibent SCHULTING in Enarr. ad t. ff. de confl. Princ. n. 8. & HEINECCIUS in Comm. ad Leg. Jul. & Pap. Popp. Lib. 3. Cap. 5. n. 2. tum ex ipso fragmento Legis Regiae, ab Auctore citato, quod exstat apud RUPERTUM de Orig. jur. Cap. 12. pag. 150. seqq. HEINECIUM Antiq. Rom. Lib. 1. Tit. 2. n. 67. & HUBER Digress. Lib. 1. Cap. 31. — Et quod attinet ad generaliora verba L. 31. ff. h. t. præter solutionem, quam Auctor è CUJACIO reddit, quamque Legis inscriptio confirmat, eam sc. intelligendam esse de Legie Julia & Papia Poppoea; addi potest, locutionem Legibus solvere apud veteres autores

res de una tantum Lege saepius adhiberi. Conf. LIVIUS Hist. Lib. 10. Cap. 13. Lib. 31. Cap. ult. & Lib. 39. Cap. 39. & SUETONIUS in Cæsar. Cap. 18. — Dissentit E. MERILIUS Observ. Lib. 8. Cap. 19.

## §. 16.

*Quod si contra Leges &c.]* De quæstione, an quicquid contra Legem sit, sit ipso jure nullum? conferri merentur VINNIUS sel. quæst. Lib. 1. Cap. 1. SCHULTING in jurispr. Antejust. ad ULPIANI Fragn. tit. 1. §. 1. pag. 561. & Z. HUBER Observ. rer. iudicio tom. 1. Obs. 1.

## §. 17.

*Non ad facta præterita &c.]* Quæ de Legibus, ad actus præteritos non trahendis, tradit Auctor, vera etiam sunt de Privilegiis, quippe quæ ita intelligi debent, ne illi, qui jus anterius habent, damnum inferatur. Atque hoc fundamento JCTi Witenbergenses responderunt Collegium quoddam Opificum, quod noviter coierat, & privilegium a Principe obtainuerat, ne quis in ea urbe præter istius Collegii membra artem quandam exerceret, jure non petuisse, ut ab Opificio hoc abstinerent cives, qui diu ante id privilegium eidem arti operam dederant; referente LEYSERO Medit. ad ff. tom. 1. spec. 7. Medit. 5.

## §. 18.

*Multoties Leges hodiernas &c.]* Eum, cui jus est Leges condendi, etiam Leges interpretandi facultate gaudere, certissimum est juris principium, quod & à pristinis inde temporibus hac in regione viguit. Ipsi Comites Privilegiis suis saepè hanc clausulam addere solebant, se eorum, quæ postea obscura videri possent, interpretationem sibi reservare. MIERIS Chart. Boek 3. D. pag. 652. — v. d. EYCK Handy. van Zuidholl. pag. 252. — Handy. van Enkhuizen pag. 398. art. 23. ac aliquando Comites Leges suas, cum de his quæstio exorta fuerat, interpretati sunt. Exemplum hujusmodi authenticæ interpretationis, ab ipso Comite factæ, occurrit apud MIERIS d. l. pag. 708. ubi invenitur Decretum Ducis Alberti Bavari, qua Privilegium Johannis, Hannoniae Comitis, de poena fractæ pacis explicuit. Add. v. d. WALL Handy. van Dordr. 1. st. pag. 111. & 112. — Postquam vero Comitum cessavit imperium, Ordines quoque saepius hac interpretandi facultate usi sunt: sic v. g. Ordines Hollandiæ art. 3. Polit. Ordin. anni 1580. annis 1646. & 1674. art. vero 7, 8. & 9. ejusdem Edicti anno 1664. explicuerunt. (v. Gr. Pl. Boek 3. D. pag. 506.) — Neque aliud de Ordinibus Generalibus, quoad

Leges territoriorum Belgii Foederati accessorum spectantes, dicendum est, quoniam item in illo territorio, quod singularum Provinciarum Ordines in suo, exercent imperium. Exempla vide in 't GR. PL. BOEK 4. D. pag. 99. & 6. D. pag. 447. & 504.

## §. 20.

*Interpretandi licentia &c.]* Omnis interpretatio duas partes habet, quarum altera sensum verborum ex usu loquendi declarat; altera ex scripto id quod non est scriptum per ratiocinationem inducit. Illa vocatur Grammatica, hæc Dialectica sive Logica interpretatio. — Quod ad primam attinet, omnis interpretatio legitima a verborum sensu ordienda est. Quæ enim ratio Legis cognosci potest, si verba Legis non intelligantur? — Conf. J. H. BOEHMER de Interpretationis Grammaticæ fatis & usu vario in Jure Romano, in Exerc. ad ff. tom. 1. Exerc. 3. pag. 22. seqq. — In hac autem cum JCTus recte versari cupit, non tantum eum rei explicandæ intelligentiam habere, & à cavillandi pruritu alienum esse oportet, verum & speciatim illi opera danda est, ut 1°. verborum, quæ in Lege occurrent, integritatem restituat, & genuina ab adulterinis & falso adspersis separantur. 2°. veram verborum vim ac potestatem declarat, ac totius orationis structuram dijudicet; & denique 3°. obscuritatæ & ambiguitati orationis lucem adfundat. —

Hinc interpres ante omnia veram Legis lectionem indagare debet. Juris nostri Libri variis mendis per Librarios & Glossatores sunt inquinati, quæ vitia tolli nequeunt, nisi interpres notas & siglas; abbreviaturas & monogrammata; permutations ac geminationes Litterarum & Syllabarum probe attendat. (vid. BYNKERSHOEK in Praefat. ad Observ. Jur. Rom. & HEINECCIUSS de artis Criticæ utilitate in jurisprudentia, deque boni Critici officio, inter Opusc. ejus minora). — Præterea is, qui Leges Romanas rite interpretabitur, accurata Linguæ, qua hæ Leges conscriptæ sunt, cognitione prædictus esse debet. Varius admodum est filius veterum Jurisconsultorum, ac pro varia ipsorum ætate quam maxime differt. Solent quidem ut plurimum studere verborum proprietati, stili puritati, ac perspicuitati, sed tamen non negligere ornatum, hysterologiam, pleonasnum, ellipsis, aliasque figuræ: priscis etiam & obsoletis usi sunt dictionibus: Græca saepè immiscent Latinis: occurunt quoque in Pandectis verba nova & minus probatae Latinitatis; JCTi nonnunquam habent vocabula sibi propria, & diversas significationes verbis subjiciunt. Eaque omnia Juris Romani Interpretem accurate attendere oportet. (vid. C. A. DUKE de Latin. veter. JCTor. — Mul-

Multum quoque ad verborum sensum explicandum confert, ut interpreti perspectae sint opiniones Veterum Philosophorum, imprimis Stoicorum, quorum vestigia in iure nostro saepius impressa sunt: ut in explicanda definitione Justitiae, Jurisprudentiae, aliisque supra jam observavimus, ac innumeris exemplis ostendi potest. — Multum etiam scire refert in interpretatione, cuius sectae auctor studiosus fuerit, sive Sabinianos sive Proculianos fecutus sit. — Saepè etiam nimis negligitur præclarum illud interpretandi subfundum, quo ope inscriptionum & subscriptio num Legum verborum sensus investigatur; Leges fugitivæ ad sedes suas revocantur; ac Regulæ Juris generaliter scriptæ, quibusque Interpretes saepius abusi sunt, finibus suis circumscribuntur. — In Codice etiam nosse juvat ex inscriptione nomen Augusti, a quo Lex lata fuit; serie enim Imperatorum observata facile cognoscitur fons Legis, & partes ejusdem discrepantes inscriptionis indicio conjunguntur. — Ex inscriptione nominum eorum, ad quos Constitutiones missæ sunt, patet, num Lex sit Edictum, an Rescriptum, vel Decretum. — Ex die & consilibus subscriptis scire licet, quænam Lex sit posterior, quæ priorem abrogat. — Tandem quoque inspicendum est, an non interpolationibus Triboniani additum aliquid sit Legi, aut in ea omissum: quarum criteria vel ex historia Juris Romani; vel ex veteris Jurisprudentiae Fragmentis, quæ etiamnum existant; vel à Latinitate & dicendi genere, optime cognoscuntur. — Omnia autem, quæ hoc usque digito tantum tetigimus, ex professo exposuit, ac exemplis illustravit Cl. C. H. ECKHARD, in aureo, cupidæque Legum juventuti non satis commendando Libello, Hermeneutica Juris, quem recensuit, & notis auxit C. F. WALCHIUS, Lipsiae 1779.

Interpretationis vero Grammaticæ usus, cum nimis superstiosus est verborum Legis cultus, saepius producit jus durum ac asperum, quod Logica interpretatione est emolliendum. Sic quæ stricta XII. Tabb. interpretatione dura videbantur, nonnunquam Praetores in Edictis suis ad æquitatis terminos redegerunt. — Stricta interpretatione Grammatica produxit actiones Legis & formulas solemnes; verum æquitas introduxit actiones utiles, ex ratione Legis per legitimam conclusionem eratas. Conf. BOEHMER in Exercit. supra laud. — Interpretationi igitur Grammaticæ jungenda est Dialectica. In hac vero Interpreti caute admodum ac circumspecte agendum est, ac præsertim hoc tenendum, non esse admittendam voluntatis questionem, cum in verbis nulla est ambiguitas; à scripto enim recedere ex foliis conjecturis valde periculosem est. Conf.

J. AVERANIUS Interpr. *Jur. Lib. 3. Cap. 18. & 19.* — Regulæ autem, ab Interpreti in hac Dialectica interpretatione observandæ, à multis sunt traditæ; præsertim à GROTI de *Jur. Bell. ac Pac. Lib. 2. C. 16. & PUFENDORFIO de *Jur. Nat. & Gent. Lib. 5. C. 12.**

Easque ad tria capita concinne admodum ac evidenter retulit POTIER in *Pand. ad h. t. art. 4.* — Primo officium Interpretis versatur in perspiciendo sensu Legis. — Debet omnes Legis articulos invicem comparare. *L. 24. ff. h. t. Legem ex altera Legge interpretari L. 26. L. 27. L. 28. ff. eod.* itemque ex eo, quod Princeps in aliquo simili negotio judicavit *L. ult. C. h. t. vel etiam ex consuetudine L. 37 & 38. ff. h. t.* — Et cum ex his nondum appareat iensus, quem Legis verba recipiunt, benignior interpretatione semper justior est ac tutior. *L. 18 & 19. ff. h. t. L. 56. L. 168. L. 192. §. 1. ff. de Reg. Jur. L. 47. ff. de Obl. & Aet.* — Nec in investigando Legis sensu, Jurisconsultum nimis scrupulosæ & Grammaticæ verborum interpretationi inservire debet. *L. 53. L. 237. ff. de V. S.* — Secundo ejus officium versatur in investigandis consequentiis verborum Legis, quippe quas etiam considerare oportet, nec solum inhærente iis, quæ expresse verbis Legis continentur. Exemplum talis consequentiae occurrit in *L. 22 ff. h. t. Quum Lex in præteritum quid indulget, in futurum retat.* — Tertio denique Jctus non solum quod verbis Legis continetur, & quod ex verbis consequitur inspicere, sed etiam mentem seu rationem Legis investigare debet; ita tamen, ut si aliquando ista ratio non occurrat, ideo spernenda Lex non videatur. *L. 20. L. 21. ff. h. t.* — Duplici autem modo hic Interpretis versatur officium. 1°. ut Lex trahatur ad eas species, quæ verbis Legis contineri non videntur, quum eadem Legis ratio occurrit. *L. 10. L. 11. ff. h. t.* — Quamvis enim ad Principem sit recurrendum in illis speciebus, in quibus sententiam Legis militare non satis est perspectum, interpretatione tamen Lex trahitur ad eas species, in quibus sententia Legis manifesta est; *L. 12. L. 13. ff. h. t.* atque Lex accommodatur non solum adversus eos, qui contra Legem faciunt, sed & adversus eos, qui quid in fraudem Legis faciunt, *L. 29. L. 30. ff. h. t. L. 5. C. eod.* — Ea tamen extensa interpretatione cessat in jure singulari, quod contra rationem Juris & propter necessitatem receptum est, ideoque non est producendum ad consequencias, nec in argumentum trahiendum. *L. 14. L. 16. L. 39. ff. h. t. L. 141. L. 162. ff. de Reg. Jur.* — 2°. Ut ad eas species, quæ verbis Legis contineri viderentur, Lex non trahatur, quum ratio Legis cessat aut adversatur. *L. 25. ff. h. t. L. 6. C. eod.*

Hæc autem omnia non in solis causis civilibus obtinent, sed & in causis criminalibus quam maxime usu veniunt. — Interpretatio Grammatica hic saepe adhibenda: non paucae enim dantur Leges criminales, critices ope pristinæ suæ integratæ restituendæ. — Sic in L. 2. C. de abolit. pro deceptionem CUJACIUS obser. Lib. 11. Cap. 15. legit deceptio nem. — In L. 1. §. 3. ff. ad Leg. Cornel. de siccari. NOODT Probab. Lib. 4. Cap. 7 & 8. pro causa legit casu. — In L. 38. §. 2. ff. de poenis Emblema exstat Tribonianus, cum verba; in furcam tolluntur; substituit verbis PAULI, in crux tolluntur, ut ex collato loco PAULI sentent. Lib. 5. Tit. 22. §. 1. apparet. — Verba quoque Legum Criminalium regulariter & in dubio intelligenda sunt secundum propriam & vulgarem eorum significationem. — Sic in famosissima L. 5. C. ad L. Jul. Majest. sub appellatione filiorum nec liberos naturales nec nepotes contineri dicendum est. — Verba secundum subiectam materiam sunt accipienda. — Sic L. 18. ff. de poenis ex inscriptione intelligimus referendam esse ad Edictum Prætoris; quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur. (vid. CUJACIUS Obser. Lib. 8. Cap. 22.) — Dialectica etiam interpretationem Legis respiciens, in Legibus Criminalibus facienda. Hinc aurea illa Regula, *Legum poenas molliendas potius interpretatione, quam asperandas; & in poenalibus causis benignius esse interpretandum.* L. 42. ff. de poen. L. 155. §. ult. ff. de Reg. Jur. — Ex probata voluntate Legislatoris JCTi saepius Leges Criminales vel restrinxerunt vel extenderunt. — Sic quamvis generaliter in Maje statis crimen incident, *quorum opera, consilio, dolo malo consilium initum est, quo quis Magistratus Populi Romani, quive imperium potestatem habeat, occidatur.* L. 1. §. 1. ff. ad Leg. Jul. Majest. non tamen hoc crimen communis videtur ab eo, qui non adversus securitatem populi egit, sed ex privato odio aliquem ex Magistratibus occidit. (Conf. BOEHMER ad CARPOVII Prax. Crim. part. 1. quæst. 24. obs. 2.) — Sic in L. 4. ff. ad Leg. Jul. Majest. clausula, *aliave qua re,* licet omnes res cuiuscumque indolis comprehendere videatur, ad res voluptuarias non est extendenda. (vid. MATTHÆUS de Crim. Lib. 48. Tit. 2. Cap. 2. n. 19.) — Sic ex aequitate, ne interpretatio perdura ac nimium severa admittatur, Legem criminalem aliquando restrainingam esse, exemplo suo docuit PAPINIANUS in L. 2. §. 1. ff. de cust. & exhib. reor. — Attamen in hac restrictione Legum Criminalium summa cum prudentia & Judices & Jureconsultos agere oportet, ne sub praetextu mitioris partis in dubio seculæ, Leges Criminales (quod, eheu! nimium accidere videmus:) potius eludentur,

quam vindicentur. (Conf. LEYSER Medit. ad ff. tom. 10. spec. 644. med. 5. & BOEHMER in Praefat. ad CARPOVII Prax. rer. crimin.) — Nec minor sane prudentia in extensiva Legum criminalium interpretatione adhibenda est; licet enim non adsentiamur iis, qui facinorosum, modo non in ipsissima Legis verba crimen ejus incidat, a legis poena immunem pronunciant, non tamen aliter in causis criminalibus extensionem admittendam putamus, nisi in iis, qui verba Legis amplexi contra Legis nituntur voluntatem. L. 5. C. de Legib. Hoc casu ex disertis JCTorum verbis ostendi potest, sententiæ Legis criminalis non minus quam verborum rationem esse habendam, & re vera habitam fuisse. Probant hoc evidentissime L. 13. §. 3. ff. de his qui not. infam. L. 7. §. 3. ff. ad Leg. Jul. Majest. L. 33. §. 1. ff. ad Leg. Jul. de adult. L. 3. ff. ad Leg. Pomp. de Parric. L. 12. §. 4. vs. item nec. ff. de accusat. L. 22. §. 8 & 11. ff. ad Leg. Corn. de fals. L. 1. §. 13. ff. ad Sc. Turpill. — Sed è contrario, si quid in Jure criminali contra tenorem Juris communis singulariter est constitutum, illud non est ad consequentias trahendum; nec Juris analogia permittit, ad casus non absimiles ob rationis paritatem Leges criminales unquam extendi.

## §. 23.

*Aequitatis vis &c.]* Cum id quod generaliter & indistincte Lege scriptum est, in certo quodam casu injustum vel iniquum deprehenditur, hunc casum a generali Legis dispositio ne excipiendi libertas Interpreti competit, ac, suadente aequitate, verba Legis in casu speciali, quem ipsum Legislatorem, si praesens judicio adesset, exemiturum fuisse plus quam probabile est, temperare & restringere ipsi licet, manente tamen jure, de quo agitur. Et hoc pertinent regulæ in L. 18. ff. h. t. L. 90. ff. de Reg. jur. aliisque, inter quas & L. 1. C. h. t. nulla est antinomia, quoniam in L. 1. C. h. t. hoc tantum vetare Imperatori fuit propositum, ne sub prætextu aequitatis, sive veræ, sive simulatae, totum jus subvertatur. Istiusmodi Legum mutatio & evercio privato cuivis denegata ac soli Principi reservata est. Conf. H. DONELLUS Comm. Jur. Civ. L. 1. c. 13. LEYSER medit. ad ff. tom. 10. Spec. 645. med. 1—4.

*Ut ad ipsum Legislatorem — configiatur.]* Si casus emerget difficilis, nec in Jure decisus, moris non tantum erat, ut Princeps ipse rogaretur. L. 27. ff. de fideicom. libert. L. ult. §. 1. C. h. t. verum insuper a perte hoc ipsum præceperunt Imperatores HADRIANUS ac JUSTINIANUS in L. 2. §. 18 & 21. L. 3. §. 18 & 21. C. de vet. Jurencl. L. 11. C. h. t. Nec iste ad Principem recursus plane sublatus intelligitur Nor vell.

vell. 125. cap. 1. qua relationes a Judicibus de causis apud ipsos pendentibus fieri vetuit, ut lites citius & minori sumptu ad finem perducerentur; verius enim est hanc *Novellam* ad illas solas relationes spectare, quas sponte sua instituebant Judices in causis, in quibus vel proprio marte, vel peritorum consilio & suggestione quid statuendum esset investigare poterant. Aliarum vero relationum, quae sunt urgente necessitate, & quia id, quod agi vel pronunciari debet, non satis explorari potest, Legibus & rationibus Juris rem non clare determinantibus, alia longe est ratio, easque ipse *JUSTINIANUS* comprobat in *Nov. 82. Cap. 14.* & plenius *Nov. 113. Cap. 1.* qua et si *Nov. 125.* ordine praecedit, tempore tamen posterior est. Conf. A. SCHULTING in *Dissert. pro Rescript. Impp. Rom. n. 3.*

## §. 25.

*Dispensatio.] De Jure dispensandi conf. J. H. BOEHMER in Exercit. ad Pand. vol. 1. Exerc. 13.*

*Adeo ut & ipsis Ordinum &c.] Conf. ZURCK in Cod. Bat. voc. Wethouders §. 2.*

## §. 27.

*Jus non scriptum.] Utrum Jus scriptum præstantius est Jure non scripto, querunt Interpretes. Affirmat LEYSER medit. ad ff. tom. 1. spec. 9. med. 1. & recte: nam 1°. Jus non scriptum seu consuetudinarium nimis est incertum ac vagum; & si Respublica ex pluribus civitatibus aut pagis constat, nullus ferre locus erit, in quo non singularis aliqua & a cæteris diversa consuetudo observetur. 2°. Ex ista varietate & incertitudine oritur difficultas probandi consuetudines, quam quotidie Judices experiuntur. 3°. Jus consuetudinarium nimis est angustum, nec omnes, quæ eveniunt, controversias complecti & decidere potest. 4°. Leges scriptæ, siquidem a justo Legislatore proficiscantur, semper bona & æqua sunt, cum e contrario multæ consuetudines non ratione introducuntur, sed errore obtinentur. Ac tandem 5°. docuit experientia nullam rem publicam Legibus scriptis carere aut feliciter sine illis administrari potuisse.*

## §. 28.

*Rationabilitas.] Ad consuetudines irrationabiles, quæ non obligant, referendæ quoque sunt consuetudines derisoriae, quæ nullam utilitatem habent, atque tamen incommodo homines afficiunt. LEYSER Medit. ad ff. tom. 1. spec. 9. med. 4.*

*Qualium corruptelarum &c.] Cum jam olim admodum diversæ erant harum regionum consuetudines, multæque inter eas reperiebantur,*

rationi parum convenientes, Carolus V, Hollandiæ Comes, eas conscribi, ad Curiam Provinciale transmitti, & ab ea examinari iusfit. Primum hoc mandavit *Edicto 7. Octobris 1531. art. 3.* (VAN DE WATER *Utrechts Placaat-Boek 1. D. pag. 414. Repertor. van de Placat. van 't Hof pag. 22.*) ac paulo post, *Edicto scil. 4. Octob. 1540. art. 10.* (GR. PL. BOEK 1. D. pag. 317.) hoc mandatum iteravit. Cum vero civitates huic mandato non satis obtemperarent, Curia Hollandiæ jubente Comite ad multas Urbes litteras misit, quibus hoc mandatum repetiit; eo cum effectu, ut nonnullæ suas Consuetudines Curiae tradiderint. Fecerunt hoc Dordracum, Schoonhovia, Weesp, & Haga Comitum; (OUDENHOVEN *Beschr. van Zuidholl. pag. 81. Handy. van Weesp pag. 26. VAN BERKUM Beschrijv. van Schoonhoven pag. 118. DE RIERMER Beschrijv. van 's Hage 2de D. 2de st.) plurimæ vero civitates nihilominus his non obedierunt. Idque occasionem præbuit, ut tempore Ducis Alvæ anno 1569. novas easque severiores iussiones Curia emiserit, utque variæ Urbes ac Praefecturæ (*Bailjuwschappen*) consuetudines suas tradiderint; verbi gratia Medioburgum 21. Martii 1569. Amsteladamum 9. Januarii 1570. Haga Comitum 29. Martii 1570. Ziericzaa 2. Aprilis 1570. Dordracum, ut & Balivus ac Judices (*Bailiuw en Mannen*) Zuidhollandiæ anno 1571, ut plura exempla omittam. — Conf. de hac re S. VAN LEEUWEN in *not. op de voorreden van de Crimin. Ordonn. no. 14. pag. 124. DE TIMMERMAN in zijne Aanteek. op de Costumen van Middelburg pag. 2. P. H. VAN DE WALL Handyest. van Dordrecht 6de stuk pag. 1328 & 1329. ac Notas nostras ad MERULÆ man. van Proced. Lib. 1. Tit. 5. Cap. 1. n. 6.* — Eas autem consuetudines, quas Civitates ad Curiam transmiserunt, a Principe suis confirmatas, non constat. Dubitare igitur quis posset de ipsarum vi obligatoria. Sed si consideremus has Consuetudines, et si non confirmatas, usu tamen longævo niti, atque ex his, quæ actuum frequentia observata erant, desumptas suis, dicendum videtur, has etiamnum hodie vim Legis obtinere, quatenus nec posterioribus Principis constitutionibus, nec Statutis Magistratum ipfis derogatum fuerit. — Nec obstat, quod in *Polit. Ordinat. anni 1580. art. 39.* talis Consuetudinum in Grapheum Curiae transmittendarum necessitas Magistratibus Civitatum ac Pagorum, Toparchis, Balivis, aliisque Jurisdictionem exercentibus iterum imponatur, addita poena, ut Consuetudines ita non transmissæ pro corruptelis haberentur, nec ulla Juris auctoritate valerent: Hoc enim Ordinum mandatum neutquam fuit generale, sed restrictive loquitur de illis Consuetudinibus, quorum fundamento hi, qui Jurisdictionem*

quandam exercebant, redditus quosdam vel falaria, v. g. in retractu faciendo, in Feudis tradendis, aliquis, sibi competere afferebant. Adiecta igitur nullitatis poena ad eas Consuetudines nominatim restringenda est, nec cæteris, quæ de materiis longe diversis agunt, auctoritate Juris adimit. — Vid. VAN DE WALL d. l. pag. 1329 & 1330.

## §. 32.

*Quod si de eo dubitetur &c.]* In probanda consuetudine sufficit, ut jus, quo certæ species continentur, generatim receptum esse ostendatur, licet specialissime de illo ipso casu, de quo controvertitur, non probetur. LEYSER medit. ad ff. tom. 1. spec. 9. med. 8. qui hoc illustrat exemplo consuetudinis, in successione intestati allegatae, quæ cum generatim recepta ostendebatur, in judicio admissa est, nec receptionis probatio specifica de casu proposito necessaria judicata fuit; cum a toto ad partem recte fiat argumentatio.

## §. 33.

*Quibus vero modis &c.]* Conf. J. CUJUS Observ. Lib. 20. Cap. 1.

## §. 36.

*Quod & usibus hodiernis &c.]* Ab antiquissimis inde temporibus hac in regione Judices in sententiis ferendis inveteratas Consuetudines sequi tenebantur. Plurima Comitum Privilegia hoc probant, de quibus plenius actum est in L. P. VAN DE SPIEGEL Oorsprong der Vaderl. Regten 3de hoofdst. §. 8—13. pag. 96 segg. & Regtsgeleerde Observatien over de Inleiding van H. DE GROOT 2 D. Obs. 1. — Notatu hic dignissimum est, quod scribit J. MATTHYSSE Polit. Reger. van den Brielle Tract. 1. Cap. 3. (ALKEMADE Beschr. van den Brielle 1. D. p. 239.) his verbis: „Een mocht oic vragen, of een Rechter eenighe fake ghemoetede, dair in der Steden rechten niet of bescreven en stonde, wat hy dair of schuldich wair te doen, men fal antwoorden aldus: *Bona consuetudo per optimam interpres Legis*, dats te segghen: Goede gewoonte is die beste bewisinge des onbescreven Rechts. Dairom, als een Rechter dair of yet ghemoet, fal hy dair of spreken mitten ouden wysen, ende fal houden die goede ghewoonte voir goet recht; want het is te dencken, wair een zake niet goet, sy worde ghekeert van den Wysen, dat sy in geenre woenten en quaem.”

## §. 37.

*Legem priorem — per consuetudinem abroga-*

*ri posse.]* In L. 32. §. 1. ff. h. t. hæc regula traditur: *Receptum est ut Leges non solum suffragio Legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.* Sed in L. 2. Cod. quæ sit longa consuetudo legimus: *Consuetudinis ususque longævi non viles auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut Legem.* —

Mirum in modum hæc antinomia Interpretes vexavit. Auctor quoque noster num. 27 & 37. has Leges conciliare tentat, dum L. 32. de consuetudine rationabili in statu monarchico, ac L. 2. de consuetudine errore obtenta in statu democratico, intelligi voluit. — Alii aliter hunc nodum solvunt. Sufficit autem breviter hic notasse opinionem duorum JCtorum, qui inter præcipuos numerandi sunt, NOODTII sc. & AVERANII.

NOODT in Comm. ad h. t. existimat in d. L. 2. non quæri, an consuetudo possit tollere anteriorem Legem; verum contra; an consuetudo ideo quod longæva est, tanti sit ponderis atque efficacia, ut non debeat cedere aut rationi aut Legi, quamvis detecto errore. Suspiciatur porro, non hic verti qualem qualiter consuetudinem alia Lege mutandam, suadente aliqua civili ratione, sed sollicitari religionem, magis vetustate, quam ratione & veritate, subnixam. Est enim hoc Rescriptum Constantini, qui primus inducta Christiana religione, Gentilem superstitionem repudiavit pro errore. Huic videtur Proconsul retulisse nolle Gentiles inquiri in rationem suæ religionis, longa consuetudine probata, ideoque quæsivisse à Constantino, an Principi jus & fas esset, auctoritatem consuetudinis ususque longævi contraria Lege infringere; cui quæstioni respondens Imperator dixit, consuetudinis ususque longævi non esse vilem, hoc est magnam, auctoritatem, si ratione commendetur: quod si mala sit, magis errorem videri, nec succurrere causam, cur minus Lege, quam ratione, vincatur.

Opinio J. AVERANII Interpr. Jur. Lib. 2. Cap. 1. non multum a sententia NOODTII distat. Postquam ostendit, semper apud Romanos tantam vim fuisse Consuetudinis, ut priorem Legem tolleret; porro observat, non recte ad hanc quæstionem referri L. 2. C. quæ sit long. consuet. quippe quæ spectat quæstionem contrariam, num sc. consuetudo, diuturno usu constituta, Lege posteriore tolliqueat. Eruit hinc Legis sensum ex verbis Legis, *sui momento*, quæ non temere adiecta sunt, & declarant, nihil aliud voluisse Imperatorem, quam consuetudinem natura sua, usque viribus, & proprio momento, non esse potentiorum Lege, ideoque nec Legem, postea latam, vincere. Sed hoc non impedit, quo minus Legi derogat ipsamque tollit. Id enim consuetudo efficit, non ratione sui momenti, sed ratione temporis, ac in eo Legi

Legi plane similis est, ita ut quemadmodum in Legibus, cum quaeritur, num una alteram abroget, non est considerandum proprium ipsarum momentum, sed tantum utra est posterior, sic quoque, quando Lex pugnat cum consuetudine, considerandum sit, utra posterior est; nam cum idem sit utriusque momentum, nec altera alteram vincere posset vi propria, potior & gravior erit posterior. Quamobrem si Lex posterior sit consuetudine, Lex tollit consuetudinem; contra si consuetudo posterior sit, Legem tollit, non suo momento, sed ratione temporis.

## §. 38.

*Antiquari.*] Antiquari lex rogatione olim dicebatur, quæ non accipiebatur, sed improbabatur & rejiciebatur. *Antiquare* enim significat antiqua probare, &, ut FESTUS explicat, in morem pristinum reducere. Sic antiquatum Edictum in L. 5. C. de ædific. priv. VICAT *Vocab. Jur. voc. antiquari.*

*Obrogari.*] Lex obrogari dicitur, cum mutatur aliquid ex prima Lege. ULPIANUS Frag. Tit. 1. §. 3. in *Jurispr. antejust.*

SCHULTINGII pag. 563. atque hoc sensu SUETONIUS in *Claudio* cap. 23. scribit, Claudium Imperatorem capiti Papiæ Poppææ Legis, a Tiberio Cæfare, quasi sexagenarii generare non possent, addito obrogasse.

## §. 39.

[*Inquit GELLIUS &c.*] Plura loca, huc pertinentia, vide apud MURETUM in *Comm. ad tit. de Const. Princ.* in OTTONIS *Thesaurom.* 4. pag. 205. & apud PAPILLONIUM in *Comm. ad d. tit.* in MEERMANNI *Thesaurom.* 2. pag. 627.

## §. 41.

*Quam editio — anno 1624. 30. Julii &c.*] Hoc Edictum usu nunquam fuisse receptum, latius ostendimus in *de Regtsgel. Observ. over DE GROOT I. D. Obs.* 42.

## §. 43.

*Cessante ratione &c.*] Vide quæ jam supra notavimus ad §. 5. h. t.

## TITULUS IV.

*De Constitutionibus Principum.*

## §. 1.

*Cum Lege Regia &c.*] Populum Romanum Lege Regia omnem suam potestatem absolute in Principem translatisse, dicendum non videtur: 1º. quia post hanc Legem Regiam variae Leges a Populo late fuerunt, ut Papia Poppæa, Ælia Sentia, Junia Norbana, aliæque. 2º. Quia post hanc Legem Comitia sunt habita. TACITUS *Annal.* Lib. 14. Cap. 28. PLINIUS in *Paneg.* c. 63. seq. — Nec difficultatem movere debet L. 1. ff. h. t. præterquam enim quod errant, qui locutioni *ei & in eum* singularem emphasis inesse putant, quippe quæ apud ULPIANUM idem significant, eodem modo quo in L. 2. §. 3. ff. de *Jur. Codicill.* verba, *per omnia & in omnibus*, tantum significant *per omnia*; insuper considerandum est, ULPIANUM, hujus L. 1. ff. h. t. auctorem, locutum fuisse pro more suæ ætatis, qua jam diu Principes Romani Rempublicam occupaverant. Conf. G. NOODT *Observ. Lib.* 1. c. 3. — Cæterum de Lege Regia, ac quæstionibus, quæ circa eam agitantur, unde scil. nomen acceperit? an revera talis Lex existiterit? an fragmentum Legis Regiae, quod

invenitur apud RUPERTUM & HEYNECCIUM, verum sit an fictum? videri possunt J. F. GRONOVII in *Orat. de Lege Regia.* (Lugd. Bat. 1678.) G. NOODT in *Dissert. de jure summi imperii & Lege Regia.* U. HUBER *Digress. Lib. 1. Cap. 16.* & seqq. SCHULTING in *Enarr. ad h. t. ff. n. 5.* & seqq.

## §. 2.

*Interlocutione.*] Etsi generaliter tradit ULPIANUS in L. 1. §. 1. ff. h. t. Legem esse, quocumque Imperator de pleno interlocutus est; id tamen non aliter accipendum quam sub hac limitatione, si Princeps addiderit sententiis atque expreßerit, ut hoc quod modo statuit, generaliter in similibus causis obtineat: tunc enim fas est præsumi, Principem non nisi gravi deliberatoque judicio sententiam pronuntiasse, momentumque decisionis ejusmodi esse, ut pro Jure perpetuo non immerito observetur. Verum alioquin tenenda est regula L. 2. C. de Legib. qua Imp. THEODOSIUS & VALENTINIANUS præcipiunt, ne tales suæ pronunciationes sint jura generalia, sed Leges faciant his duntaxat negotiis atque personis, pro quibus fuerint pro-

promulgata: interlocutionibus (uti addit L. 3. C. eod.) quas Impp. in uno negotio iudicantes protulerint non in commune præjudicantibus; nisi expresse contineant, quod Principes censuerint ea, quæ in certis negotiis statuta sint, similium quoque causarum fata componere. — Nec alio sensu explicanda videtur L. 12. pr. C. eod. — Conf. U. HUBER in *Eunom. Roman. ad d. L. 1. §. 1. ff. h. t. pag. 44 & 45.*

*Mandato.*] De Mandatis Principum, quæ sunt vel *ordinaria*, magistratibus, Principum administris, Legatis præfecturis, data; vel *extraordinaria*, urgente aliqua necessitate, ad certas personas missa, conferri meretur J. GOTHOFREDUS ad *Cod. Theodos.* Lib. 1. Tit. 3. vol. 1. pag. 27. seqq.

*Pragmatica sanctione.*] Sanctiones Pragmaticæ ex vi & etymologia vocis sunt Leges, de causis publicis latæ. Περιγραφη enim Graecis in genere rem seu negotium audit, ac angustiori significatu causam publicam denotat. (CICERO Epist. ad Attic. Lib. 14. Epist. 3.)

Quamvis autem Rescriptorum speciem constituant, ac definiri possint *Rescripta Imperatorum ad cujusdam universitatis vel officii publici preces, prævio consilio sanctiori, de causa publica pleniori stilo edita*; a cæteris tamen Rescriptis in plurimis differunt. 1º. Enim Sanctiones Pragmaticæ ad universitatis cujusdam preces dabantur, at rescripta ad privatorum Libellos proferebantur; unde adnotaciones vel subnotationes dictæ sunt. 2º. preces supplicantum regulariter cæteris rescriptis inferuntur, non vero Sanctionibus Pragmaticis, quia causas publicas concernunt, de quibus Princeps etiam sponte cavere solet, & quia simul Legum generalium vim obtinent. 3º. cætera Rescripta in diversis scriniis, ac Sanctiones Pragmaticæ expediebantur. 4º. Sanctiones Pragmaticæ, sicuti causas publicas & majores concernebant, prolixiori & ampliori stilo pro dignitate materiae expediendæ erant, quam cætera Rescripta ad privatorum desideria prolata. 5º. a cæteris Rescriptis in eo differebant, quod in causis publicis definiendis & decidendis versarentur, cuiusmodi causæ istæ dicuntur, quæ utilitatem publicam seu Reipublicæ statum, regimen ac salutem respiciunt. Sic v. d. g. JUSTINIANUS statum militarem publicum, Judices ac militiae præfectos pragmatica forma ordinans, varia de eorum officiis statuit. L. 2. C. de off. præf. præt. Idem præterea Imperator de argenteriorum contractibus quædam per rescripta pragmatica sanxit. Nov. 136. Edict. Justin. 7 & 9. Cum itaque de causis publicis conficiantur, utilitati publicæ ad versari non debent, ideoque olim non prius valebant, quam supremis magistratibus insinuatae & probatae, ac in veritatem precum per virum jurejurando obstrictum inquireba-

tur. 6º. Sanctiones Pragmaticæ, quippe causas arduas & majoris momenti determinantes, in Consistorio Principis majori cum deliberatione condebantur. Cætera Rescripta ex placito Imperatoris data, vel ipso Imperatore sua manu supplicum libellos subnotante, vel scriniorum magistris, vel referendariis in consilium adhibitis, & Rescripta conscribentibus. — Tandem 7º. ratione virtutis atque auctoritatis discrimen a cæteris Rescriptis emergit. Ex earundem natura, ac præsumta imperantis voluntate non ulterius, quam quantum Collegeum, quod preces obtulit, concernunt, legis vim habent, nec ad alia negotia, quam de quibus lata sunt, interpretatione sunt extendenda. Interdum tamen ex Principis expressa declaratione generalis legis vim obtinent, quod fit, si cautum, ut ad similes causas trahantur; si Leges generales appellantur; si in omnium utilitatem eas prolatas esse, imperans statuit; vel si collectioni Legum inferae sunt. — Conf. de Sanctionum Pragmaticarum indole & auctoritate J. H. BOEHMER *Exerc. ad Pand. tom. 1. Exerc. 12. pag. 398. & seqq.*

§. 3.

*Rescripta.*] De Rescriptorum auctoritate conf. A. SCHULTING in *Dissert. pro Rescript. Impp. Rom.*

§. 6.

*Invalida denique &c.*] Principum Rescriptis jus tertio quæsum non esse adimendum jam ab antiquissimis temporibus etiam hac in regione pro regula invaluit. Hinc multis Legibus statutum est nulla Privilegia, Mandata vel sententias concedi aut ferri posse in detrimentum Privilegiorum, quæ Civitatibus data fuerant. *Privilegie van Hertog Philips van 11. Juny 1452.* G. P. B. 2. D. pag. 658. *'t Groot Privilegie van Vrouw Maria van 14. Maart 1476. art. 21.* Oetroy van de Staaten van Holland van 20 Aug. 1562. art. 1. d. vol. pag. 1494. *Accord tuschen Holland en Zeeeland van 7. Maart 1607. art. 6.* Ampliatione Instructie van den Hove van Holland art. 4. Atque ex hoc fundamento Comitum privilegia, tempore posteriora, semper ita explicari solebant, ne prejudicium adferrent his, quæ ætate præcesserant. DE GROOT Inl. 1. B. 2. D. §. 20. n. 23. cuius rei illustre exemplum existat apud MIRIS Charterb. 4. D. pag. 716. cum sc. inter civitates Harlemoni & Muydam diffensio orta fuerat de solvendo quodam vectigali, Bakengeld dicto, hanc questionem decidit Joannes Bavarus, Comes Hollandiae, 21. Martii 1424. adjecta hac expressa clausula: behouelic waert, dat yemant enige Handvesten hadde van bakenry te varen, die ouder waren, dan onser Stede Handvesten yan

## DE CONSTITUTIONIBUS &c.

17

*van Muyden, dat die hore Handvesten genieten, ende bakenvry varen sullen.*

§. 7.

*Similique modo &c.] Inter exempla dominii eminentis, (de quo pluribus agit BYN-KERSHOEK Quæst. Jur. Publ. Lib. 2. Cap. 15.) etiam referri meretur, quod tempore incendi, ne eo plura ædificia destruantur, domum vicinam dejicere liceat; si modo damnum domino resarcitur. Handvest aan Heenlyiet gegeven den 25. April 1401. art. 3. Keuren van Oudewater art. 29. Handv. van Amsterdam (Edit. 1624.) pag. 273. col. 1. Handv. van Vlaaringen pag. 349. & conf. Regtsgel. Obsery. over DE GROOT Inleid. 2. D. Obs. 48.*

§. 9.

*Quamvis non defint &c.] Conf. de L. 2. §. 16. ff. ne quid in loc. publ. explicatione R. FORNERIUS rer. quotidian. Lib. 5. Cap. 26. in OTTONIS Thesaur. tom. 2. pag. 277.*

§. 13.

*Personalia — nec cessione juris transferri] Quamvis haec sit natura jurium personalium, ut personam non transgrediantur, §. 6. f. de J. N. G. & C. nec ad heredem vel qualemque possessorem transeant, L. 1. §. 43. ff. de aq. quotid. putat tamen LEYSER medit. ad ff. tom. 1. spec. 10. med. 2. usum eorumdem temporarium per locationem similesve contractus alteri concedi posse, ipso jure apud priorem salvo manente. Illustrat hoc exemplo ususfructus, occurrente in L. 12. §. 2. ff. de usufr. ac applicat quæstioni agitatæ de casu, quoquis pro se liberisque suis obtinuerat privilegium, ut in certa domo cerevisiam coquere vendereque posset, ac jus illud cum ædibus alteri locaverat.*

§. 15.

*Certis hominum universitatibus.] An & quantum ex privilegio universitati concessò, singula ejus membra actionem instituere possunt, disquirit LEYSER Medit. ad ff. tom. 1. spec. 10. med. 1.*

§. 16.

*Interpretationem Privilegiorum &c.] Cum Privilegia quoad certam personam vel rem Leges generales mutent, vel tollendo vel detrahiendo, authentica Privilegiorum interpretationem summo Imperanti primario competit. Hoc sensu PAULUS in L. 43. pr. ff. de vulg. & pupill. subft. ait: *Beneficia quidem principalia ipsi Principes sol. nt interpretari.* — Quoniam autem Judici data est potestas à summo Tom. III.*

Imperante cognoscendi de causis civium controversis, quod fieri nequit sine exacta Legum scientia (quæ & interpretationem earum continet) & juris ad factum controversum applicatione, sequitur ad judicem & interpretationem legum, etiam singularium, & applicationem earundem pertinere. Verissima tamen sententia est, quod privilegia strictissimæ sint interpretationis, seu strictos & præcisos habeant fines, nec facile aliam, quam declaratiyam & restrictivam admittant interpretationem. — An & extensiva interpretatione admittenda sit, queritur? Innuere hoc prima fronte videntur leges, quæ beneficia Principis plenissime & largissime interpretari jubent. L. ult. ff. h. t. L. 201. L. 220. ff. de verb. sign. Sed tamen dicendum est interpretationem extensivam, qua ad alias casus similes & ad alias personas Privilegium ex rationis identitate vel similitudine extenditur, atque adeo fines ejus prorogantur, circa Privilegia locum non habere. Quatenus vero extensiva interpretatio dicitur, si verba ipsa, manente eodem subiecto, modo largius, modo restrictius ex usu loquendi sumuntur, nihil vetat, quo minus eâ juxta verborum indolem Privilegia declarantur. Attamen in hac interpretatione facienda, ac finibus Privilegii obscuris dirigendis, Judex quædam observare tenetur, quæ his duabus Regulis facile contineri possunt. — 1º. Privilegium, quamvis generaliter indultum, non includit casum, Legibus naturæ, divinis, honestatis, verecundiæ, utilitati item publicæ, & juri tertio quæsito contrarium; & hinc fines ejusdem restringendi & coarctandi. — 2º. Privilegium ob nimis strictam verborum acceptiōnem non debet fieri inutile & elusorium, aut quod singulariter fanciūtum, in jus commune degenerare; & hinc fines ejusdem ita declarandi ac dirigendi, ut effectum habere plenum privilegium possit. — Latius autem haec omnia exposuit J. H. BOEHMER in Exerc. ad Pand. tom. 1. Exerc. 14. Cap. 2. pag. 621. seqq.

§. 17.

*Si enim juri publico &c.] Privilegia, quibus jus prohibendi alios annexum est, odio sa maxime atque propterea restringenda sunt. Speciatim eo pertinent Privilegia, quibus monopolium alicui indulgetur. Quapropter cum collegium opificum in civitate quadam privilegium obtinuisse, ut membris suis foliis in nundinis certam mercem vendere licet; responsum fuit, istud privilegium ad nundinas solemnies, quæ ex concessione Imperatoris quotannis in illa urbe exercebantur, non pertinere. LEYSER Medit. ad Pand. tom. 1. spec. 10. med. 7, 8 & 9.*

C

§. 19.

## §. 19.

*Solius concedentis juribus &c.] Privilegium, cum in solius concedentis detrimentum vergit, latissime est explicandum. Hac ratione responsum est, privilegium, quo Princeps cuidam prædio necessaria ligna ex nemoribus suis vicinis concefferat, non ad ligna igni alendo necessaria (*Brandhout*) restringendum, sed ad tigna quoque (*Werkhout*) extendendum esse. LEYSER med. ad ff. tom. I. spec. 10. med. 3.*

## §. 21.

*Revocatione.] De revocandis Privilegiis duplex quæstio moveri potest. Primo, an Princeps privilegia, à se ipso subditis concessa, revocare possit? Secundo, quatenus revocandi facultas ipsi competit, in privilegiis, datis ab his, qui ante eum fasces imperii tenuerunt? — Ad primam quæstionem distinguit GROTIUS de Jur. Bell. ac Pac. Lib. 2. Cap. 14. §. 13. illa sc. beneficia, quæ rex de suo facit, & quæ, nisi ad sit precarii clausula, vim habent perfectæ donationis, revocari non posse, nisi, quod subditos attinet, in poenam, pura ob rebellionem, (*Decis. en Resol. van den Hove van Holl. No. 296.*) aut ob utilitatem publicam, cum compensatione si fieri potest. — Illa vero beneficia, quæ vinculum duntaxat legis demunt, esse revocabilia, si non per modum contractus concessa fuerint; tunc enim ex promisso & contratu Regis, quem cum subditis init, nascitur vera ac propria obligatio, quæ jus dat ipsis subditis. GROTIUS d. l. §. 6. n. 2. — Altera quæstio de revocandis privilegiis, à successoribus datis, apud nos vix moveri potest, quoniam Hollandiæ Comites, singuli ante inaugurationem, Regionis Ordinibus jusjurandum præstare debuerunt, se antiqua Privilegia, Jura & Consuetudines servatuos. DE GROOT Inleid. I. B. 2. D. §. 20. n. 24. Exempla hujusmodi jurisjurandi prostant in Gr. Pl. Book 4. D. pag. 8, 9 & 38.*

Sed an sub iis etiam continentur privilegia, ad revocationem data? Negat GROTIUS d. l. & addit, ita in Flandria, Ludovici, Roberti filii, tempore, responsum esse, atque in Hollandia obtinuisse. — De hoc responso conf. W. A. SCHIMMELPENNINCK VAN DER OYE, in *specimine inaugurali*, sistente animadversiones ad Consultationem veterem, quam edidit F. VAN MIERIS in Cod. Diplom. Com. Holl. tom. 3. pag. 407. (Harderov. 1769.) & H. VAN WYN, *Antwoord. op de 30. Regts-gel. Vragen* pag. 1—11. — In ipsa autem quæstione non immerito distinguit VAN DE WALL Handy. van Dordrecht I. D. pag. 161. inter Privilegia, ad revocationem dantis concessa; & ea, quæ ad revocationem dantis ejusque successorum data sunt. Illa, si ab ipso dante non sunt revocata, sed morte confirmata, irrevocabilia censet. In his vero revocandi facultatem Principi non denegandam putat.

*Ita quondam, durante Comitum regimine &c.] Quod de Comitibus, ad privilegiorum conservationem ac tuitionem sese devincientibus, hic tradit auctor, intelligendum est de Joanne, Hannoniae Comite, ac ipsius successoribus. Quam diu enim ex prima, seu Hollandica domo Comites fuerunt, talis Privilegiorum confirmationis exemplum non reperitur; nec eo tempore civitatibus permisum fuisse videtur Comiti conditiones quasdam subscribendas proponere. VAN DE WALL Handy. van Dordrecht I. stuk pag. 107.*

## §. 22. &amp; 23.

*Renunciatione.] Conf. J. H. BOEHMER Exerc. ad Pand. tom. I. Exerc. 14. Cap. 2. §. 16 & 17. pag. 641. seqq.*

## §. 24.

*Præscriptione.] Conf. J. H. BOEHMER d. l. §. 18. pag. 644. seqq.*

## T I T U L U S IV. P A R S II.

## De Statutis.

## §. 1.

*S TATUTORUM.] Cum hanc materiam, ita ex professo exposuit atque exhaustus auctor noster, ut his aliquid addere frustra foret, præsertim si iis jungamus quæ notata sunt ab U. HUBERO in *Praelect. ad tit. ff. de Legib. in Diff. de conflictu Legum diver-**

*sarum in diversis imperiis*; & ab H. J. ARNTZENIO *Inst. Jur. Belg. Civil. Tit. 2. §. 24. pag. 62. seqq.* solummodo observabimus, secundum antiquissimos harum regionum mores facultatem statuta condendi singulis Urbiuum Magistratibus competuisse, atque ab iis exercitam fuisse. Plurimæ Civitates & Præfecturæ hoc jus à Comitibus impetrarunt.

DE

**DE GROOT Inleid.** I. B. 2. D. §. 18. a. & in *Apolog.* Cap. 19. pag. 179. ita tamen, ut non plena & absoluta potestas qualescumque Leges ferendi Urbium Magistratibus tributa sit, sed jus illud restringatur ad Statuta, quæ politicam (ut aiunt) civitatum administracionem spectant, veluti de plateis reparandis, fossis purgandis, mercatura exercenda, & id genus aliis. Conf. *Responsum H. GROTI* in *Holl. Conf.* 3. D. *Conf.* 185. n. 6. **VAN DE WALL Handy.** van Dordrecht 1. st. pag. 24. *Regtsgel. Observ.* over DE GROOT 1. D. *Obs.* 3. & 4. D. pag. 191. seqq. Illud autem in primis tenendum est, statuta municipalia condi non posse contra jus commune vel jus Principis; unde Comites Privilegiis, ad Statuta ferenda datis, addere solebant clausulam; *salvo Jure Comitis*, aut *salva ejus Jurisdictione &c.* *Regtsgel. Observ.* d. l. — Cæterum de nomine *Choræ*, (*Keure*), quo statuta mu-

nicipalia designari solent, vid. **VAN DE WALL Handy.** van Dordrecht 1. st. pag. 23.

## §. 13.

*Solemnitatum, quas lex loci &c.]* Cum Hollandiae Provinciae incola testamentum, aliumve ultimæ voluntatis actum, extra Provinciam fecerit, hoc instrumentum nullius erit momenti, nisi postea Testator ipse, vel eo mortuo ipsius haeres intra tres menses, à die mortis numerandos, à Magistratu vel Tabellione Hollandico, Sigillo necessario muniri curaverit; in qua charta Sigillata Magistratus vel Tabellio scribere tenetur, se hac usum fuisse, ut Legi satisficeret. Speciatim hoc ita cautum est in *de Ordonnantie op het regt van 't klein Zegel in Holland van 30. September 1744. art. 54.*

## TITULUS V.

## De Statu Hominum.

**Q**UI in eo prævalet.] In L. 15. §. 1. *ff. de testib. ex qualitate sexus incalescentis* ostenditur, an Hermaphroditus ad testamentum adhiberi possit? Quidam pro *incalescentis* legunt *invalescentis*, sed sine necessitate, ut ostendit SCHULTING ad Paul. sent. L. 3. Tit. 3. n. 46. in *Jurispr. antejust.* pag. 344.

*Melior pejorce foeminarum &c.]* In quibus Juris nostri articulis deterior est conditio foeminarum, quam masculorum, disquisivit & exemplis illustravit J. CUJACIUS in *Comm. ad Lib. 3. quæst. Papiniani ad L. 9. ff. h. t.* — Add. LEYSER med. ad *ff. tom. 1. spec. 13. med. 1 & 2.* qui putat, plurima privilegia, in jure nostro mulieribus tributa, ex zelotypia atque Romanorum suspiciosissimo in pudicitiam foeminarum animo originem trahere, vel obsequio Justiniani in uxorem debetri, atque adeo usu fori esse temperanda.

## §. 2.

*In cives & peregrinos.]* Conf. POTIER in *Pand. Justin. ad h. t. ff. sect. 4.* pag. 15. seqq.

*Ex Antonini Imperatoris constitutione &c.]* De hac Antonini constitutione, cuius meminit ULPIANUS in L. 17. *ff. h. t.* non una est omnium Interpretum sententia. — *Primo* queritur, quis fuerit ille Antoninus Im-

perator? Putant nonnulli intelligi Antoninum Pium, moti auctoritate JUSTINIANI in Nov. 73. Cap. 5. verum ipsi hac in parte non esse adsentiendum (& sane res est historica, in qua ab opinione Imperatoris recedere licet:) ac in d. l. 17. respici ad Constitutionem Antonini Caracallæ, probavit RUPERTUS ad Enchir. Pompon. Cap. 1. pag. 17. seqq. — *Secundo* queritur, quid illa constitutione fanciutum fuerit? Existimant plerique Interpretes, omnes ingenuos & libertos jus civitatis Romanæ eā acquisivisse; sed minus recte: tum, quia JUSTINIANUS abrogationem Latinorum & Dedititorum sibi ipsi adscribit in §. 3. *Inst. de Libert. t. t. C. de dedit. Lib. toll. & t. t. C. de Lat. Lib. toll.* tum, quia Constantinus Magnus in L. 1. *Cod. Theod. de rapt. virg.* quæ promulgata est anno Christi 320. servo, qui crimen raptus detulit, Latinam Libertatem, & Latino, qui idem fecit, Civitatem Romanam promittit. (J. GOTHOFREDUS ad *Cod. Theod. tom. 3. pag. 189.*) Jam Constantinus plus minus centum annis vixit post Antoninum Caracallam. Potius itaque statuendum est, nec mutata Libertinorum differentia, nec jure prædiorum municipalium sublato, per illam constitutionem peregrinis Jus civitatis Romanæ datum fuisse, idque ob hanc politicam rationem, ut exhaustum fisum iterum suppleret pecunia, quod sic facile efficiebatur, cum caduca, ac in primis vectigal vicesimæ hereditatum, aliaque, quæ antea ad solos cives Romanos pertinebant,

quibusque peregrini non tenebantur, in ærarium illata fuerint. Conf. SCHULTING in *Enarrat. ad h. t. ff. n. 13, 14 & 15.* et, qui hanc materiam ex professio exposuit, E. SPANHEIM in *Orbe Romano, seu Exercit. ad d. Constit. Antonini Imperatoris* (Hal. 1728. in 4to.) ubi etiam (pag. 128.) solvit difficultatem, quam super auctore memoratae Constitutionis ex Senatus-consulto Apronianus objicit *VOETIUS* in *h. §.*

*Per Hollandiam &c.]* Peregrinorum conditio a statu civium & incolarum fuit olim maxime diversa. Hanc differentiam ex H. GROTIUS *Inleid.* 1. B. 13. D. ad quatuor capita refert auctor. — *Primo*, peregrini testes olim non fuerunt idonei contra cives: quod variis Comitum Privilegiis probavimus in *de Regtsgel. Observ. over DE GROOT* 2. D. *Obs. 18.* & cujus rei origo ducenda videtur ex Legibus populorum medii ævi, ex quibus illi solum testes adhiberi poterant, qui habitabant in loco, quo hi, contra quos testimonium dicebant, sedes fortunarum suarum constituerant. VAN DE WALL *Handy. van Dordrecht* 1. st. pag. 28 & 29. — *Secundo* peregrini non potuerunt honore fungi. *Varia Privilegia de hac re enumeravimus in de Regtsgel. Observ. 3. D. Obs. 21.* Conf. etiam BYNKERSHOEK *Quæst. Jur. Publ. Lib. 2. Cap. 11.* & VAN DE WALL *Handy. van Dordrecht* 2. st. pag. 479. qui tamen in eo invicem disfentiunt, quod BYNKERSHOEK existimat, hoc jus introductum fuisse ad arcendos Burgundos & Austriacos, at VAN DE WALL hic de Brabantinis potius cogitandum putat. — *Tertio*, levius vindicatae fuerunt illatae peregrinis injuriæ. Sic olim Incolæ, qui peregrinum occiderant aut vulneraverant, vel plane non puniebantur, vel saltem non graviori poena, quam peregrinis, si in loco domicilii sui incolam nostræ regionis interfecerant, inficta fuisset. At è contrario exempla prostant, quod peregrini delinquentes gravius puniti fuerint, quam incolæ, qui simile delictum commiserant. *Regtsgel. Observ. 2. D. Obs. 18.* — *Quarto* tandem Fiscus peregrinis succedebat. *Ordonn. van Graaf Willem den III. van den 1. January 1326.* in MIERIS Charterb. 2. D. pag. 374. Hinc peregrini nonnunquam heredis scribendi facultatem per privilegium impetrabant. *Brief van Hertog Aalbrecht van den 6. January 1372.* in MIERIS Charterb. 3. D. pag. 264. in fine. Non tamen hoc jus ita generaliter obtinuit, quin plurima loca ab eo immunitatem accepint, si intra annum & diem peregrinorum cognati apparebant, & hereditatem petebant. *Regtsgel. Observ. over DE GROOT* 2. D. *Obs. 17.* Imo posterioribus temporibus hoc jus in desuetudinem abiisse videtur, si peregrini de bonis suis testati fuerant, idque ex auth. omnes peregrini Cod.

comm. de success. vid. P. à LEYDIS de cur. Reip. Cas. 69.

*Nec difficile peregrino est &c.]* Non tantum peregrini Jus civitatis ab Urbium Magistratibus quotidie obtainere solent, verum etiam Ordines non infrequenter peregrinos ab origine peregrina liberant, ejusdemque conditionis efficiunt, ac si in Hollandia nati essent. Diplomata, quibus hoc concedunt, vulgo appellantur *Brieven van Naturalisatie*. — Hujusmodi privilegium Ordines Hollandiae concesserunt Gallis, ob religionem in has terras profugis, *Placito 18 Julii 1709.* (GR. PL. B. 5. D. fol. 74.) — Probe autem attendendum, haec Diplomata non tribuere honorum gerendorum facultatem, nisi hoc nominatim in illis cautum sit, ac summa quingentorum florenorum in ærarium publicum illata fuerit. *Resol. Ord. Holl. 30 Aug. 1748.* (GR. PL. B. 7. D. fol. 1060.)

### §. 3.

*Quamvis autem omnes &c.]* Utrum servitus, in se spectata, Juri Naturæ, latiori sensu sumpto, aut Religioni Christianæ repugnet, queritur? Affirmant MONTESQUIEU *l'Esprit des Loix Liv. 15. Chap. 2 & 7.* OTTO ad PUFFENDORF. *de Off. Hom. & Civ. L. 2 c. 4. §. 6.* Sed rectius negant alii. HUBER *Digress. Lib. 2. Cap. 2. & de Jure Civit. Lib. 2. sect. 1. c. 6.* HERTIUS ad PUFFENDORF *de J. N. & G. Lib. 6. Cap. 3. §. 10.*

*Usque adeo, ut si servus &c.]* Servos, simul atque regionum nostrarum fines intraverint, confessim posse ad libertatem proclamare, speciatim probatur statutis Antverpiæ ad Amstelodami. Vid. *Costum. van Antwerpen Cap. 36. art. 1 & 2. Costumen van Amsterdam door ROSEBOOM Cap 39. art. 1 & 2.* Attamen hoc jus minime est extendendum ad servos, qui a dominis suis è Coloniis aufugerunt, quippe qui hoc illico facto, etiam in Belgium advenerint, libertatem non adipiscuntur, verum dominis restituendi sunt. Existit hujusmodi exemplum anno 1736. in servo quadam fugitivo, Nicolao dicto, quem Hollandiæ Curia Sententia 23. Martii 1736. à suprema Curia confirmata 3. Julii 1736. per apparitorem Curiae, in navem Indicam transferri jussit, ut dominæ sua restituatur. — Eodem modo Ordines Generales *Placito 23 Maii 1776.* (Nieuwe Nederl. Jaarb. van 1776. pag. 506.) statuerunt servos, qui clam è Coloniis huc adveniunt, vel à dominis suis ad gerenda quædam negotia, non vero animo manumittendi, in has regiones mittuntur, libertatem eo non acquirere; ac deinde *Resolutione 30. Sept. 1776.* deciderunt, quatuor servos quos quidam (Aron Jacobs Polak) ut ipsi servirent, non vero ut eos libertate donaret, secum in has regio-

regiones duxerat ac postea in Indiam remisera, in ipsius dominio remansisse censeri, nec ex eo, quod in Belgum advenerant, ad libertatem proclamare posse.

*Quid, quod & multis &c.]* De iis, qui sunt in servitute minus perfecta, præcipue hominibus propriis, nuper ex professo egit H. J. ARNTZENIUS *Inst. Jur. Belg. Civil. part. I. tit. 9. pag. 116. seqq.* — Olim etiam in Hollandia exstiterunt homines proprii sive adscriptitii, quorum vestigia in multis Comitum Privilegiis occurunt, & de quibus conf. P. v. d. SCHELLING *Holl. Tiend-regt. I. D. Cap. 12. n. 6. seqq.* v. d. WALL *Handb. van Dordrecht I. D. pag. 27, 28 & 172. Regts-*

*gel. Observ. over de Inleid. van DE GROOT 4. D. Obs. 1. §. 5.*

*In utero constitutos &c.]* Embryo veteribus Juris auctoribus non erat homo. arg. L. 9. pr. ff. ad L. Aquil. nec animal, sed spes animalis. L. 2. ff. de mort. infer. imo portio mulieris & viscerum. L. 3. §. 1. ff. de ventr. inspic. L. 39. ff. de poen. idque ex principiis Stoicorum, quibus embryo erat portio ventris, non animal, quemadmodum fructus partes sunt arborum. E. MERILLI *Obs. Lib. I. Obs. 16.*

## TITULUS VI.

*De his, qui sui vel alieni Juris sunt.*

§. 2.

**P**ATRIA potestas est Jus &c.] Quæritur inter Interpretes, an Lege quædam, an moribus patria potestas sit introducta. Veteres JCti aliquando dixerunt Lege (v. Coll. L. L. Mos. & Rom. tit. 4. §. 8.) alii vero moribus eam esse introductam; verum sæpe quod uno loco Legi, alio moribus tribuitur. (NOODT *Probab. Lib. I. Cap. 11.*) nisi potius statuamus, quædam jura patriæ potestatis Legè introducta, quædam moribus recepta esse. Vid. J. à COSTA in *Comm. ad §. 2. Inst. de patr. potest. pag. 56. seq.*

sequitur BYNKERSHOEK in *Opusc. de Jur. occid. vend. & expon. lib. apud vet. Rom. Cap. I.* qui vocem libertatis accipiunt pro ingenuitate, que filio a patre per venditionem non poterat adimi.

Hoc autem jus patribus nec semper nec eodem modo apud Romanos competit: hæc enim omnia locum tantummodo habuerunt primis Romani imperii temporibus, sed paulatim & in sequentibus temporibus non parum diminuta ac immutata sunt. Itaque permulti Interpretes operam dederunt, ut accurate investigarent tempora, quibus emens illud parentum in liberos imperium diminutum sit ac plane cessaverit. Ea de re magna, at non valde amica disceptatio orta est inter ampliss. BYNKERSHOEK & CLAR. NOODT. — NOODT in *Julio Paulo, sive de partus expositione & nece apud veteres*, existimavit etiam sub Christianis Imperatoribus, & nominatim sub Constantino, fuisse licitam impunitamque infantum expositionem, ac primos eam prohibuisse Imperatores Valentiniapum, Valentem & Gratianum. L. 2. C. de infant. expos. Sed BYNKERSHOEK in d. Tract. de jure occid. lib. putat hanc potestatem primo moribus fuisse improbatam, postea vero legibus coramstatam, & postremo funditus fuisse eversum, præcipue temporibus Trajani, Adriani, Alexandri Severi, reliquorumque Principum: ita ut post tempora horum Principum patribus tantummodo in liberos relicta sit modica castigatio & reprehensio.

*Cum & matri similia &c.]* Conf. LEYSER med. ad ff. tom. I. spec. 18. med. I & 2.

*Frisii exceptis &c.]* Cum Frisi in definiendo jure Patriæ potestatis præscripta sequantur Legum Romanarum, hinc v. g. tes-

tandi facultatem filiis familias negant, cujus-  
cumque etiam sint ætatis, quamdiu patria po-  
testate continentur. HUBER *Hedend. Regts-*  
*gel. I. B. 12. Cap. n. 38.* — Substitutionem  
pupillarem retinuerunt. HUBER *d. l. n. 39.*  
— Filius & pater pro una eademque persona  
habentur, nec ulla obligatio inter eos valet.  
HUBER *d. l. n. 26.* HAMERSTER *Stat. van*  
*Friesland I. B. 6 tit. art. 2.*

rabile decimi octavi mensis in Actis Parisi-  
nis recensetur, anno 1753. Etsi quidem  
hæc exempla rariora sunt, etsi multa, quæ  
passim narrantur, merito suspecta haberi  
possunt, non oportet tamen fidem illis de-  
negare, quæ à viris peritissimis ac fide dig-  
nissimis referuntur. Nullam enim novimus  
adeo generalem naturæ legem, quæ omni  
exceptione careat.”

## §. 6.

[Plane cum inter ipsos medicos &c.] De tem-  
pore partus legitimo conferri merentur quæ  
congeslit HALLER in *Elem. Physiolog.* tom. 8.  
*Lib. 29. Sect. 5. §. 8 & 9. p. m. 421—429.*  
Si autem omnia, quæ apud Medicos hac de re  
inveniuntur, recte perpendantur, res eo re-  
dibit, ut dicamus cum Clar. P. A. MARHERR  
in *Prælect. in H. BOERHAVE Inst. med.* tom. 3.  
*§. 685. p. 722.* „Partus in homine regu-  
lariter in finem noni mensis incidit, etsi  
ob causas quasdam extrinsecas subinde ali-  
quot diebus aut retardari possit aut etiam  
accelerari. Partus maturi vocantur, quan-  
do foetus maturus & perfectus in lucem  
editur, completo nono mense; præmatu-  
ri, qui septimo & octavo mense ante le-  
gitimum pariendi terminum excluduntur.  
Ante septimum mensem cruenta immaturi  
foetus exclusio abortus appellatur. Licet  
autem partus naturalis ac legitimus passim  
completo nono mense aut in ejus finem in-  
cidat, non tamen hic terminus constanter  
certus aut invariabilis est. Nam præter-  
quam, quod ipsæ matres in computando  
gravitatis tempore facile errant; — sunt  
etiam exempla aliqua foetuum maturorum  
ante nonum mensem & aliorum decimo de-  
mum mense aut serius exclusorum. —  
Testatur etiam Ill. VAN SWIETEN se no-  
visse aliquot adolescentes vegetos ac robus-  
tos, de quibus certus esse poterat, quod  
septimo mense nati fuerint (*t. 4. p. 516.*).  
Ita ex adverso non paucissima sunt exem-  
pla partuum serotonorum, decimi mensis,  
undecimi, decimi tertii &c. & unum mi-

[Præsumtio militat &c.] Filius ex muliere  
nupta ortus, quatenus præsumatur conceptus  
ex semine adulteri? disquirit A. MERENDA  
*Controvers. Jur. Lib. 14. Cap. 9.* — Inter-  
rim notandum, illam præsumptionem, quæ  
pro filio durante matrimonio ex justa uxore  
nato militat, ad sponsalia trahi non posse,  
adeoque infantis ex sponsa nati patrem spon-  
sum fine aliis argumentis non præsumi. LEY-  
SER *medit. ad ff. tom. I. spec. 15. med. 3.*

## §. 10.

[Quisquis vero &c.] Dissentit LEYSER Me-  
dit. *ad ff. tom. I. spec. 15. med. 4.*

## §. 13.

[Fuerunt suffocandi.] Non ita generaliter  
admittendum videtur, monstra impune occi-  
di posse, ac admodum nobis placet opinio  
LEYSERI medit. *ad ff. tom. 9. spec. 597.*  
*med. 7.* putantis monstra, ex hominibus na-  
ta, (de his enim, quæ ex coitu cum bestiis  
nascuntur, nulla potest esse dubitatio) non  
statim pro monstribus esse reputanda, si in iis  
formandis natura aliquantulum aberravit:  
monstra enim ea proprie esse, quæ & cor-  
pus deforme habent, & anima humana non  
sunt prædicta; cumque id non ē vestigio sta-  
tim, sed crescentibus demum annis apparet,  
ideo, ne periculo homicidii committendi nos  
exponamus, partum deformem non esse occi-  
dendum, priusquam, sitne intellectu prædi-  
tus, an non, liquido appareat.

## TITULUS VII.

*De adoptionibus & emancipationibus, & aliis  
modis, quibus potestas solvitur.*

[Cuius morem veterem &c.] Conf.  
HEINECCIUS in *Antiq. Rom. ad tit.*  
*Inst. de Adoption. n. 5. & seqq.* —

Quo tempore autem primum fieri cooperit  
adrogatio per rescriptum Principis, itemque  
an Ulpiani ætate jam in usu ea fuerit plu-  
ribus investigat NOORDKERK *Observ. Dec.*  
*pag. 139. seq.* ubere quoque de eodem dis-  
pu-

putat VAN DE WATER *Obser. Lib. 3. Cap. 16.* — Cæterum de universa adoptionis materia, symbolis, ritibus, ac speciebus ex professio egit OTTO in *Jurisprud. Symbol. Exerc. 3.*

les & Magistratus Urbium, Professores, Juris Doctores, Sacrorum antistites, & Judices inferiores hoc apud Frisios jure carent; uti ex auctoritate HUBERI, HAMERSTER aliorumque ostendit H. J. ARNTZENIUS *Inst. Jur. Belg. Civ. part. I. tit. 13. n. 12. p. 203 & 204.*

*Cum neque nostris &c.]* An adoptio etiamnum apud nos usu venire possit, & quoniam cum effectu, vid. apud STOKMANS *Decis. Brabant. 69.* & ZURCK in *Cod. Bat. voce adoptie.* — *§. 8.* p. ni nullus quisque ad hanc adoptionem locum unionem prolium invalidisse.

*Emancipatione.]* De Emancipationis ritu ac effectibus, tam jure antiquo, quam recentiori, conferri meretur G. SCHELTINGA *Dissert. de Emancipationibus*, inserta D. FELLENBERG *Jurisprud. antiq. tom. 2. pag. 461—538.*

*Licet inter adoptionem & unionem prolium similitudo quædam intercedat, errant tamen, qui hanc in locum adoptionis, apud Romanos usitatæ, velut per surrogationem aliquam, introductam esse putant, cum utriusque longe diversa sit natura ac indeoles, uti pluribus exposuerunt LEYSER medit. ad ff. tom. I. spec. 20. med. 7. ECKHARD in *Hermeneut. Jur. Lib. 2. Cap. 1. §. 44. in notis.**

*Nec hodie ignotus &c.]* Liberorum per emancipationem è potestate patria dimissio pristinis temporibus in Hollandia nonnunquam obtinuit. Mentiō ejus occurrit in *de Handvesten van Kennemerland* pag. 180. (Ed. 1652.) & *Handvesten van Vlaardingen* pag. 355. ac exemplum notatu dignissimum extitit anno 1519. cum quidam Mr. Barthout van Assendelft filium suum Cornelium van Assendelft, quindecim annorum juvenem, emancipaverit, eaque emancipatio ab Hollandiae Curia confirmata fuerit. *Regtsgel. Obser. over de Inleid. van de Groot 4. Deel* pag. 232. seq.

*Nostrates banniti &c.]* Conf. HUBER in *prælect. ad h. t. ff. n. 4. HAMERSTER Stat. van Friesl. 1. B. Tit. 6. art. 1.*

*§. 10.* *Sed in alia omnia iverunt &c.]* Conf. v. d. MEULEN ad *Statut. Vian. & Ameid. art. 12. pag. 49. seqq. Cost. van Middelburg Rubr. 12. art. 11.*

*Cæterum moribus hodiernis &c.]* In Hollandia, ubi plerumque ad dignitates admoventur ætate majores, qui per eam patria potestate jam sunt liberati, hæc quæstio rarius incidere potest. S. v. LEEUWEN R. H. R. I. B. 13. d. n. 6. Sed apud Frisios, quibus ætas non tollit patriam potestatem, de his major potest esse dubitatio. Summus militiæ gradus apud eos liberat, non vero si fint equitum Præfecti, Tribuni militum, his ve inferiores; ac generatim summi Reipublicæ honores, si quis confideat in supremo Universitatis Batavæ Senatu, Consilio Ordinum, Collegio rationes accepti & expensi curante, Ordinum Legatis & Curia, hoc vinculum tollunt. Grietmanni tamen, Confu-

*§. 13.* *Verius tamen &c.]* In Hollandia, ubi matrimonio patria potestas solvitur, & vel minores sui juris efficiuntur, morte soluto matrimonio viduae minores 25 annis iterum patriæ potestati non subjiciuntur. E. VAN ZURCK in *Cod. Bat. voce Houwelyk* §. 7. DE HAAS *Nieuwe Holl. Consult. n. 34. pag. 398. seq.* unde si talis vidua sponsalia contraxit, non potest postea ab iis liberari per exceptionem minorenitatis; uti decisum à Curia Hollandiæ 17. Novemb. 1745.

**T I T U L U S VIII.**  
*De rerum divisione & qualitate.*  
§. 2.  
consentaneam existimamus. Jam adeo vehementer ipsi obstat *pr. Inst. h. t.* ut ibi pro quædam publica legerit que eadem publica, sed sine ulla Codicum auctoritate: imo THEOPHILUS in *Paraph. ad d. pr. Inst. τὰ κοινά,* & *τὰ πονέλαινα* accurate distinguunt. — Ob-

**Q**UEM in finem &c.] Opinio Cl. NOODTII *Probab. Lib. 1. Cap. 7 & 8.* putantis, res publicas à communibus non differre, Juri Civili minime

jicitur

jicitur quidem, quod in L. 2. ff. h. t. MARCIANUS in rerum divisione non recenseat res publicas; sed respondemus admodum esse probabile, quod MARCIANUS in hac divisione etiam recensuerit res publicas: — 1º. quia omnia separatim explicat, sc. res communes in L. 2. §. 1. L. 4. pr. ff. h. t. res publicas in L. 4. §. 1. eod. res universitatis & singulorum in L. 6. §. 1. eod. ac res nullius in L. 6. §. 2. seqq. — 2º. quia in pr. Inst. h. t. quod ex Libro 3. Inst. MARCIANI desumptum est, expresse res publicae, à rebus communibus distinctione, enumerantur. — Et si haec non placeat responsio, res tamen salva est, quoniam res publicae satis commode sub rebus universitatis comprehenduntur, quale exemplum est in L. 1. pr. vs. hæ autem ff. h. t. — Conf. HUBER in Eunom. Rom. ad L. 2. ff. h. t. & Digress. part. 2. Lib. 2. Cap. 2. C. WÆCHTERUS in Opuscul. pag. 209. seqq. A. WIELING Lection. Jur. Civ. Lib. 1. Cap. 11. pag. 37. seqq.

## §. 5.

*Sola proinde dedicatione privata &c.]* Accurate distinguenda sacra privata Larium & Penatum, quæ & gentilia; & sacra privata auctoritate constituta. Illa legitima erant, ob Legem XII. Tabb. *Sacra privata perpetuo manento.* FESTUS voce *sacra.* Hæc illegitima, ob periculum, ne sacra peregrina invenherentur. BYNKERSHOEK de cult. Relig. peragr. apud Vet. Rom. diff. 2. Illa erant juris Pontificum: exinde est, quod Pontificum auctoritas intercederet in arrogationibus, confarreationibus &c. Hæc sacra non aestimabant Pontifices. Si ergo privata auctoritate sibi quis sacram constituerat, *quasi consecratum* censematur, dum ad religionem patriam pertineret: (Eteo referenda loca CICERONIS Lib. 12. ad Att. Epist. 19 & 35.) si religione peregrinam saperet, profanum censematur. BYNKERSHOEK ibid. Conf. HEINECIIUS in not. ad VINNII Comm. in §. 8. Inst. de rer. div.

## §. 6.

*Quamvis autem sacra &c.]* Quod Deo sacramum semel est, in usum profanum converti non posse, mutato principatu non aliter verum est, quam si victor eundem, quem vicit, Deum colat, nam si alium, victori aboletur omnis consecratio. L. 36. ff. de relig. & sump. funer. L. 4. ff. de sepulcr. viol. Hinc si v.g. Princeps Pontificius alium Pontificium vincat, eadem, quæ antea fuerunt, sacra manebunt, non ideo quod non omnia vicii victor in dominium suum redigat, sed quia sub omnibus Pontificiis eadem est consecratio, facta nempe ex auctoritate ejusdem Pontificis Romani, unde quod eo aucto-

re sacram est, rursus profanum fieri non potest. Cum vero mutato principatu etiam sacra mutantur, ea quæ contra Legem relicta sunt, vel pro non scriptis habita, vel ut indigna ablata, heredibus cedunt, minime vero contra mentem testatoris referuntur in usum, quem ipse, si viveret, ut impium, dannaret. — Imo & manentibus iisdem sacris, non numquam quod semel Deo sacram est, ad usum profanum redire potest; cum scil. ad certum usum est sacram, aut sub conditio- ne, quæ defecit. — Atque haec omnia applicari possunt in quæstione, quo jure his in regionibus bona Pontificiorum Ecclesiastica in usum Ecclesiasticorum nostrorum con- versa fuerint? Qui hoc jus defendunt, solent quidem provocare ad L. 16. ff. de usu & usufr. legat. ubi JCtus respondit, ex pecunia, Civitati legata, ut inde spectaculum celebraretur, sed tale, quod ibi fieri non licet, aliud spectaculum celebrandum esse, quod fieri liceret, propter præsumptam voluntatem defuncti, quæ haec fuit, ut ejus memoria celebraretur; verum haec ratio plane cessat in quæstione proposita: probabile enim non est, quin imo absurdum, ut statuamus, v. g. Pontificium, qui quandam rem usibus Religionis suæ consecravit, voluisse, ut haec res postea convertatur in usum Religionis Reformatæ, quam hæreticam & abominandam putabat. — Conf. BYNKERSHOEK quæst. jur. priv. Lib. 3. Cap. 9. & adde quæ differuit LEYSER med. ad ff. tom. 1. spec. 23 & 24. de Jure Principis in res sacras & ecclæsiasticas superfluas vel vacuas, ac de rebus Ecclesiæ & piorum locorum alienandis.

## §. 7.

*Non urbis tantum Romæ, sed & municipiorum.]* Ita quoque sentiunt BRONCHORST miscell. Controv. Cent 1. aff. 6. NOODT in Comm. ad h. t. p. 30. dissentunt J. à COSTA ad §. 10. Inst. h. t. HUBER in præl. ad h. t. Inst. n. 11. & 12. & 13. & 14. & 15. & 16. & 17. & 18. & 19. & 20. & 21. & 22. & 23. & 24. & 25. & 26. & 27. & 28. & 29. & 30. & 31. & 32. & 33. & 34. & 35. & 36. & 37. & 38. & 39. & 40. & 41. & 42. & 43. & 44. & 45. & 46. & 47. & 48. & 49. & 50. & 51. & 52. & 53. & 54. & 55. & 56. & 57. & 58. & 59. & 60. & 61. & 62. & 63. & 64. & 65. & 66. & 67. & 68. & 69. & 70. & 71. & 72. & 73. & 74. & 75. & 76. & 77. & 78. & 79. & 80. & 81. & 82. & 83. & 84. & 85. & 86. & 87. & 88. & 89. & 90. & 91. & 92. & 93. & 94. & 95. & 96. & 97. & 98. & 99. & 100. & 101. & 102. & 103. & 104. & 105. & 106. & 107. & 108. & 109. & 110. & 111. & 112. & 113. & 114. & 115. & 116. & 117. & 118. & 119. & 120. & 121. & 122. & 123. & 124. & 125. & 126. & 127. & 128. & 129. & 130. & 131. & 132. & 133. & 134. & 135. & 136. & 137. & 138. & 139. & 140. & 141. & 142. & 143. & 144. & 145. & 146. & 147. & 148. & 149. & 150. & 151. & 152. & 153. & 154. & 155. & 156. & 157. & 158. & 159. & 160. & 161. & 162. & 163. & 164. & 165. & 166. & 167. & 168. & 169. & 170. & 171. & 172. & 173. & 174. & 175. & 176. & 177. & 178. & 179. & 180. & 181. & 182. & 183. & 184. & 185. & 186. & 187. & 188. & 189. & 190. & 191. & 192. & 193. & 194. & 195. & 196. & 197. & 198. & 199. & 200. & 201. & 202. & 203. & 204. & 205. & 206. & 207. & 208. & 209. & 210. & 211. & 212. & 213. & 214. & 215. & 216. & 217. & 218. & 219. & 220. & 221. & 222. & 223. & 224. & 225. & 226. & 227. & 228. & 229. & 230. & 231. & 232. & 233. & 234. & 235. & 236. & 237. & 238. & 239. & 240. & 241. & 242. & 243. & 244. & 245. & 246. & 247. & 248. & 249. & 250. & 251. & 252. & 253. & 254. & 255. & 256. & 257. & 258. & 259. & 260. & 261. & 262. & 263. & 264. & 265. & 266. & 267. & 268. & 269. & 270. & 271. & 272. & 273. & 274. & 275. & 276. & 277. & 278. & 279. & 280. & 281. & 282. & 283. & 284. & 285. & 286. & 287. & 288. & 289. & 290. & 291. & 292. & 293. & 294. & 295. & 296. & 297. & 298. & 299. & 300. & 301. & 302. & 303. & 304. & 305. & 306. & 307. & 308. & 309. & 310. & 311. & 312. & 313. & 314. & 315. & 316. & 317. & 318. & 319. & 320. & 321. & 322. & 323. & 324. & 325. & 326. & 327. & 328. & 329. & 330. & 331. & 332. & 333. & 334. & 335. & 336. & 337. & 338. & 339. & 340. & 341. & 342. & 343. & 344. & 345. & 346. & 347. & 348. & 349. & 350. & 351. & 352. & 353. & 354. & 355. & 356. & 357. & 358. & 359. & 360. & 361. & 362. & 363. & 364. & 365. & 366. & 367. & 368. & 369. & 370. & 371. & 372. & 373. & 374. & 375. & 376. & 377. & 378. & 379. & 380. & 381. & 382. & 383. & 384. & 385. & 386. & 387. & 388. & 389. & 390. & 391. & 392. & 393. & 394. & 395. & 396. & 397. & 398. & 399. & 400. & 401. & 402. & 403. & 404. & 405. & 406. & 407. & 408. & 409. & 410. & 411. & 412. & 413. & 414. & 415. & 416. & 417. & 418. & 419. & 420. & 421. & 422. & 423. & 424. & 425. & 426. & 427. & 428. & 429. & 430. & 431. & 432. & 433. & 434. & 435. & 436. & 437. & 438. & 439. & 440. & 441. & 442. & 443. & 444. & 445. & 446. & 447. & 448. & 449. & 450. & 451. & 452. & 453. & 454. & 455. & 456. & 457. & 458. & 459. & 460. & 461. & 462. & 463. & 464. & 465. & 466. & 467. & 468. & 469. & 470. & 471. & 472. & 473. & 474. & 475. & 476. & 477. & 478. & 479. & 480. & 481. & 482. & 483. & 484. & 485. & 486. & 487. & 488. & 489. & 490. & 491. & 492. & 493. & 494. & 495. & 496. & 497. & 498. & 499. & 500. & 501. & 502. & 503. & 504. & 505. & 506. & 507. & 508. & 509. & 510. & 511. & 512. & 513. & 514. & 515. & 516. & 517. & 518. & 519. & 520. & 521. & 522. & 523. & 524. & 525. & 526. & 527. & 528. & 529. & 530. & 531. & 532. & 533. & 534. & 535. & 536. & 537. & 538. & 539. & 540. & 541. & 542. & 543. & 544. & 545. & 546. & 547. & 548. & 549. & 550. & 551. & 552. & 553. & 554. & 555. & 556. & 557. & 558. & 559. & 560. & 561. & 562. & 563. & 564. & 565. & 566. & 567. & 568. & 569. & 570. & 571. & 572. & 573. & 574. & 575. & 576. & 577. & 578. & 579. & 580. & 581. & 582. & 583. & 584. & 585. & 586. & 587. & 588. & 589. & 590. & 591. & 592. & 593. & 594. & 595. & 596. & 597. & 598. & 599. & 600. & 601. & 602. & 603. & 604. & 605. & 606. & 607. & 608. & 609. & 610. & 611. & 612. & 613. & 614. & 615. & 616. & 617. & 618. & 619. & 620. & 621. & 622. & 623. & 624. & 625. & 626. & 627. & 628. & 629. & 630. & 631. & 632. & 633. & 634. & 635. & 636. & 637. & 638. & 639. & 640. & 641. & 642. & 643. & 644. & 645. & 646. & 647. & 648. & 649. & 650. & 651. & 652. & 653. & 654. & 655. & 656. & 657. & 658. & 659. & 660. & 661. & 662. & 663. & 664. & 665. & 666. & 667. & 668. & 669. & 670. & 671. & 672. & 673. & 674. & 675. & 676. & 677. & 678. & 679. & 680. & 681. & 682. & 683. & 684. & 685. & 686. & 687. & 688. & 689. & 690. & 691. & 692. & 693. & 694. & 695. & 696. & 697. & 698. & 699. & 700. & 701. & 702. & 703. & 704. & 705. & 706. & 707. & 708. & 709. & 710. & 711. & 712. & 713. & 714. & 715. & 716. & 717. & 718. & 719. & 720. & 721. & 722. & 723. & 724. & 725. & 726. & 727. & 728. & 729. & 730. & 731. & 732. & 733. & 734. & 735. & 736. & 737. & 738. & 739. & 740. & 741. & 742. & 743. & 744. & 745. & 746. & 747. & 748. & 749. & 750. & 751. & 752. & 753. & 754. & 755. & 756. & 757. & 758. & 759. & 760. & 761. & 762. & 763. & 764. & 765. & 766. & 767. & 768. & 769. & 770. & 771. & 772. & 773. & 774. & 775. & 776. & 777. & 778. & 779. & 770. & 771. & 772. & 773. & 774. & 775. & 776. & 777. & 778. & 779. & 780. & 781. & 782. & 783. & 784. & 785. & 786. & 787. & 788. & 789. & 790. & 791. & 792. & 793. & 794. & 795. & 796. & 797. & 798. & 799. & 800. & 801. & 802. & 803. & 804. & 805. & 806. & 807. & 808. & 809. & 8010. & 8011. & 8012. & 8013. & 8014. & 8015. & 8016. & 8017. & 8018. & 8019. & 8020. & 8021. & 8022. & 8023. & 8024. & 8025. & 8026. & 8027. & 8028. & 8029. & 8030. & 8031. & 8032. & 8033. & 8034. & 8035. & 8036. & 8037. & 8038. & 8039. & 8040. & 8041. & 8042. & 8043. & 8044. & 8045. & 8046. & 8047. & 8048. & 8049. & 8050. & 8051. & 8052. & 8053. & 8054. & 8055. & 8056. & 8057. & 8058. & 8059. & 8060. & 8061. & 8062. & 8063. & 8064. & 8065. & 8066. & 8067. & 8068. & 8069. & 8070. & 8071. & 8072. & 8073. & 8074. & 8075. & 8076. & 8077. & 8078. & 8079. & 8080. & 8081. & 8082. & 8083. & 8084. & 8085. & 8086. & 8087. & 8088. & 8089. & 8090. & 8091. & 8092. & 8093. & 8094. & 8095. & 8096. & 8097. & 8098. & 8099. & 80100. & 80101. & 80102. & 80103. & 80104. & 80105. & 80106. & 80107. & 80108. & 80109. & 80110. & 80111. & 80112. & 80113. & 80114. & 80115. & 80116. & 80117. & 80118. & 80119. & 80120. & 80121. & 80122. & 80123. & 80124. & 80125. & 80126. & 80127. & 80128. & 80129. & 80130. & 80131. & 80132. & 80133. & 80134. & 80135. & 80136. & 80137. & 80138. & 80139. & 80140. & 80141. & 80142. & 80143. & 80144. & 80145. & 80146. & 80147. & 80148. & 80149. & 80150. & 80151. & 80152. & 80153. & 80154. & 80155. & 80156. & 80157. & 80158. & 80159. & 80160. & 80161. & 80162. & 80163. & 80164. & 801

## DE RERUM DIVISIONE &c.

25

§. 21. seqq.

*De actionibus &c.]* Quatenus actiones, redditus, & id genus alia rebus mobilibus aut

immobilibus accenseantur, disquirit LOENIUS  
Decis. & Observ. Cas. 50. ibique BOEL in  
notis.

## TITULUS IX.

### De Senatoribus.

§. 1.

*OFFICIA Magistratum.]* Ad hunc & sequentes Titulos omnino conferri meretur J. GUTHERIUS de Offic. domus augustae publicæ & privatae. (Lipf. 1672. in 8vo.)

§. 2.

*De causis judicasse.]* Senatum sub Imperatoribus etiam causas judiciales cognovisse, constat ex PLINII Epistolis; Historiae augustae scriptoribus; aliisque. Quin & Jure novissimo idem obtinet. Novell. 62. Nec à sententiis ejus est provocatio, idque ex oratione HADRIANI in L. 1. §. 2. ff. à quib. appell. non licet qui Imperator Senatus fastigium valde extulit. SPARTIAN. in Hadrian. Cap. 8. SCHULTING in Enarr. ad h. t. n. 3.

§. 4.

*Neque interest &c.]* De quaestione, quatenus honos parentibus postea superveniens liberis ante natis profit vel non profit, conf. J. GOTHOFREDUS ad L. 1. Cod. Theod. de Senat. & de Glebal. (Tom. 2. pag. 8. seqq.)

*Utrumne in Regni &c.]* Conf. GROTIUS de Jur. Bell. & Pac. Lib. 2. Cap. 7 §. 28.

§. 5.

*Aique hinc illud &c.]* Exemplum est Hagæ Comitum in viduabus Chirurgorum. Keuren van's Hage pag. 163 & 164.

§. 6.

*Juris Canonici Interpretibus.]* Ex professo hanc materiam exposuit J. H. BOEHMER, in Differt. de anno deservito & gratiæ, quæ existat in Jure Eccles. Protest. tom. 2. Lib. 3. tit. 5. §. 211 seqq. p. m. 445—524.

*Apud nos receptum, ut viduæ concionatorum &c.]* Viduabus Concionatorum duplex emolumenntum apud nos concedi solet. Primum in eo consilit, ut ipsis solvatur non tantum integrum salarium trium mensium quibus Concionator decebat, verum etiam sex mensium Tom. III.

subsequentium. Isque annus gratiæ appellatur. Resol. Holl. 16 Nov. 1675. Kerk. Pl. B. 1. D. pag. 54. en Gr. Pl. B. 3. D. fol. 481. — Idem quoque obtinet in regionibus, quæ Ordinibus Generalibus subsunt, ea tamen cum distinctione, ut ibi annus gratiæ non sex, sed trium tantum mensium salarium contineat. Reglement op de Polit. Reform. van 1. April 1660. art. 32. Gr. Pl. B. 2. D. col. 2613.

Alterum emolumenntum viduabus toto viduitatis tempore conceditur, cuius rei in Hollandia originem & progressum, cum parum nota sint, paucis enarrare libet. — Ordines Hollandiæ Resolut. 22. Novemb. 1580. tribus viduabus, quarum nomina ibi referuntur, propter earum inopiam emolumenntum annum quinquaginta florenorum concesserunt. Kerk. Plac. B. 2. D. pag. 21. — Ejusmodi exemplum etiam occurrit in Resol. 27. Junii 1594. ibid pag. 109. Dein Resolut. .... Januarii 1633. hoc emolumenntum à quinquaginta ad centum florenos auctum fuit, ita tamen ut viduæ, quæ octo millia florenorum in bonis habebant, nec tribus liberis onerati erant, hoc augmento non gaudenter, cum haec, quæ viginti millia florenorum possidebant, ne quidem emolumenntum quinquaginta florenorum perciperent. — Resolut. 8. April 1659. decretum est hæc emolumennta cessatura, simul ac vidua ad secunda vota transferit, aut extra Hollandiam domicilium constituerit. Kerk. Plac. B. 2. D. pag. 376. — Hoc ita duravit usque ad annum 1698. tunc enim Resolut. 7. Aug. distinctio viduarum, quæ octo aut viginti millia florenorum habebant, sublata fuit, omnibusque modo non ultra viginti millia florenorum possident, nec alios redditus ecclesiasticos, summa centum florenorum excedentes, perciperent, emolumenntum annum centum florenorum concessum fuit. (Vid. Register der Resol. van dat jaar pag. 362.) — Postea Resolut. 12. Junii 1734. cautum est, viduas hoc emolumenntum percepturas fore, five liberos haberent, five non, ac etiam in casu, quo salarium mariti præmortui non ex ærario publico Provinciali, sed ex ærario Civitatis solutum fuerat. Kerk. Pl. B. 2. D.

D

pag.

*pag. 615. — Resolut. 23. Junii 1746. hoc emolumenitum exētum fuit tributo sive vec-tigali, cui nomen erat personelle quotisatie.*  
*Gr. Pl. B. 7. D. pag. 1146. — Ac tandem Resolut. 15. Febr. 1776. Ordines rem eo redegerunt, ut omnes Concionatorum viduae emolumento annuo centum florenorum gau-deant, quamvis ipsarum divitiae summam vi-ginti millium florenorum superarent.*

*Nisi peculiariter &c.] Exemplum ex HE-RODIANO Lib. 1. Cap. 20. refert HEINEC-IUS ad Leg. Jul. & Pap. Lib. 2. cap. 1. §. 8. pag. 125. de Lucilla, L. Veri vidua, quae amissio viro Principe, Pomponio privato nupta, sellam imperatoriam, aliosque honores, Commodi Imperatoris indulgentia, retinuit.*

## TITULUS X.

## De Officio Consulis.

§. 2.

**N**ec contrarius hisce est &c.] De con-cilianda L. un. §. 2. in fin. ff. b. t. cum L. 20. §. ult. ff. de manum. vind. vid. G. REGII Enant. Lib. 1. Cap. 29. in OTTONIS Thes. tom. 2. col. 1495. & F. BAL-DUINUS in n. t. ad d. l. un. in HEINECCII Jurispr. Rom. & Att. tom. 1. col. 812. — Add. NOORDKERK in Obsery. Dec. Cap. 1. pag. 3, 4 & 5.

Cæterum occasione hujus Tit. dicendum aliquid de Consulibus nostris in Hollandia. Hoc nomen antiquissimis temporibus non da-tum fuit illis magistratibus, quos hodie Bur-gemeesters appellamus. Tunc dicebantur Bur-gimagistri. (MATTHÆUS de Nobilit. Lib. 3. cap. 2. pag. 902. seq.) Consules vero tunc temporis erant Consiliarii, (Raaden) qui una cum Scabinis Magistratum componerent. v. D. WALL Handy. van Dordrecht 1. D. pag. 97. — Burgimagistrorum autem institutio Scabino-rum ætate longe est posterior, nec ante se-culum decimum tertium eorum mentio occur-rit. Annis 1285 & 1286. Dordraci exti-

terunt. v. D. WALL d. l. pag. 97. Amste-lædami primum anno 1343. memorantur. WAGENAAR Beschryv. van Amsterdam 12. st. pag. 60. Harlemi anno 1418. VAN OOSTEN DE BRUIN Beschr. der Stad Haarlem pag. 131. ac Hagæ Comitum non inveniebantur ante annum 1559. DE RIEMER Beschr. van's Ha-ge 3. D. pag. 64. — Eorum auctoritas in principio solam redditum Civitatis curam spectavit, ita ut magis Quæstores sive Præ-fecti Ærarii viderentur. v. D. WALL d. l. pag. 92. sed sensim ipsorum potestas accre-vit, atque ad politicam Civitatis universæ administrationem extensa fuit. P. à LEYDIS de Cura Reip. Cap. 7. pag. 25. WAGENAAR d. l. pag. 76. seqq. ita ut vere admodum & concinne eorum officium definiatur in 't kort Vertoog van 't Recht der Ridder-schap, Edelen en Steden van Holland, in dato 16. October 1587. his verbis: „Der Burgemeesters Offi-cie is bevolen het ordinaris beleyd ende gebied „in alle politique zaaken, zoo wel de admi-nistratie van stads-goederen ende inkomen, „als den welstand ende bewaringe der Steden be-treffende. — Gr. Plac. Boek 1. Deel. col. 44.

## TITULUS XI.

## De officio Præfecti Prætorio.

§. 1.

**P**rætorio.] Prætorium fuisse partem pa-latii, in qua fuit auditorium Impera-toris & ejus Præfectori, cum statione anilitum Prætorianorum, plenus exponit HU-BER in Prælect. ad h. t. ff. n. 2. seqq. & in Eunom. Rom. ad L. un. ff. h. t.

*Hinc ipsis rerum &c.] Cum Præfectorum Prætorio sensim in tantum crevit auctoritas, ut & juri dicundo præfessent, hinc tot Præ-*

fectos Prætorio inter JCtos reperimus, e. g. Macrinum, Papinianum, Ulpianum. Conf. OTTO in vita Papin. Cap. 14. pag. 316. seqq.

§. 2.

*Jus edita condendi &c.] Exempla Edictorum Præfecti Prætorio prostant in Nov. 166 seq. Conf. J. CUJACIUS Obs. Lib. 6. Obs. 10. HEINECCIUS in Histor. Edicior. & Edic. per-pet. Lib. 1. Cap. 5. (Opusc. Posth. pag. 50. seq.)*

TITU-

## TITULUS XII.

*De officio Præfetti Urbi.*

§. 2.

**O**MNIUM criminum.] Conf. SCHULTING in *Dissert. de recus. Jud. Cap. 7. §. 2.*

*Et hoc est &c.] De concilianda L. 1. pr. & §. 4. ff. h. t. cum L. ult. ff. h. t. conf. C. COSTÆ Var. Ambig. Jur. Lib. 2. cap. 5. in OTTONIS Thes. tom. 4. col. 1213. & GOEDDAEUS ad L. 2. ff. de Verb. Signif.*

*L. 9. pr. ff. de poenis.] De sensu hujus L. diversimode cogitant critici. — E. LEONINUS Emend. Lib. 6. cap. 8. duplice emendare conjectura instituit; vel delendo τὰ vel annis, sive vel ad annum; vel substituendo veluti pro vel, & inferendo vocem interdictum,*

hoc modo: non nunquam ad tempus, VELUT annis, INTERDICTUM metiuntur; vel etiam tempore, quo provinciam regunt. — J. VAN DE WATER Obs. Jur. Rom. Lib. 2. cap. 4. pag. 130. verba vel annis abundare, & tanquam inutile lemma amovenda putat. — J. VOORDA Interpr. & Emend. Cap. 32. pro metiuntur legit metiendum. — A. WIELING Lect. Jur. Civ. Lib. 2. Cap. 10. sufficere existimat, si nova inchoetur oratio post verba, ad tempus; ut hic sensus sit: Praesides vel in perpetuum interdicunt, vel ad tempus; si que interdicant ad tempus, metiri tum interdictum advocationis solent, vel annis certis, vel toto magistratus sui tempore.

## TITULUS XIII.

*De officio Quæstoris.*

§. 1.

**R**OMULO aut saltem &c.] Binos quæstores, quos Romulus & Numa Pompilius habuerunt, non sua voce, sed populi suffragio creatos fuisse, è JUNIO GRACCHANO refert ULPIANUS in L.

un. pr. ff. h. t. Cum vero id fidei historicæ non conveniat, ac aperte infringatur auctoritate TACITI Annal. Lib. 11. Cap. 22. existimavit G. D'ARNAUD Var. Conject. Lib. 1. cap. 3. in d. l. un. hac ratione transponenda esse verba; quos non populi suffragio, sed ipsi sua voce crearent.

## TITULUS XIV.

*De officio Prætorum.*

§. 1.

**P**RÆTORES generalius dicti &c.] Prætoris appellationem saepius non Prætorem modo proprie sic dictum significare, sed & Proconsulem, Legatum Cæsaris, Præsidem, Præfectum Vigilum & Aedilem, observat NOODT Probab. Jur. Lib. 1. Cap. 6.

*Instituti primitus &c.] Conf. J. A. BACHII Hist. Jurispr. Rom. Lib. 2. cap. 1. §. 4.*

§. 4.

*Piura de Prætorum &c.] Scriptoribus, ab*

Auctore memoratis, addi merentur, J. RACHEI *Vindiciae Prætoris Romani & Juris Honorarii.* (Lugd. Bat. 1748. in 8vo.) HEINECIIUS in *Histor. Edictor. & Edict. perpetui.* Lib. 1. Cap. 6. (*Opusc. Posit. pag. 72. seqq.*)

§. 5.

*Barbarius Philippus.] De hujus Prætoris historia conf. OTTO de AEdil. Colon. & Munici. Cap. 5. §. 6. pag. 161.*

§. 7.

*Alteram questionem &c.] Tabellionum in-*

D 2

stru-

strumenta, extra locum, in quo admissi sunt, conscripta, nullius esse momenti, testatur GROTIUS *Inleid.* 2. B. 17. *Deel.* §. 20. cum autem à GROENEWEGIO ad d. §. adnotatum fuerat, Supremam Curiam contrarium judicasse, GROTIUS in Epistola, ad Gulielmum fratrem 7. Januarii 1645. missa, hac de re ita scripsit: „a GROENEWEGIO video nominari res judicatas, quibus contrarias ego penes me habui, ut de irritis testamentis, quae fiunt apud Tabelliones non admissos a ci-vitatibus. Sed velim & super quibus juc-dicia variant, definiri ab iis, quorum summa est potestas.” Vid. GROTIUS *Epist.* No. 740. — Attamen opinio eorum, qui horum instrumentorum validitatem tuentes, quos & Auctor sequitur, generatim hodie recepta est. BORT *Tract. van de Hooge en Ambagts-heerl.* 4. D. N. 37. & Nagel. *werken.* Lib. 2. tit. II. Obs. 1. pag. 114. S. VAN LEEUWEN in not. ad PECKIUM *de Arrestis* pag. 347. & R. H. R. 5. B. 20. D. n. 5. P. VAN DER SCHELLING *Hist. van 't Notarisschap Cap.* 14. n. 14. seqq. pag. 360. seqq. LYBRECHTS Reden. Vert. over 't Not. Amt 1. D. 1. Hoofdst. n. 6. qui tamen postea sententiam mutasse videtur. LYBRECHTS 2. D. *Byl. Litt.* B. pag. 385. seqq.

## §. 8.

Cæterum Prætores hodiernos &c.] Prætores nostri urbani (*Schout* vel *Schoutet* dicti, de quo nomine vid. GROTIUS *Inleid.* 2. B. 28. D. §. 9.) ab antiquissimis inde temporibus Tri-

bunalibus Scabinorum præfuerunt, ut nomine Comitis, cuius erant tanquam vicarii, ac deinde nomine Ordinum, a judicibus jus peterent. MATTHÆUS *de Nobilit.* Lib. 2. cap. 17. WAGENAAR *Beschryv. van Amsterdam* 12 st. pag. 38. Jurejurando itaque adstricti fuerunt, ut singulis, id potentibus, jus & justitiam tribuerent. J. MATTHYSSE *Polit. Reger. &c. Tract. 1. Cap. 2. in ALKEMADE Beschryv. van den Briel* 1. D. pag. 232. Handvest van Hertog Jan van Brabant en Vrouw Jacoba aan Delft van 24 January 1418. (MIERIS Charterb. 4. D. pag. 516.) Handvest van Haarlem pag. 73. VAN DE WALL *Handv. van Dordrecht.* 1. D. pag. 29. — Prætores etiam curare debebant, ut Statuta Urbium obser-varentur; ut in crimina inquireretur, ac in facinorosos poenæ statuerentur. WAGENAER d. l. — Cæterum Præatoria potestas semper magna fuit in condendis Statutis municipalibus, quippe quæ a Scultetis una cum cæteris Magistratibus promulgari solent. WA-GENAER d. l. pag. 49. DE RIEMER *Beschr. van 's Hage* 3. D. pag. 56. ac Prætorium officium hic in primis fuit videre, ne Juri Comitis præjudicium fieret; VAN DE WALL d. l. pag. 23 & 415. unde & aliquando prohibiti fuerunt Statuta Magistratum consensu suo confirmare, nisi haec prius Comiti aut ipsius Consilio communicata essent. *Handvest van Hertog Willem aan Rotterdam* van 28. Febr. 1413. *Handvest van Vrouw Jacoba aan Haarlem* van 16. July 1417. (MIERIS Charterb. 4. D. pag. 279 & 404.)

## TITULUS XV.

## De officio Præfecti Vigilum.

## §. 1.

**N**isi forte in d. l. pen. &c.] Præfecto Vigilum jus ultimi supplicii infligen-di non competuisse satis certum est. L. un. C. h. t. Quomodo autem concilianda sit L. pen. ff. de condic. caus. dat. caus. non sec. ubi exemplum occurrit Præfecti Vigilum, qui servum summo supplicio adfecerat, disputant Interpretes. Auctor d. l. pen. ad servos re-stringit, in eo secutus CUIACIUM in exposit. Nov. 13. & FABRUM in Rational. ad L. 3. §. 1. ff. h. t. sed potius dicendum, five ser-vus sit, five liber, qui mortem meruit ob sce-lus, spectare ad imperium Præfecti Urbis, non Vigilum. Probat hoc satis evidenter L.

ult. ff. h. t. ubi JCtus ait, *insularios*, id est servos insularum custodes, (L. 203. ff. de V. S. L. 16. §. 1. ff. de usu & habit.) qui dolo fecisse incendium convincentur, ad Præ-fectum Urbis remittendos esse. — Magis igitur placet conjectura NOODTII *Probab.* Lib. 2. Cap. 5. in d. l. pen. pro Præfecto Vigilum le-gentis *Præfecto Urbis*: quæ emendatio non nimis dura videri debet, cum enim Præfectus Urbis ac Vigilum his figlis (P. V.) designa-bantur, facilime errare potuerunt scriben-tes. — Add. C. WÆCHTLERUS in *Opusc.* pag. 246. & BYNKERSHOEK *Obs. Jur. Rom.* Lib. 2. Cap. 8. qui a NOODTIO dissentit, sed non satis idoneo fundamento.

## TITULUS XVI.

*De officio Proconsulis & Legati.*

§. 4.

**N**EQUE tamen &c.] Etsi Legatus Proconsulis multum differebat ab alio, cui jurisdiction erat mandata, veluti in appellatione, ad emptione Jurisdictionis, aliisque, tamen Legati jurisdictione immerito a nonnullis, ut & ab Auctore nostro, post mandatum factum tanquam jurisdictione propria consideratur. — Nec obstat L. 4. pr. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd. nam verba propriam jurisdictionem ibi non Legati sed ipius Proconsulis jurisdictionem spectant. Conf. C. COSTÆ Var. Ambig. Jur. Lib. 2. cap. 10. in OTTONIS Thes. tom. 4. col. 1217. BYNKERSHOEK Obs. Jur. Rom. Lib. 6. cap. 23. §. 6.

*Manumisso fieri &c.] Ut arrivatio inter*

L. 2. §. 1. ff. h. t. & L. 17. §. 1. ff. de manum. vind. tollatur, CUJACIUS Observ. Lib. 1. Cap. 1. & Lib. 15. Cap. 19. inferuit d. L. 17. particulam negativam non. — J. CONSTANTINÆUS subtil. Enodat. Lib. 1. cap. 12. in OTTONIS Thes. tom. 4. col. 500. difficultatem tolli putat sola distinguendo tempora, quibus manumissiones vel solemnibus juris observatis, vel omissis solemnibus fiebant. — BURGIUS Elect. Cap. 2. in OTTONIS Thes. tom. 1. col. 313. pro ejus legit Cæsar. — Hunc sequitur NOODT de jurisd. & imper. Lib. 2. Cap. 7. qui & aliam addit conjecturam, pro ejus manumittere legendō ex mandatis, vel ejus mandatis. — Aliis placet distinctione Auctoris inter Legatum, qui solam urbem egressus est, & eum, qui Provinciam jam ingressus fuit. Conf. A. WIELING Lecture. Jur. Civ. Lib. 1. Cap. 5. & CANNE-

TER in not. ad ULP. Fragm. Tit. 1. §. 7.

## TITULUS XVII.

*De officio Praefecti Augustalis.*

§. 1.

**D**EPORTANDI Ius &c.] Praesidem deportare non posse nulla dubitatio est; ait JCTus in L. 2. §. 1. ff. de poen. Cur vero, qui majus supplicium irrogare poterant, non poterant deportare? Respondeamus cum U. HUBERO Digress. Lib. 3. Cap. 7. Principem potestatem deportandi sibi referuisse, quia deportationis poena soli afficiebantur honestiores & locupletiores homines, cum vilioribus poena ultimi supplicii irroga-

batur. — Add. J. F. DE RETES ad tit. ff. de interd. & releg. Lib. 1. Cap. 2. in OTTONIS Thes. tom. 5. col. 1192. H. G. VAN VRYHOFF Observ. Jur. Civ. Cap. 25.

§. 4.

*Ad hæc in adeundo &c.] Ad L. 19. ff. h. t. quam hic refert Auctor noster, conferri meritentur BYNKERSHOEK Obs. Jur. Rom. Lib. 5. Cap. 14. H. G. VAN VRYHOFF Observ. Jur. Civ. Cap. 27.*

## T I T U L U S X I X .

*De officio Procuratoris Cæsaris.*

§. 1.

**D**E cætero neque criminalem &c.] Qui simpliciter Procurator Cæsaris erat, merum imperium, aut extra causas fiscales Jurisdictionem non habuit; nisi simul fungeretur vice Præsidis. Pertinet huc etiam, quod dicitur in *L. 3. pr. ff. h. t.*, „*Curatores res Cæsaris jus deportandi non habent: quia hujus poenæ constituenda jus non habent.*” — Cum autem hæc adjecta ratio prima fronte non alia esse videtur, quam ipsa propositio, hinc multi eam otiosam & inertem judicarunt. R. FORNERIUS *rer. quotid. Lib. 3. cap. 23.* in OTTONIS *Thes. tom. 2. col. 218.* Alii vocem *hujus delendam* putant; vel pro *hujus* legunt *alicujus.* — Sed observat BYNKERSHOEK *Obser. Jur. Rom. Lib. 2. Cap. 20.* Florentinam lectionem servari posse: nempe

quæ excedunt administrationem Patrimonii Sacri, Procuratoribus Cæsaris non competent, nisi specialiter fuerint concessa, ut est cognitio ex Lege Fabia de plagiariis, & ex Lege Julia de adulteriis. Senius itaque *d. L. 3.* hæc erit; Procuratores Cæsaris ideo jus deportandi non habere, quia id illis speciali Legi vel Constitutione datum non est.

§. 2.

*Præsidis vice fungens.]* Hujusmodi sunt quos Princeps misit in minores fere Provincias, ut non tantum agant rationes Cæsaris, sed & generaliter jurisdictioni, criminali ac civili, præsint. Atque talis Procurator Cæsar is, cum præsidiali potestate, fuit Pontius Pilatus in Judæa. BYNKERSHOEK *Obser. Jur. Rom. Lib. 2. Cap. 21.*

## T I T U L U S X X .

*De officio Juridici.*

§. 1.

**J**URIDICUS *Alexandriæ.*] Hic non ita dictus fuit, quod soli Alexandriae jus diceret; toti enim Ægypto cum Præfecto

præpositus erat, & hinc aliquando *Juridicus Ægypti* appellatur. SCHULTING in *Ennarr. ad h. t.* — Quamvis hic dissentiat J. A. BACHIUS in *Histor. Jurispr. Rom. Lib. 3. Cap. 1. §. 24.*

## T I T U L U S X X I .

*De officio ejus, cui mandata est Jurisdictio.*

## T I T U L U S X X I I .

*De officio Assessorum.*

§. 3.

**N**EC contrarium est in *L. pen. ff. h. t.*] Aliter has Leges conciliat SCHULTING *ad Pauli Sent. Lib. 1. Tit. 4. §. 8.* in *Jurisprud. Antejust. pag. 217.* putans aliud

esse causas agere in alieno auditorio, aliud, causas tractare in aliud auditorium. Illud est Advocatorum munere fungi, ac vetitum in *L. ult. C. de asses. & domest.* Verum ideo non vetatur Assessor ea, quæ ad jus in aliqua causa pertinent, alicui suppeditare in ali-

## DE OFFICIO ASSESSORUM.

31

*alienum auditorium, utcumque in illo causas agere ipsi non liceat. Nec etiam, si in ipsius auditorio causa agenda sit, illam tractare potest; quia ratio non patitur, ut idem in illa causa de jure aliquid respondeat, vel jus alicui suppeditet, in qua consiliarii partibus fungi debeat.* — Add. NOORDKERK in *Obser. Dec. Cap. 4. pag. 72. seq.*

§. 5.

*Ceterum salario &c.] De explicanda L. 4. ff. h. t. ab Auctore citata, conf. J. A COSTA in Praelect. ad illustr. quosd. tit. locaque select. Jur. Civ. (quas edidit Cl. VOORDA) pag. 1—8. & J. AVERANIUS Interpr. Jur. Lib. 3. Cap. 1.*

Quod porro mores hodiernos attinet, Assessorum munus in Hollandia propriè non inventur. In multis Civitatibus sunt Syndicis

ci, quorum consilium in questionibus juris adhibere solent Consules & Scabini. OOSTERGA in *Cens. Belg. ad L. 1. ff. h. t. F. VAN MIERIS Handy. van Leyden pag. 215. seqq.* ac inferiores Judices in causis decidendi quotidie Advocatorum consilium implorant; quod tamen in causis publicorum vectigalium expresse vertitum est. *Reglement op het procederen in zaaken van gemeene middelen van 23. August. 1749. art. 16.* — In Provincia Transsalania Judices extra tres Urbes Daventriam, Campos, & Zwollam, nullam jurisdictionem exercere possunt, nisi in consilium adhibeant duos Assessores, seu uti vocantur Keurnooten vel Gerichts-luiden; viros peritos, probos & non suspectos. *Landr. van Overys. p. 1. t. 1. art. 3.* in sententiis etiam pronuntiandis, pariter ac apud Romanos, ipfissima Advocatorum sequuntur verba. *Landr. van Overys. p. 1. t. 17. art. 3.*



**LIBER**

# LIBER SECUNDUS.

## TITULUS PRIMUS.

### *De Jurisdictione.*

§. 5.



C frusta est &c.] Recte hic ab Auctore refutatur VINNIUS, existimans, merum imperium non recte appellari Jurisdictionem criminalem: contrarium enim satis apparet ex L. 31. ff. ad L. Corn. de fals. ex Coll. L. L. Mos. & Rom. tit. 4. §. 3. L. 2. §. 23 & 32. ff. de O. J. ubi vocabulum Jurisdictionis & jus dicere adhibetur de mero imperio.

§. 8.

Atque adeo nec tutoris dationem.] In allegata L. 8. ff. de tut. & cur. dat. scribit ULPIANUS; nec mandante Praeside alium tutorem dari posse. Contra ait JUSTINIANUS in §. 4. J. de attil. tut. In Provinciis Praesides ex inquisitione tutores creare, vel Magistratus jussu Praesidum, si non sint magnae pupilli facultates. — Hæc tamen revera non pugnant; nam Magistratibus Municipalibus, sive Duumviris, ex Oratione D. Marci concessum erat tutorem dare, si non magnæ essent pupillorum facultates. L. 3. ff. de tutor. & curat. dat. Hoc autem quia saepe incertum erat, jussus, id est (non mandatum: nam tutelæ datio erat specialis concessionis, nec mandari poterat:) præceptum, permisso & auctoritas Praesidis accedere debuit. Conf. NOODT de jurisd. & imper. Lib. 2. Cap. 8. SCHULTING ad Pauli Sent. Lib. 4. tit. 4. §. 2. in Jurispr. Antej. pag. 394.

§. 10.

Inepte autem &c.] Conf. NOODT de jurisd. & imper. Lib. 2. Cap. 5.

§. 14.

Lege Julia Judiciorum &c.] Cum diversorum tribunalium institutio ad statum publicum pertineat. L. 1. §. 2. ff. de Just. & Jur. nec pactionibus privatorum hominum iuri publico derogari possit. L. 38. ff. de pact. L. 27. ff. de R. J. c. 12. X. de for. comp. hinc olim ne pactis quidem vel conven-

tionibus privatorum hominum, qui inter se disceparent, formulæ jurisdictionis semel statutæ derogare fuit permisum. Tandem tamen id remissum est, ut consensu utriusque litigatoris magistratus adiri posset is, qui non esset suus, transferrique adeo in causa, de qua lis esset futura, potestas juris dicundi in eum, qui suo jure alias jus in ea reddere causa non posset. Eam facultatem privatis hominibus dedisse Legem Julianam Judiciariam, auctor est UPIANUS in L. 2. §. 1. ff. de judic. BRISSONIUS Sel. Antiq. Lib. 4. cap. 7. in Oper. minor. pag. 95. Cum autem duæ Leges Julianæ judiciariæ sint, una publicorum, privatorum judiciorum altera, facile intelligitur id esse caput Legis Julianæ privatorum judiciorum, non publicorum, quando quidem ea res tantum privatas causas & privata judicia spectaret. NOODT de jurisdict. & imper. Lib. 2. Cap. 12. Neque enim unquam, etiam postea, permisum fuit, criminis causa quempiam judicio publico persequi apud eum magistratum, cui jus non esset eo de crimine eoque de homine cognoscere. TACITUS Annal. Lib. 14. Cap. 41. Cæterum hæc Lex Julia non est ea, quam Julius Cæsar Dictator de judiciis tulit, ut nonnulli arbitrantur, sed Augusti. J. A. BACHII Hist. Jurispr. Rom. Lib. 3. Cap. 1. Sect. 2. §. 13. — Causa autem justissima ejus rei instituendæ est utilitas privatorum, ut ipsorum conventione aliquando fiat facilior commodiorque ratio expediendi juris: saepe enim commodius est apud alium, non suum experiri, judiciumque accipere, cum in primis Jure Romano recusare Magistratum, quamvis suspectum, non liceret. SCHULTING Diff. de recus. Jud. Cap. 6. §. 5.

Prorogatione.] Conventam jurisdictionis translationem prorogationem hodie dicunt vulgo Interpretæ: sed minus accurate: ea enim vox proprie tantum adhibetur de duratione temporis, non de loco aut finibus locorum proferendis. DRAKENBORCH ad LIVII Histor. Lib. 23. Cap. 25. tom. 3. pag. 761. — Add. L. 2. §. 2. ff. de judic. Cum tamen vocabulum prorogationis de Jurisdictione semel receptum est, illud retinere satius est.

§. 15.

**Secus si superioris &c.]** Exemplo hoc illustrat BYNkershoek de Foro Legat. Cap. 23. & in Quæst. Jur. Priv. Lib. 1. cap. 11. Legatis scil. exterorum Principum ac Delegatis ad Ordines Generales, Jurisdictioni Hollandiae pacto sese submittere non licet, quia non possunt renunciare, nisi juri suo, minime vero juri Principis sui, cui & aliquando nocere possent, si contrahendo subjicerentur foro alterius Principis. — Add. BYNkershoek d. l. Lib. 1. Cap. 9. pag. 98, 99 & 105.

**Ei si postremum &c.]** Conf. J. A. BACHIUS in Opusc. ad Hist. & Jurispr. spectant. Exerc. II. pag. 421. seqq.

**Dummodo in hac Universitate &c.]** Cum antea saepius agitata fuisse quæstio, an Studio si renunciare possent Fori Academicci privilegio, ac in eo fere generaliter obtinuerint negantium sententia, (VAN LEEUWEN in notis ad PECKIUM de Arrestis Cap. 12. pag. 255.) tandem Hollandiae Ordines Decreto 24. Martii 1662. hanc rem ita temperarunt, ut maiores viginti quinque annis possent Jurisdictionem prorogare in alium Judicem, intra Hollandiam tamen, dummodo prorogarent expresse & specialiter.

**Neque ulla necessitas &c.]** Ex L. 4. C. h. t. ejicienda esse pro glossemate verba post litem contestatam, tanquam sensum ineptum efficiens, statuit NOODT de jurisd. & imper. Lib. 2. Cap. 13. aut saltem haec verba Triboniani manu propter JUSTINIANI constitutionem in L. 16. C. de Judic. interpolata esse censet J. GOTHOFREDUS ad L. 6. C. Theod. de jurisd. quam posteriorem sententiam ea ratio arguit, quod recusatio, de qua in JUSTINIANI lege (d. L. 16.) agitur, ad Magistratus plane non pertinet, ad quorum declinationem spectat constitutio CONSTANTINI in d. L. 4. Vid. SCHULTING in Diff. de recus. Jud. cap. 10. §. 2. pag. 125.

**Ita nec poenitere potuit &c.]** Quæstio est, utrum ad prorogationem expressam sufficiat nudum pactum, vel stipulatio, an vero necessarium præterea sit, ut etiam aditus sit magistratus, ita quidem ut, antequam aditus sit, ubi poenituerit conventionis, alterutri mutare voluntatem liceat? J. à COSTA in summar. Decretal. de For. compet. pag. 360. putat, nudam ejusmodi conventionem, vel stipulationem, nondum adito Magistratu, non esse efficacem, sed adito demum magistratu

vim auctoritatemque nancisci suam: licere igitur, poenitentia superveniente, alterutri mutare sententiam, antequam adeatur magistratus. — Add. E. CALDERA de Error. Pragmat. Lib. 1. Cap. 1. in MEERMANNI Thes. tom. 3. pag. 554. — Contra vero NOODT de jurisd. & imper. Lib. 2. Cap. 12. nihil requiri nisi conventionem, eamque ad prorogandam Jurisdictionem sufficere, dicit. — Hanc NOODTII opinionem sequitur Auctor noster; & sane conciliatio inter L. 18. ff. h. t. & L. pen. C. de partis, quam in seq. §. 27. proponit, attentione digna videtur. — Nuper tamen hanc sententiam refutare conatus est J. A. BACHIUS in Opusc. supra laud. pag. 416. seqq. ubi inter alia observat, constitutionem JUSTINIANI in d. L. pen. ad prorogationem Jurisdictionis non esse trahendam, cum multum interficit inter prorogationem Jurisdictionis, & renunciationem fori.

**In Hollandia — judicatum &c.]** Conf. W. VAN ALPHEN Papeg. I. D. pag. 34. WASSENAER Pract. Judic. cap. I. n. 10.

**Cæterum non &c.]** Debitores ex facta prorogatione ad Hollandiae Curiam vocari nequeunt, nisi expresse ac specifice hujus Curiae Jurisdictioni semet subjecerint. Provis. Accord tuschen Holland en Zeeland van 7. Maart 1607. art. 3. Nad. Ampl. Instr. art. 6. Nad. Provis. Accord tuschen Holl. & Zeel. van 1674. art. 15. Atque hoc fundamento Curia Hollandiae Sententia 3. Martii 1676. admisit exceptionem fori incompetentis, propositam à Reo, qui in chirographo se quidem generaliter subjecerat Jurisdictioni omnium Judicum, (de Judicatuure van alle Hollanden, Rechten, en Rechteren:) non vero nominatim Curiae Jurisdictionem prorogaverat. Bell. Jurid. Cas. 19. Decis. & Resol. van den Hove No. 253.

**Excutiendum &c.]** Prorogationem Jurisdictionis de loco ad locum & de tempore ad tempus ex ratione juris nostri defendi non posse, recte statuit Auctor, ac latius id demonstratum est ab A. VINNIO sel. Quæst. Lib. I. cap. 4. HUBER in Prælect. ad h. t. ff. n. 9. & 10.

**In cæteris non aliter &c.]** Cum Ordines Hollandiae Placito 8 Maii 1674. (GR. PL. B. 3. D. pag. 704.) causas minoris momenti, de quibus Urbes & Pagi sententias ferunt, E

qua remedium appellationis non subsunt, ad majores summas extenderunt, nonnulli Interpretes existimarentur summas, de quibus jurisdictionem prorogare non licet, eo etiam auctas fuisse. ZURCK in *Cod. Bat. voce Jurisdic<sup>t</sup>ie* §. 22. *Notator ad MERULAE man. van Proced. Lib. 4. Tit. 2. Cap. 9. §. 4. n. 22.* Sed cum *Edictum anni 1674.* de proroganda Jurisdictione nihil dicit, haec extensio nobis non satis justa videtur.

*Merum est habere gladii &c.] De hoc Jure conf. A. MATTHÆUS in *Tract. de jure gladii, seu de mero imperio, & de Toparchis, qui exercitent id in Diœcesi Ultrajectina.* — J. AVERANIUS Interpr. *Jur. Lib. 1. cap. 1.**

§. 41.

*Magistratibus quidem municipalibus &c.]* Quamvis Magistratus Municipales non habuerint merum imperium, notandum tamen ipsis competitissime modicam coercitionem. *L. 12. ff. h. t. servos loris rumpere L. 15. §. 39. ff. de injur. aliaque, de quibus vid. OTTO de Adilib. Colon. & Municip. cap. 13. §. 6 & 7.*

§. 43.

*Atque inde etiam ea &c.] Conf. SCHULTING in Enarr. ad h. t. ff. n. 34. & ad PAU. 1. Sent. Lib. 5. tit. 5. A. §. 1. not. 3. pag. 447. qui recte observat, ULPIANUM in L. 3. ff. h. t. imperium mixtum latiori significatu accipere pro potestate tota in causis civilibus cognoscendi, statuendi, exequendi; & cum ait, ei inesse Jurisdictionem, hanc strictissime esse accipiendam, pro cognoscendi ac statuendi potestate. Et sane non caret exemplis, ut verbum aliquod modo latiori, modo angustiori significatu sumatur & modo partem, modo totum notet. — Cum autem ULPIANUS in d. L. 3. ait hoc imperium consistere in danda bonorum possessione, non aliud agit, quam ut exemplum ponat eorum, in quibus illud versatur; ceteroquin enim plura eo pertinere, ipse docet L. 4. ff. h. t. L. 26. §. 1. ff. ad municipal. — Atque ita nihil opus est, ut cum GOVEANO de Jurisdic<sup>t</sup>. ad d. L. 3. (Oper. pag. 31.) ita legamus. Quod in danda bonorum possessione consistit, jurisdiction est. Jurisdiction est etiam judicis dandi licentia. — Hunc sequitur FABER Conject. Lib. 4. Cap. 4. qui tamen pro quod legit quæ. — Add. U. HUBER in Eunom. Rom. ad d. L. 3. pag. 83. seqq.*

§. 53.

*Illud non pretereundum, &c.] Ne lites super terminis vel limitibus Jurisdictionis, ini-*

ter duos Toparchas, Magistratus, vel Praetores exortæ, efficerent, ut Rei criminum longa detentione macerentur, vel eorum criminia interim manerent impunita, jam a pristinis inde temporibus receptum fuit, hoc casu causas remitti ad judicem superiorem, cui uterque immediate subest. BORT *Tract. van Hooge en Ambachtsheerl.* 7. D. n. 19. — Sic legimus, Hollandiae Curiam mandasse, Reum quendam criminis, Alcmariæ a Balivo Zypensi carcere detentum, in Curia carcerem (*de Voorpoorte van den Hove*) transferri, ut causa ipsius cognosceretur ac decideretur, manente quæstione de jurisdictione, quæ inter Baillivum Zypensem & Comitem Egmundanum orta fuerat. Vide *Sententie van 't Hof van den 6. April 1565.* gewezen tuschen den Gravez van Egmond, ter eenre, ende den Procureur Generaal, als intervenieerende voor den Bailluw van de Zype, ter andere zijde; in *de Sentent. van den Hoogen en Provinc. Raade n. 45.* — Atque omne dubium hic tollit *Ordin. crimin. anni 1570.* art. 72. qua statutum hoc casu delinquentem ab eo, qui in carcerem injectit, ad judicem immediate superiorem esse remittendum, una cum delicti instrumentis probatoriis, ut illæta quæstione de jurisdictione, in ipsius causa sententia feratur, ac poena ipsi infligatur.

§. 57.

*Quingentorum, vel, ut alii legunt, quinquaginta.] Codex Florentinus & nonnullæ antiquæ editiones habent quingentorum aureorum; quod Cujatio Lib. 10. Obs. 10. & quibusdam aliis magis probatur, propter gravitatem delicti: quanquam vix est, ut tantæ pecuniae poena conveniat judiciis popularibus. VNNIUS ad §. 12. Inst. de action.*

*Album — propositum.] In L. 7. pr. ff. h. t. (quæ non ipsius Edicti, sed ULPIANI, Edictum explicantis, verba continet) agitur de corruptione ejus, quod jurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erat. Disputatur autem, quid intelligi debeat per id, quod ULPIANUS jurisdictionis perpetuae causa, propositum dixit. Multi exaudiunt Edictum perpetuum, iussu Imperatoris Hadriani conditum. Sed quomodo huic applicaveris, vel in charta, vel in alia materia propositum? quæ tamen verba, vel ipsis similia, edicto comprehensa fuisse, evincunt J. A. COSTA ad §. 12. Inst. de action. & A. SCHULTING ad Paul. Sent. Lib. 1. tit. 13. A. §. 3. — Nonnulli Praetorum Edicta, ex Cornelio Lege perpetua, intelligunt. PERIZONIUS in *Dissert. de Lege Voconia* pag. 192. sed hos funditus refutavit J. AVERANIUS Interpr. *Jur. Lib. 1. Cap. 6. n. 18.* — Rectius igitur alii distinguunt inter Edicta, quæ Praetores, honorem auspicantes, ut perpetuum ob-*

tine-

tinerent auctoritatem, proponebant; & illa, quæ prout res exigeret, puta si aliquis in jus vocari deberet, emittebant. Etiam ante Legem Corneliam Magistratum Edicta, quibus initio anni cives monuerunt, quod jus de qua re dicturi essent, perpetua & perpetuae jurisdictionis causa proposita, audivisse, multis testimoniosis stabilitum ivit SPANHEIM in *Orbe Rom. Exerc. 2. cap. 8.* Nec dicendum, a tempore quo Salvii Juliani libello nomen Edicti perpetui datum fuit, Praetori potestatem edicti proponendi ademtam fuisse, sed po-

tius ad Constantimum usque veteris instituti mansisse speciem, &, quamvis ex præscripto Hadriani, sua quotannis edicta proposuisse Praetores. — Conf. NOORDKERK *Observ. Cap. 8. pag. 157. seqq. & WIELING Lect. Fur. Civ. Lib. 2. cap. 38. pag. 228. seqq.* Cum vero moribus &c.] Spectat huc etiam Edictum Curiæ Hollandiæ 22. Novemb. 1735. quo Mandata, Placita, aliaque affixa corrumpere prohibuit, ac corruptores severè puniendos statuit. Vid. GR. PL. BOEK 6 D. pag. 642.

## TITULUS II.

*Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.*

## §. 1.

CUM novum non esset &c.] Ad Jurisdictionem etiam hoc pertinet Edictum: quum enim Praetores olim per annum sæpe mutarent Edicta, multaque jura nova statuerent πρὸς χαρὰν, οὐ κατ’ ἔχθεα τινῶν, in gratiam odiumve quorundam hominum. (DIO Cassius Lib. 36.) non solum Lex Corneliana huic improbitati opposita; (HEINECCIUS antiqu. Roman. ad Inst. Lib. 1. Tit. 2. §. 23.) verum etiam ab ipsis Magistratibus Edicto caustum est, ut magistratus, qui quid novi juris (hoc eit iniqui juris; sicuti apud TACITUM Annal. Lib. 2. cap. 30. dicitur novi juris repertor Tiberius; atque ita loquitur & CICERO pro Quint. cap. 8. & in Verr. Lib. 1. cap. 51. conf. R. FORNERIUS rer. quotid. lib. 3. cap. 24. in OTTONIS Thes. Tom. 2. col. 219.) in aliquem statuerit, vel is, qui apud magistratum aliquid novi juris obtinuerit, quandoque postea, adversariis eorum postulantibus, eodem jure uterentur, & eodem jure adversus eos decerneretur. L. 1. §. 1. L. ult. ff. h. t. CICERO ad Q. Frair. Lib. 1. Epist. 1. cap. 7. qui ibi laudat Cn. Octavium, quo jus dicente, Sullanis hominibus, qui in magistratibus injuriose décreverant, eodem ipsis privatis jure parendum fuit. — Cæterum in d. L. 1. §. 1. adjecta sunt verba: scilicet, ut quod ipse quis in alterius persona æquum esse credidisset, id in ipsius quoque persona valere patiatur: verum hæc non sunt Edicti ipsius, sed vel Jurisconsulti rationem ejus reddentis, vel à manu Interpretis, & perperam in contextum admissa. NOODT in Comm. ad h. t.

## §. 2.

Plane in hisce Affessorum &c.] Magistratus,

qui ex consilio adsefforis jus novum statuit, ipse non tenetur, sed adseffor; qui utpote juris studiosus, etiam per imperitiam jus tale suggerendo, merito & per aequissimam interpretationem in Edictum incidit. L. 2. ff. h. t. ubi A. FABER in Rational. tom. 1. pag. 96. non recte expungi illa vult, sed ipsi adseffori: quem merito improbarunt BACHOVIVS ad nigra Pand. ad d. L. 2. & HERALDUS de rer. judic. auct. Lib. 1. cap. 8. n. 11. in OTTONIS Thes. tom. 2. col. 1121. Basilica quoque sensum eorum repræsentant. SCHULTING in Enarr. ad h. t. n. 4.

Uti nec fidejussoris &c.] An poena hujus Edicti porrigi possit ad fidejussorem rei principalis, qui in hoc Edictum incidit, disquirit ULPIANUS in L. 3. §. 3. ff. h. t. ad quam explicandam conferri meretur POTIER in Pand. Justin. ad ih. t. n. 7. tom. 1. pag. 52. ubi hujus Legis, in duas partes divisæ, duplum speciem fingit. — 1º. Titius creditor Seji, quum convenisset inter ipsos, ne peteretur, effecit tamen, ut per injuriam judicis exceptio pacti denegaretur Sejo. Postea ipse Titius debere coepit Sempronio, erga quem tu pro Titio spoondisti: Pacto in rem deinde interposito Titium inter & Sempronium, ne peteretur; nec Titio proderit hujus pacti exceptio, quia in simili causa iniquo jure usus est; nec tibi fidejussori dabitur, quia ex sola Titii persona tibi competet; qui autem alterius jure utitur, eodem ipse jure uti debet. — 2º. Finge te ipsum, qui nunc fidejussor es, in alio præcedenti negotio iniquo jure usum in eadem facti specie. Si postea in negotio, in quo spoondisti, simile pactum intercesserit inter reum principalem & creditorem ejus: Reo quidem proderit, sed non tibi. Imo; si agente adversum te creditore solveris, nulla tibi adversus reum

principalem (qui *reus promittendi* dicitur) actio mandati competit ad repetendum pretium; cum tu propter culpam tuam sis condemnatus, & poena tua non debeat ad eum pertinere.

## §. 3.

*Neque enim hic conatus &c.]* Recte huc ab Interpretibus refertur fragmentum ULPIANI in L. 18. ff. *de poen. Cogitationis poenam ne mo patitur;* quippe quod defumum ex ejus Lib. 3. *ad Edictum,* quo materia hujus tituli tractata fuit. Conf. *Inscriptio L. I & L. 3. ff. h.t. & Cujacius Obsrv. Lib. 8. cap. 27.*

## §. 4.

*Neque dubium &c.]* Exemplum retorsionis occurrit apud SANDE *Decis. Frisic. Lib. I.*

*Tit. 17. Def. 3.* quamvis scil. in Frisia arresta personarum regulariter sint prohibita, nisi fiant propter dilapidationis vel fugae suspicionem, vel aliam similem urgenter ob causam, ideoque propter solam conveniendi commoditatem non concedantur; tamen Frisiae Senatus decrevit eodem arresti jure in posterum uti posse adversus subditos istarum nationum, apud quas arresti usus est adversus extraneos, & sic judicavit arrestum Transfusulanum cujusdam, in qua Provincia generalis arrestandi consuetudo viget, recte esse factum, — Atque hoc etiam fundamento nititur, quod Curia Hollandiae executionem denegare solet Sententiis Parlamenti Parisiensis, aliorumve locorum, in quibus Hollandorum Sententiæ executioni non mandantur. LOENIUS *Decis. & Obsrv. Cas. 22. ibique Boel in notis.*

## TITULUS III.

*Si quis jus dicenti non obtemperaverit.*

## §. 2.

**M**AGISTRATUS.] Locum solummodo habet hoc Edictum, si quis non obtemperavit Jurisdictioni Magistratus majoris: ad Duumviro enim, seu Magistratus Municipales, hujus Edicti poena non pertinet. L. un. pr. ff. h.t. Nonnulli hic pro non tamen legunt non tantum: (P. PERRENOII *animadv. & var. lect. Lib. I. cap. 20.* in OTTONIS *Thes. tom. I. col. 617.) sed, ut videtur, sine ratione; ex hac enim admissa emendatione illud absurdum sequeretur, quod hujus Edicti poena praecipue ad Duumviro, & tantum per consequentiam ad magistratus maiores pertineret. J. KOOLIUS *ad Leg. Ater. Tarpej. de multis cap. 4.* in OTTONIS *Thes. tom. 5. col. 1536.* HUBER *in Eunom. Rom. ad d. L. un. pag. 88.* — Non negandum tamen, prima fronte habere quandam difficultatem, quomodo magistratus municipiorum, si hac potestate careant, Jurisdictionis suæ vigorem, qui sine modica coercitione nullus est, exercere potuerint? Varii hic varie respondent. Maxime autem placet responsio E. OTTONIS *de Aedilib. colon. & municip. cap. 13.**

*pag. 464.* quod sc. ULPIANUS in d. L. un. non agit de facultate multandi, sed de *poenali judicio,* id est de actione personali in factum, quæ rei vel petitoris contumacis adversario datur, non tantum in id quod interest, sed quanti ea res est in judicium deducta, licet non jure, sed per calumniam petitia sit. L. 53. ff. *de re judic.* Hoc enim poenale judicium, ex quo poena actori applicatur, Duumviris concedere non licuit, qui ad certam tantum summam jus dicere poterant, sed solis majoribus Magistratibus, ad tuendum imperium, quod habebant. L. 12. §. 1. ff. *de judic.* At multam, fisco inferendam, quo minus dicerent eis, qui id quod extremum est in jurisdictione non facerent, nihil obstabat; & si forte non jure *poteſtatis suæ*, saltem moribus, vel ex Lege Municipali, vel ex Praefidis concessione & auctoritate. L. 25. ff. *ad munic.*

*Non cuilibet ex populo.]* Dupliciter ergo falli videtur J. CUJACIUS *in Praelect. ad h.t.* quod & popularem hanc actionem fuisse existimat, & poenam inter fiscum & actorem divisam censet. Vid. E. MERILLIUS *Variant. ex Cujac. Lib. I. cap. 6. pag. 180.*

TITU-

## TITULUS IV.

*De ius vocando.*

§. 2.

**A** vinea &c.] Hæc verba L. 20. ff. h. t. quomodo virorum doctorum exercuerunt ingenia pluribus enarrat BUNKERSHOEK *Obs. Jur. Rom. Lib. 7. cap. 3.* Difficultas scil. in eo est, quare JCtus hic speciatim meminit vineæ, non vero alterius agri. Post varias variorum opiniones expostas respondet ampl. Praeses, sibi levem hic videri faciendam lectionis mutationem, dum pro vineâ legit lineâ, & per eam intelligit sedile, seu funiculum, quo sedilia distincta fuere in circo vel in stadio, & sic optime cum theatro (cujus postea in lege mentio occurrit,) conveniet. — Aliam conjecturam proponit S. H. VAN IDSINGA *Varior. Jur. Civ. Cap. 7. in fine.* quâ admissa lectio illa *vinea* servatur: existimat scil. per vineam non esse intelligendam talem vineam, quæ domui coheret, & quasi pars ædium, eodem cum iis jure censetur, sed talem quæ cum domo non est connexa, ex qua adeo in jus vocari quis posset, excepto tempore vindemiarum. L. 1. pr. ff. de feriis. — Si vero hic aliquid emendandum est, facillima nec improbabilis erit mutatio, cum pro vineâ legamus villa. Conf. N. CATHARINI *Observ. & Conject. Lib. 2. Cap. 33. in MEERMANNI Thes. tom. 6. pag. 782.*

§. 3.

*Aut iusta mortub facit.]* Nonnulli Interpretes in L. 2. ff. h. t. pro iusta legunt busta, quasi sensus esset, in jus vocari non posse, qui tumulum construunt, vel sepulchrum fodunt. Sed ad hanc mutationem faciendam nulla impellit necessitas, cum locutio iusta facere, tum in jure, tum alibi occurrat. L. 20. §. 1. ff. de acq. vel omitt. hered. CICERO *de Legib. Lib. 2. Cap. 22.* CURTIUS *Lib. 4. Cap. 12. n. 2.* eaque de feriis denicalibus aliisque lugendi temporibus commode intelligi queat, qua de re pluribus agit J. GUTHERIUS *de iure manuum Lib. 2. Cap. 11. & passim.*

*Dum apud Prætorem &c.]* Dicit ULPIANUS in L. 2. ff. h. t. in jus vocari non debet, (vel potius decet, ut proba sit Latinitas:) Judicem, dum de re cognoscatur: nec eum, dum quis apud Prætorem causam agit. Quinam horum sit verborum sensus, inter omnes non constat. Dantur Interpretes, qui, rejecta vocula eum, posteriora verba accipiunt de ipsis litigantibus, qui dum v. g. apud Præ-

torem causam agunt vel defendant, ad alium Magistratum vocari nequeunt: (vid. IDSINGA *Varior. Cap. 7.*) Sed cum de his personis speciatim agitur in sequenti L. 4. pr. ff. eod. & vix probabile est, unam eandemque rem duabus vicibus, in eodem titulo, narrasse JCtos, hanc potius sententiam rejicimus, & existimamus sensum Legis hunc esse. *Judea non potest in jus vocari, sive ipse in causis privatorum cognoscendis sit occupatus, sive Prætor id faciat:* nam & hoc secundo casu maxima turba oriretur, si, dum Prætor causas cognoscit, ipsius puta Assessor in jus vocari possit, quo facto sane Prætoriae dignitati non levius afferretur læsio & contumelia.

*Nec qui equo publico &c.]* Quinam sit horum verborum sensus, non satis convenit inter Interpretes. Due hic potissimum obtinent sententiae. Nonnulli enim intelligunt de solemni Equitum transvectione, alii vero generaliorem explicationem admittunt. Quod ad primam opinionem attinet, notum est post ejectos Reges inter Romanos Latinosque bellum exarsisse, & tunc temporis prælium accidisse, quo tam fortiter fuit dimicatum, ut Castorem & Pollicem huic etiam pugnae interfuisse, superstitione retulerit antiquitas. Vide FLORUM *Lib. 1. cap. 11.* & autores à FREINSHEMIO in notis citatos. Romanis itaque victoriam relatis, ejus memoriam quotannis postea celebrarunt, finitoque sacrificio, qui equos ex publico habebant, transvehabantur, & de ea transvectione ULPIANUM in d. L. 2. accipiendo volunt, moti præfertim loco SUETONII in Augusto Cap. 38. ubi de hoc Imperatore ait: *Reducto more transvectionis, non detrahi quemquam in transvehendo ab accusatore passus est, quod fieri solebat;* & senio vel aliqua corporis labe insignibus permisit, præmisso in ordine equo, ad respondendum, quoties citarentur, pedibus venire. — Etsi vero non negamus, ex hoc loco apparere, quod transvection Equitum hic tanquam exemplum, ULPIANUM illustrans, possit allegari, tamen non vidimus, quomodo ad hunc foliummodo casum Lex possit restringi; magisque igitur placet aliorum sententia, uti SCHULTINGI in Enarr. ad h. t. n. 6. dicentes; quod traditur in d. L. 2. de eo, qui equo publico in causa publica transvehitur, non de solemni tantum Equitum transvectione — accipiendo est, sed generaliter de omni eo, qui ob quamcumque causam publicam tali equo transvehitur. — Nec desunt rationes: nam 1<sup>o</sup>. simplicia & gene-

ralia sunt JCti verba, nec ullum exstat indicium, quo posset apparere, restrictivam hinc esse debere interpretationem, quare & in Basiliis Lex accipitur de eo, qui ob causam publicam iter facit cursu publico. v. WISSENBACH ad ff. tom. 1. Disp. 7. th. 11. Et 2º olim præter Equites alii usi fuerunt equis publicis, uti constat vel ex L. 137. §. 2. ff. de V. O. adeoque cum (ut WISSENBACH d. l. verbis utar) eum, qui commissa negotia expedire satagit, nullis aliis negotiis distrahi & occupari convenit, generaliorem explicacionem præferendam existimamus. — Conf. C. F. WALCHIUS in notis ad C. H. ECKHARD Hermen. Jur. Lib. 1. Cap. 7. §. 286. pag. 526.

*Nec quisquam eo tempore &c.*] In L. 2. ff. h. t. ULPIANUS ait: *in jus vocari non oportet eos, qui propter loci religionem inde se movere non possunt.* Quid autem illa verba significant, inter interpres non satis est expeditum. Primum hic sese offert sententia ZOESII ad h. t. n. 14. qui hic ipsum Pontificem, sacra peragentem, intelligit: *cum vero jam in superiori Legis parte ipsius mentio occurrat, hanc explicationem haud admittendam esse, nemo non videt.* — Nec magis procedit opinio Auctoris nostri in h. §. qui de Ædituo, seu Hierophylaco legem intelligit; nam hanc restrictionem generalia verba non patiuntur. — Considerandæ itaque hic potissimum veniunt sententiæ SCHULTINGII & WISSENBACHII. Ille in Enarrat. ad h. t. n. 6. secutus GOTFREDUM, accipit de iis, qui ejusmodi sacerdotium gerebant, per quod, salva religione, ex certo loco ipsis discedere esset illicitum, quosque sacerdotium ita imo loco teneret. Quamvis autem non desint, quæ pro hac sententia adferri possunt argumenta, maxima tamen difficultas nobis hæret in eo, quod dubium videatur, an quidem olim talia sacerdotia extiterint. Saltem illud non probat L. pen. pr. ff. de vacat. & excus. mun. quam allegat vir Clariss., cum enim in ista Lege mentio occurrit eorum, qui sacerdotium nancti sunt, ut discedere ab eo sine religione non possint; ea verba non de loco, sed de ipso munere accipienda videntur, ita ut intelligamus de illis personis, quæ, cum semel sacerdotium suscepissent, hoc munus, seu officium non sine religione possunt deserere. — Simplicior igitur est, & veritati magis conveniens interpretatio WISSENBACHII ad h. t. n. 9. qui (secutus M. FREHERUM παρέγγειλεν Cap. 18. in OTTONIS Thes. tom. 1. col. 929.) non alios hic significari putat, quam eos ipsos, qui sacris intersunt: et si hujus rei rationem non ita è longinquó petere necesse est, quod prius sacerdos per solemnem vocem ILLICET debebat auditores dimittere, quam ipsis recedere erat permisum: si enim solummodo consideremus, quanta turba, quanta-

que confusio oriretur, si homines, sacra frequentantes, ad Judicem vocare, immo quan- doque obtorto collo in jus rapere liceret, ulteriori disquisitione non opus est, cur veteres Romani illud prohibuerint.

## §. 5.

*Magistratus majores.*] De divisione Magistratum in majores & minores, ac singulorum diversa potestate, conferri meretur J. AVERANIUS Interpr. Jur. Lib. 1. Cap. 4. — Recte autem Auctor noster immunitatem Magistratum ab in jus vocatione restringit ad majores Magistratus. Clare illud patet ex L. 32. ff. de injur. ubi Magistratus, qui sine fraude in jus vocari non potest, opponitur minori Magistratu. Hic potest injuriarum conveniri, dum Magistratus est; ille vero non, nisi Magistratu abierit. Et ratio differentiae est in promptu, nam Magistratus majores ideo in jus vocari nequeunt, quia tales sunt, qui imperium habent, qui coercere aliquem possunt, & jubere in carcerem duci. L. 2. ff. h. t. verum hæc omnia in minoribus Magistratibus cessant. Hinc etiam in d. L. 2. exempla tantum Magistratum majorum proferuntur: *in jus enim (ait JCtus) vocari non oportet, neque Consulem, neque Praefectum, neque Praetorem, neque Proconsulem, neque ceteros Magistratus, qui imperium habent, qui coercere aliquem possunt, & jubere in carcerem duci.* Sed quæret forsitan aliquis, quinam sunt illi ceteri Magistratus? Illustrat hanc materiam D'ARNAUD Var. Conject. Lib. 2. cap. 10. ubi inter alia dicit. *Nec in jus vocabantur, nec tutelam suscipere tenebantur Tribuni plebis, non tantum quod sacrofæcti essent, verum ideo quoque quia prehensionem habebant. Non etiam vocabantur Praefecti annonæ, qui de causis criminalibus ad annona spectantibus cognoscabant, & aliquando cum Praefecto Urbi, aut ejus vice jus dicebant. Non Praefecti Vigilum, qui jus facinorosos coercendi habuerunt.* — Plura videantur apud citat. Auct.

## §. 6.

*Ubi pro permittitur legi &c.*] In L. 6. §. 4. ff. de jur. patron. ab Auctore adducta, J. CUJACIUS Observ. Lib. 21. cap. 29. rō permittitur exponit remittitur, aliorumque, tum juris locorum, tum OVIDII & TACITI, auctoritate illustrat, LIPSIO suffragante in not. ad TACIT. Lib. 1. Annal. cap. 8. & HEINECCIO ad Leg. Jul. & Pap. Lib. 2. cap. 16. in fin. Quia vero insolens istius verbi hæc significatio est, immo dubia atque incerta profrus, primitivæ denique notioni contraria, Vulgatam & Noricam editionem, quas diserte probant Glossæ, hic sequi satius est, quæ remittitur exhibent. Ita enim præter alios PAU-

## DE IN JUS VOCANDO.

39

PAULUS in L. 6. & L. 14. ff. de jurejur. & ULPIANUS in L. 9. §. 1. ff. eod. — Ita quoque Basilica legunt. MEERMAN in Thes. tom. 5. pag. 2. — Conf. A. WIELING Lect. Jur. Civ. Lib. 2. cap. 5. pag. 100.

*Absolvuntur ab instantia.]* Vid. W. VAN ALPHEN Papeg. 1. D. pag. 24. n. 16. MIDDELLANT in not. ad VROMANS de Foro Comp. Lib. 2. Cap. 2. §. 3. n. 6. pag. 166. col. 2.

*Quin imo, etiam si &c.]* Vid. quæ jam notavimus ad MERULÆ Man. van Proced. Lib. 4. tit. 24. Cap. 12. §. 3. 1. Deel pag. 417.

§. 8.

*Si ergo de socero &c.]* Conf. E. MERILIUS Observ. Lib. 7. Cap. 12. — Regula tamen L. 13. ff. h. t. Generaliter eas personas, quibus reverentia præstanda est, sine iussu Prætoris in jus vocare non possumus; non nimis late est extendenda, cum hic versemur in Edicto poenali, in quo vitanda est extensio; (v. SCHULTINGII Enarr. ad h. t. n. 8.) Si enim omnes personas, quibus reverentia debetur, hoc Edicto complecti putaremus, quorum earum series rediret? Senibus etiam debetur reverentia, nam

*Magna fuit quondam capitatis reverentia cani,* (OVID. Fast. Lib. 5. vs. 157.) Sed cui unquam venerit in mentem, eos non sine venia in jus vocari posse: ipsa Lex XII. Tabb., quæ homines, ætatis vitio laborantes, à privata in jus vocatione haud excusavit, plane contrarium ostendit.

*In vitrico &c.]* Conf. DE HAAS in notis ad MERULÆ man. van Proced. Lib. 4. tit. 24. Cap. 12. §. 7. Litt. g.

§. 13.

*Obtorto collo in jus raperet.]* In Lege XII. Tabb. hæc verba inveniuntur. SIN JUS VOCAT QUÆAT. NIT, ANTESTAMINO: IGI-  
TUR EM CAPITO. SI CALVITUR PEDEMVE  
STRUÍT, MANUM ENDO JACITO. Quamvis autem ex eo satis constet, violentam in jus vocationem moremque nolentes reos obtorto collo in jus rapiendi, antiquissimis Romanorum temporibus vignisse, dantur tamen Interpretes, qui hac in parte dissentendum existimant, nomenque suum etiam inter eos profitetur BACHOVIVS ad TREUTL. vol. 1. disp. 4. th. 1. Litt. B. ubi ita loquitur: statu rap-  
tionem istam tantum in personis vilibus, aut alias latitantibus, tergiversantibus & vadimonium de-  
serentibus, exercitam fuisse. Quod ad tergi-  
versantes attinet, nos quoque existinamus, violentiam non nisi in eos adhibitam fuisse,

quia Lex totidem verbis ait, NI IT, i.e. Si sponte non eat, ANTESTAMINO; sed ut in cæteris Legem restringamus, nihil est, quod movet; nam 1°. verba Legis generaliter loquuntur, nulla adhibita distinctione, utrum persona vilis sit an honesta. 2°. Uſus quoque, ex classicis auctoribus probatus, (vid. TERENTIUM in Eunuch. act. 4. sc. 6. vs 30. HORATIUM Lib. 1. Sat. 9. vs 74. seqq. TA-  
CITUM Annal. Lib. 4. Cap. 21. GELLIUM Noct. Att. Lib. 13. cap. 12.) nihil distinguit: è contrario apud GELLIUM d. l. proponitur quæſtio, an à privato Quæſtor Populi Romani in jus vocari possit; & nolens capi aut preendi? Respondit GELLIUS, quod possit, etiſ tamē nemo sit, qui ipsum inter viiores personas nominaverit. Tandem 3°. hæc opinio refellitur, quia cæteroquin non fuisset necessarium Prætorem in Edicto speciale privilegium quibusdam concessisse, veluti parentibus, patronis, aliisque honestioribus, eosque ab hac violenta & privata in jus vocatione exceperisse. — Argumentis autem, quibus utuntur, qui dissentunt, abunde satisfecerunt VULTEJUS in Discept. Scholast. p. 17. seqq. GOEDDAEUS ad L. 9. ff. de V. S. n. 6. seqq. & WISSENBACH ad tit. Inst. de poen. tem. litig. n. 15.

*Tamen postea &c.]* Quando desierit violenta in jus vocatio, non satis certo determinari potest. Dicendum videtur, sensim hanc abrogationem accidisse, maxime postquam Prætor, cui durum nimis videbatur, quod tamen ex XII. Tabb. obtinebat, jus imponendi reo necessitatem statim in jus eundi aut vindicem dandi aut transigendi, proposuit Edictum, in jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent. Ex eo enim tempore vocati in jus venire non fuerunt coacti, si modo satis vel cautum darent se venturos, quare postea etiam actores, potissimum honestiores, tantum petebant a reo, ut satis vel cautum daret, vel, uti tum loquebantur, vadabantur reum, & quia qui poterant fere semper vadimonium promittebant, viam adhibere opus non erat, & sic violenta in jus vocatio cessavit, licet auctoribus potestas neutiquam esset admota, ea utendi in casu, quo vadimonium vel nollet, vel non posset promittere vocatus. Deinde maxime sub Græcis Imperatoribus, in jus vocatio, privata auctoritate facienda, magis magisque ex usu recessit. Conf. NOODR ad b. t. in Oper. tom. 2. pag. 43. col. 2. & D. FELLENBERG in Jurisprud. antiq. tom. 1. pag. 529—532.

*Non longe recedunt hodierni mores.]* Ab antiquissimis jam temporibus hac in regione judicia fuere constituta. Tribunalia Afingorum & Vicinorum in Hollandia Septentrionali, & Scabinorum in Meridionali, omne dubium hic tollunt, & satis etiam ex eo certum est, quod pristino illo ævo fuerint ho-

mi.

mines, qui, rogante actore, reos ad Judicem ordinarium & competentem vocabant. Imo apertissime hoc probatur ex nonnullis Comitum privilegiis, in quibus hujus rei mentio occurrit. Exemplo sit *Privilegium*, quod GULIELMUS V. Hollandiae Comes anno 1355. concessit Enchusani, ubi antiqua vocationis forma breviter sic describitur. — „Cum autem aliquis oppidanus fuit in causam trahendus, debet citari per Judicem, vel per praeconem ejus venturus ad judicium post duas ebdomadas a die citationis.” — Et cum eo convenienter *Privilegium* GULIELMI Regis, Alcmariæ anno 1254. nec non FLORENTII Comitis Medenbicensibus anno 1288. concessum. — Conf. porro DE RIEMER Beschr. van den Hage 3. D. pag. 403. ALEMADA Beschr. van den Brielle 1. D. pag. 249. seqq.

*Ut reo edat exemplum &c.]* Si autem plures personæ ex eodem Mandato sunt citandæ, singulis Mandati exemplum est edendum. Quod etiam obtinet in cohæredibus, ita ut citatio ad plures cohæredes & consortes litis directa, sed uni saltem vel aliquibus insinuata, hos solos obliget, quod ad reliquos autem invalida sit: nam actiones, quæ contra defunctum competebant, ipso jure inter cohæredes divisæ sunt, & unusquisque eorum saltem pro parte, qua hæres est, conveniri potest. L. 157. §. 2. ff. de R. 3. L. 6. C. de consor. ejusd. lit. nullibi tamen eos ad hoc faciendum obstringunt, nec necessitatem illis mittendi ad reliquos citationem imponunt. Deinde hæredes, qui alibi sibi domicilium constituerunt, domicilium defuncti retinuisse dici non possunt, L. 4. ff. ad municip. adeoque nec ad domum defuncti citari queunt. LEYSER Medit. ad ff. tom. I. spec. 32. med. I.

— Attamen, ne sumptus citationis nimium augeantur, sapissime apparitores solent aliquem ex pluribus reis citandis adhortari, ut pro se ac cæteris consortibus citationem accipiat. Hoc casu olim de eo speciale instrumentum apparitor confiscere tenebatur, cui subscribebat is, qui insinuationem acceperat, quodque Mandato adjungebatur. VAN ALPHEN Papg. 2. D. pag. 29. verum illud hodie in desuetudinem abiisse videtur, & tantum in relatione apparitor insinuationis ab uno pro cæteris acceptæ mentionem facit.

*Nisi tamen is &c.]* Conf. LEYSER medit. ad ff. tom. I. spec. 32. med. 6. pag. 263. MIDDLELANT in notis ad VROMANS de Fort Comp. Lib. 3. Cap. I. §. 5. n. II.

§. 16.

*Est & alia, quæ edictis — peragitur.]* Clausula Edictalis, quæ Mandatis Curiae fæpe inseri solet, est diversi generis, prout reus vel plane est incognitus, vel tantum extra Curiae territorium habitat. Si actor penitus ignorat, quo loco reus domicilium tenet, clausula edictalis ejus est effectus, ut apparitor copiam Mandati valvis Curiae affigat. DE HAAS in notis ad MERULÆ man. van proced. Lib. 4. tit. 24. cap. 16. & saltem sex hebdomadarum spatium reo relinquitur, priusquam se coram judice sistere teneatur. Ordonn. van 't Hof van Holland van 10. Sept. 1732. — Cum vero rei domicilium est constitutum in eo loco, quo Curiae nulla est jurisdiction, Apparitor in proximo confinio, post pulsationem campanæ, citationem publice prælegit, & Mandati copiam per litteras reomittit, eoque casu præter duas hebdomadas tantum tempus reo relinquere debet, ut, post acceptas litteras, defensores judiciales commode constituere queat. d. Ordin. anni 1732.

*Quoties locus — non satis tutus est &c.]* Exemplum notatu dignissimum, quo ob locum non tutum Curia edictalem citationem permisit, exstitit anno 1671: cum scil. Magistratus Amstelædamensis apparitorem Curiae in carcerem conjecterat ob id, quod Mandatum insinuaverat, privilegiis civitatis (ut putabant) contrarium, ac super eadem causa ex alio Mandato iterum citatio Scabinis erat facienda, hæc ex speciali Curiae permisso, Mandati inserto, edictaliter & per campanam Beverovici facta fuit; & Mandati copia per epistolam ad Scabinos Amstædamenses missa est. Pluribus hunc casum enarrat BOEL in notis ad LOENII Decis. Cas. 67. pag. 451 & 452.

*Aut si vagabundus sit &c.]* Jura, quæ editali citationi locum faciunt, non aliter eam admittunt, quam si citandus non possit inventari. LEYSER medit. ad ff. tom. I. spec. 32. med. 5. pag. 263. Atque ideo citationes generales per editum & programma non sufficiunt, quando sciebatur adversarius, aut sciри poterat. Hæ citationes nullæ sunt, & sententia lata in vim generalis citationis, factæ per proclama vel editum, non afficit eos, qui nominatim poterant citari. STOCKMANS Decis. Brabant. 116. pag. 269.

*Barbara voce Arrestum &c.]* De vocis Arresti etymologia conf. HUBER in prælect. ad h. t. part. 2. de Arrestis n. I. & MENAGE Dictionnaire Etymologique de la Langue Françoise, voce Arrest Tom. I. pag. 91.

§. 18.

§. 18. non ob quod in iis quibus peregrinatio summa est, ut solvendam judicis sententia condemnata erat, certo certius solvere non posset. Hunc inopiae statum justam fugae suspicionem innuere utraque Curia censuit, & sic arrestum, in ipsius persona factum, confirmatum fuit Sententia Curiæ Hollandiæ 17. Martii 1786. ac Supremæ Curiæ 29. Julii 1786.

*De fuga suspectæ.] Ita generatim loquuntur D. D., cum de arresto debiti conservandi causa agunt; sed quid hoc sibi velit, de fuga suspectæ esse, nemo luculentem exposuit. Non immrito hic distinctio est habenda inter peregrinum & incolam, arresto detentum; cum in arrestis incolarum, qui sedem fortunarum suarum huc stabiliverunt, ideoque quadam ab arrestis immunitate gaudent, longe difficiliores nos esse oportet, quam in arrestis peregrinorum, qui, etiam si de fuga non suspectæ sunt, solius jurisdictionis fundandæ gratia detineri possunt. — Incolam autem de fuga suspectum tunc judicamus, cum invenitur, VEL in ipso actu fugiendi, VEL saltem in præparatione ad fugam. Si alterutrum probari possit, etiam cives urbium ex Jure Hollandico arresto inquietare licet; quippe qui hoc casu jus civitatis sue abdicasse merito dicuntur. — Antiquissima Comitum Privilegia, in primis Florentii V, ac Gulielmi Regis, cum immunitatem arresti concedunt, generaliter loquentur, nec exceptionem fugie suspicionis addunt. Hæc demum in posterioribus Privilegiis occurrit, atque talia verba in iis adhibentur, quæ veritatem regulæ, mox propositæ, confirmant. — Sic Carolus V, cum 1. Sept. 1520. Privilegia, Geertruidenbergæ concessa, ac nominatim Privilegium de non arrestando, à Florentio Comite 4. Julii 1571. datum, confirmaret, hæc verba adjecit: „ten waare, dat die Poorters der voorsz. Stede fugitief waaren, in welken gevallen men op die personen van den Poorters der voorsz. Stede, ende heuren goede binnen Zuidholland wel zal mogen procederen.” OUDENHOVEN Beschryf. van Zuidholland pag. 136. — Privilegia quoque Civium Amstelædamensium, ratione Arrestorum cæteroquin satis fortia, hanc limitationem admittunt; „ten opzige van Poorters weezende in fuga, of in 't vervoeren of transporteeren van hunne goederen.” Handvest. van Amsterdam (Nov. Edit.) 2. D. pag. 496. ROSEBOOM Recueil pag. 78. — Plura exempla passim extant in F. VAN MIERIS Chart. Boek. — Quamvis autem civium securitas postulet, ut judices regulam supra propositam caute observent, nec nimiam in arrestis concedendis facilitatem præbeant, tamen in dijudicanda fugae præparatione aliquid arbitrio Judicum relinquendum concedimus: ac aliquando arresta merito fieri etiam in his, de quibus strictissimo sensu dici nequit, quod se ad fugam præparant, si modo se ita gerant, ut executione factâ justissimus metus sit, ne fuga semet subducturi sint. — Exstitit hujus rei illustre exemplum in Cive quodam Leydenfi, qui, etiæ actu non fugiebat, tamen jam per multas executiones, quas subierat, ita fa-*

cultatibus fuerat lapsus, ut ingentem summam, ad quam solvendam judicis sententia condemnatus erat, certo certius solvere non posset. Hunc inopiae statum justam fugæ suspicionem innuere utraque Curia censuit, & sic arrestum, in ipsius persona factum, confirmatum fuit Sententia Curiæ Hollandiæ 17. Martii 1786. ac Supremæ Curiæ 29. Julii 1786.

## §. 19.

*Non tantum ante litem contestatam, sed & post lite pendente.] Aliquando etiam arresta securitatis ergo ulu veniunt lite jam per sententiam decisa: cum scil. justus metus probari potest, ne executione more solito ac ordinario per sommationem & renovationem, ut aiunt, inchoata, Reus condemnatus ad ultiorem executionem evitandam bona sua averfurus sit, Praxi invaluit à Curia peti Mandatum Arresti, eo usque valitum, donec in executione arrestum fieri jura permittunt, sive, ut formula ait, tot dat in executione zoodverre zal zijn geaprocedeert, dat een executoriaal arrest op de goederen van den Gecondemeerde zal kunnen worden gedaan. — Cum tamen inficias iri nequeat, hac ratione a folio judiciorum ordine recedi, quod non nisi extrema urgente necessitate permittendum est, judicem in his arrestis concedendis se haud facilem præbere oportet, ne, quod nonnunquam fieri videmus, ex invidia aliave injusta causa, hoc remedio homines abutentur.*

## §. 22.

*Commerciorum favore &c.] Conf. VAN DE WALL Handv. van Dordrecht, 1. D. pag. 497.*

## §. 27.

*Qua ratione à Curiis &c.] In arrestis personalibus, quæ ex Mandato Curiæ Provincialis sunt, hæc forma tenenda est, ut personæ, per apparitorem captæ, ac arresto detentæ, non in quodlibet diversorium, sed tantum in illud, cui nomen de Casseleneij van den Hove, transferantur. Ordonn. van't Hof van 16. Jann. 1659. in 't GR. PL. BOEK 3. D. pag. 353. Nader Ordre van den Hove van 13. October 1747. in 't GR. PL. BOEK 7. D. pag. 934. ibique remaneant, donec de confirmando aut solvendo arresto judicatum fuerit. — Cum tamen sumptus in hoc diversorio ad ingentem summam brevi crescere solent, iisque tam ordinarii quam extraordinarii ab actore, qui arrestum imploravit, suggesti sunt. (Resol. van den Hove van 9. Nov. 1623. & 11. April 1669. BOEY woord-tolk voce arrest. pag. 69.) Praxis introduxit, ut aliquod diebus præterlapsis, nec solutione à reo facta, libellus supplex Curiæ offeratur, ad transfe-*

F

ren.

rendum reum in carcerem Curiæ ordinarium, vulgo *de Voorpoorte van den Hove*; idque Curia auditio Reo concedere solet, nisi vel dignitas personæ arresto detentæ, vel probabilis Rei defensio adversus intentionem actoris, impedimento sint. *Manier van Proced. van 1729. tit. 5. cap. 1. pag. 185.*

*Ex usu fori &c.]* Conferri hic meretur S. VAN LEEUWEN *Pract. der Notar. 1. D. 5. B. 4. Hoofd. pag. 526—550.* ac de forma arrestorum apud Amstelædamenses, WAGENAAR *Beschr. van Amsterdam 10. stuk pag. 80. seq.*

### §. 31.

*Civitatum Hollandicarum incolæ &c.]* Quamvis à multis traditum inveniamus, magnarum in Hollandia Urbium Cives, eorumve bona, in agro non recte arrestari, hoc tamen ita generaliter admittendum non est. Vulgo utique arrestis utimur, & nemo ab his immunis, nisi qui immunitatem probet. Sunt quidem ejusmodi quarundam Urbium Privilegia, nullum vero generale est, majoribus Urbibus indistincte datum, ne eorum cives ullibi in agro arrestare liceret. Speciatim autem immunitas arresti concessa fuit Dordrechto à Florentio Comite anno 1270 & 1284. ac vetitum est, ne quis eos eorumve bona *intra Zuydhollandiam* arrestare posset. (VAN DE WALL *Handvest. van Dordrecht 1. D. pag. 39—42. & pag. 70.*) — De Harlemensium in hanc rem privilegio non constat. — De Delfensisibus exstat privilegium Maximiliani & Mariæ, datum mense August. 1477. quo continetur, ne quis Delfensis, ex actione personali, in agro in jus vocari possit, sed duntaxat apud Judices Delfenses. (VAN ALPHEN *Papeg. 2. D. pag. 398.*) — Simile est privilegium, Leidenibus datum à Gulielmo III. annis 1306, 1315 & 1338. ne scil. à quoquam Leidenfes judicarentur, quam à Scabinis suis. (MIERIS *Chart. Boek 2. D. pag. 56, 149 & 609.*) — Quod ad Amstelædamenses existant privilegia Gulielmi Hannonii 9. Decemb. 1342. & Alberti Bavari 26. Junii 1401. quibus cavetur, ne eorum incolas bonave in agro arrestare liceret ad latus Boreale Mosæ, (*benoorden de Mase*) quod & ipsum expressum est in *de Generale Verklaaring der Costumen van Amsterdam 9. Jann. 1570. art. 16.* (*Handy. van Amsterdam Nov. Edit. 1. D. pag. 11. col. b. & pag. 134. & 2. D. pag. 447. col. a.*) — Goudanorum nullum tale privilegium commemoratur; sed Roterodamenses ex privilegio Gulielmi Hannonii 7. Junii 1340. non arrestantur *van onverplogen schuld*, sive *onyervillekeurde schuld*, id est propter æs alienum, apud Scabinos non contractum. (MIERIS *Chart. Boek 2. D. pag. 638.*) — Ex his Privilegiis apparet, fallere eos, qui illis utuntur ad stabiliendam generalem juris-

prudentiam de non arrestandis in agro magnarum Urbium civibus, cum ē contrario quicquid ejus juris est, ex speciali Principis gratia profectum fuit. Hinc quoque est, quod Urbes, etiam maiores, ex conventione partium, vel alia qua causa, utantur *het regt van afschrijving*, ut appellari solet. Utuntur eo jure Urbes adversus Magistratum, qui in agro arrestavit, ut arrestum relaxare, & reum ad se remittere vēlit, si forte convenerit, ne incola alicuius Urbis in eo pago conveniri vel arresto detineri possit. Quæ sane conventio de non utendis utrinque arrestis, nullo bono foret, quod ad maiores scil. Urbes, si ipso jure tutæ essent. — Conf. BYNKERSHOEK *Quæst. Jur. Priv. Lib. 1. cap. 15. & VAN DE WALL loc. laud.*

*Et quamvis — Haga Comitis &c.]* Jus est admodum singulare, nec, quantum investigare potui, fatis justâ ratione fundatum, quod Scabini Hagani bona quidem, non vero personas peregrinorum sistere possunt. Res tamen ita sepe habet, nec Magistratus Haganus, quamvis hac de re quæstus fuerit, mutationem hujus consuetudinis obtinere potuit. *Ootroy van Koning Philips 20. January 1561.* in DE RIEMER *Beschr. van 's Hage 3. D. pag. 399.* — Recte autem Auctor noster hoc restringit ad arresta, quæ jurisdictionis fundandæ gratia fiunt: cur enim Civis Haganus, fugæ suspicione mota, a judicibus Hagani arresto, in securitatem debiti faciendo, detineri haud posset, ratio redi nequit. Ipsaque Curia Hollandiae in dissidiis, quæ cum Hagano magistratu quondam habuit, hanc restrictionem fatis evidenter admisit. *Deductie van den Hove rakende haare Jurisdictione - quæstien met den Hage pag. 15.* — Conf. *idem Libellus pag. 331 & 383.*

### §. 32.

*Curiæ Brabantinae &c.]* Quod hic tradit Auctor de arrestis à Curiâ Brabantinâ in Hollandiâ non faciendis, obtinet quoque in causis criminalibus, ita ut v. g. Brabantinus, qui in Brabantia deliquerat, postea, cum Haga Comitum inveniebatur, à Curia Brabantiae capi & in carcerem conjici non potuerit, ut judicatum refert LOENIUS *Decis. & Observ. Caf. 86. ibique BOEL in notis.*

### §. 35.

*Hanc mulierum prærogativam &c.]* Conf. LOENIUS *Decis. & Observ. Caf. 126. ibique BOEL in notis.*

### §. 38.

*Debitoris mei debitor &c.]* Conf. G. DE HAAS *in not. ad S. VAN LEEUWEN Cens. For. part. 2. Lib. 1. Cap. 15. n. 12.* — Quam-

Quamvis autem arrestum reale hactenus apud nos usitatum sit, ut quod quis debitori meo debet per judicem inhibeam, ne meo debitori solvatur, antequam mihi fuerit satisfactum, inauditum tamen foret pecuniam debitori debitoris mei debitam à me arresto præcludi apud eum qui debet mei debitoris debitori.

Z. HUBER *Observ. rer. judicat. tom. 1. Obs. 32.*

§. 39.

*Dum vel ad castra &c.]* Similiter Amstelodamenses hoc jure utuntur, ne hi qui ex mari ad istam urbem redeunt, aut qui ex mari sium (*t' Vlie ofte Marsdiep dictum*) intrant, arresto detineri possint. *Handv. van Amst. 2. D. pag. 495.* BARELS *Advys. over den Kooph. & Zeeyvaart, 1. D. Adv. 35. pag. 171. seq.*

*Ad Ordinum Comitia delegati &c.]* Vid. *Resol. Ord. Holl. 4 Octob. 1588. & 23. Julii 1653. in 't Gr. Pl. BOEK 7. D. fol. 54 & 55.*

§. 43.

*Ne Legati &c.]* Legatis exterorum Principum ad nos missis concessum est, itemque eorum comitibus, ut neque ipsorum, sive huc accedentium, sive commorantium, sive abeuntium personæ neque bona apud nos arresto detineri possint ob illum cuiusvis generis debitum. *BYNKERSHOEK de foro Legat. cap. 9.* qui ibi exponit *Editum 9. Sept. 1679.* hac de re conditum: (*Add. Resolutiones Ordinum Hollandiae 30. Julii & 14. Aug. 1681. in 't Gr. Pl. BOEK 7. D. fol. 521.*) ac porro *ibid. Cap. 16.* id accipendum putat de bonis mobilibus, & quidem iis, quibus Legati, ut se suosque exhibeant, & ad Legationem eo instructiores sint, indigent; itaque bona illorum immobilia, quæ forte apud nos habeant, item talia mobilia, quibus ad Legationem nihil indigent, arresto includi posse, illosque ipsos per ejusmodi rerum arrestum apud nos quacunque actione civili, sive in rem, sive in personam, conveniri posse, non tantum ob debitum apud nos tempore Legationis, sed etiam ubicumque & quomodocumque contractum. — An hos tamen arctiores limites usus probet, merito dubitatur. *PESTEL in Comm. de Republ. Bat. §. 438.* — Cæterum Curia Hollandiæ sentit hoc Legatorum Privilegium cessare, quando Legati, non ut Legati, sed tanquam privati in hisce regionibus mercaturam exercent, immobilia emunt aut vendunt, atque ita sese obligant. *Misive van het Hof aan Haar Ed. Gr. Mog. van den 21. February 1721.* *ZURCK in Cod. Bat. tit. arrest. §. 16. & ibi not. & tit. Ambassadeurs §. 19. & ibi not. §. 20.* Eademque Curia judicavit bona immobilia Legatorum, in Hollandia sita, posse arrestari. *LOENIUS Decis. & Observ. Cas. 82.* *DE HAAS in not. ad over de milit. jurisdictie pag. 11—15.* — Cæ-

S. v. LEEUWEN *Cens. For. part. 2. Lib. 1. cap. 15. num. 8.*

§. 44.

*Ad Belgii Foederati Collegia — delegati &c.]* Vid. *Resol. Ord. General. 27. Juli 1635. ac Ord. Holl. 3. Maij 1680. & 3. April 1723. in 't Gr. Pl. BOEK 7. Deel fol. 55, 65 & 66.* & conf. de foro eorum, qui ab exteris Provinciis in Hollandiam mittuntur ad Ordines Generales, Consiliarios Ordinum Generallium, eorumve Rationales, sive ad Collegia marina, *BYNKERSHOEK Quæst. Jur. Priv. Lib. 1. Cap. 8—11.*

§. 45.

*Ne duo ejusdem — territorii incolæ &c.]* Il lud quoque in Zuyd-Hollandia obtinere probant *Consuetudines, anno 1571. ad Curiam missæ,* apud *VAN DE WALL Handv. van Dordrecht 2. D. pag. 1359. art. 26.*

*Receptum tamen &c.]* Exemplum exstat Harlemi. Vid. *Ordonn. op de man. van proced. te Haarlem 11. Sept. 1751. Cap. 11. art. 19. in de Keuren der zelve Stad 1. D. pag. 17.*

*Ultrajectinus &c.]* Vid. *Utrechts Plac. Boek 2. D. pag. 1031.*

§. 51.

*Ne in Hollandia sub ærarii Quæstoribus &c.]* Ipsa tamen chirographa cautionum, quæ dominis furto surrepta vel subducta fuerant, penes ærarii Quæstors ab iisdem dominis præcludi posse, ut ita rei vindicatione repeatantur, Ordines Hollandiæ deinceps interpretatione authenticâ declararunt. *Resol. Holl. 25. Febr. 1683. in 't Gr. Pl. BOEK 4. D. pag. 451.*

*Mensæ argentarie Amstelodamensi &c.]* Vid. *Handv. van Amsterdam 2. D. pag. 674. & WAGENAAR beschryv. van Amsterdam 5. st. pag. 317. seq.*

§. 52.

*Sed an in totum &c.]* Stipendia militum majorum (*Officieren, van de Collonels tot de Vaandrigs inclusive*) non nisi pro tertia parte in Hollandia arresto detineri possunt; ad quod arrestum obtinendum libellus supplex Deputatis Ordinum Hollandiæ (*Gecommitteerde Raaden*) est offerendus, qui detentionem quidem statim concedunt, sed adjecta tamen clausula, ut is, cuius stipendium sisti petitur, intra breve temporis spatium defensiones suas allegare possit, quibus examinatis, arrestum (quod in hac materia *Kortinge* appellatur) vel confirmatur, vel relaxatur. *Resol. van Gocomm. Raaden 5. Mey 1725. 29. Mey & 1. Aug. 1754. apud J. J. VAN HASSELT over de milit. jurisdictie pag. 11—15.* — Cæ-

## LIB. II. TIT. IV.

44

terum simile privilegium, scil. de stipendiis militum pro tertia tantum parte arrestandis, Ordines Generales etiam concesserunt iis, qui apud Societatem Surinamensem stipendia merebantur. *Resol. van de Stat. Gener. 28. Octob. 1744. (G. P. B. 7. D. pag. 1575.)*

§. 53.

*Ne ante nonum &c.]* Ita etiam judicavit Hollandiae Curia 22. Decemb. 1554. vid. *Sentent. van den Hoog. & Prov. Raade No. 43.* — *Add. VAN ALPHEN Pap. 1. D. pag. 25. n. 18. MERULA man. van Proced. Lib. 1. tit. 8. cap. 2. n. 5. & Lib. 4. tit. 24. cap. 12. n. 8. Man. van Proced. voor den Gerechte der Stad Amsterdam cap. 4. art. 9.*

§. 58.

*Ex quo curator &c.]* In Angliâ tamen consuetudinem obtinere aiunt, ut, si v. g. in Hollandi debitoris bona missio decreta fuerit, isque etiam bona in Angliâ possideat, ea ibi sifstere ac judicio persequi licitum sit. *BARELS Advisen over den Koophandel en Zeevaart 1. D. Adv. 72—74.*

§. 60.

*Mulcas per statuta constitutas.]* Exemplum vid. in *de Handv. van Amsterdam 2. D. pag. 495.*

§. 61.

*Ad id quod interest &c.]* Conf. *Costum. van Middelburg Rubr. 5. art. 9. Ordonn. op de man. van proced. te Haarlem 11. Sept. 1751. cap. 11. art. 10. in de Keuren derzelve Stad 1. D. pag. 16. Ordonn. op 't proced. te Amsterdam 29. January 1779. cap. 7. art. 28.* — Quamvis autem horum similiusque Statutorum verba paulo latius seu minus definite jubeant, ut is, qui debitoris bona, apud se perclusa, amoverit, tradiderit, vel auferri passus sit, daar voor zal moeten instaan; zal moeten verantwoorden; zal moeten verantwoorden en instaan voor de schuld of actie, daar voor het zelve goed bezet was; verissime tamen S. VAN LEEUWEN ad PECKIUM de arrestis Cap. 33. n. 1. ejusmodi formulas sic accipiendas esse monet, ut non ulterius creditori, qui percluserat, talis violator arresti tenetur, nisi ad quantitatem pecuniarum perclusarum, aut ad estimationem rerum perclifarum, quia non ulterius creditoris nocuit, at vero illos, qui ipsi debitori detento & prehenso opem tulerunt, ut aufugeret, in omnem id quod creditoris à prehenso & dimisso debitore debetur, teneri. Quæ tamen omnia, uti ipsa ratio postulat, sic intelligenda sunt, si creditor jus suum probaverit; nam ceteroquin ejus nihil interesset, nec damnum pas-

sus fuisset, de quo resarcendo agere posset: ut adeo ad illam sententiam, quam PECKIUS d. l. n. 1. in fine exhibit, accedere religiosit, illum nempe, qui detentum debitorem è custodia dimisit, creditori debitum, ob quod detentio facta fuerat, solvere teneri, quamvis dimissus debitor nihil debuerit; etenim licet à re neutquam videatur alienum eum, qui debitorem perclusum vel res perclusas dimiserit, etiam tum fisco teneri ad poenam violati arresti, cum privatus sibi hujus rei cognitionem arrogare & detentionem publica auctoritate factam violare non debuisse, nulla tamen ratio reddi potest, cur creditor, cui revera nihil damni illatum est, actione rei persecutoriæ, (hujusmodi autem actio creditori tantum competit contra dimittentem,) repetere posset, quod sibi à patrimonio abesset, cum ei nihil absit. — Nec quidquam pro diversa sententia facit, quod debitor, quamvis ex hac causa nihil debuerit, tamen, nisi dimissus fuisset, ex alia & nova causa, quæ deinceps oriaretur, retineri ac commendari potuisse: quum enim ex hac causa detentio facta non fuerit, is quoque, qui debitorem ejusve bona dimisit, dici nequit ista dimissione hoc alterum novumque debitum creditori intervertere voluisse, multoque minus propterea obstrictus censeri potest, ut creditori id exsolvat debitum, ob quod detentio facta fuerat, quodque revera erat nullum.

Caterum non ineleganter queritur, quid dicendum de his, quorum ope, consilio factum est, ut debitor, qui quidem nondum detinebatur, sed tamen in eo erat, ut jamjam detineretur, arresto anteverterit, sibique ab eo caverit, puta debitorem istud monendo, vel etiam equo, ut aufugere posset, commendo, vel denique debitorem celando? PECKIUS d. cap. 33. n. 2 & 3. complures antiquorum secutus censet has itidem creditori teneri, ut ei reficiant damnum ea re datum, adeoque solvant, quod illi ab isto debitore debebatur. PECKIUM sequuntur BORT Tract. van Arresten cap. 7. n. 46. B. VAN ZUTPHEN Nederl. Pract. voce Arresten, n. 3. HUBER Hedend. Regtsgel. 4. B. 33. Kap. n. 11. verum hæc sententia omnino est temperanda. Primum quidem fisco hunc, qui debitorem monuit, ope adjuvit, vel celavit, ne detineretur, ad poenam ex causa violati arresti obligatum esse minime credendum. Nullum enim adhuc factum erat arrestum, quod ab eo violatum dici possit. Porro durum omnino videtur illum creditori obstrictum fore ad istud debitum, ob cuius persecutionem creditor arrestum moliebatur, solvendum: neque enim extraneus ille obstrictus erat creditori ejusque commodis potius, quam debitori ejusque commodis favere, aut in creditoris gratiam ejusdem consilium dissimulare; & ipse

ipse creditor sibi imputet, quare hoc consilium suum tam intempestive divulgaverit, ut ejus notitia ad debitorem pervenire potuerit, vel quare in exequendo hoc consilio tamdiu cunctatus fuerit, ut debitori elabendi arrestique per occultationem sui declinandi occasio & tempus superfuerit. — Aliud igitur fortasse dicendum foret de his, qui ratione officii essent obstricti, ne creditoris consilium eluderent, idque tamen fecissent; v. g. si judex vel si apparitor à creditore rogati, ut aliquem detinerent, moras necterent, interimque debitorem futuri arresti certiorem facerent: hos enim, qui creditoris causam veluti prodidissent, litem suam facere non foret iniquum: quod si Prætor vel apparitor, à creditore ut personam vel rem debitoris presentem detineat imploratus, id recusat, aut jam detentam personam dimittit, remve detentam amoveri patitur absque idonea satisfactione, ipse causam, ob quam arrestum fuerat interpositum, suscipere litemque suam facere variis statutis jubetur. *Costum. van Middelburg Tit. 5. art. 7 & 8. Landregt van Overijssel 1. D. 5. Tit. art. 6 & 7.* — Solent quidem qui dissentunt, ut & PECKIUS d. l. provocare ad L. 3. C. de exact. tribut. infelicissime vero eos hanc Legem accipere & ad hanc quæstionem protrahere, appareat ex iis, quæ de hujus Legis vero sensu notavit J. GOTHOFREDUS ad L. 5. Cod. Theodos. de exactor. tom. 4. pag. 71. §. 62.

*Solvere non possit.*] Licet arrestum sine intimatione nullum sit, & arrestans contra arrestum actionem nullam habeat, si hic sperto arresto solverit creditori suo, ut judicatum narrat HUBER in Prælect. ad h. t. Cap. de arr. real. §. 4. non tamen sequitur, quod inde colligit idem §. seq. eo, cuius pecunia arresto præclusa est, eam ab arrestato petente,

non esse huic justam recusandæ solutionis causam, si neglecta intimatio sit, quin arrestatus potius, licet arrestum intimatione destitutum vel desertum sit, tueri se poenali judicis mandato potest, donec id revocetur, uti Auctor noster h. l. docet. Quo factum, ut actor, pecuniam à debitore exigens, quam hic arresto præclusam dicebat, (licet nulla ejus intimatio facta esset,) quamque stante arresto se solvere aliter, quam sub cautione negabat posse, ad quod se paratum dicebat, ab ulteriori petitione repulsus fit: quemadmodum à Frisiæ Curia 30. Maji 1713. judicatum refert J. BREUKER Decis. Frise. Cap. 14.

## §. 63.

*Inducit litispendentiam & præventionem.] Conf. LOENIUS Decis. & Observ. Cas. 48. — Handy. van Amsterdam 2. D. pag. 501. (Nov. Edit.)*

## §. 66.

*Est autem &c.] Conf. VROMANS de Foro Compet. Lib. 3. cap. 1. §. 4. ibique MIDDLELAND in notis. — Non vero tantum in causis civilibus omne judicium sine citatione nullum censetur, sed etiam in causis criminalibus citatio tanquam litis initium omnino est necessaria. Vid. Contra-Memorie van Consideratien van den Hoogen Raade in de zaake van Mr. Adriaan van der Mieden, pag. 16 & seq.*

## §. 67.

*Eum, qui ad unam causam &c.] Recte ita fentit Auctor, quoniam instructus esse non potuit, qui præter spem ad alienum judicium trahitur. L. 2. in fin. C. de dilat. ac immerito dissentunt BACHOVIVS ad τὰ πρῶτα pag. 453. n. 4. & GAIL Observ. Pract. Lib. 1. Obs. 51.*

## T I T U L U S V.

*Si quis in jus vocatus non iverit: siue quis eum vocaverit, quem ex Edicto non debuerit.*

## §. 1.

*petit. LEYSER medit. ad ff. tom. 1. spec. 33. med. 2. pag. 268.*

## §. 2.

*Si quis non venerit per rusticitatem.] Speciat huc Regula, quæ apud Doctores saepius occurrit: *Fatua causa à dolo & contumaciā excusat.* Hæc tamen ita simpliciter admittenda non est, nam ab expensarum, quas judex &*

F 3

ad-

*Qui in jus vocatus non ivit.] Hæc verba cum effectu sunt accipienda, ita ut si quis citatus dicat, se nolle comparere, quamvis reus sit læsæ revertentiae judici debitæ, non vere contumax dici possit, si deinde consilium mutavit & judici morem geslit. L. 53. §. 3. ff. de re judic. L. 52. §. 19. ff. de furtis. L. 3. C. de plus*

adversarius propter emanctionem citati frustra impendit, restitutione fatua causa eum non liberat, cum, et si non doli, minimum culpae reus sit, unusquisque vero ad damnum, quod per ipsius culpam adversarius sentit, sarcendum obligetur. Sed ceteroquin is, qui non ex contemtu, sed vel ex multitudine aliorum negotiorum, vel ex rusticitate, vel ex alia simili causa excusabili, copiam sui non fecit, si modo dolus absit, non obstante contumacia, in defensione sua auditur; quemadmodum & his ex clausula generali L. 1. §. 1. ff. ex quib. caus. maj. in integrum restitutio denegari non solet. LEYSER Medit. ad ff. tom. I. spec. 33. med. I. pag. 266. seq.

*Vel talis sit, ut Edicto non potuisset vocari.]*  
Pertinet haec exceptio ad secundam partem Edicti, in hoc tit. expositi, cuius fragmentum exhibet L. 48. ff. de V. S. Qui NEQUE SE-  
QUANTUR, NEQUE DUCANTUR. Quæ verba GOTHOFREDUS, in compilatione Edicti perpetui, sic interpretatur: *Si quis eum vocaverit, quem ex Edicto non debuerit; qui vocatus erit, neque sequatur, neque duci se permittat.* Conf. J. GOEDDAEUS ad d. L. 48. de verb. signif. J. CUJACIUS Observ. Lib. 7. Cap. 16. P. PERRENONIUS animadv. & var. lect. Lib. I. Cap. 19. in OTTONIS Thes. tom. I. pag. 615.

## TITULUS VI.

*In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.*

§. 2.

**Q**UALES liberi &c.] Verba Edicti, in hoc tit. expositi, servavit ULPIANUS in L. 2. §. 2. ff. qui satisd. cog. „Si „quis parentem, patronum, patronam, „liberos aut parentes patroni, patronæ, libe- „rosve suos, eumve quem in potestate habebit, „vel uxorem, vel nurum in judicium vocabit, „qualiscunque fidejussor sistendi causa accipiat- „tur.” De uxore, quæ in manum mariti, & de nuru, quæ in manum filii convenerat, Prætorem hic cogitasse existimat CUJACIUS Observ. Lib. 7. cap. 11. ideoque legit, EAMVE quam in potestate habebit, vel uxorem vel nurum. Quam emendationem suffragio suo comprobavit NOODT in Comm. ad t. ff. qui satisd. cog. & quoque admittit, mutata licet aliquatenus CUJACII expositione, J. VOORDA Elector. Cap. 25. — Verum ista lectionis mutatio

videtur rejicienda: eâ quippe admissa nihil Edicto continebitur de uxoribus & nurubus, sine conventione in manum nuptis, quæ numero reliquas longe superabant. — Probabilior igitur est emendatio, (aliquid enim hic mutandum, ne bis idem dixisse Prætor videatur, satis patet:) quam exhibit G. D'ARNAUD Var. Conject. Lib. 2. cap. 28. pro eumve, quem in potestate HABEBIT, legens, eumve, quem in potestate HABUIT. Adeo ut is, qui semel in potestate alicujus fuerit, quamvis deinceps ex ea exierit, sive per emancipationem, sive per adoptionem, ab eo in jus vocatus, qualicunque fidejussore sistendi causa defungi queat. Non autem hujusmodi filius emancipatus, & in primis alteri in adoptionem datus, liberis suis commode accenseri poterat, ideoque sigillatim de illo aliquid dictum oportebat.

## V. 2. II. L. I. T.

## TITULUS VII.

*Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat.*

§. 1.

**A**stimanda per actorem.] Desumit Auctor noster haec verba ex L. 5. §. 1. ff. h. t. & recte: Quamvis enim A. FABER in Rational. ad d. I. tom. I. pag. 115. ea tollenda putaverit, hanc tamen emendationem alii merito rejiciunt. Conf. J. STEKII vindicat. Leg. anticrit. cap. I. in

OTTONIS Thes. tom. I. col. 509. J. GOTHOFREDUS in Animadv. Jur. Civ. cap. I. ibid. tom. 3. col. 265.

§. 3.

*Ad judicem pedaneum.]* Ut Edictum, quod in jus vocabatum ire jubet, obtinet, quoties quis vocatus est ad eum, qui jurisdictioni præst. L. 2. pr. ff. si quis in jus voc. non ier.

ter, ita hoc quoque ad omnes illos, qui vocatos ad eos, qui jus dicunt, eximunt, pertinebit, cum in genere loquatur de ius vocato per vim exempto. Unde quod poena illius dicitur cessare, si quis vocatum ad judicem pedaneum eximat, de judge delegato

recte videtur intelligi, non vero de Magistris municipalibus accipiendum est. L. CHARRONAS de jurisd. & imper. num. 9. in OTTONIS Thes. tom. I. col. 843. SCHULTING in Enarr. ad h. t. n. I.

## TITULUS VIII.

*Qui satisdare cogantur, vel jurato promittant,  
vel suæ promissione committantur.*

S. I.

**Q**UOD si actor peregrinus &c.] Hanc materiam de satsidationibus, ab actore vel reo in litis initio præstandis, prout Jure Romano obtinebant, maximam partem hodie ab usu receffisse, omnibus, qui in foro versantur, satis notum est. Illud tantum in Hollandiâ superest, ut si actor non subsit Jurisdictioni ejus Judicis, apud quem litem instituere conatur, de solvendis expensis litis, ac de solvendo eo, quod per modum Reconventionis Reo adjudicari posset, cautionem interponat, priusquam Reum ad respondendum cogere valeat. Quotidie hæc cautio petitur; quotidie ansam præbet quæstiunculas præjudicialibus, quæ sæpe inutiliter summo litigantium dispendio agitantur, ob id quod nulla lege expressa hactenus decisæ sunt. Et sane optandum foret, ut vel ista cautio pro expensis è tribunalibus nostris penitus aboleretur, vel saltem à summo imperante evidens ac plenissima norma præscriberetur, ad amputandas quæstiunculas, quas debitores, ut solutionem differant, ad fastidium usque super hac re quotidie movere solent. Omnes has quæstiunculas pertractare animus non est. De præcipuis foliimodo videamus.

Primo queritur, quid jurare debeat is, qui non inventis idoneis fidejussoribus juratoriam cautionem obtulit? Et respondendum hanc cautionem duo capita continere, ita ut non sufficiat actorem jurejurando promittere se expensas solutum, si sententiâ judicis in eas fuerit condemnatus; sed ut etiam actor juremento asseverare debeat, quod datâ operâ fidejussorem invenire non potuerit. TREUTERUS Select. disput. vol. I. disp. 5. th. 2. Litt. b. S. VAN LEEUWEN in not. ad PECK. vnu handopleggen 15. D. n. 4. pag. 285. & 16. D. n. 4. pag. 293. WASSENAER Præt. Judic. cap. I. n. 70. & Author nosler h. t. n. 4. in fine.

Secundo queritur, si fidejussor offeratur,

an talis esse debeat, qui tanquam idoneus & locuples à judge probatus est, sive, ut appellari solet, een gejustificeerde borg? Distinguendum hic est, an actor se oblato fidejussore defungi putet: tunc enim ipsum idoneum & locupletem esse docere tenetur, idque testimonio seu confirmatione judicis fieri debet. Sin vero ipse actor fidejussorem non idoneum agnoscat, ab adversario rejici nequit, ex eo quod à judge tanquam idoneus probatus non est, sed accipiens est in quantum valere possit, modo tamen actor hujus cautionis defectum per juratoriam cautionem suppleat. — Monere autem vix necesse est hoc speciatim à nobis affirmari de hac cautione pro expensis litis, quam, utpote vexandi causa sæpiissime peti solitam, favorem judicantium haud mereri putamus. Sed alioquin in cautione pro relaxando arresto, aut pro restituitione pecunia, fiduciarie solutæ, (by provisie genemptiseert) fidejussores idoneos, ac à judge probatos, omnino desideramus.

Tertio queritur, si actor jurare velit, se non posse invenire fidejussorem, jurisdictioni judicis, apud quem litigatur, subiectum; an tunc reus petere poslit, ut ulterius juret, quod fidejussorem invenire nequeat, subiectum jurisdictioni judicis Provincialis, cui tanquam superiori judge inferior subest? Tentatum hoc aliquoties à litigantibus vidimus, sed nullâ ratione: obligationem enim actoris ad querendos fidejussores territorium judicis, coram quo litigatur, egredi, neutquam probari potest. — Objicitur hic quidem L. 7. §. I. ff. h. t. vs. „Reus potest audiri, si in alia ejusdem Provincia civitate satisdatio, nem præstare paratus sit.” Sed ex eo quod Reus ad evitandum jusjurandum offerre posset, argumentari non licet ad id quod facere debeat. Quod enim facultatis est, non ideo necessitas esse dici potest.

Quarto queritur, an actor jurare paratus se fidejussorem invenire non posse, ad realem seu pignoratitiam cautionem interponendam cogi queat? Innuere hoc videtur Auctor nos-  
ter

ter in fine h. §. sed minus accurate. Libenter quidem concedimus, ad evitandum *jusjurandum pignoratitiam cautionem* ab auctore offerri posse; sed negamus necessitatem ipsi incumbere ad bona sua oppignoranda. Evincit hoc *Novella 112. Cap. 2.* quæ jus novissimum de hac materia continet, sed ne illum quidem verbum monet de pignoratitia cautione interponendâ. *Si autem dixerit* (hæc sunt verba Legis) *non valere fidejussorem dare*; *tunc apud judicem à quo causa examinanda est*, *sancitis propositis Euangeliis per sacramentum hoc ipsum affirmet*, & sic juratoriam cautionem exponat.

— Et ita quoque judicavit Hollandia Curia, rejectâ etiam Judicis inferioris sententiâ, 29. Julii 1785. *in de zaake van Hermanus van Borck, woonende in 's Hage, Impetrant yan Mandament in cas relief d'appel, contra Jacobus Cânt, M. D. woonende onder Zand-Ambacht, Gedaagden.* Casus hic erat. Auctor, civis Haganus, item intenderat apud Scabinos pagi Zand-Ambacht dicti. Cautione ab eo petitâ, offert juratoriam. Reus hanc recusat, & petit cautionem pignoratitiam cuiusdam rei immobilis, quam actor in isto pago possidebat. Scabini ad cautionem pignoratitiam interponendam condemnant: Sed Curia censuit auctorem, cum fidejussorem invenire non poterat, juratoria cautione defungi posse, nec ad pignoratitiam teneri. — Ex quo apparet, in hac materiâ non nisi duas cautionis species, fidejussoriam scilicet, eaque deficiente juratoriam desiderari posse. — Quod tamen duplisper limitandum videtur. Primam limitationem innuit Auctor in h. §. I vs ad cetero honestus sit. Persona itaque in honesta juramento defungi non debet. Cendum tamen, ne hoc nimis late extendamus; cum id strictissime sit accipiendum de eo, qui tali infamia laborat, ut ipsius juratae assertioni haud credendum esse, nemo facile dubitaverit. — Alteram limitationem fortasse non immerito collocamus in auctore, qui non tantum jurisdictioni judicis, apud quem litigat, non subest, verum & habitat in eo loco, ubi sententiis istius judicis omnis executio denegatur: v. g. cum Gelrus coram tribunal i quodam in Hoilandia item suscipiat. In tali quippe casu petitio cautionis longe est favorabilior, quam si Hollandus in alia civitate Hollandicâ extra domicilii locum litigat. Hic enim, in expensis condemnatus, executionem, per litteras requisitoriales, ut aiunt, faciem, non evitat.

*Quinto* queritur, an, si auctor peregrinus, cui cautionis interponendæ necessitas incumbit, tempore factæ citationis reo ediderit copiam instrumenti, ex quo fiduciariam solutionem petit, reus statim post actionis editionem, ac stante rotula, ad hanc solutionis fiduciariæ petitionem respondere teneatur; an vero prius cautionem interpositam esse oportet?

Varie de hac quæstione Practicos cogitasse vidi. Mihi tamen generaliter dicendum videtur nullam reo incumbere respondendi obligationem, nec ad intentionem principalem, nec ad fiduciariam, quamdiu cautionis interpositio facta non fuerit. Eadem ratio, quæ judicium principale tamdiu suspendit, obtinet etiam & quadrat in petitione fiduciaria. Adeoque dispositionem *Ordinat. op de man. van Proced. in de steden & ten platten Lande van 1. April 1580. art. 10.* in actoribus peregrinis cessare, mihi semper visum fuit.

Sexto queritur, an ab his, qui adeo pauperes sunt, ut gratuitum ipsi patrocinium præstetur, (*die Pro Deo, en zonder gebruik van Zegels bedient worden:*) hæc cautio peti possit? Negantium opinio nobis magis placet; nam *jusjurandum* exigere ab his, qui in tanta egestate versantur, nihil aliud est, quam turpi perjurio januam aperiare. — Et hæc sententia eo magis apud nos admittenda videatur, quoniam in nostris tribunalibus, ad evitandum vexationis metum, nemini permititi solet gratis litigare, nisi causâ à judice summatim cognitâ, & data adversario occasione, ut huic gratuito patrocinio ex causâ meritis contradicat.

Hæc sufficient. Minoris momenti quæstiones prætermittimus: repetito tamen voto, ut hæ similesque lites, quarum disceptatio inutiliter quotidie in foro redit, generali Principis editio definitur.

Ita in Hollandia res sese habet, nam apud Curiam Brabantinam illud singulare obtinet, ut tam auctor, quam reus, ad præstationem cautionis pro expensis litis obstringatur, parte adversâ illam ab eo exigente, nisi notoriè solvendo sit. *Instruut. van den Raad van Brabant art. 507.* (Gr. PL. BOEK 2. D. col. 918.) Solvendo autem esse, juxta stilum Curiae, præsumuntur omnes in Provinciâ domicilium foventes, ac ibidem bona immobilia vel mobilia alicujus valoris possidentes. *WYNANTS Decis. Brabant. Dec. 201. num. 1.*

### §. 3.

*Plane si eo tempore, — ex integro satis datum erit.* Spectat huc etiam quæstio, quam tractat *WYNANTS d. 1. n. 7. seqq.* de hoc casu. Litigabat cum extero Brabantus; hic ab illo cautionem pro expensis perierat; ille loco cautionis mille florenos in manibus Graephæ obsignaverat, eaque contentus fuerat Brabantus. Cum vero in ulteriori litis progressu appareret, obsignatos mille florenos non sufficiuros, si exterus ille succubuisse, supplementum cautionis exegit Brabantus. Quærebatur an recte? Recusavit exterus dicens, sese cautionem jam semel præstitisse, & non debere per singula momenta onerari eum, à quo fatis petitur. *L. 3. §. fin. ff.* ut

*ut in poff. leg.* Brabantus è contra respondebant, toties cavendum esse, quoties defec-tus non fuâ culpâ interveniens reperitur; di-ctamque L. 3. non agere de casu, ubi fide-jussores ex post-facto minus idonei facti fuerant, sed de eo, ubi tales ab initio accep-erat, quo casu sibi imputare debet, si tales ad-misit. Senatus, Brabanti rationibus motus, extero injunxit satisdationem ulteriorem præ-stare.

## §. 4.

*Bonorum immobilium possessores.] An & quousque is, cui actio ad rem immobilem pe-tendam competit, à satisdatione pro recon-ventione & expensis liberetur?* — Item an actor à satisdando immunis sit, qui confor-tem litis habet, bona immobilia possidentem? disquirit LEYSER medit. ad ff. tom. I. spec. 34. med. 3 & 4.

## §. 6.

*Si de crimine agatur.] Cautio de fistendo secundum mores nostros in causis criminali-bus tunc solummodo usu venit, cum aliquis carcere jam detentus se relaxari postulat; vel cum accusator publicus petit reum in carce-rem conjici, isque è contrario per procura-torem litigare desiderat. Crimin. Ordonn. art. 53. Crimin. Styl. art. 28. BORT Tract. van crimin. zaaken Tit. 8.* — Cum autem Reus non detineatur, sed tantum personaliter citatus sit, tenetur quidem se coram judice fistere, quotiescumque vocatus fuerit, sed ut ab hac personali comparitione liberetur, cautio datis fidejussoribus non est necessaria; sufficit vero, si judici promittat se, cum vocatus fuerit, venturum. Quod appellare solemus, *by handtastinge beloven, van ten allen tyde, des gerequireerd zynde, wederomte zullen compareren in persoon, sub poena confessi & convicti.* VAN ALPHEN Papeg. I. D. 39. hoofdst. num. 13, 19, 37, 50 &c.

## §. 8.

*Ad poenam corporis afflictivam.] Si crimen tale sit, ut poenâ corporali plectendum fo-ret, relaxationes sub cautione fidejussoriâ de-fistendo difficillime conceduntur. — Sed quid si non quidem petatur poena ipsi corpo-ri infligenda, veluti fustigatio, similisque, sed ea tamen, quæ, ut executioni mandari possit, ipsam accusati personam requirit, ut puta, cum petitur libelli famosi laceratio: an tunc reus, ut à comparitione personali liberetur, fidejussoriâ cautionem interpone-re tenetur? an vero nudâ repromissione de-fungi potest? Posterior sententia nobis ve-rior videtur, quoniam hæ poenæ propriè cor-porales dici nequeant, verum ab his sint dis-tinguendæ: (Tract. tuschen Holl. & Zeel. van 20. Sept. 1596. art. 11.) ideoque nec car-*

ceri locum faciunt. Ubi autem incarcерatio cessa-t, ibi nec cautio fidejussoria usum ha-bet. — Et ita quoque judicavit Hollandiæ Curia 24. Maii 1784. in de zaak van den Offi-cier van Delft, contra Philippus Verbrugge. Hic reus fuit accusatus ex Edicto Ordd. Holl. 7. Martii 1754. contra libellos famosos pro-mulgato, (Nederl. Jaarb. van 1754. pag. 175. seqq.) ac Balivus petiit mulctam trium mil-lium florenorum, sub comminatione fustiga-tionis, si per inopiam solvere non posset; & præterea correctionem arbitriam. Reus, oblatâ mulctæ peritæ consignatione, postula-vit, ut è custodia dimitteretur. Obloquu-tus est Balivus ex eo, quod arbitriaria cor-rec-tio talis decerni posset, quæ rei personam desiderabat, veluti cum ad libellum laceran-dum aut ad palinodiam condemnaretur. Sca-bini Delfenses reum ad finem usque litis in carcere retinendum judicarunt; sed Curia, rejectâ hac sententiâ, censuit reum, facta consignatione trium millium florenorum, ac sumptuum carceris, è custodia dimittendum esse, ac credendum nudæ ipsius repromissio-ni de fistendo, quando judex id postulasset.

## §. 17.

*Sine nova lite &c.] Quæ in h. §. tradit Auctor, nobis admodum dubia videntur: quam-vis enim sententia, contra reum lata, justissimum fit agendi fundamentum adversus fide-jussorem, attamen hic ab executione incipi posse, quamdiu ipse fidejussor condemnatus non est, cum juris ratione ac judiciorum or-dine parum convenire videtur. Ut tamen li-tium multiplicatio evitet, satius est instru-mento, quod de cautione conficitur, clausu-lam voluntariæ condemnationis inférere; quâ per judicem sine litis ambagibus decretâ, sta-tim executio fieri potest, nec legitima judicio-rum forma negligitur. Et ita quoque in Praxi nostra invaluit.*

## §. 19.

*Sed an is, qui in primâ instantiâ &c.] Op-i-nio Auctoris, quod reo in primâ lite absolu-to, deinde vero in appellationis instantiâ con-demnato, fidejussor in prima lite datus non teneatur, sane non est expediti juris. Merito dubitat WYNANTS in Decis. Brabant. De-cis. 202. Ipsaque Suprema Hollandiæ Curia 30. Julii 1762. judicavit eum, qui simpliciter cautionem pro arresto interposuerat, non li-berari ex eo, quod in primâ instantiâ arrestanti petitio fuerit denegata, quæ tamen à superiori judice adjudicabatur: in de zaake van Faasch en van Hoven, Kooplieden te Amsterdam, Im-pe-tranten van Mandament Poenaal en van R. A. contra Burmannus & Comp. Gedaagdens. Conf. Notas nostras ad MERULÆ man. van Preced. Lib. 4. Tit. 93. Cap. 4. §. 5. 2. Deel p. 358. seq.*

T 1

G

## TITULUS IX.

*Si ex noxali causâ agatur, quemadmodum  
caveatur.*

§. 2. sponi t̄q̄ f̄ amēt

**A**LITER quam obtineret &c.] Docet ULPIANUS in L. pen. ff. h. t. „Si servum in eadem causâ sistere qui- dem promiserit, & liber factus sistatur: si de ipso controversia est capitalium actionum injuriarumque nomine, non recte sistitur, quia aliter de servo supplicium (& verberibus de injuria satisfit)“ [Hac interpunktione facta, hisque verbis parenthesos signo, ut loquuntur Grammatici, inclusis, lectio Florentina commode servari potest, nec necesse est, ut vel pro supplicium legamus supplicio, vel rā de injuria deleamus. Conf. H. G. VAN VRY-HOF Observ. Jur. Civil. Cap. 6.] „aliter de libero vindicta sumitur, vel condemnatio pecunaria. Quod autem ad ceteras noxales causas pertinet, etiam in meliorem causam videtur pervenisse.“ — At è contrario idem ULPIANUS in L. I. §. 1. ff. de poenis ait: „Si servus crimen commiserit, deinde libertatem consecutus dicetur, eam poenam sustinere debet, quam sustineret, si tunc sententiam passus fuisset, cum delinquisset.“ Vario modo hanc *avt̄ivop̄iāv* conciliare tentarunt Interpretes. — Auctor in h. §. id etiam tentavit, sed ita ut difficultatem plane non tollat. — DUARENUS in Comm. ad h. t. (Oper. tom. I. pag. 40.) BALDUINUS ad L. 5. ff. h. t. (in Jurisprud. Rom. & Att. tom. I. pag. 830.) & HUBER in Praelect. ad h. t. putant d. L. 5. v/s aliter &c. referendam esse non ad genus poenæ, sed ad ordinem cognoscen-

di, quasi dicat, alia est forma processus in poenis infligendis liberis hominibus & servis; cum tamen L. I. ff. de poen. intelligenda sit de genere poenæ. — Alii dicunt L. I. ff. de poen. pertinere ad publica judicia; at L. pen. h. t. pertinere ad privatam & noxalem actionem. Ita sentit G. REGIUS evārt. Lib. 2. Cap. 15. in OTTONIS Thes. tom. 2. col. 1504. — Alii iterum distinguunt, quo tempore status mutatio acciderit, ac putant L. I. ff. de poen. intelligendam esse de casu, quando servus post litis contestationem libertatem consecutus est: L. vero pen. h. t. de manumissione ante litis contestationem factâ. Ita proposuit J. CUJACIUS Observ. Lib. 10. Cap. 22. eumque sequuntur BACHOVIA ad πεωτα Pand. ad L. pen. h. t. NOODT & SHULTING ad h. t. — Aliam adhuc conciliandi viam monstrat J. CONSTANTINÆUS subtil. Enodat. Lib. I. Cap. 20. in OTTONIS Thes. tom. 4. col. 517. seqq. animadvertisit scil. aliud esse, si quis à manumisso poenam delicti, tempore servitutis commissi, directo persequatur; aliud, si noxaliter tantum in dominum, pendente servitute, ob delictum servi agat. Si enim quis directo vindictam à manumisso exquirat, tunc procul dubio delicti tempus spectari debere, atque ita accipiedam esse d. L. I. ff. de poen. Ubi autem quis noxali tantum iudicio in dominum contendit ob servi maleficium, supervenientem ante iudicium libertatem manumisso proficere. Et sane rationes non contempnendas ille auctor adfert, quæ inspici merentur.

## TITULUS X.

*De eo, per quem factum erit, quo minus  
quis in iudicio se sistat.*

§. 4.

**H**IC petitur id quod interest, ibi mera poena.] Atque hæc vera ratio est, cur calumniatori quidem datur actio ex Edicto, ne quis eum, qui in jus vocatus

est, vi eximat; non vero ex Edicto, de eo, per quem factum erit, quo minus quis iudicio sistat. Conf. H. ELENI Diatrib. seu Exercit. Lib. 2. Cap. 9. in OTTONIS Thes. tom. 2. col. 1430.

TITU-

## TITULUS XI.

*Si quis cautionibus, in judicio sistendi causa factis, non obtemperaverit.*

§. 2.

**D**ESERTO autem &c.] Quis Jure Romano effectus fuerit, si se non susterret reus, & sic vadimonium defereret? Ait HEINECCIUS in *Antiq. Rom. ad tit. Inst. de action.* §. 21. eum causâ cecidisse. Sed hanc sententiam refellit tum genius Latinæ linguae, tum ratio Juris. Locutio enim, *causa cadere*, apud optimos Scriptores Latinos ubivis de actore, de reo autem nusquam occurrit. Nec ideo reus causâ cadere dicendus, quod actor postulare possit se in bona Rei mitti ex Edicto, quod exstat in L. 2. pr. ff. quib. ex caus. in poss. eat. hoc enim non impedit, quo minus postea, si per se aut per alium defendatur, judicium accipi, atque ita reus victor evadere queat. L. 33. §. 1. ff. de reb. auct. jud. possid. — Nec magis placet sententia MARCILII ad Leg. XII. Tabb. cap. 8. in OTTONIS Thes. tom. 4. col. 239. existimantis antiquissimo jure reum vadimonium deserentem fuisse multatum: id enim non probant, nec locus VALERII MAXIMI Lib. 4. cap. 4. qui de multâ ob desertum vadimonium exactâ non loquitur; nec SENECA de Benef. Lib. 4. cap. 39. qui tantum docet in vadimonii desertores actionem dari, quod ipsum indicio est, eos non multari: multa enim non per actionem petitur, sed arbitrio magistratus insligitur, & remedii Prætorii exigitur. L. 131. §. 1. ff. de V. S. — Potius vero dicendum, dari adversus vadimonii desertorem ex ipso Prætoris Edicto actionem ex stipulatu in id, quanti ea res est; & ita quidem, ut in veram quantitatem fidejussor teneatur, nisi pro certa quantitate accesserit. L. 2. §. 5. ff. qui satisd. cog. quæ verba non hoc sibi volunt, (ut putant CUIJACIUS Obs. Lib. 10. cap. 10. & MARANUS ad d. tit.) quod desertor teneatur ad veram quantitatem, quæ actione principali petebatur; sed magis ad id quod interest. Quum vero id, quod interest, incertum esset, ac probatu difficile; solebat stipulationi de sistendo subjici alia, quæ certa pecuniae summa poena nomine promittebatur in casum, si reus non sisteretur: quæ tamen poena non poterat exceedere quantitatem statutam, nisi per expressam conventionem. L. 4. §. ult. ff. h. t. Quænam vero est illa quantitas statuta? CUIJACIUS d. l. & SCHULTING in Enarr. ad h. t. n. 2. dum esse putant; non cogitantes certe con-

stitutionem JUSTINTANI, id quod interest in causibus certis duplo concludentis, (L. un. C. de sent. quæ pro eo quod int.) longe esse postriorem. Potius vero per statutam quantitatem intelligendum videtur id quod interest; hæc enim quantitas à Prætore statuta est. L. 2. §. 5. ff. qui satisd. cog. junct. L. ult. ff. si quis in jus voc. non ier. — Præterea Prætor in bona ejus, qui judicio sistendi causa fidejussorem dedit, si neque potestatem sui faciat, neque defendatur, iri jubet. L. 2. pr. ff. quib. ex caus. in poss. eat. SCHULTING in Enarr. ad h. t. n. 4. quod Edictum, quamvis proprie ad actiones in personam pertineat, à JCTis tamen & Principibus ad actiones in rem per interpretationem fuit extensum. L. 7. §. 16. & seqq. ff. quib. ex caus. in poss. eat. Eaque missio, ubi in possessionem ventum est, tribuit custodiam & observationem rerum, L. 3. §. ult. ff. de acq. vel amitt. poss. arg. L. 12. ff. quib. ex caus. in poss. eat. item jus pignoris, L. 26. pr. ff. de pign. act. non etiam possessionem, quæ conjunctum habet animum dominii, d. L. 3. §. ult. nec denique vendendi potestatem, nisi reus fraudationis causâ latitet. L. 7. §. 1. ff. quib. ex caus. in poss. eat. — Hæc autem omnia pluribus exequitur B. VOORDA in *Dissert. de Vadimonio Cap. 4.* quæ exstat in D. FELLENBERG jurisprud. antiqu. tom. 2. Diff. II.

*Transactions sapta.*] Ait ULPIANUS in L. 2. pr. ff. h. t. „Non exigimus reum judicio sisti, si negotium, propter quod judicio sisti promisisti, fuerit transactum: sed hoc ita, si non prius id negotium transactum sit, quam sisti oportet. cæterum si postea transactum est, exceptio dolii opponi debet.“ Ita legitur in editione Faurelianâ, procul dubio vitiose: secundum hanc enim scripturam casus alter, si non prius &c. non minus erit de negotio post commissam stipulationem transacto, quam sequens, quem tamen JCTus priori per particulam adversativam cæterum oppositum voluit. — Quocirca CUIJACIUS ad L. 113. ff. de V. O. delendam censet particulam non, legitque sensu affirmativo: si prius id negotium transactum sit &c. — HALOANDER pro si non prius edidit: si modo prius, atque ira legi jubent HOTMANNUS Observ. Lib. 4. cap. 9. & P. FABER Semestr. Lib. 1. cap. 14. &

G 2

Lib.

*Lib. 3. cap. 24.* quorum posterior addit, particulas non & modo per eadem fere litterarum compendia exprimi solitas saepiuscule confundi. Nec ab hac emendatione, (quaé sane ingeniosa est) alienum se profitetur SCHULTING in Enarr. ad h. t. n. 5. — Aliam adhuc viam ingressus est BYNKERSHOEK Observ. Lib. 3. cap. 5. qui retentā lectione Florentinā verba transponit hunc in modum: *sed hoc ita, si non prius sibi oporteret, quam id negotium transactum sit.* — Forfitan, si quis perire omnino nihil velit ex Florentinā lectione, posset exiguo admodum molimine trajicere soliam particulam *quam hoc modo: si non prius, quam id negotium transactum sit, sibi oporteret.* Conf. WIELING in jurispr. restit. cap. 3. §. 7. in not. pag. 39. & B. VOORDA in laud. *Dissert. cap. 4. §. 6.*

*Aut sit mortuus &c.*] Quod si post diēm, quo sibi debuerat, reus vitā deceperit, uti liter agi potest. *L. 4. ff. qui satisd. cog.* tum enim mora commissa eit, quae obligationem perpetuat. *L. 58. §. 1. ff. de fidejuss.* modo non actio principalis morte Rei extinguatur, qualis est actio injuriarum: tum enim actio ex stipulatu nec in heredes, nec in fidejussores dabitur, nisi reus post longum tempus deceperit, ut, si ad judicium venisset, actor litem contestari potuisset. *L. 10. §. 2. in fin. ff. h. t.* quam posteriorem exceptionem A. FABER in Rational. ad d. 1. sine ullā ratione idoneā adsignat Triboniano, uti docuit BACHOVIVS ad Ἀρετα ad d. L. 10. & SCHULTING in Enarr. ad h. t. n. 3. in fin. Prudenter vero JCtus ait, *non dari actionem ex stipulatu:* stricto enim jure competeteret, quia post commissam stipulationem reus deceperat. Similiter si, *qui injuriarum acturus est, stipulatus erat, ut adversarius suus judicio sifat, dein commissa stipulatione mortuus est ante litem contestatam,* (huc enim verba ante litem contestatam in d. L. 10. §. 2. in init. trajicienda esse docuit SCHULTING d. 1.) non competere heredi ejus ex stipulatu actionem placuit; JCtis scil. quorum perpetua erat de jure civili in foro disputatio: nam, ut additur, *tales stipulationes propter rem ipsam dantur: injuriarum autem actio heredi non competit.* Significat igitur PAULUS, ex stipulatu actionem summo quidem jure heredi competere, attamen jurisdictione Prætoriā esse denegandam: idque clarius adhuc elucescit ex verbis sequentibus: „*Quamvis enim haec stipulatio judicio sifendi causā facta ad heredem transeat, tamē in hac causā danda non est: nam & defunctus, si vellet omissa injuriarum actione ex stipulatu agere, non permitteretur ei:*” ubi pro omessa A. FABER d. 1. non male legit amissa, hoc est, lapsu temporis extincta. Vid. SCHULTING d. 1. & B. VOORDA in laud. *Dissert. Cap. 4. §. 5.*

## §. 5.

*Vel valetudine.]* Quaritur de muliere gravida, cui num uter, quem gestat, justam vadimonii deserendi causam præbeat, nec ne? Negavit illud CUCACIUS Observ. Lib. 12. cap. 18. Affirmavit contra BYNKERSHOEK Observ. Lib. 3. cap. 25. Pendet ea res ex L. 2. §. 4. ff. h. t. ubi ait ULPIANUS; „Si non „propter valetudinem non steterit mulier ju- „dicio, sed quod gravida erat, exceptio- „nem ei dandam, Labeo ait: si tamen post „partum decubuerit, probandum erit, quasi „valetudine impeditam.” Ita legitur apud HALOANDRUM, TAURELLIUM, & in omnibus editionibus posterioribus. Horum tamen auctoritate insuper habitā, CUCACIUS d. 1. falsum videri inquit, mulieri gravidæ exceptionem esse dandam, quandoquidem morbo fontico non laborat. Quare insertā negatione legit: *exceptionem ei NON dandam* Labeo ait, ut recte opponatur versiculus sequens: *si tamen post partum decubuerit &c.* E contrario BYNKERSHOEK retentā lectione affirmativā non committendum existimavit, ut mulieri gravidæ denegetur exceptio, præser- tim cum ex mente ULPIANI supersit nihilominus, quo differat mulier gravida ab eā, quae post partum decumbat: hanc enim quasi valetudine, ut ait ULPIANUS, impeditam ipso jure esse tutam propter Legem XII Tabb., quae judice vel altero ex litigatoribus morbo fontico correpto diem judicii diffissum esse ju- bet, d. L. 2. §. 3. illam vero, cum morbo fontico non laboret, non quidem ipsa Lege XII. Tabb. esse tutam, propter uteri tamen difficultates ac pericula ex interpretatione Legis XII. Tabb., suggestente aequitate, excepione adjuvari. Conf. B. VOORDA in laud. *Dissert. cap. 4. §. 6.* ubi sententiam CUCACII contra opinionem BYNKERSHOEKII defendit.

## §. 6.

*In expensas damnandus est.]* Hoc verissimum, si actoris intentio vel in totum, vel pro parte, ipsi adjudicetur: sed si actor in intentionis probatione deficiat, & sic reus, quamvis contumax, absolvatur, nequaquam condemnari solet in omnes litis expensas, sed tantum in expensas contumaciae, nobis *de kosten van de defauten.*

*Licet autem quarta &c.]* Ex verbis art. 109. Instruct. Cur. Holl. dicendum videtur reum post trinam citationem quartā vice ci- tatum ad defensiones proponendas non amplius admitti, nihilque aliud posse allegare, nisi quod forma judicii per apparitorem in citatione faciendā neglecta fuerit. Et sene hoc fundamento G. GROTIUS in Isag. ad Prax. For. Batav. Lib. 1. cap. 7. §. 39. do- cet,

## SI QUI CAUTIONIBUS &c.

53

cet, post quartam citationem in personalibus, *five compareat reus, five non*, si actor legitime processerit, & intentionem suam satis probaverit, per definitivam sententiam condemnari reum in id quod petitum est, & in expensas. — Alii tamen & rectius putant adeo favorabilem esse reorum defensionem, ut nondum latâ sententiâ ab eâ excludendus non sit. VAN ALPHEN Papeg. 1. D. pag. 29. Attamen reum, post quartam citationem se sistenter, non tam facile audiri oportet, quam eum qui bis tantum vel ter citatus fuerit. Tertia contumacia perficit litis contestationem, (G. GROTTI *I sag. Lib. 1. cap. 8. §. 38.*) & sic actori jus quæsumum est, ad quod admendum alio juris remedio opus est. Praxis igitur introduxit, reum quartâ vice citatum non audiri, nisi implorato beneficio restitutio nis integrum. S. VAN LEEUWEN R. H. R. 5. B. 14. D. §. 4. — Idemque obtinet, si reus, etiamsi se ad primam citationem steterit, postea ad actoris intentionem non respondeat, & sic adversus eum decernatur contumacia, quam in foro appellare solemus *verfleken van antwoord*. Ista enim contumacia species eandem vim atque effectum habet, ac si tribus vicibus reus fuerat citatus. VAN ALPHEN Papeg. 1. D. pag. 30. ideoque ea non purgatur mora, nisi reus in integrum fuerit restitutus. VAN ALPHEN d. l. pag. 607.

§. 7.

*Plura tamen &c.*] De variis contumaciæ effectibus inspici meretur. BORT Nagel. werk. Obs. 22. pag. 25. seqq.

[*In materiâ appellationis interpositæ, &c.*] Quisnam sit effectus contumaciæ apud Supremam Curiam in causis appellationum, idque nominatim, si apud Hollandiæ Curiam causa non fuit perorata, sed tota lis conscripta est, latius disquisivimus *in notis nostris ad 228. art. Instr. Cur. Supr. in MERULÆ man. van proced. 2. D. pag. 619.* Ubi etiam (*ad art. 231. pag. 621.*) notavimus reum, ex Mandato Anticipationis ad appellationem citius prosequendam ad Supremam Curiam citatum, ordinario quidem non nisi post repetitam citationem condemnari; illud vero cessare, si Mandatum ita concessum est, ut certo ac præfixo dië gravamina ab appellante proponantur, & lis eodem die contestetur, ac causa peroretur: nobis een Mandament van Anticipatie, om op zekeren præcisen dag eisch te doen in appel, te voldingen, en te pleiten.

§. 8.

[*Quod si actor &c.*] Actoris contumacia omnino gravior est contumaciâ Rei. Hinc eâ adversus actorem decretâ, purgatio istius mortæ ordinario non admittitur. VAN ALPHEN Papeg. 1. D. pag. 30. n. 5. nisi judex, specialibus iisque justissimis rationibus motus, huic contumaciæ decreto (*Comparuit dicto*) purgandi intra breve quoddam tempus facultatem addendam putaverit. G. GROTTI *I sag. Lib. 1. cap. 7. §. 34.* LOENIUS *Decis. Cas. 109. Reglement van den Hoogen Raade van 7. Juny 1658. art. 1.*

## TITULUS XII.

### De feriis, & dilationibus, & diversis temporibus.

§. 1.

**J**USTITIUM, *seu juris statutum &c.*] Quod si lites filere publicâ auctoritate jubentur, & quidem in universum, ita ut judicis copia haberi non possit, non tantum propter sacra, sed & aliam calamitatem vel necessitatem publicam, magis generali *justitii* appellatione usi fuisse videntur Romani, ita ut *justitium & feriae* inter se differant ut *genus & species*. *Justitium* enim in genere denotat omnem cessationem à litibus, & sic etiam ferias tanquam speciem complectitur. — *Justitium* autem est vel *indictum*, quod publicâ auctoritate indicebatur à Magistratu, v. g. ob luëtum publicum, aut ob latitiam publicam; vel *justitium sumptum*,

quando scil. tanta est calamitas publica, ut *justitium* absque ulla publicâ *indictione* sponte sua inde sequatur, cum vel deficiat judex, vel ob tristitiam communem sponte fora defenantur. Contigit tale *justitium*, ubi exercitus Romanus apud Furculas Caudinas infami & ignominiosa clade erat affectus, quæ ubi esset Romam per nuncios delata, *Tabernæ*, inquit LIVIUS *Lib. 9. cap. 7.* (Edit. DRAKENB. tom. 2. pag. 856.) *circa forum clausæ justitiumque in foro sua sponte coeptum prius, quam indictum.* — *Justitii* hujus sumpti causæ in genere sunt tantaæ universæ Rei publicæ calamitates, ut omnia turbida & emortua sint, & totum corpus civile ita sit laceratum, ut vix cohæreat, sed omnia ad interitum & *αιρεγμα* ruere sua sponte vi-

G 3

dean.

deantur. In specie vero ad hæc tria capita referri possunt. — 1°. Sævitia belli, aut publicæ seditiones & turbæ in Republicâ, ita ut quilibet salutem fugâ querere amet, quam vitam suam ambiguo exponere discriminî. — 2°. Tempus pestis dirissimæ. — 3°. Dirissima famæ. Conf. J. H. BOEHMER *Exercit. ad Pand. tom. 2. Exerc. 25. pag. 124. seqq.* ubi de his omnibus latius agit, simulque disquirit, quid durante tali justitio justum est?

*Divinæ dicuntur &c.*] Species præcipuae feriarum divinarum, quatenus in Jure Codicis cognitæ sunt, fuere sequentes. — Primus ibi & summus dies feriatus est dies dominicus. Vocabatur à pagânis *Dies solis*, quâ appellatione Imp. adhuc usi sunt in L. 7. C. de fer. L. 1. C. Th. eod. L. 2. C. Th. de spectac. & veteres quidam Ecclesiae Patres citati apud BRISSONIUM in *Comment. de spectac. & feriis*: (qui exstat inter *Opera ipsius minora*, pag. 227—284.) & J. GOTHOFREDUS ad L. 1. C. Th. de fer. tom. 1. pag. 118. Ejus initium non est certum. BRISSONIUS d. l. illud à temporibus Apostolorum repetendum censet. SCHULTING in *E-narr. ad h. t. n. 4.* à Constantino Magno illud sumendum putat. Sed optima videtur sententia J. GOTHOFREDI, qui in *Comment. ad d. L. 1.* ut obstantia inter se loca conciliaret, diem dominicum ante Constantinum quidem observatum putat, sed eatenus tantum, ut eo die ad preces undique convenirent, lætitiamque & otium exercuerint, ac dies ille *natale Christi* i. e. requiei fuerit: Constantinum autem, primum diem illum ab actibus judicariis exemisse. L. 3. C. de fer. suppositiamque esse L. 2. C. eod. Hoc autem diæ debitum publicum vel privatum exiginon poterat. L. 3. C. Th. de execut. & exact. atque eo, uti & omnibus Christianorum festis, spectacula exhiberi prohibuit Theodosius junior in L. 5. C. Th. de spectac. Latius omnes actus hoc diæ prohibitos elegans comprehendit Leonis & Anthemii constitutio, qua est in L. 11. C. de fer. — 2°. Admodum quoque solemnis erat *Natalis Christi*; qui vacuuus, uti & præcedens & sequentes festi dies, ab omni judiciaria contentione erat, prohibitaque tunc erant spectacula. L. 5. C. Th. de spectac. BRISSONIUS d. l. — 3°. Numeratur quoque inter ferias divinas *Epiphania Christi*. BRISSONIUS & GOTHOFREDUS d. d. l. — 4°. Item *Paschatis Festum*. Sanctos enim Paschæ diæ, qui septeno numero vel præcedunt vel sequuntur, feriatos fore; & compulsionem annonariæ functionis, ut & omnium publicorum ac privatorum debitorum exactionem tamdiu differendam esse, ac omnes publicos privatosque actus durante illo tem-

pore conuiescere debere, Imp. voluerunt in L. 2. C. Th. & L. 7. L. 8. C. de fer. — 5°. Ultimum inter ferias divinas locum obtinet *Quinquagesima* seu *Pentecoste*. J. GOTHOFREDUS ad d. L. 5. C. Theod. de spectac. tom. 5. pag. 353.

## §. 5.

*Messium & vindemiârum.*] Harum originem quamvis ULPIANUS in L. 1. pr. ff. h. t. ab Oratione Divi Marci repeatat, tamen jam ante illius tempora observatas fuisse ex eo patet, quod STATIUS, qui Demitiani tempore vixit, jam earum meminerit Lib. 4. Sylv. 4. v. 39. seqq. Conf. HEINECCIUS in *Antiq. Rom. ad tit. Inst. de action. §. 11. in not.*

*Sive tacita &c.*] Diebus feriatis, qui ob necessitates hominum indulgentur, non etiam iis, qui in honorem Dei instituti sunt, renunciare Gregorius IX. Pontifex c. 5. X. de feriis permittit. At istiusmodi renunciatio claris verbis vel factis declaranda est, cum solæ ad eam conjecturae non sufficiant. Fac ergo, quem paulo ante messium ferias ad judicem venire, atque, ut causa sua sine omnimora ventiletur, & brevis terminus praesigatur, petere. Exceptioni feriarum eum non renunciasse, merito judicatum. LEYSER in *Medit. ad ff. tom. 1. Spec. 35. med. 3. pag. 284.*

*Neque hisce adversatur &c.*] Cum in L. 36. ff. de recept. dicitur: „Si feriatis diebus, cogente Prætore, arbitre dicat sententiam, & petatur ex compromisso poena, exceptio nem locum non habere constat:” respicere videtur JCtus ad L. 1. §. 2. ff. h. t. ex quâ quibusdam in casibus arbitri ad dicendam sententiam in diebus feriatis cogi potuerunt, in quibus igitur justum non foret, ut exceptio, quod diebus feriatis judicium haud sit, in L. 6 ff. h. t. approbara, reo concederetur. — Sed undenam limitatio, quam JCtus d. L. 36. adjicit, in verbis: „nisi alia Lege eadem dies feriata, in quâ sententia dicta, est excepta?” Non improbabilis videtur conjectura HOTTO-MANNI *Observ. Lib. 8. cap. 21.* hæc verba recentiori tempore adjecta, ac referenda esse ad L. 7. C. de feriis, quâ cautum, ne certis quibusdam diebus feriatis, ibi nominatim expressis, apud arbitros ulla sit cognitio juriorum, sive sint a judicibus flagitati, sive sponte electi. Conf. WISSENBACH in *Emblem. Tribon. ad d. L. 36. p. m. 357.* H. BRENCMAN in *Disp. de Leg. inscript. §. 24.* in WIELING *jurispr. rest. pag. 170.* C. F. WALCHIUS in *not. ad ECKHARD Hermen. Jur. Lib. 1. Cap. 6. §. 248. p. 450.*

## §. 7.

*Rece quoque expedientur &c.]* Hanc quæstionem terminarunt Ordines Hollandiæ *Resolut.* 3. Aug. 1655. (G. P. B. 7. D. pag. 921.) quâ declaratum utramque Hollandiæ Curiam, si necessitas id postulat, ordinariatum feriarum tempore justitiam administrare posse, nec earum dispositiones ex eo nullitatis esse arguendas.

## §. 9.

*Quæ in loco judicij &c.]* Cum sæpissime ob diversitatem religionum alias ferias judex, alias actor, alias reus habeat, quæritur, quænam ex iis attendi oporteat? Et respondentum videtur, discrepantibus feriis, non eas

solum, quas judex, sed & quas partes celebrent, attendi debere. Convenit hoc L. 13. C. de *Judæis*, ubi interdicitur, Judæum diæ Sabbathi, aut alio tempore, quo cultus sui reverentiam servat, convenire. LEYSER Medit. ad ff. tom. 1. spec. 35. med. 7. pag. 288. — Feriae porro messium & vindemia rum in illis locis non sunt observandæ, in quibus nec messes, nec vindemix fiunt. LEYSER d. l. med. 8.

## §. 14.

*Continua — tempora.]* Conf. de hac matériâ J. C. RUCKER *Dissert. de civili & naturali temporis computatione in jure:* in *Opuscul.* pag. 13. seqq.

## T I T U L U S XIII.

## De Edendo.

**E**AM quoque edere Labeo ait, &c.] Cum in jus venissent actor & reus, veniam que loquendi impetrassent à Prætore, reo unam ex illis, quas intendere volebat, actionem edebat actor, id est uno verbo significabat reo, cur ipsum in jus vocasset. Id enim iis temporibus, cum per se & sua auctoritate, reum, vel ejus loco vindicem, in jus statim sequi juberent actores, in jure demum fieri solebat; nullusque, quantum scio, exstat locus, ex quo certum sit, coactos fuisse actores reis, antequam in jus venirent, edere actiones. Et hinc LABEO in L. 1. §. 1. ff. h. t. etiam eum edere dicit, qui producat adversarium suum ad album, & demonstret quid dictaturus est, hoc est, qui adversarium suum in jus ducit ad album Prætoris, in eoque suo digito, vel aliter demonstrat formulam, seu actionem, quâ acturus sit. NOODT in *Comm. ad h. t. Oper. tom. 2.* pag. 50. Dissentit hic quidem G. d'ARNAUD *Var. Conject. Lib. 2. cap. 9.* sed hunc ex professo refellit A. H. VAN HEES in *Diff. de iis, quæ antiquitus apud Romanos inter litigatores ante litem contestata fiebant, cap. 3.* in D. FELLENBERG *jurispr. antiq. tom. 1.* pag. 535. & seqq.

## §. 2.

*Cum vero libellus præcipuum &c.]* Confirmat hoc egregie art. 58. *Instr. Cur. Holl. anni 1531.* in verbis: „Ende sal de Advocaet in „t maeken van syn Conclusie rypelyk letten, „ende goed regard nemen, gemerkt dat de sae-

„ke daer op rust.” Eum igitur, qui praxi operam navare studet, diligentissime attendere oportet, quibus conclusionum formulis in foro uti solemus. Varias hujusmodi formulas collegerunt MERULA man. van Proced. Lib. 4. tit. 37. cap. 2. WASSENAER *Præt. Judic.* & in primis VAN ALPHEN *Papegay.* Cum tamen in hodiernâ Praxi multum recessum fuit ab iis, quæ olim in foro obtinebant, omnes hi Formularii magis serviant his, qui forâ jam per aliquod tempus frequentati fuerunt, quam juvenibus, qui Academiac jamjam valedixerunt, & qui has temporum mutationes non attendentes, in utendis formulis gravissimos errores facile committunt. Optandum omnino foret, ut certiora vestigia in his sequi liceret: quæ quamdiu non existant, (& sâne non aperte ac perfecte nisi à quotidiano judiciorum usû in ipsis rerum documentis apparent,) in formandis Conclusionibus haec præsertim Regulæ sunt tenendæ. — 1°. ut diligenter inquiramus, quænam actio sit, quam instituimus, & ad quem finem secundum juris principia haec actio tendat. — 2°. ut non nimis anxie ac verbotenus formulas, ab auctoribus præscriptas, sequamur, sed accurate intueamur singulares rerum circumstantias, quarum minima rem variat, quibusque neglectis absurdæ vel inutiles periodi facilime in formulas intrânt. — 3°. ut formulâ conclusionis secundum actionis instituendæ naturam, ac rei circumstantias compositâ, componatur etiam formula sententiae, à judice ferendæ. Hac enim methodo adhibitâ vitia conclusionis quasi in oculos incurruunt, & sâpe errores deteguntur,

tur, quæ alioquin non ita facile detegi potuissent. — Patet igitur ex his, solidam principiorum juris scientiam, justo cum acuminis ingenii ad facta applicatam, verum efficer Præticum.

## §. 5.

*Alternative &c.]* Nimia certe circa ordinem judiciarium subtilitas, & sub prætextu juris excogitata *anæcœia* lites ex lite gignit, quas tamen abbreviari, reipublicæ interest. Libellus quidem ineptus rejiciendus est, sed non aliter, nisi nullâ commodâ interpretatione salvare, nec ad regulas juris aptari ullo modo possit. Sed an huc etiam referendi sunt libelli alternativi, & an hi tanquam incerti sunt rejiciendi, queritur? Jure antiquo formulæ alternativæ non proorsus fuerunt reprobatae: sed si Legis dispositio alternativa erat, formula quoque ex Lege alternative concipienda fuit. L. 6. §. 1. *de re judic.* Deinde si obligatio, ex quâ agi debebat, alternativa erat, veluti si Titius promiserat, ædes aut mille se daturum, pariter formulâ alternativâ utendum. §. 33. *I. de action.* Denique etiam formula alternativa admitti poterat in editione actionis, quoties incertum erat, quæ potius actio teneret? Nam (dicit ULPIANUS in L. 1. §. 4. ff. *quod legat.*) *duas dictamus*, (hoc est, edimus, alternative tamen) *protestati ex alterâ nos velle consequi, quod nos contingit.* — Sin vero nec natura negotii, nec dispositio legis formulam alternativam admittet, merito rejicienda erit, maxime si in ipsius facti narrationem incertitudinem induceret; neque enim qui narrat hoc aut illud accidisse, certi quid profert, sed dubie loquitur. Proinde Prætor edixit in actione injuriarum, *qui agit injuriarum, certum dicat, quid injuria factum sit;* L. 7. pr. ff. *de injur.* Certum autem dicit, qui dicat nomen injuriae, neque sub alternatione, puta illud aut illud, sed illam injuriam se passum. L. 7. §. 4. ff. *eod. Coll. Leg. Mof. & Rom. tit. 2. §. 6. in Jurispr. Antejust. SCHULTINGII pag. 740.* — Quicquid igitur nonnulli Prætici docent tanquam regulam communem de libellis alternativis non admittendis, è contrario tenendum videtur, alternationem per se non vitiare libellum, sed quandoque, immo ut plurimum, libellum alternativum esse aut necessarium, aut tolerandum, quandoque vero eundem tanquam ineptum & incertum ex causis specialibus esse rejiciendum. — Libelli autem alternative formandi sunt 1o. *ex dispositione legis*, cum sc. lex debitorem disjunctive obligat, & ei electionem relinquit, utrum hoc vel illud præstare malit, quam actor ei adimere non potest, quod tamen facere videretur, si simpliciter alterutrum peteret. Exemplum est in actione æstimatoriâ, cui novam formulam & actionem proposuit Prætor, quâ ageretur,

ut accipiens aut *ipsam rem* incorruptam reddat, aut *æstimationem*, de quâ convenit. L. 1. *in fin. ff. de æstimat.* L. 17. §. 1. ff. *de præscr. verb.* — Simile exemplum est in contrariis actionibus ex contractibus bilateralibus, quæ quandoque alternative concipiendæ sunt, si nempe debitor rem, quam ex hujusmodi contractu tenuit, culpâ suâ perdidit, & hunc in finem æstimationem litis præstare debuit, sed postea res deperdita in domini potestatem pervenit. Applicat hoc PAULUS ad rem commodatam deperditam in L. 17. *in fin. ff. commod.* & definit, commodantem contrario iudicio, aut rem commodatam præstare, aut quod ab eo acceperit, reddere debere. — Præterea quoque stuprata contra stupratorem ex praxi hodiernâ agere debet, *ut eam aut ducat, aut dotet*, si nullam stuprata promissiōnem matrimonii allegare possit. — Novum etiam occurrit exemplum obligationis juris alternativæ, proprie dictæ, in L. 7. pr. ff. *de relig.* & *fun.* quando quis mortuum suum in locum vel sepulcrum alienum intulit. Hic enim tenetur actione in factum, ut aut tollat id quod intulit, aut loci pretium præstet; adeque non potest non reo electio competere. — Similiter actio aquæ pluviae arcendæ quandoque potest esse alternativa in casu, quem proponit JCtus in L. 2. §. 1. ff. *de aq. & aq. pluv. arc.* Quando vetus fossa erat agrorum siccandorum causâ, nec memoria existabat, quando facta sit, ex eoque, quod vicinus inferior eam haud purgaret, ex restagnatione ejus aqua fundo superiori nocebat, censuit LABEO, *aqua pluviae arcendæ cum inferiore agi posse*, ut aut ipse purgaret, aut actorem paterneretur in pristinum statum eam redigere. — Dantur etiam interdicta alternativa, quorsum pertinet illud, cuius mention fit in L. 7. *in fin. ff. de damn. inf.* — In processu quoque exsecutivo alternativa petitio occurrit, qua reus adstringitur, ut chirographum suum vel recognoscatur, vel jurata diffiteatur. — 2o. Libelli etiam alternative sunt formandi *ex dispositione hominis*, si ve inter vivos, si ultima voluntate alternative concepta, modo electio penes debitorem sit, quia alias actor exceptione plus petitiois removetur. §. 34. *I. de action.* sic v. g. si contractui adjecta est æstimatio venditionis gratiâ, hæc efficit, ut debitor alternative obligetur, si ad rem, si ad æstimationem præstandam, nisi creditori speciatim electio reservata fuerit; uti in dote, æstimato data, maritus habet electionem, utrum malit rem offerre, an pretium earum. L. 10. *in fin. ff. de jur. dot.* — vel si in contractu principali alterutrum est promissum, veluti si hoc, aut illud venditum est, siquidem venditori reservata electio, ille alternative actione empti est convenientius. L. 34. §. 6. ff. *de contrah. empt.* — Idemque etiam dicendum de debi-

debito alternativo ex ultima voluntate, cum sc. testator heredi electionem reliquerit.

Quamvis autem hæc omnia juris analogia optime convenient, probe tamen attendendum, ne libellus alternativos admittamus, ubi alternativa in jure non est obligatio. — Hæc obligatio alternativa 1°. non est, quando non alterutrum, sed unum tantum principaliter est in obligatione seu in debito, et si ex lege ad aliud quid præstanduim facultatem habeat debitor. Sic in casu læsionis ultra di-midium ex L. 2. C. de ref. rend. libellus tantum ad rescindendum contractum est diri-gendus, quamvis emtor, hoc remedio con-ventus, ex legis dispositione se ab hoc debito liberare queat, si, quod deest justo pre-tio, solvat. — Huc etiam referendæ actiones noxales: his enim dominus simpliciter damnatur ad litis aestimationem, sed post con-demnationem ipsi permittitur, seu facultatem habet se à litis aestimatione liberandi per no-xæ deditonem. pr. I. de noxal. action. L. 6. §. 1. ff. de re judic. — Similiter actio hy-pothecaria, contra tertium possessorum insti-tuenda, tanquam mere realis, solummodo ad rem hypothecæ subjectam persequendam ten-dit. Ad solvendum debitum possessor nullo modo obstringitur, quippe cum quo creditor haud contraxit. Vindicatio hypothecæ non possessorum obligat, sed rem sequitur, ut aiunt Impp. in L. 2. C. si unus ex plur. he-red. solutio autem debiti ad facultatem, ter-tio possessori à lege concessam, pertinet, ut hac facta, à persecutione hypothecæ & exe-cutione se liberare queat. L. 12. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv. — 2°. Non confundenda est obligatio alternativa cum sub-sidiariâ: in hac enim altera obligatio tantum est in subsidium, si prius præstari non possit ob moram, culpam, vel procaciam debito-ris. In his igitur libellus tantum ad præsta-tionem rei principaliter debitæ, non vero al-ternative concipiendus est; quamvis tamen ex eo non tanquam ineptus rejiciendus foret. — 3°. Denique libellus alternativus non debet continere cumulationem remediorum, non ad diversa sed ad idem tendentia; in simplici-bus enim remediis actor tenetur eligere, quo uti velit. — Confer. qui hanc materiam eru-dite exposuit, J. H. BOEHMER Exerc. ad Pand. tom. 2. exerc. 26. pag. 164—222.

### §. 7.

**Petendi causa.]** In causis quidem crimin-ibus circumstantias personarum, loci & tem-poris exprimere accusatori injungitur, nisi li-bellum suum tanquam generalem & obscurum rejici velit. L. 3. pr. ff. de accusat. Quin etiam in nonnullis causis civilibus, quæ scil. ex delicto descendunt & famosæ sunt, ut fur-

ti, injuriarum, idem requiritur. L. 7. pr. ff. de injur. Hoc vero in iis causis singulare est, nec ad alias civiles, quæ ex contractu vel æquitate proficiscuntur, extendi debet. Non infrequenter quidem Rei expressionem circumstantiarum ab actore postulant, atque propterea exceptionem generalis & obscuri libelli proponunt: verum cum nec actori, qui saepe circumstantias facti tam accurate scire nequit, nimium onus imponendum sit, atque defensio, omisssis licet circumstantiis, reo interclusa non sit, atque jura nostra tantum in criminalibus & famosis causis circumstantias adjici jubeant, & per hanc exceptionem regu-lam, quod scil. in aliis causis civilibus id necessarium non sit, firment, libellus hujusmodi, in quo circumstantiae loci, temporis &c. omittuntur, pro generali & obscuro non habendus, dummodo cæteroquin, quid, quale, quantumque petatur, liquido appareat. Hoc solum enim Leges nostræ requirunt in L. 6. ff. de rei vind. L. 1. §. 40. ff. depos. Conf. LEYSER medit. ad ff. tom. 1. spec. 36. med. 6. pag. 296. — Hinc quoque in judi-ciis possessoriis is, qui interdictum uti possi-detis adhibet, Reo nominatim exprimere non tenetur omnia facta, quibus se in possessione turbatum existimat. Hæc enim sunt propria Rei facta, quæ ignorare ipsi non est permis-sum: & magis ad executionem, quam ad ip-sum judicium hæc disquisitio pertinet. Atque ita saepius judicavit Suprema Hollandiæ Curia: 28. Julii 1753. in de zaake van C. van Aarsen, qq. Impetrant van Mandament van Maintenue contra A. Stichter C. S. Gedaag-dens. — 5. Febr. 1768. in de zaake van D. T. Val, C. S. Impetrant van Mandament van Maintenue, contra Schout en Gerechte van Nieuwer Amstel, Gedaagdens. — 18. Decemb. 1773. in de zaake van Mr. Aalst van der Hooock de Bruyn, qq. Impetrant in cas van Maintenue, contra Joan Osy, Gedaagde.

### §. 8.

**Nomen actionis &c.]** Jure veteri ipsum ac-tionis nomen libello inseri debuisse, existi-mat Auctor noster in h. §. & alii cum eo, veluti NOODT in Comm. ad h. t. Oper. tom. 2. pag. 51. sed rectius sentire videtur SCHUL-TING in Enarr. ad h. t. n. 5. actionis scil. editionem non id sibi velle, quod debeat ac-tor sic dicere, agam tecum rei vindicatione, vel conditione certi ex mutuo, vel actione ex vendito &c. Nihil tale requisitum fuit etiam tunc, cum in usu essent formulæ: verum tunc utebatur actor tali formulæ in actione proponenda & intentanda, ajo fundum Tus-culanum meum esse. Hæc erat formula rei vindicationis: ac sic in aliis, ajo te mili-centum debere, vel dare oportere ex mutuo, vel

vel ex stipulatione, vel ex vendito: atque ita condicione certi ex mutuo, vel ex stipulatione, vel actionem venditi proponebat.

## §. 9.

[*Neque ad id, ut post litem contestatam &c.*] Quamvis recte putet Auctor, olim licuisse libellum emendare aut mutare, tam ante, quam post litem contestatam, in eo tamen ab ipso dissentendum videtur, quod post litem contestatam Prætoriā in integrum restitutione omnino opus fuerit. Cum enim per litis contestationem inter actorem & reum quasi contrahebatur de lite eo, quo coepta erat, modo, finiendā, *L. 3. §. 11. ff. de pecul.* à quo quasi contractu alterum invito altero recedere non oportet. *L. 5. C. de obl. & act.* haec difficultas sine restitutione in integrum tolli potuisse non videtur. Atque ita in *L. 3. C. h. t. accipienda verba, prout jus reddentis decernit aequitas*, quippe quae designant in causa litis jam coptae ad mutandum libellum opus fuisse decreto speciali, quo opus non erat ante litem contestatam; tunc enim, *prout Edicti perpetui monet auctoritas*, id est ipso jure ex Edicto, libellum mutare licuit. Conf. SCHULTING in *Enarr. ad h. t. n. 8.*

## §. 14.

[*Actiones cumulari posse &c.*] An præparatoria & principalis actio sine vitio in uno libello cumulari possint, queritur? Dubium hoc videri poterat propter *L. 16. 18. 21. ff. de exception.* ubi is, qui nondum discussa causa præparatoria statim principaliter agit, exceptione præjudicii removeri dicitur. Verum in ipsis legibus nihil amplius improbatur, quam, omissa prorsus actione præparatoria, principalem instituere. Hoc certe non licet. Sed cumulatio eo non prohibetur, modo successiva sit, ita ut prius causa præparatoria executiatur, deinde hac finita, non opus sit novo libello, verum ex priore illo principalis etiam causa definiatur. Hujusmodi cumulatio nihil absurdum habet, atque etiam juri nostro in *L. 13. C. de rei vind.* convenire videtur. Conf. LEYSER medit. ad ff. tom. 1. spec. 36. med. 5. pag. 294.

## §. 16.

[*Instrumentorum editio &c.*] Secundum præixin. in foris nostris usitatam, reus ab actore petere potest, 1°. editionem mandati, quo actor procuratorem constituit. 2°. editionem instrumentorum, quibus actor suam qualitatem probare conatur. 3°. editionem instrumentorum, quorum in libello intentionis nominatim mentio fit. Et 4°. editionem relationis,

ab apparitore super citatione factæ. — Sed quando hæc omnia reus petere possit, queritur? Respondemus ab ipso hoc faciendum statim ubi actio ab actore edita fuit: nobis ten dage dienende. Convenit hoc unanimi Præticorum opinioni, halce præliminaires petitiones fieri debere, antequam reus diem ad deliberandum postulat. G. GROTHI *I sag. Lib. 1. cap. 9. §. 1. VOET ad h. t. n. 4.* — Præterea *Art. 54. Instruct. Cur. Holl. renovatus Ordinat. Cur. 26. Junii 1584. expresse statuit, dat de Procureurs aan hun termijn moeten voldoen, zonder verzoeken te doen, daar af de dag niet dient, en welke zij daar te vooren hadden mogen en behooren te begeeren.* — Accedit, quod alioquin effectus contumacia eludere facillimum foret, atque plus una vice dies ad deliberandum competenteret, cum tamen in causis civilibus plus semel dilatio non sit concedenda. *L. ult. ff. de fer. & dilat.* — Merito itaque Hollandiæ Curia censuit, reum qui, post obtentum simpliciter deliberationis diem, per tres septimanas nihil in causa fecerat, & tunc ab actore ad respondendum fuerat interpellatus, non amplius habere facultatem responsionem suam differendi ob id, quod editionem instrumentorum, antea ab eo non petitam, nunc sibi fieri postularet, bij *Sententie van Heren Commissarissen van den Hove, van dato 30. April 1776. in de zaake van Leendert Takkebos, C. S. Gedaagdens en Requiranten, contra Tryntje Luyendyk, Imperante en Gerequireerde. Conf. notas nostras ad MERULÆ man. van Proced. Lib. 4. Tit. 38. cap. 1. tom. 2. pag. 2.*

## §. 20.

[*Argentarii &c.*] De editione rationum, ab argentariis faciendā, conf. G. MAJANSIUS *Disput. tom. 2. disp. 49. n. 22. seqq. & H. HUBERT Differt. de Argentariis veterum, in Thes. Diff. Jurid.* (Edit. Bremæ 1769) vol. 2. tom. 1. pag. 1—136.

## §. 21.

[*Jurejurando calumniæ &c.*] Conf. BYN-KERSHOEK *Observ. Jur. Rom. Lib. 7. cap. 9.*

[*Aut quorum alias ex honesto &c.*] Ita recte auctor: is enim usus prothocollii, ut ad id recurri possit, & cuique cuius interest, exemplum contractus edi queat. Quæ & ratio, cur prothocollum deferatur ad magistratum, cum Notarius decepsit, ne amissis scilicet instrumentis, aut deletis, aut scissis, ut facile potest fieri per heredum incuriam, magno cum detimento, quorum ea res est, probationes deficient. *Edit. Caroli V. 4. Octob. 1540. art. 13. A. MATTHÆUS de Probat. cap. 3. n. 80.* — Ideoque & Hollandiæ Curia 26. Febr.

Febr. 1683. Notarium quendam Amstelædamensem ad exemplar authenticum cuiusdam instrumenti edendum condemnavit, quamvis contradicente adversario ejus, cui hæc editio facienda erat. VAN ALPHEN *Papeg. 2. D. pag. 585—588.* — Add. BYNKERSHOEK

*Quæst. Jur. Priv. Lib. 1. cap. 6. vſ. „Si apud Curiam lis effet, in quā instrumentum, à Notario compositum, effet exhibendum, ad exhibitionem ibi Notarium conveniri posse, nullus ambigo.” — LOENIUS Decis. Caf. 36.*

## T I T U L U S XIV.

*De Pactis.*

## §. 1.

**P**ACTUM.] Vox *pacti* etymologice derivatur ab antiquo & obsoleto *pago*, sive *paco*, quod occurrit in Lege XII. Tabb. vid. J. GOTHOFREDUS in *not. ad Tab. I. Legis XII. Tabb. & AE. MENAGIUS A-moen. Jur. Civ. cap. 39. pag. 379.* Aliam derivationem suppeditat ULPIANUS in *L. 1. ff. h. t.* ubi ait, *pactum autem à pactione dicitur: inde etiam pacis nomen appellatum est.* In ea re Stoicos imitatus, qui allegorice magis, quam etymologice vocabula derivare solebant, ut plurima talia exempla collegit MENAGIUS loc. cit.

## §. 2.

*Pactum nudum &c.] Conf. NOODT de pact. & transact. cap. 10.*

*Minus denique &c.] De explicatione L. 3. §. 4. ff. de cond. caus. dat. conf. B. CHESIUS different. jur. Cap. 51. n. 8. in Jurispr. Rom. & Att. tom. 2. pag. 786.* qui in casu ejus Legis pecuniam promissam ex stipulazione supponit, quippe ex quā condicō certidatur. pr. *Inst. de verb. obl.* — Alii per conditionem intelligunt actionem præscriptis verbis, adeoque hic non merum pactum nudum, sed contractum nec nominatum intervenisse putant. Vid. J. F. DE RETES Opuscul. Lib. 2. Sect. 1. cap. 9. n. 9. & Sect. 2. cap. 7. n. 2. in MEERMANNI Thes. tom. 6. pag. 109. & 132.

## §. 7.

*Stricti juris negotio &c.] Pacta nuda adjecta contractui stricti juris à parte Rei non possunt inesse, i. e. reus ipso jure tutus esse non potest, sed debet apud Prætorem suam opponere exceptionem, alioquin simpliciter condemnatur. Multo minus à parte actoris possunt inesse, nam tale pactum est & manet pactum nudum, nec ingreditur contractum, quia stricte respicitur, quid in contractum venerit, post habito pacto, quod mere est nudum. Facit huc L. 11. §. 1. ff. de reb. cred. ubi totidem verbis ULPIANUS ex mente PROCULI ait, si decem mutuo data sunt, ad-*

jecto pacto, ut undecim reddantur, amplius quam decem condici non posse. Rationem reddit PAULUS in *L. 17. ff. h. t.* quod *re non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.* Atque hoc ex regulis juris ita verissimum esse luculenter ostendit BYNKERSHOEK in *Libr. sing. ad L. Lecta 40. ff. de reb. cred.* & in *Dissert. de pactis juris stricti contractibus in continenti adjectis.* (*Oper. tom. 2. pag. 5—60.*) Nec distinguendum, utrum ex intervallo, an in continenti fuerint adjecta; contra quam statuit NOODT de pact. & transact. cap. 12. qui concedit quidem ex parte actoris pacta non inesse, præterquam in stipulatione, si in continenti sint adjecta: sed quoad pacta ex parte Rei adjecta, distinguit, utrum in continenti, an ex intervallo adjecta sint; si posterius, concedit tantum ad exceptionem prodesse, si prius, putat inesse, quod argumentis & juris textibus confirmare nititur. Sed hanc sententiam nullo idoneo fundamento esse subnixam, & ex professo contrarium evicit BYNKERSHOEK loc. laud.

## §. 12.

*Unius correi &c.] An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri profit aut noceat? disquirit VINNIUS Sel. Quæst. Lib. 1. cap. 6.*

*Unumquemque sibi & non alteri pacisci &c.]* In quæstione, quale jus ex pacto tertii acquiratur? tria temporum intervalla sedulo sunt distinguenda. — Juris antiqui regula erat: alteri stipulari nemo potest, præterquam si servus domino, filius patri stipuletur. §. 4. f. de inut. stipul. Idque non tantum in stipulacionibus obtinebat, verum etiam in cæteris contractibus. Generaliter proinde SCÆVOLA in *L. 73. §. 4. ff. de R.* f. hanc tradit Regulam: *nec paciscendo, nec legem dicendo,* (veluti ut res donata tertio post tempus restituatur, quam legem rei meæ donatae dico,) *nec stipulando quisquam alteri cavere potest.* Et PAULUS in *L. 11. ff. de O.* & *A.* eandem doctrinam refert his verbis: *quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostrâ personâ obligationis initium su-* mant,

*mant, inanem actum nostrum efficiunt. Et ideo neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.* — Ex hac autem regulâ veteres concludebant 1°. ne quidem pignoris obligationem per alium, veluti procuratorem, acquiri nobis potuisse. *L. 11. §. 6. ff. de pign. aet.* — 2°. Idem quoque in mutuo constituendum stricto jure fuisset, si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te & ignorante: tunc enim stricto jure condic̄io acquirenda foret numeranti, non tertio, quia per liberam personam actio personalis alteri acquiri non possit. Sed in hac parte ob commerciorum utilitatem à juris veteris rigiditate jure singulari recessum est. *L. 9. §. 8. L. 15. ff. de reb. cred.* — 3°. Inde colligebant, per tutorem & curatorem obligationem ne quidem pupillo acquiri posse, *L. 11. §. 6. ff. de pign. aet.* adeoque consultius putabant, ut pupillus ipse, si præsens esset, ejusque aetatis, ut quod ageret intelligeret, contraheret *tutore auctore*, & sibi directo ex suo contractu acquireret. — 4°. Pariter nec mandanti per mandatarium actio acquirebatur, etiamsi hic non sibi, sed suo domino fuerit stipulatus. *L. 49. in fin. ff. de acq. vel amitt. poff. L. 45. pr. ff. mand.* — 5°. Socius per socium contrahentem ipso jure non acquirebat actionem, eti vel maxime societati præpositus fuisset, sed hic cessio regulariter erat necessaria. *L. 1. L. 2. ff. de inst. aet.* — 6°. Idem judicium ferendum erat de aliis contractibus, etiam realibus. Etenim si deponens vel commodans commodato vel deposito legem dixerat, ut tibi restituerentur res depositæ & commoda, *intelligis*, aiunt Impp. in *L. 8. C. ad exhib. nullam te ex ejus pacto, contra quem supplicas, stricto jure actionem habere.* — 7°. Ex eodem quoque principio ne quidem adjecto jus agendi ex stipulatione quæstum fuit, veluti cum quis sibi aut Titio dari stipulatus erat, obligatio soli stipulatori acquirebatur, nec Titio jus agendi erat, *§. 4. f. de inutil. stipul.* quamvis ipsi, etiam invito stipulatore, solvi posset. — 8°. Emotor quoque, qui alieno nomine contraxerat, veluti nomine uxoris, nec sibi actionem emitte acquirebat, quia uxoris nomine contraxit, nec uxori, quia alteri nemo pacisci & stipulari potest. *L. 6. C. si quis alt. vel sibi sub alter. nom. vel alien. pec. emer.* — 9°. Denique nec adversus debitoris debitorem creditor absque cessione agere poterat. *t. t. C. quand. fisc. vel priv. debit. sui debit. conv. deb. vel poff.* — Porro sicuti nemo ex contractu alterius jus perfectum, stricto jure civili, acquirebat, ita etiam nemo ex contractu tertii obstringebatur, nec conveniri poterat. *L. 11. ff. de O. & A. L. 27. §. 4. in fin. ff. h. t. L. 3. in fin. C. ne uxor pro mar.* — Ita jure antiquo res se habuit: postea vero ex Jure

Prætorio secuta est emendatio, in primis quod ad regulam, neminem ex contractu alterius obligari posse. Hinc Prætores constituerunt, exercitorem ex contractu magistri navis, secundum legem præpositionis contrahentis; mercatorem ex contractu sui institutoris; dominum ex contractu servi in peculio suo, vel ad ejus jussum contrahentis, vel in rem domini pacifcentis, obligari & conveniri posse ex contractu inito, ac si eundem ipsem etiis. — Tandem sub Imperatoribus plenius prospectum est iis, quorum nomine contractus erat initus, ob ingentes cessionum difficultates; ideoque ex constitutione D. Pii, ei, cui actio cessata non est, utilis actio ex aequitate concedebatur, ac si cessio solemnis inter praesentes in jure facta fuisset. *L. 1. §. 13. ff. de tut. & rat. disbr.* Haec igitur utilis actio nullam cessionem in jure desiderabat, & invito contrahente institui poterat, etiam ex contractu extranei, qui sine mandato in utilitatem tertii pactus fuerat. — Conf. J. H. BOEHMER *Exercit. ad Pand. tom. 2. Exerc. 28. cap. 1. pag. 256—298.* qui his omnibus latius expositis, tandem inde colligit, „ 1°. jure novo ex contractu tertio jus perfectum acquiri posse, si in favorem tertii hic est initus, & contrahens sibi inde actionem acquirere potuit, nec hujus cessionem esse necessariam. — 2°. Si contrahentis prorsus nihil interest, tertio dari, nec contrahentem sibi jus agendi acquisivisse, nec consequenter etiam tertio, quia utilis actio demum tunc data fuit, si pacifcens jus agendi, quod cedere poterat, acquisivit. — 3°. Inde vero regulam, *pacisci nemo alteri potest*, invertendam, & dicendum: *efficaciter jure novo quis tertio stipulari potest*, excepto unico casu, rarius contingente, si stipulator ob deficiens interesse jus agendi sibi acquirere non potuit, unde tamen non regula, sed *exceptio formanda*; exceptio enim haec tantum usum habebat, si quis aliquem ad *donandum tertio induce-re volebat*, & in ejus personam donationem concipiebat. — 4°. Revera JUSTINIANUM in *L. 2. C. per quas pers. nob. acquir.* nihil novi adeo induxisse, consti-tuendo, procuratorem, qui alterius nomine pecuniam numeraverat sub hypotheca, hypothecariam actionem domino ipso jure & sine aliquā cessione acquirere, æque ut actionem personalem ex mutuo, nisi quod utilis hoc casu non sit necessaria, sed directa æque ut in mutuo domino detur, cum tamen inter utramque nulla sit differen-tia. *L. 47. ff. de negot. gest.*

## §. 14.

*Sed nec fidejussionibus &c.] Quæstionem, an & quatenus pactum, à reo principali ini-tum,*

tum, fidejussori profit? elegantissime tractavit J. AVERANIUS *Interpr. Jur. Lib. 3. cap. 8.* occasione casus cuiusdam, quem ita describit. „ Post diuturnam litem super anno censu tandem omnis controversia decisa fuit per transactionem, quā convenit, ut debitor solveret creditori scuta centum: quibus solutis extinctus esset census, & resolutus contractus, & omne jus creditoris ex causā ipsius census. In fine tamen creditor sibi reservavit jura talia, qualia sibi competenter contra fidejussores census. Receptā à principali debitore summā, de quā convenerat in transactione, judicium instituit contra fidejussores.” Quārebat, an recte? Et existimavit AVERANIUS absolvendum fidejussorem. Multis rationibus pro hac sententiā ex naturā & effectu transactionum allegatis; tandem (*num. 36.*) hanc regulam juris certissimam proponit; *fidejussorem pacto liberatorio, à reo inito, liberari, quotiescumque habiturus esset regressum adversus principalem debitorem;* ea evidenti ratione, quia frusta liberatus esset à suo creditore debitor, si posset à fidejussore conveniri. Quid enim debitoris interest, utrum à creditore, an à fidejussore conveniatur, & cogatur ad solvendum. *L. 46. ff. de fidejuss. L. 1. §. 8. ff. quar. rer. act. non dat. L. ult. in fin. C. de usur. rei jud. L. 3. §. 3. L. 5. pr. ff. de liber. leg. L. 32. ff. h. t. L. 9. §. 3. ff. de SCto Maced. L. 29. ff. de recept. arb.* Liberato igitur reo, liberatur etiam fidejussor, nisi in illis tantum causis, in quibus fidejussor non habet regressum contra reum principalem, cum ei non detur neque mandati actio, neque negotiorum gestorum, quod accedit, si quis fidejussit, vel pro debitore invito ac repugnante, vel donationis causā, vel in rem suam. — Accedit, quod fidejussori semper tutissimum est praesidium, quo se à creditore conventus tueatur, exceptio cedendarum actionum contra reum principalem; quod beneficium à lege concessum fidejussori non potest invito pactione creditoris auferri. Sed quas actiones cedere debet creditor, aut cedere potest, cum nullas amplius habet? Quare etsi in casu mox proposito, propter reservationem juris contra fidejussorem, pactum personale intervenisse videri posset, tamen fidejussor repellere potest creditorem, qui nunquam cessionem, liberam ab exceptione pacti conventi, offerre queat. — Cum igitur dicamus, exceptionem personalem non prodesse fidejussori, hoc intelligendum de iis, quae personae debitoris ita cohærent, ut ipsi soli competant, nec ad alios transferantur. *L. 22. ff. h. t. L. 12. ff. solut. matrim. L. 7. ff. de except. & quod speciatim attinet d.* *L. 22.* verissimum quidem est pactum personale non prodesse fidejussori; sed quā ratione? non alia certa, quam ut fidejussor, à creditore

conventus, eum repellere non possit exceptione pacti; verum propterea tamen non amittit exceptionem cedendarum actionum, quae ipsi non obvenit ex pacto de non petendo, cum quo nihil commune habet: sed ipsi datur à lege ad recuperandum à reo principali, quod pro eo solvit.

## §. 15.

*Quod si plura &c.]* Si unius debiti plura sint apud creditorem chirographa, an unius redditione censeatur obligatio remissa? disquirit VINNIUS *sel. Quæst. Lib. 1. cap. 7.* — Quarētur etiam, si creditor chirographum tacitus comburat, an debitum remisſe censeatur, & si quid deinde exigat, exceptione pacti de non petendo repellatur? Affirmat LEYSER *medit. ad ff. tom. 1. spec. 42. med. 6. pag. 344.* Eadem enim combustionis, quæ cancellationis ratio est, dummodo utramque creditor non casu fortuito, sed consulo fecerit.

## §. 16.

*De futurâ successione &c.]* Rationem, ob quam Romani pacta de viventis hereditate non admiserint, Interpretes non immerito quærunt in frequentiā periculorum, quae ex istis pactis oriebantur contra vitam eorum, de quorum hereditate inita erant. Conf. LEYSER *med. ad ff. tom. 1. spec. 43. med. 1 & 2. pag. 347.*

## §. 18.

*De quotâ litis &c.]* Pactum de quotâ litis pro mercede seu salarii nomine Advocati & Procuratores ubique inire vetantur. J. GOTHOFREDUS *in Tract. de salario cap. 7. n. 4. in Oper. minor. pag. 258. seqq. DE GROOT Inleid. 3. B. 1. D. §. 41. n. 60.* — Non tamen omne pactum inter advocationem & clientem leges prohibent; sic nihil impedit, quo minus finito officio liberaliter cum advocationis agatur, quia tunc cessat omnis concussionis metus. Quare cum advocationis post depositum patrocinium cum cliente de salario pacatus esset, hic autem postea se laesum querens ad aestimationem provocaret, eo non obstante condemnatus est sententiā Curiae Frisicæ 20. Decemb. 1668. Eademque Curia judicavit (20. Decemb. 1684.) valere etiam conventionem, quā advocationis per averzionem patrocinium suum addixit pro certo salario annuo, idque salarium deberi, quamvis toto anno cliens patrocinio ejus non fuerit usus. J. BEUCKER *Decis. Frisic. cap. 22. pag. 24. seq.* — Varias porro quæstiunculas de hac materia tractavit A. MERENDA *Controv. Jur. Lib. 21. cap. 38.*

## §. 23.

*De pacto majoris partis creditorum &c.]* Quamvis regula sit juris certissima, rem inter alios actam, aliis non nocere, dantur tamen Interpretes, qui putant, regulariter pactum à majore creditorum parte cum debitore obārato initum valere, eo cum effectu, ut noceat minori quoque creditorum parti; uti WISSENBACH in *Disput.* ad h. t. ff. th. 38. BRUNNEMAN in *Comm.* ad L. 8. ff. h. t. A. FABER in *Rational.* ad L. 7. §. 19. ff. b. t. verum hanc sententiam juris principiis repugnare, apparet ex L. 25. C. h. t. ubi totidem verbis dicunt Imperatores: *Debitorum pactionibus creditorum petitionem nec tolli nec mutari posse.* — Aliud argumentum præbet L. 5. C. de auctor. præst. vñ. ut quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur. — Huic sententiae etiam maxime favet L. 8. ff. de aq. & aq. pluv. arc. vñ. cum enim minuitur jus eorum, consequens fuit exquiri, an consentiant. — Probant quoque hanc sententiam exceptiones, quibus in jure limitatur. Prima exceptio est in hærede, qui metuens æs alienum, quod forte in hereditate est, ante hereditatem aditam paciscitur cum majore creditorum parte de debiti portione remittendâ, interposito Prætoris decreto, quod pactum etiam nocet minori parti. (vid. *Auctor noster* h. t. n. 24. seqq.) — Secunda exceptio est in concedendo rescripto moratorio, quod à Principe, consentiente tantum majore creditorum parte, impetratur, & nocet minori parti. L. ult. C. qui bon. ced. poss.

*Zelandis tamen placuit &c.]* Placitum Ordinum Zelandiæ 11. Decemb. 1649, ab Auctore allegatum, fere iisdem verbis repetitum fuit per *Edictum Ordd. Zelandiæ* 27. Junii 1776. (*Nieuwe Nederl. Jaarboek. van July* 1776. pag. 731—742.) ab art. 10. usque ad art. 17. cuius summam breviter enarrabimus. Postquam art. 10. rationem Legis rediderant Ordines, in art. 11. quod ad partem debiti remittendam attinet, statuunt, posse debitorem, qui solvendo non est, pactum inire cum omnibus creditoribus de debito, vel in totum, vel pro parte, solvendo, aut solutione in certum tempus differendâ, ejusque deinceps præstandæ securitate interponendâ, vel non interponendâ, cuiusmodi pactum validum esse declaratur, sive publice constet debitorem foro cessisse, sive non constet. — Ne tamen in fraudem *Edicti Caroli V.* anni 1540. quod in *Placito* anni 1649. expresse confirmarunt Ordines, committeretur, addiderunt sequentia requisita. 1º. ut idonea cautio interponatur de debito per partes statutis temporibus solvendo. 2º. ut ejusmodi pactum ineatur auctoritate unius aut plurium ex magistratibus, quibus debitor obāratus probare tenetur, sine vitio suo, sed

infortunio, se solvendo esse desiisse. 3º. ut omnes creditores, antequam pactum ineatur, legitime sint citati. — Sin vero omnium creditorum consensus impetrari nequeat, potest tale pactum iniri consentientibus tribus quartis eorum partibus, dummodo eorum creditum adscendat usque ad duas tertias partes omnis æris alieni, vel ex consensu duarum tertiarum partium creditorum, quando illorum creditum efficit tres quartas partes æris alieni; uti indicatur art. 12. — Cumque *Edictum anni 1649.* art. 2. indistincte loqueretur, & ex eo dubium moveri posset, an creditoris hypothecarii, vel aliter privilegiati, consensus ratio habenda esset? hoc dubium dirimerunt Ordines d. art. 12. ita ut nulla eorum creditorum ratio habeatur, qui pignoribus, fidejussoribus, aliisve securitatis muniti erant. — Si itaque major pars creditorum, ita intellecta, ut mox descripta fuit, consenserit in partem debiti remittendam, reliquos creditores eorum exemplum sequi debere, docetur in art. 13. nisi creditores pignoribus aut aliâ securitate tuti sint, vel aliter in credito habeant privilegium, quo casu ipsis concessum est, ut jure suo utantur. — Ut tamen evitarentur fraudes, in occultandis bonis vel libris rationum, quibus debitor creditoribus ejusmodi pactum, de remittendâ debiti parte, ineundum persuadere posset, merito in art. 14. cautum, talem debitorem non modo amissurum jus, ex remissione pacto factâ oriundum, verum etiam illam poenam subiturum, quæ (art. 5.) in fraudulentos & latitantes debitores erat statuta, secundum Jura Cæsarea, vel etiam alio modo pro negotii diversitate punitum iri. Quid autem per Jura Cæsarea, de Keizerlyke Regten, hic intellexerint Ordines, dubium est. De *Edictis Caroli V.* 7. Octob. 1531. & 4. Octob. 1540. ac poenâ patibuli, in fraudulentos & fugitivos debitores ibi decretâ, cogitasse legislatores probabile non est; illa enim verba, quæ *Edicto anni 1649.* de hoc gravissimo supplicio inserta fuerant, in art. 10. *hujus Edicti* omissa sunt. — Jus Romanum quoque hic intelligendum esse dubium est, cum in Jure Romano poena criminalis in ejusmodi debitores fraudulentos constituta non sit. Forsan non erraverit, qui dicat, significare voluisse Ordines, debitorem obāratum, qui fraudem commiserat in libris rationum vel bonis suis in præjudicium creditorum occultandis, criminis falsi reum esse, adeoque poenis falsi, in Jure Romano statutis, si res postulet, coercendum esse. Conf. L. 1. §. 4. L. 16. §. 2. L. 23. ff. ad *Leg. Corn. de fals.* junct. L. 1. §. ult. eod.] — Si quis vero, malâ fide, in tali pacto, tanquam creditorem se gesserit, cum non esset, vel revera creditor se majoris debiti creditorem esse declaraverit, hunc Ordines in poenam

nam ejus fraudis (*art. 15.*) solvere jussérunt, quicquid pacto creditorum debitori remissum fuit, præterea aliis poenis, prout res postulare videtur, coercendum; colludentem autem cum eo debitorem subjacerunt poenis, *art. præced.* 14. propositis. — Si quis autem ex creditoribus, ignorantibus cæteris, aliquam conditionem vel prærogativam sibi pactus fuerit, sive de ipso debito, sive de tempore, vel de cautione solutionis, & tamen simulaverit, se eadem conditione pactum inire ac reliqui creditores, ille non modo jus crediti amittit, verum etiam quadruplum ejus in cæterorum creditorum favorem solvere tenetur, ut ostendunt verba *art. 16.* — Quisnam tandem sit effectus hujus pacti, cum debtoribus initi, respectu debitoris obærati, ostenditur in *art. 17.* ubi debitori permittitur bona sua alienare, de iis negotiari, solutionem facere & accipere eodem modo, quo posset, antequam foro cessisset, ita tamen, ne, quod ad pactum initum & ejus præstationem attinet, uni ex prioribus creditoribus præ aliis prærogativam aliquam in solutione facienda, vel alio modo, conce-

dat; si secus fecerit, quod factum est, nullum declaratur, & debitor incidere juberit in easdem poenas, quæ *art. 15.* in colludentem debitorem sunt constitutæ.

Cæterum quæ de pacto, à debitore cum majore creditorum parte inito, ex Jure Zeelandico hic retulimus, à Statutis quarundam Hollandiae urbium non prorsus aliena sunt. Amstelodami minor pars creditorum majorem hac in re sequi tenetur. *Ordonnantie voor de Kamer van de desolate boedels der stad Amsterdam van 30. Januarij 1777. art. 13—24.* Idem etiam obtinet Roterodami. *Keure eu Ordonnantie rakende de desolate boedels aldaer van 21. November 1702. Cap. 1. art. 8. seqq.* in 't Recueil der Keuren van Rotterdam 2. Deel No. 111. item Harlemi, *Keure van den Gerechte der stad Haarlem van 10. Augustus 1709.* (*Keurboek der gemelde Stad 1. D. pag. 127.*) Lugduni Batavorum quoque secundum Statuta ejus urbis idem observatur. Sed cæteroquin in omnibus locis, in quibus ejusmodi Statuta specialia non exstant, pacta de remittendâ parte debiti iniri nequeunt, nisi omnes creditores consentiant.

## TITULUS XV.

## De Transactionibus.

## §. 1.

**T**RANSACTIO.] In veteribus comitum Priviligiis transactio appellatur *Dading*, à verbo *dedinghen*, *daedinghen*, *dedighen*, i. e. *componere*, *pacisci*, *transigere*. *KILIANUS d. voc.* & *Obsery. over de Inleid.* *van de Groot* 2. D. *Obs. 69.*

## §. 2.

**Tutores.**] Multis legibus pupillaribus civitatum Hollandiæ cautum est, tutoribus non licere transigere, nisi ex consensu Cameræ Pupillaris. *Weesk. van Leyden* art. 53. *van Gouda* art. 31. *van Alkmaer* tit. 8. art. 14. *van de Zype en Hasepolder* tit. 8. art. 13. *van Heemstede* art. 29. *van Enkhuizen* tit. 8. art. 13. *van den Brielle* art. 129. *Costum. van Antwerpen* cap. 43. art. 77. — Sin autem Camera Pupillaris testamento exclusa fuerit, satius duco, transactionem à tute r nomine pupilli initam, per judicem approbari; quod & in praxi quotidie observatur: ne postea pupilli aut minores, legitimam ætatem adepti, negotia à tutoribus suis gesta impugnent, & in primis transactiones ab iis initas rescindi

desiderent. *LEYSER medit. ad ff. tom. 1. Spec. 46. med. 3. pag. 369.*

*Syndici, Administratores civitatum.*] Conf. *WISSENBACH in Disput. ad h. t. th. 7.*

## §. 3.

**G**enerali mandato &c.] In L. 60. de procur. ab Auctore citata, dicitur: *mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causa interpositam.* Cum vero hoc pugnare videatur cum L. 7. C. h. t. ac facultate transigendi, Syndico competenti, *CUJACIUS in not. ad §. 43. Inst. de rer. divis. & in Comm. ad Lib. 4. Resp. Pauli, ad d. L. 60.* pro decidendi legit deminuendi, eodem modo ac in L. 46. §. ult. ff. de admin. &c. peric. tut. sed hanc emendationem minus necessariam putat *NOODT in tract. de part. & transact.* Cap. 27. Oper. tom. 1. pag. 458.

## §. 5.

**I**llis vero in locis &c.] Ita & in Zelandia marito bonorum uxoris suæ alienatio non, nisi ea consentiente, permittitur. *Keuren van Zeeland Cap. 3. art. 46. Costumen der stad Mid-*

*Middelburg Ruber.* 12. art. 3. & 4. ibique  
DE TIMMERMAN in not.

§. 7.

*De vasallo &c.] Conf. P. VAN DER  
SCHELLING Holl. Tiend-regt 1. D. Kap. 36.  
pag. 401. seqq.*

§. 11.

*Nec post sententiam &c.] Conf. A. ME-  
REND A Controv. Jur. Lib. 1. Cap. 5:*

§. 12.

*De relictis testamento &c.] Controversia  
est s̄apissime agitata, an de rebus testamento  
vel codicillis relictis, transigere liceat, non  
inspectis testamenti tabulis? Negantium opini-  
onem tuetur Auctor noster, eamque ex  
professo defenderunt R. BACHOVIVS ad ne-  
tra, ad h. t. cap. 2. n. 5. pag. 717. A. VIN-  
NIUS sel. quæst. Lib. 1. Cap. 8. Z. HU-  
BER in Caiib. enucl. quæst. 16. p. 315. seqq.  
G. VAN EVERSDYK in Differt. ad L. 6. ff.  
de transact. (in Thesaur. Differt. Jurid. qui  
prodiit Bremæ 1768. in 4to vol. 3. pag. 117.  
seqq. Et quamvis ego nunquam negaverim  
rationes minime spernendas pro hac sententiâ  
adferri posse, contraria tamen opinio magis  
invaluit, ac defensores magni nominis inven-  
nit; quos inter eminent NOODT in Jul. Paul.  
cap. 7. & de Paet. & Transact. cap. 18.  
SCHULTING in Differt. de transactione super  
controversiis, quæ ex ultimis voluntatibus pro-  
ficiuntur, etiam non inspectis vel cognitis illa-  
rum verbis recte ineunda: (inter ejus Differt. quæ  
prodierunt Lugd. Bat. 1714. pag. 206. seqq.)  
J. A. BACHIVS in Disput. de jure transactio-  
nis super controversiis ex testamento non cogni-  
tis tabulis (in Opusculis, Halæ editis 1767.  
pag. 75. seqq.) C. H. ECKHARD in Hermen.  
Jur. Lib. 1. Cap. 5. §. 173. ibique WAL-  
CHIUS in notis. — Illi autem Interpretes,  
qui hanc transactionem licitam pronunciant,  
provocant ad analogiam juris, cui transactio  
non inspectis tabulis convenit. Cum enim  
transactio, ante inspecta instrumenta facta,  
valet, & ob reperta postmodum, vel cognita  
instrumenta, retractari rescindique non potest.  
L. 19. C. h. t. consequens esse videtur, ut  
neque ea, quæ ante inspecta vel cognita tes-  
tamenti verba facta est, repertis vel cognitis  
tabulis postea rescindi possit. — Præterea  
si olim transactio de controversiis testamenti,  
non inspectis verbis facta, penitus illicita fuisse  
& infirma, plane non potuisse locum in-  
venire dubitatio atque controversia, quam  
decidit JUSTINIANUS in L. ult. C. de reb.  
cred. longeque alia decidendi ratio ab eo  
reddi debuisset. — Sententia etiam judicis,*

cui æquiparatur transactio, super controver-  
sia è testamento oriunda, non inspectis tabu-  
lis pronunciata, ipso jure valet, ita quidem,  
ut non nisi propter gravissimas justissimasque  
causas victo subveniatur. L. 11. pr. ff. de  
except. rei judic. Conf. J. A. BACHIVS in  
laud. Differt. §. 3, 4 & 5. — Sed an non  
lex est, quæ diserte transactionem vetet?  
Dubium hic movet L. 6. ff. h. t. ad quam  
ita respondere solent, quod CAJUS ibi non  
de jure, sed de facto, hoc est de facilitate  
commode & sine damni metu transigendi lo-  
quatur; idque ideo, quoniam d. L. 6., uti  
ostendit ejus inscriptio, decerpta est ex CAJI  
Libro XVII. ad Edictum Provinciale, ubi edic-  
tum, quemadmodum testamenta aperiantur, in-  
terpretatus est: adeoque jungenda est cum  
L. 1. ff. testam. quemadmodum aper. quæ ejus-  
dem CAJI Librum XVII. ad Edictum Pro-  
vinciale præfert.

§. 15.

*De causis quoque matrimonialibus &c.] Conf.  
LEYSER medit. ad ff. tom. 1. spec. 47. med.  
5. pag. 382.*

§. 17, 18 & 19.

*De publicis quoque criminibus &c.] Mate-  
riam hanc ex professo exposuit G. NOODT in  
Diocletiano & Maximiano, sive de transactione  
& pactione criminum Libro singulari (Oper. tom.  
1. pag. 225. seqq.*

§. 20.

*Quibus licet apud nos &c.] Moribus nostris  
in transactione super criminibus à Balivo  
faciendâ, distinguendum est inter delicta,  
quæ corporali aliâve non pecuniariâ poenâ  
plectuntur, & inter ea quibus multa tan-  
tum pecuniaria lege est imposita. De illis  
transigere non licet, nisi ex speciali consensu  
& decreto iudicis, quo hanc transactionem  
fieri permisum est, quod nos appellare so-  
lemus, de zaake civiel en composibel verklaaren.  
vid. Ordonn. van Keizer Karel van 19. Mey  
1544. art. 3 & 4. Nad. Ampl. Instr. van de  
Hoven van Justicie van den jaare 1644. art.  
30. Instr. van den Hoofd-Officier van Rotter-  
dam art. 21. — In his vero de pecuniariâ  
multâ sine decreto transigere licet; paucis  
tantum casibus exceptis; veluti si lex quæ-  
dam specialis hoc nominatim vetet, cujus  
exemplum est in 't Placaat & Ordonn.  
van Koning Philips rakende de groote Vis-  
scherye en Haring vaart van 9. Maart 1580.  
art. 24. Renovatie Placaat van de Staten  
van Holland van den 12. Mey 1620. art. 23. —  
vel si pars multæ fisco sit inferenda. Balivo  
enim quidem de proprio jure, non vero de  
fisci jure quidquam remittere fas est. Instr.  
van*

van de Graaf. Rekenk. van Holl. van 12. Maart 1593. art. 39. S. VAN LEEUWEN in not. op de Cost. van Rhynland art. 10. n. 5. — vel si mulctæ quædam portio Scabinis ipsi com-petat; cuius rei exemplum est in de Keuren van Oudewater van den jaare 1605. art. 247. — vel tandem si ad petendam mulctam lis coram judice jam fuerit inchoata. A. MATTHÆUS de Crimin. Lib. 48. tit. 19. cap. 7. n. 6. DE HAAS Nieuwe Holl. Conf. pag. 194. — Cæterum de crimine adulterii transigere plane vetitum fuit Placito Ordd. Holl. 11. Sept. 1677. (GR. PL. BOEK 3. D. fol. 507.) cum vero eventus docebat hoc modo inqui-sitiones de hoc crimine occulto, ac difficilis fere semper probationis, fieri rariores, Ordines Hollandiae Resolut. 29. Julii 1679. hu-jus Edicti vigorem suspenderunt, ac de adul-terii criminis transigere Balivis permiserunt; GR. PL. BOEK 7. D. fol. 960. & seqq. W. VAN ALPHEN Papeg. 2. D. pag. 523. quod etiamnum hodie observatur. Conf. Regtsgel. Obsery. over de Inleid. van DE GROOT 4. D. Obs. 40.

## §. 21.

*Ut tamen strictam &c.]* Transactiones stric-tissime interpretandæ sunt, ideoque, licet generalibus verbis concipientur, & plenissimam liberationem contineant, ea tamen de-bitæ, de quibus tempore transactionis cogi-tatum non fuit, haud tollunt. LEYSER Me-dit. ad ff. tom. 1. med. 46. med. 8 & 9. pag. 375.

## §. 22.

*Neque existimandum &c.]* Pugnam inter L. 5. & L. 14. ff. h. t. plurimi Interpretæ tantam censuerunt, ut hæc difficultas ipsiæ fuerit insuperabilis. NOODT Probab. Lib. 2. cap. 2. & de paciis cap. 22. putat, in L. 14. ff. h. t. quæ desumpta est ex SCÆVOLÆ Lib. 2. Respons. SCÆVOLAM in gratiam amici sui contra jus respondisse, sed in L. 3. pr. ff. eod. quippe desumpta ex SCÆVOLÆ Lib. 1. Digestorum, illud quod revera legi-bus & jure obtinet, docuisse: verum meliorem conciliationem præstat SCHULTING in Enarr. ad h. t. ff. n. 17. existimans, d. L. 3. spectare ad casum, quo jam adita est hereditas, è contra vero L. 14. intelligen-dam esse de casu, quo hereditas nondum est adita, quæ sententia confirmatur ex verbis, propter incertum successionis, in d. L. 14. oc-currentibus. Calculum porro adjicit SCHUL-TING eorum sententiae, qui in d. L. 14. post verba: qui transactionem fecissent, in-serunt verba: id observandum esse de ære ali-eno, quod inter eos convenisset; quæ non qui-dem Pandectæ Florentinae, sed aliæ editio-nes antiquæ agnoscunt. — Aliam conci-

liandi viam proponit J. VAN DE WATER Ob-serv. Jur. Rom. Lib. 1. cap. 1. putans, in d. L. 14. verba, si alii creditores essent, non esse SCÆVOLÆ, sed tanquam spuria è textu rejicienda, ideoque resecto inutili lemmate textum hoc modo legens: „Respondit, si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent propter incertum successionis, pro par-te hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus actionibus conveniendus est.” Videtur igitur controversia suisse orta inter heredem legitimum & scriptum, qui ambo erant creditores defuncti testatoris, atque ad hanc speciem responsum SCÆVOLÆ restringendum. — Forsitan quoque, cum præ se ferat quandam injustitiæ speciem, heredem legitimum, qui aequaliter cum herede scripto abstulit portionem, à creditorum mo-lestâ interpellatione liberum esse, TRIBONIA-NUS, mutatis SCÆVOLÆ verbis, alia suppo-suit, atque juri stricto, quod in L. 3. h. t. traditur, aequitatis colore derogavit, ante oculos habitâ constitutione JUSTINIANI in L. ult. §. 1. C. de petit. hered. quâ possessor hereditatis, qui heres legitimus est, si in-quietetur à creditoribus, aliisque, quibus defunctus erat obligatus, sub prætextu pe-titionis hereditatis, seu quod lis de heredi-tate alterutri adjudicandâ, nondum decisa sit, solutionem non posset de die in diem differre, sed solvere necesse habeat; quia, si succumbat possessor, non aliter hereditatem restituere cogitur, nisi pro omnibus à se ges-tis fuerit satisfactum; si vincat, utiliter ges-fit negotium; & si cohæredes habeat, potest consequi pro parte, quod geslum est. Conf. J. VAN DE WATER d. l. — Alia adhuc est conjectura A. WIBLINGII Lect. jur. civ. Lib. 2. cap. 6. qui existimat, 1º. lectionem Florentinam in L. 14. ff. h. t. commode ser-vari posse, modo post verbum *essent* ellipsis notemus, ut integra hæc sit oratio: *Quæro, creditores quem conuenire possunt? Respondit: si iidem creditores essent, eos possunt conuenire, qui transactionem fecissent.* — 2º. di-versas facti species, aliam in L. 3. aliam in L. 14. à SCÆVOLA relatas; in L. 3. scil. de uno *ex testamento* herede conceptam spe-ciem esse, matremque defuncti, testamento per querelam non rescisso, neque heredem neque coheredem extitisse; sed aliâ ei viâ interpositâ transactione satisfactum ab herede suisse: ac proinde hunc solum & manumis-sis testamento & legatariis esse obnoxium: at in L. 14. duos pariter extitisse heredes propo-ni, unum legitimum, testamentarium alte-rum, quorum ante factam transactionem vel neuter adierat, vel uterque, quod verius putat. Casum porro L. 14. è Scholiaste Ba-silicorum Lib. 11. tit. 2. n. 14. pag. 806. not. a. hunc proponit. Frater meus turpem personam & integræ dignitatis hominem he-redes

redes scripsit. Remoto per querelam infami, frater ob rescissum testamentum totam hereditatem suam esse contendit. *arg. L. 7. ff. de R. f.* Contra vero institutus alter fratre excluso eandem totam sibi vindicat, eodem prorsus argumento, propter necessarium ad crescendi jus. Transigunt vero, seque invicem veros heredes pro quotis partibus agnoscent. Hoc certe casu, uter alteri cesserit, & utri eorum veri nomen heredis foli competit, dubium est quam maxime; si quidem ambo simul heredes facti ipso jure intelligi non possunt. *arg. d. L. 7.* Respondeit itaque **SCÆVOLA**, cessantibus actionibus directis, quæ non nisi adversus justum moveri heredem possunt, utrumque eorum, propter incertum successionis jus, pro quotâ hereditatis parte, in transactione definitâ, utilibus conveniri à creditoribus oportere. Atque ita, quod ab initio locum habere non potest, eventu inspecto nonnunquam obtinet; ut scilicet pro parte testatus, & pro parte intestatus quis deceplisse videatur. Neque insolens hoc esse, docent *L. 15. §. 2. L. 19. L. 24. ff. de inoff. testam.* — Adeo hoc fragmentum torsit eruditissimos homines: nihil vero explicatu facilius esse, visum fuit J. VOORDA *Elect. cap. I.* quum scil. generaliter esset quæsitus, quem in propositâ facti specie convenire creditores possent, respondit **SCÆVOLA**: „Si iidem creditores es-„sent, qui transactionem fecissent, si alii cre-„ditores essent, propter incertum successionis „pro parte hereditatis, quam uterque in trans-„actione expresserit, utilibus actionibus conve-„niendus est.” Quibus verbis indicavit:

1. conveniendos ambo esse, sed actionibus utilibus.
2. quemque pro eâ hereditatis parte conveniendum esse, quam obtinet ex transactione.
3. rationem utriusque consistere in successionis incerto.
4. observanda ea esse, sive iidem creditores essent, qui transactionem fecissent, sive alii creditores essent. Ho-

rum extremum, quod caput rei est, non tantum verbis responsi significatur, modo notemus Latinitate priscâ vocem si s̄p̄ius adhiberi pro s̄ive: (*CATO de re rust. cap. 139. LIVIUS Lib. 7. cap. 26. GELLIUS Noct. Att. Lib. 2. cap. 28.*) verum etiam juris rationi convenit. Per transactionem enim sic finita erat controversia, ut partem quisque hereditatis ferret, ac pro herede bonorum partem uterque susciperet: attamen incertum mansit, falsumne testamentum vel injustum esset, nec ne. Verus igitur heres neuter erat propter incertum successionis; sed factâ transactione hereditatis partem uterque possidebat pro herede. Quam ob rem extranei creditores, quibus utique solvendum est, sive ex testamento heredem debitor habeat, sive ab intestato, ob incertum successionis agent cum utroque pro partibus hereditatis, quas tulit quisque ex transactione: sed agent, ut ait **SCÆVOLA**, utilibus, non directis actionibus. Verus heres tenetur actionibus directis: quia ejusdem juris est, cuius fuit defunctus. *L. 59. ff. de R. f.* sed qui heredis habetur loco, convenitur utilibus. *§. 3. & seq. Inst. de fideicomm. hered. L. 21. §. ult. ff. quod met. cauf. ULPIANUS Frigm. tit. 28. §. 12.* Nec alia juris ratio obtinet, si iidem creditores sunt, qui fecerunt transactionem: eo magis, quod ipse verus heres de eo, quod sibi à defuncto debebatur, recte agat cum coherede pro parte ejus hereditariâ. *L. 7. C. de negot. gest.*

#### §. 24.

*Quod si &c.]* De quæstione, utrum ob solam enormem laesionem transactione rescindatur? præter D. D. ab Auctore citatos, conf.

A. MERENDA *Controv. jur. Lib. 6. cap. 21.*  
 Z. HUBER *Obser. rer. judic. tom. I. Obs. 46. LEYSER med. ad ff. tom. I. spec. 46. med. 6 & 7. pag. 373.*



## LIBER TERTIUS.

## TITULUS PRIMUS.

*De Postulando.*

**R. o se postulare &c.]** Vetustissimis temporibus unicuique in jus vocato in Hollandia licuit vel pro se ipso postulare, vel Procuratoris auxilio uti. *Groot Privilegie van Vrouw Maria van Bourgondien art. 6.* ibique *TROTZ in notis. Handvest van Hertog Willem van Beijeren aan die van Texel gegeven den 15. April 1414. Keuren van Oudewater yan 1605. art. 93.* Hodie vero distinguendum videtur inter causas, apud Curiam, vel apud judices inferiores tractandas. Priore casu, licet *Curiae Instr. art. 45.* statuat actores vel reos comparere debere vel per se, vel per procuratorem, ac formula Mandati dictet reum citari, *om te compareren of gemagtigde te zenden,* stilus tamen Curiae non nisi per procuratorem postulari sinit. *G. GROTTI Isagog. Lib. 1. cap. 2. §. 14.* In actore nullum dubium est, cum neminem ad Curiam vocare licet, nisi libellus supplex Curiae fuerit oblatus, cui Advocatus & Procurator nomen subscriperunt. *Ordonn. van den Hove van 2. April 1672.* Rei autem Procuratoris auxilio necessario indigent; Procuratoribus enim solis, à Curia admisis, formulas conclusionum dictare permisum est. — Quod vero judices inferiores attinet, nisi expresse statutum inveniamus Procuratorem adhibendum esse, ut Amstelædami obtinet, (*Ordonn. op 't Procederen aldaar cap. 3. art. 5.*) nemini negatur pro se ipso postulare, & hinc saepe litigantes hac formulâ utuntur: *de Eijsscher, of Gedaagde in judicio present deede zeggen &c. verzoekt &c.* Satis tamen est peritum Procuratorem adhibere, ne privati, Praxeos subtilitatum ignari, causæ suæ damnum adferant.

**§. 2.**

**Prohibiti vero &c.]** Ad explicandam *L. 1. §. 3. & 5. ff. h. t. conf. BYNKERSHOEK Obser. jur. Rom. Lib. 4. Cap. 11 & 12.*

**Causam præbente Carfania, &c.]** Putat LEYSER medit. ad ff. tom. I. spec. 51. med. 7 & 8. errasse ULPIANUM, cum Edicto Prä-

toris, quo foeminæ pro aliis postulare prohibentur, causam dedisse ait mulierem quandam, quæ invercunde postulabat; quoniam mulieres ab initio statim Reipublicæ Romanæ ob omnibus negotiis & conventibus publicis exclusæ, atque vix ad proprias causas agendas admisæ fuerunt. — Add. HEINECCIUSS in *Elem. Pand. ad h. t. §. 391. in not.*

**Nec non Judæis.]** Judæos quod spectat, licet in Medicorum numerum admittantur, à postulando tamen arcentur; cujus rei VAN ALPHEN Papeg. 2. D. in *de Voorreden pag. 22.* exemplum profert in *Moïse Israële d'Acosta*, qui promotione Harderovici obtentâ, ejusque Diplomate Hollandiæ Curia oblatu, ad postulandum admitti petebat, verum Curia decreto 19. Octob. 1658. repulsam tulit, eique Diploma suum redditum est.

**Si quis alibi — adeptus fuerit.]** De quæstione, an Advocati, qui gradus in exterris Academiis obtinuerunt, apud Curiam admittantur? jam olim dubitatum fuisse videatur. Curia deliberavit 18. Maii 1611, utrum admitterent *Josuam de Voocht*, qui à Comite Palatino gradu erat honoratus; cumque ex plurimum votis admisit. *Decis. & Resol. van 't Hof No. 344.*

**Cujus etiam decreti &c.]** Spectant huc duo casus, quos refert VAN ALPHEN Papeg. 2. D. in *de Voorreden pag. 23.* alter *Davidis van der Mey*, qui in Academia Lovaniensi promotus 4. Decemb. 1653. certasque Litteras proferens, quæ non videbantur verum Academæ Promotionis testimonium continere, ideoque suspicabatur alias celare Litteras, quibus iurandum aliquod Pontificium erat insertum, admissus non est ad postulandum, antequam probasset, aliud sibi testimonium non fuisse concessum. Alter casus est *Marcelli de Gay*, itidem Lovanii promoti, similesque Litteras 13. Maii 1660. exhibentis, cui cum injunctum esset, ut verum Promotionis suæ diploma proferret, redditæ ipsi sunt ejus Litteræ, nec admissus videtur.

**Nullum quidem olim salarium &c.]** Olim ex Lege Cincia vetitum fuit ob causam orandam

donum accipere. Conf. F. BRUMMERI *Comment. ad Legem Cinciam cap. 2. num. 3. & passim. in ejus Opuscul. pag. 16. seqq.* Quod tamen postea Edicto Claudi Imperatoris fuit mutatum. BRUMMERUS d. l. cap. 4.

*Nisi chirographo clientis &c.]* Sæpius accidit, ut de salario Adyvatorum, certis pensionibus solvendo, chirographum fiat, additâ nonnunquam clausulâ voluntariâ condemnationis; quam & judices facillime decerne-re solent, nisi suspicio oriatur tantum ad immodici salarii taxationem evitandam chirographum factum esse, ideoque in veritatem causæ debiti inquirendum videatur. *Resol. van den Hove van 27. Novemb. 1673. in 't GR. PL. BOEK 7. D. pag. 924.*

*Etsi vix usu servetur &c.]* Conf. MERULA *Manier van Proced. Lib. 4. tit. 108. cap. 2. n. 2. ibique notas. VAN ALPHEN Papeg. 1. D. pag. 79. S. VAN LEEUWEN Cens. For. part. 1. Lib. 2. cap. 10. n. 18. ibique DE HAAS in notis.*

### §. 9.

*Ne litis inique patrocinium suscipiant.]* Quid per litem iniquam (sive, ut verba jurisjurandi sonant, *zaaken, die de Advocaat weet onregtaardig te zyn*) intelligendum sit, queritur? Dantur, qui hoc eo usque extendunt, ut Advocatum nullius causæ tutelam salvo officio in judicio recipere posse existiment, quam tanquam judex non esset probaturus. Sed quamvis libenter credam, ex vero pietatis studio, quo omnes honestos Advocatos imbutos esse oportet, hanc opinionem nasci; puto tamen alia esse Adyvatorum, alia Judicium officia, ipsamque hanc regulam, si omnes eam sequerentur, summas difficultates, in perniciem etiam quandoque innocentium, producturam. — *Fingamus v. g. pro pecunia mutuo datâ chirographum factum esse, in quo bona quidem fides luculenter appetat, sed aliquid tamen ex stricti juris requisitis deest.* Debitor ex hoc chirographo ad solvendum conventus, adit Advocatum. An hujus causæ patrocinium suscipiet, facundiamque suam adhibebit, ut actor, qui in bona fide versatus juris subtilitates ignorabat, pecuniam perdat? Forsan tanquam judex, qui legum rigori est obstrictus, defensionem debitoris approbaret; sed tanquam Advocatus potius ejus locum tenerem, qui omnes vires intendit, ne bona fides juris stricti apicibus vincatur. — Quantus etiam non est causarum numerus, quas in utramque partem, salvo honestatis officio, disputare licet? Nonne quotidie videmus, Judices litis expensas compensando declarare eum, qui succumbit, non suisse temerarium litigatorem? An has omnes causas dubias Advocatus rejicit, si fortasse tanquam judex clientis opinionem non

esset admissurus? Hac sane ratione multi innocentes manerent indefensi. Hac ratione Judicibus ipfis adimeretur occasio causas ab utraque parte audiendi, ac veritatem eo aper-tius detegendi. Tota res eo solummodo re-dit, ut Advocatus semper illud teneat, verum Jurisconsultum esse virum bonum. (conf. J. C. RUCKER *Oratio de vero jurisconsulto vi-ro bono. Lugd. Bat. 1758.*) Non debet jus civile calumniari: non debet fallaciis ac machinationibus uti, ut id quod revera injustum est, justum videri posset. Sed cur Advocato in causâ dubiâ per legitimos tramites clientis desiderium judici exponere non liceret, etiam si contraria opinio in judicando ipsi magis pla-ceret, plane non video. Causam vero du-biam semper suppono, nec id nimis late exten-dendum volo: si enim contra prima juris principia repugnet, vel si communis omnium opinioni adeo aduersetur, ut jam à priori sa-tis certum sit in illâ lite victoriam non posse reportari, dolo malo ac turpis lucri captandi gratia Advocatus agere videretur istius cau-sæ patrocinium suscipiendo. — Et sane non nimis anxios nos esse oportet in præscriben-dâ Regulâ, ab Advocato in suscipiendis aut rejiciendis causis observandâ. Consulat unusquisque suam conscientiam, fidelissimam nos-trorum actuum gubernatricem; ac se ipsum interroget, quid facere quid omittere debeat? Et nullus dubito, quin ista norma multo cer-tiorem viam monitrabit, quam incertissima de Judicantium opinione sententia; cum & ali- quando contingit, (ut ait BYNKERSHOEK in *Præfat. ad Quest. jur. Publ.*) Curiam, quam-vis ex formulâ jurisjurandi teneatur Legibus, de una eademque quæstione, quæ meri juris est, sape aliud atque aliud judicare, etiam membris nulla parte mutatis. — Addamus tandem verba SCHULTINGII, qui in *Thes. Controv. dec. 9. pag. 33.* Advocati officium admodum concinne & accurate ita exponit: „Advocatus, etsi causam, quam iniquam „esse novit, suscipere non debeat, immo, „si id postmodum compererit, illa ipsi de-ferenda sit, anticipem tamen & dubiam su-„scipere non prohibetur. Minime autem „eidem licet causam bonam fraudibus, fal-„laciis malisve artibus tueri.” — Obser-vent hanc regulam Advocati, omnisque ca-lumniæ metus penitus cessabit.

### §. 10.

*Manifesto dolo atque malitia &c.]* Idem etiam de supina Adyvatorum negligentia, quæ à latâ culpâ vacua non est, dicendum videtur. *Reglement en Ordre van den Hoogen Raade van 7. Juny 1658. art. 37. Ordre en Reglement op de Rolle van 't Hof van 21. Octob. 1669. art. 46.*

In-

*Interim error &c.] Conf. LEYSER medit. ad ff. tom. i. spec. 48. med. 5 & 6. — Verba autem, id est triduo proximo, quae in L. ult. C. de error. Advoc. occurunt, & quibus explicatur locutio ex continentis, spuria*

ac imperite in textum recepta videntur. J. GOTHOFREDUS ad tit. Cod. Theod. de err. adv. tom. i. pag. 145. A. SCHULTING in Dissert. de recus. jud. Cap. 12. n. 1.

## TITULUS II.

*De his qui notantur infamia.*

## §. 1.

**A**UT eam ducenti &c.] In L. i. ff. h. t. ait Prætor: *Infamia notatur, qui eam, quæ in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit.* Offendit hic J. C. RUCKERUM Observ. Cap. i., quod sic excusare videatur Prætor eum, qui filiam, cuius maritum adhuc vivere putabat, alii elocaverit. Deinde hoc etiam concoquere nequit, quod secundum receptam interpunctionem verborum: *intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam elugeret, uno spiritu otiosâ repetitione bis idem dicitur.* Quare mutata interpunctione legit: *cum eum mortuum esse sciret intra id tempus, quo elugere virum moris est, hoc sensu: patrem, genero mortuo filiam intra annum luctus alii in matrimonium collocantem, tunc demum notari infamia, si scivit, eum intra illud tempus, quo virum elugere moris est, mortuum esse, seu, illud tempus nondum effluxisse.* — Hanc vero interpunctionem plane supervacuam, interpretationem autem longius petitam, verbisque ipsis parum congruam esse existimat J. L. E. PUTMAN Interpret. & Observ. cap. 33. n. 2. pag. 170. seqq. Sæpius enim bis idem dixisse veteres JCTOS, plurimis exemplis comprobatum est. (NOODT Probab. Lib. 3. cap. 10. VRYHOF Observ. cap. i. & 19.) Nec movere debet, quod secundum receptam interpunctionem Prætor notare non videatur patrem, qui generum adhuc vivere putans filiam alii elocavit. Hac enim absurditatis notata Prætor facile liberabitur, modo cogitemus, nuptias non morte solum naturali, sed civili etiam dissolvi. L. i. ff. de div. & rep. Si jam v. g. marito deportato matrimonii vinculum dissolutum, & maritus, inscio tamen patre, mortuus esset, nihil obstat, cur hic non potuisse filiae auctor fieri, ut alii nuptum se daret.

*Sed & stellionatus &c.] Conciliatio Auctoris inter L. 13. §. ult. ff. h. t. atque L. 2. ff. stellionat. communi D. D. calculo pro-*

batur. Conf. CUJACIUS Observ. Lib. 10. cap. 26. DONELLUS Comm. Lib. 18. cap. 8, quamvis tamen aliis displiceat, ut D. HERALDO de rer. judic. aut. cap. 9. n. 11. in OTTONIS Thes. tom. 2. col. 1127. seq. M. LYCKLAMA Membran. Lib. 1. Eccl. 21. pag. 42. WISSENBACH in Exerc. ad h. t. n. 23.

## §. 4.

*Levis notæ macula.] Vulgo D. D. sibi fingunt nescio quod ignominiae genus, ab infamia juris æque ac facti secretum, quod petitis ex L. 27. C. de inoff. test. verbis *levis notæ maculam* appellant, eaque contumeliâ non modo spurius, carnifices, lictores, verum etiam quosdam opifices, qui sordidiore vitæ genere quæstum faciunt, de honestate solent. Juri nostro hæc opinio minime est consenteña, & non alia hujus levis notæ origo est, quam interdictio nuptiarum cum senatoribus eorumque liberis: levis enim nota hærere videbatur iis, quos senatoriis nuptiis indignos judicaverat Lex Papia Poppæa. Falluntur itaque, qui hanc maculam opinione honestorum virorum ob defectum legitimorum natalium aut sordidum vel abjectum vitæ genus aut mores & actiones, non dolosas quidem, ab honestate tamen recedentes, inuri existimant. Conf. HEINECCIUS in Opuscul. Var. Syllag. Exerc. 7. pag. 266—320. Dissentit LEYSER med. ad ff. tom. i. spec. 52. med. 5. pag. 450.*

## §. 5.

*L. si Posidonium 4. C. h. t.] In h. L. pro relegatum legendum esse relegandum, & pro damnandum legendum damnatum, recte censent CUJACIUS ad L. i. C. de his, qui in exil. dat. & DONELLUS Comment. Lib. 18. cap. 8.*

## §. 7.

*Quamvis hæc distinctio &c.] De concilianda L. 8. ff. de postul. cum L. 5. ff. de decurion. conf. A. SCHULTING in Dissert. pro Rescript. Impp. Rom. §. 4.*

## TITULUS III.

## De Procuratoribus &amp; Defensoribus.

§. 1. II 2 U

**U**SQUE adeo, ut & certus &c.] Olim apud Hollandiae Curiam oculo tantum Procuratores admissi fuerunt. Octroy van Keizer Karel van 21. Maart 1516. Jurisd. Quæst. tusschen 't Hof en den Hage pag. 105. & seqq. Repertor. van de Placaten pag. 4. col. 1. Decis. & Resol. van 't Hof No. 191 & 292. Postea eorum numerus ad sedecim auerius est. Ordonn. van 28. Sept. 1525. Repertor. van de Placaten pag. 27. col. 2. Decis. & Resol. van 't Hof No. 306. — Non autem gratis hoc Procuratoris munus apud Curiam defertur, sed pro certa pecunia summa aliquot millium quandoque florenorum emi solet vel ab eo, qui hoc munus abdicat, vel ab heredibus Procuratoris defuncti; eaque vendendi, & etiam oppignorandi facultas Procuratoribus statim ubi admittuntur à Curia conceditur; ac vulgo vocatur Acte van resignatie. vid. Resol. van den Hove van 2. Mey 1731. in 't GR. PL. BOEK 7. Deel pag. 853.

§. 4.

Nec infamis; ne novo quidem jure.] Conf. HUBER in Eunom. Rom. pag. 145. Seq.

§. 7.

*Vel cum libera &c.*] Plerique D. D. distinctionem Procuratoris cum libera & sine libera, utpote non satis idoneo juris fundamento subnixam, rejiciunt; & ut videtur rectius. Conf. A. VINNIUS Sel. Quæst. Lib. 1. cap. 9. NOODT de paci. & transact. cap. 27.

§. 9.

Quale tacitum mandatum &c.] An sola instrumentorum ad causam pertinentium productio procuratorem plane legitimet? Item, an ad tacitum mandatum sufficiat, quod dominus ab initio cum procuratore comparuit, et si deinde mox iterum recesserit, & hunc solum in judicio agere passus sit? disquirit LEYSER Medit. ad ff. tom. 1. spec. 53. medit. 3, 11 & 12.

Sed usu invaluit &c.] Jure Hollandico nemini permittitur vel pro actore vel pro reo procuratoris officio fungi, nisi exhibeat mandatum, & quidem tale, de quo publicum instrumentum fuit confectum: alioquin pro-

curator incidit in mulctam ducentorum florinorum. Ordonn. van 't Zegel van 1744. art. 9.

§. 14.

In causis vero criminalibus &c.] Quid de potestate Procuratorum in causis criminalibus jure Romano cautum fuerit, diversimode exponunt Interpretes. Quamvis autem Leges, de hac re agentes, ita sint comparatae, ut JCtos antiquos inter se discrepasse, & sic veram antinomiam hic occurriere, non nulli arbitrii fuerint, regula tamen hoc modo formanda videtur: Causas criminales per procuratores stricte dictos, neque à parte accusatoris, neque à parte accusati, peragi & expediri posse. Regulam hanc firmant L. pen. §. 1. ff. de publ. jud. L. 1. pr. ff. an per al. cauf. appell. PAULUS Sent. Lib. 5. tit. 5. §. 9. & tit. 16. §. 11. L. 11. §. 2. ff. ad L. Jul. de adult. L. 15. C. eod. L. ult. C. de injur.

— Sed quænam hujus juris vera fuit ratio? Illæ, quas D. D. adducere solet, rationes vix secundarie & suaforie dici merentur. A parte accusatoris hæc vulgo traditur ratio, quod quilibet accusator inscribere in crimen, seque ad poenam talionis obligare debeat; sed ratio connexionis non satis demonstratur, nec ostenditur, quid impediverit accusatorem, quo minus ipsem et vinculum inscriptio- nis subire, & nihilominus per procuratorem causam criminalem peragere potuerit. — Ex parte eorum, qui accusantur, adferri solet, quod in caput folius Rei accusati, si damnatur, sententia à judice executioni mandanda sit, adeoque, ne judicium eludatur, sententia quoque in reum incarcерatum ferri debeat. Quid vero obstaret, quo minus hoc fieret, si vel maxime procurator interveniret? neque enim procurator videtur discrimen capitis subire, utpote qui non suo, sed alieno nomine agere videtur. — Aliunde ergo & paulo altius fundamentum hujus juris constituti petendum est. Jure scil. civili antiquo nemo alieno nomine lege agere potuit. L. 123. ff. de R. f. pr. Inst. de iis per quos ag. poss. Lege agere autem is dicebatur, qui jus quæcumque solemniter per certas solemniesque formulas in judicium deducebat. L. 2. §. 2. ff. de orig. jur. Sicuti ergo in causis civilibus, ita multo minus in criminalibus, quæaque solemnies atque legitimæ erant, procurator admittebatur, quod legis actiones actusque legitimi in propriâ personâ sine inter-

terveniente procuratore peragi deberent. Quia vero admodum incommodum & rationibus domesticis non raro adversum erat, per procuratorem in judiciis comparere non posse; à JCTis pedetentim inventa fuit ratio, quā, salvā juris antiqui observantia, per indirectum procurator admitti posset, hoc videlicet modo, ut dominium litis in eum transferretur, quo facto procurator non amplius alterius nomine, sed magis suo in posterum causam agebat, habebaturque ac si cum ipso principali, qui dominus litis dicebatur, actum esset. *L. 11. pr. ff. de dol. mal. & met. except.* Ita vero palam est hanc rationem, Romanis unice propriam, saepius obstatissim, quo minus procuratores in quibuscumque negotiis admitti potuerint. Evidem in extrajudicialibus causis, nullam solemnitatem desiderantibus, sine ullā difficultate procuratores admittebantur. Pariter causae judiciales illādemum admittebant procuratores, quarum dominium in eos transferri potuit, quales erant causae privati arbitrii, non quae publicum jus concernebant. Nec aliud de causis criminalibus dicendum erat, quae non privati sed publici juris censabantur, quatenus criminaliter de illis agebatur, unde & judicia, eorum nomine comparata, dicebantur *publica*. Quoniam ergo hæ causæ in privato singulorum non erant dominio, nec etiam procuratorem admittebant, in quem dominium causæ transferendum erat. Accedebat, quod dominus litis propter dominium in se translatum periculo judicati sese submitteret, atque in eum, ut dominum causæ, sententia ferenda, & sic quoque, maxime si principalis deficiebat, executio in eum facienda esset. Enimvero id in causis criminalibus per rerum naturam fieri non poterat, in quibus alias procurator, si admissus fuisset, periculum capitum subire coactus fuisset, tam à parte accusatoris, quam à parte accusati. Illum enim stringebat vinculum inscriptionis; huic vero imminebat poena, cuius periculum nemo in se suscipere potest, quod tamen suscipere debuisset procurator, secundum Juris Romanii principia peculiaria, si per eum causa criminalis peracta fuisset. — Hæc adducta ratio simul etiam ostendit, non esse constitendum discrimen ( $\alpha$ ) utrum crima sint capitalia, an non capitalia; id quod etiam observavit ULPIANUS in *L. 1. ff. an per al. caus. appell.* ubi solas pecuniarias causas excipit, adeo ut si vel relegatio delinquenti immineat, ne quidem procurator admissus fuerit. ( $\beta$ ) nec inter absentes & præsentes. ( $\gamma$ ) nec inter delinquentem carceratum, & non carceratum. ( $\delta$ ) nec utrum personæ conjunctæ an extra-neæ vices procuratoris subire velint: nisi quatenus conjunctæ personæ ob interessu propriu, non jure procuratoris agant. *L. 3. §. 3. ff. judic. solvi.* eodem modo, quo domini in-

terest, ne servus condemnetur. *L. 2. C. de accus.* — Si porro consulamus textus, qui procuratorum vicariam operam in causis criminalibus admittere videntur, constat, eos non de accusatore disponere, sed tantum de accusato; adeo ut tutor, ex officio tutelæ agens, proprio nomine inscribere teneretur. *L. 2. C. de his, qui accus. non poss. in quā mutatio Cuiacii in not. ad PAULI Sent. Lib. 5. tit. 12. §. 4.* pro proprio nomine legentis pupilli nomine, nequaquam est admittenda. — Pariter nec pro reis regulariter intervenire poterant procuratores: quamvis quandoque alii ad defensionem accusati admitterentur, vel ob *interesse proprium*, veluti si dominus servum defendat; vel ob *interesse communē & publicum*, quo intuitu quilibet pro absente, vel qui præsens ad mortem jam damnatus est, verba facere potest, non *jure procuratoris*, quia alias cautionem præstare deberet, sed ex ratione *communis officii*, quod singulis incumbebat. Unde etiam, reluctante accusato, cuilibet integrum erat, defensionem ejus & innocentiae offensionem suscipere. *L. 6. ff. de appellat.* — Nec alio sensu expli-canda *L. 3. C. de accusat.* in quā dicitur, *reos capitalium criminum absentes etiam PER PROCURATOREM defendi poss.* Hoc enim de procuratore vero intelligendum non esse, ratio juris dictat, quippe quæ in materia criminali procuratores stricte dictos, qui litis domini sunt, non admittit. Sed quemadmo-dum appellatio procuratorum valde generalis est, (*CICERO in Orat. pro A. Cæcina cap. 20.*) ac in jure nostro aliquando is, qui sine man-dato in alterius utilitatem quid agit, pro-curator vocatur: (*L. 12. §. ult. L. 34. L. 58. ff. de solut.*) ita & *per procuratorem defendi* reus dicitur, qui non semet ipsum à crimine imputato purgat, sed cuius gratiâ alius defensionem suscipit, & quidem boni publici causæ, quo ipso magis publico nomine, quam accusati, intervenire dicitur, adeoque nul-lum ei ex condemnatione imminet pericu-lum. — Attamen hæc absentis vel ad sup-plicium condemnati defensio demum fieri po-terat post litem contestatam, non vero si tan-tum inter reos receptus vel adnotatus fuerat. Nec in omnibus delictis hæc defensio fuit ne-cessaria, sed tantum in iis, in quibus absens damnari poterat. Olim sub liberâ Republi-câ hoc indistincte fieri potuit, adeo ut so-lenne esset absentiam pro justo reputare ex-filio, quo bonorum suorum jacturam absen-tes faciebant. Sed postea mitigata est hæc severitas, cautumque absentem regulariter damnari non posse, præsertim non in crimi-nibus capitalibus, nisi nominatim Lege essent excepta, veluti in criminis de sicariis, Lege Cornelia vindicandum. *L. 4. §. 2. ff. ad Leg. Corn. de Sicar.* in crimen perduellionis. *L. 11. pr. ff. ad Leg. Jul. majest.* in crimen perfidiæ,

diae, ob apparitoribus admissae. L. 21. C. de *poen.* Quin & in criminibus non capitalibus, si relegatio imminebat, quilibet defendere poterat, quamvis procurator absentis nomine comparere non posset. L. 5. pr. ff. de *poen.* L. 33. §. 2. ff. h. t. — Cæterum procurator intervenire poterat 1°. in causis pecuniariis. L. 1. ff. an per al. caus. appell. — 2°. Si patronus contra libertum ut integratum ageret. L. 35. §. 1. ff. h. t. — 3°. Si tantum absentia Rei defendatur. L. 13. §. 1. ff. de *publ. jud.* — 4°. Si inter illustres criminaliter injuriarum agatur. §. 10. *Inst. de injur.* — 5°. Si contra clericos agatur. L. 25. C. de *Episcop.* — 6°. Si castrensi & ministeriani, qui tanquam Principis ministri sacri palati ministeria obibant conveniantur L. ult. pr. C. de *castrens. & minister.* — Et 7°. si universitates accusentur, quæ etiam per syndicum in causis criminalibus admittabantur. — Conf. de universâ hac materia J. H. BOEHMER in *Exercit. ad ff. Exerc.* 33. tom. 2. pag. 505. seqq. — Add. P. DE TOULLIEU in *Collestan. Diff.* 4. pag. 164. seqq. qui tamen aliâ quadam explicandi methodo utitur.

## §. 17.

*Sed & in reconventione.]* Procurator actoris dominum reconventum debet defendere; non tantum si judex actori sit competens, quod olim requirebatur. L. 35. §. 2. ff. h. t. J. à COSTA in *Summ. tit. X. de procurat.* sed indistincte post Nov. 96. Hoc si recusat procurator, denegantur ei actiones. L. 5. L. 17. C. h. t. L. 43. §. 4. ff. eod. DONELLUS *Comm. Lib.* 18. cap. 16.

## §. 18.

*At appellationem prosequi obligatus non est.]* Hanc negativam sententiam etiam tueruntur MEIERUS in *Colleg. Argentor.* ad h. t. n. 110. HUBER in *prælect.* ad h. t. n. 5. verum ab his dissentient BACHOVIVS ad *περιττα ad h. t.* pag. 347. & seqq. WISSENBACH in *Disput.* 12. ad ff. n. 7. BRONCHORST *miscell. Contrav. cent.* I. aff. 25. SCHULTING in *Enarr.* ad h. t. ff. n. 9. — Quod ad praxin ho- diernam, sequimur regulam *Juris Canonici*, quæ invenitur in *cap. pen. X. de procurat.* ut scil. procurator tantum ad appellationis interpositionem, non vero ad prosecutionem te- neatur.

## §. 19.

*Litis dominus.]* Quænam fuerit origo; qui nam vero effectus hujus dominii litis? non inelegans est disquisitio. Tractavit hanc materiam ex professio J. H. BOEHMER in *Exerc.* ad *Pand. tom. 2. Exerc. 32. pag. 443. seqq.* — Jure scil. antiquo regulariter nemo per-

procuratorem agere poterat. pr. *Inst. de iis per quos ag. poss.* cuius ratio in eo fuit fundata, quod actiones erant solemnes & legitimi actus, qui alieno nomine peragi non poterant. Cum tamen hoc non minimam incommoditatem habebat, excogitatum est à JCtis remedium indirectum, ut per procuratorem litigandi jus esset, procuratorem videlicet constituendo *dominum litis*, ut non alieno, sed suo quasi nomine agere videretur. Et quidem ab initio *cognitores* ad hoc negotium constituti fuisse videntur, quippe qui *præsentis* litigatoris causam cognoscabant ac tuebantur ut suam, hoc est tanquam domini litis. Deinde sub hac fictione cooperunt homines per procuratores litigare, quod tamen ab initio non indistincte permisum fuisse videtur, sed demum justâ de causa, veluti ob morbum, ætatem, necessariam peregrinationem, aliaque. d. pr. *Inst.* Admissa autem semel hac fictione, quod procuratores domini litis essent constituti, constituenda quoque erat ratio, per quam dominium litis in eos transferretur, atque haec fere duplex in jure deprehenditur, alia *ordinaria* alia *extraordinaria*. Ad ordinariam viam transferendi litis dominii refertur *litis contestatio*, quæ inter quasi contractus recensetur. L. 3. §. 21. ff. de *pecul.* ex quo infertur in L. 4. in fin. ff. de *appell.* quod procurator, tam actoris, quam Rei, lice contestat dominus litis efficiatur; modo tamen præcesserit mandatum principalis, ne dominium litis transeat in eum qui ignorante principali causam susciperet, cum quo tamen, ob mandati defectum, nullum subsistit judicium. L. 24. C. h. t. Extraordinaria vero ratio acquirendi dominii litis consistit in satisfactione, à defensore absentis constitutâ, li- teque ab eo susceptâ. — Effectus autem hu- jus dominii litis vel ipsius mandantis, vel procuratoris personam concernunt. Ratione Principalis, qui, licet procuratorem consti- tuerit, verus litis dominus remanet, effectus est: 1°. ut possit procuratori suo adesse ei- que adfistere. — 2°. ut dominium causæ penes ipsum maneat. — 3°. ut invito pro- curatore transigat, — 4°. ut actionem utili- lem per procuratorem tam active, quam pas- sive acquirat. — 5°. ut, causa id exigente, procuratorem mutare liceat. — 6°. ut ra- tiones à procuratore exigere possit. — Et 7°. ut procurator ad actus magni præjudicij speciali mandato opus habeat. — Ratione autem procuratoris hoc litis dominium non pau- cos, eosque insignes habet effectus. (a) Omnes citationes in eum dirigenda, omnes ac- tus judiciales cum ipso expediendi, & in eum sententia ferenda est. L. un. C. de *satisfd.* unde sententia nulla est, quæ non in procuratorem, sed in ipsum principalem lata est, cu- jus persona in judicio non fuit. L. 1. C. de *sent.* & *interloc.* (b) Omnes actus post item à pro-

à procuratore contestatam cum principali in judicio gesti, sunt nullius momenti, nisi procurator vel adversarius non contradicant, ideoque nullius contumaciae argui potest, et si vel maxime citatus emanserit. (c) si procurator actionem famosam suscipiat, ipse quidem debet condemnari, sed tamen hanc condemnationem effectus infamiae in procuratore non sequitur, quia alieno nomine condemnatus est. L. 6. §. 2. ff. de his qui not. infam. (d) dominus pro procuratore suo cautionem de judicato solvendo potest interponere L. 8. §. 3. L. 15. ff. h. t. (e) si plures procuratores in solidum dati sunt, & unus eorum litem contestatus est, hoc ipso eam præoccupat, & reliquos excludit, fitque solus dominus litis per præoccupationem. L. 32. ff. h. t. (f) procuratoris negligentia & culpa domino nocet, imo & contumacia, adeo ut de sumtibus litis, quibus procuratores temere causam dederunt, principalis conveniatur. L. 78. §. 2. ff. de leg. 2. nisi contumacia non processum, sed Prætoris auctoritatem respiciat, hæc enim tanquam delictum ipsi procuratori, non principali, nocere debet. L. 1. §. 2. ff. si quis jus dic. non obtemp. (g) quia procurator stricto jure omnia solus in judicio agit, & in eum sententia ferri debet, ideo sibi acquirit actionem directam, tum ex stipulatu, tum rei judicatae, idque tam active, quam passive, ita tamen ut neutro casu illa efficax sit, L. 28. ff. h. t. sed procurator conventus exceptione doli se tueri possit, quia iniquum esset idem bis (à procuratore scil. & principali) petere; agens vero eadem exceptione repelliri queat, nam contra æquitatem agit, dum solutionem ab eo, quem liberare non potest, vult extorquere. L. 16. ff. de pac. quæ res doli exceptionem solet inducere. L. 1. ff. de dol. mal. & met. exc. nisi sit in rem suam datus, aut ultro absque mandato ipse satisdederit. Unico tamen causa utiliter actio judicati directa procuratori competit, si scil. de expensis litis & salario sibi satisficeri petat, & principalis solvendo non sit. L. 30. ff. h. t. (h) vi hujus domini litis procurator potest alium substituere, quæ facultas eidem ipso jure seu ex lege, adeoque absque speciali concessione compe-

tit. L. 8. L. 11. L. 23. C. h. t. (i) eadem ratione potest substitutum rursus revocare, re adhuc integrâ. (k) non potest procurator mutari, nisi causâ id exigente, eaque cognitâ. L. 17. & seqq. ff. h. t. (l) non nisi solemniter & expresse constitui potest. L. 8. §. 1. ff. h. t. (m) non potest constitui, nisi in causâ, quæ ad principalem pertinet, cujusque liberam habet administrationem. Exemplum est in actionibus popularibus, in quibus ex parte actoris procurator dari nequit. L. 42. pr. ff. h. t. quia actor non suum privatum, sed populi jus tuetur, adeoque ipse procuratorio nomine agit, & consequenter substituere alium nequit, nisi per litis contestationem actio in ipsius bonis esse cooperit: verum è contrario, qui convenitur populari actione, procuratorem dare potest, quia hic propriam rem tuetur. L. 5. ff. de popul. act. (n) in causis criminalibus regulariter non datur procurator; in his enim dominium litis effectum fortiri commode non posset, ut latius supra dictum. (o) procurator actoris suum principalem etiam in reconventione defendere tenetur. (p) procurator non tantum appellare, sed & appellationem prosequi tenetur. Ac tandem (q) notabilis litis dominii effectus est, quod, mortuo post litem contestatam principali, non expiret mandatum, nec heredes novum mandatum procuratori dare debeant. L. 23. C. h. t.

## §. 25.

*Si modo præstet cautionem &c.]* Quæsitum fuit inter veteres JCTOS, an defensor, qui satisdedit, judicium possit recusare? LABEO & UPLIANUS putabant illum esse compellendum ad judicium persequendum. L. 43. §. ult. L. 44. ff. h. t. item JULIANUS in L. 76. ff. h. t. SABINUS vero & PAULUS in L. 45. ff. h. t. censem non compellendum, & si necessitas postulet etiam fidejussionibus succurrendum esse, quæ posterior sententia placet NOOTDIO in Comm. ad h. t. p. 72. qui sic dissensum inter has leges admitrit. — Add. MASCIVIUS de scit. Sabin. & Procul. cap. 9. n. 4.

## T I T U L U S IV.

*Quod cuiusque universitatis nomine vel contra eam agatur.*

## §. 5.

*Ex mandato universitatis.]* Magis accurate dicitur *ex decreto universitatis*. Cum enim qui res universitatis administrant, procuratores dare non possunt, quia Tom. III.

non sunt domini, (J. à COSTA ad tit. X. de syndic.) hinc personæ, quas universitates ad causas suas agendas vel defendendas habere solent, non dantur mandato intercedente, ut procuratores, sed constituuntur interposito decreto. SCHULTING in Enarr. ad h. t. n. 1.

K

§. 8.

## §. 8.

*Quia vero Syndicus &c.]* Quamvis Syndici cum procuratoribus in multis rebus convenient, ideoque & passim à D. D. invicem comparentur, differunt tamen etiam ab iisdem. Nempe si rem recte excutiamus, quemadmodum universitas jura pupillorum & minorum habet, ita quoque Syndici earundem magis tutorum & curatorum, quam procuratorum vicem sustinere videntur. Hinc Syndicus, generaliter constitutus, actus, speciale mandatum alias requirentes, recte expedit, eodem modo quo tutores & curatores eos vi officii sui gerunt. Eoque pertinet, quod in L. 12. C. de transact. transactio, quae sine dubio speciale mandatum requirit, ab administratoribus civitatis, quibus quodammodo adnumerari possunt Syndici, inita confirmatur. Atque iisdem rationibus moti JCTi Helmstadienses posse Syndicum, etsi specialiter ad hoc non instructum, beneficio applicationis renunciare responderunt; teste LEYSERO medit. ad ff. tom. I. spec. 54. med. 11. & 12.

## §. 9.

*Hodiernorum Syndicorum officia &c.]* Pleaque Hollandiae civitates suos solent habere Consiliarios, sive Syndicos, vulgo Pensionarien appellatos. Horum unumquemque, ut in concilium Ordinum admitti possit, opor-

tet esse viginti quinque annos & in Hollandia natum, nullique, nisi civitati suæ, aliivi in Hollandiâ collegio, obligatum jurisjurandi stipendiive vinculo, & vel habilem, qui ejus, cui operam dat, civitatis senatui adscribatur, vel mille florenorum stipendio ab eo instructum, inque eadem urbe habitare. *Resol. 14. Maii 1658.* (G. P. B. 3. D. pag. 97. & 5. D. pag. 96.) — Horum officium in eo in primis consistit, ut Civitatis privilegia tueantur; ut Consulibus in administratione publicarum civitatis rerum consilio suo adsint; ut ad Ordinum concilia missi, ipsorum deliberationibus nomine civitatis suæ intersint; ut Scabinis de jure respondeant; & generaliter ut magistratui in omnibus rebus, quibus hoc ab iis exigitur, consilium præbeant. *Conf. J. WAGENAAR Beschr. van Amsterdam 13. stuk pag. 232. seqq. F. VAN MIERIS Handv. van Leyden pag. 215. seqq. G. W. VAN OOSTEN DE BRUYN Beschr. der stad Haarlem 2. B. pag. 152. seqq.* — Præter hos autem singularum civitatum Consiliarios etiam est Hollandiæ Ordinum Consiliarius ac Syndicus supremus, olim *Advocaat van Holland*, nunc vero *Raad-pensionaris* dictus; cuius *Instructio* videri potest in 't Gr. Pl. BOEK 5. D. pag. 91. & 7. D. pag. 92. & 128. ac de cuius officio latius actum est in *de Tegenw. staat der Vereenigde Nederlanden* 4. D. pag. 135. seqq.

## TITULUS V.

*De negotiis gestis.*

## §. 1.

**V**OLUNTARIUS *procurator.*] Hæc appellatione etiam occurrit apud PAULUM *recept. sent. Lib. I. tit. 3. §. 3.* ubi vide SCHULTINGIUM in notis.

*Aut jam defuncti &c.]* Cum ULPIANUS in L. 3. pr. ff. h. t. Edictum Prætoris de negotiis gestis proponit, speciale facit mentionem negotiorum, quæ cujusque, CUM IS MORITUR, fuerint. Plerique hæc referunt ad eos, qui defuncti, adeoque hereditatis jacentis, negotia gerunt. Majorem vero lucem hæc verba accipiunt, si notemus, ex eodem ULPIANI Libro X ad Edictum, ex quo d. L. 3. desumpta est, etiam decerptam fuisse L. I. ff. de relig. & sumt. fun. ubi ULPIANUS ait; qui propter funus aliquid impedit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede. His igitur invicem collatis apparet, eum proprie mortui negotia gesisse videri, qui sumptus in funus impenderat, ideo-

que actione funerariæ impensas ab herede jure reposcebat: quæ funeraria actio quasi ex negotio gesto datur, & actionem negotiorum gestorum imitatur. L. 14. §. 13. ff. de relig. Quamvis tamen necesse non sit, ut cum NOODTIO *Observ. Lib. 2. cap. 2.* & HEINECIIUS *ad Edict. perpet. tit. 24.* in *Opusc. posth.* pag. 390. statuamus ULPIANUM fidem habuisse his, quæ poëta in primis de quiete animabus defunctorum ipsorum per sepulturam comparandâ tradiderunt. Aliæ enim supserunt rationes, ex quibus ULPIANUS statuere potuerit, eum, qui alterum sepelendum curat, ejus negotium gerere videri, quum quilibet profecto, ut post mortem corpus ipsius sepeliatur, optat, eosque maximum flagitium commississe oportuit, quorum corpora insepulta manebant, uti ex SENECA, TERTULLIANO, aliisque, demonstravit J. GUTHERIUS de jur. man. Lib. I. cap. II. Conf. C. H. ECKHARD *Hermen. Jur. Lib. I. cap. 5. §. 191.* ibique WALCHIUS in not. pag. 362. seq.

§. 2.

## §. 2.

*Pupillum quoque &c.]* In L. 3. §. 4. ff. h. t. pro verbis, *Pupillus sane si negotia gererit*, CUJACIUS *Observ. Lib. 13. cap. 7.* reposuit, *Pupilli sane si negotia gererit: sed non absque ratione id jam dudum improbarunt FABER, BACHOVIUS, SCHULTING*, aliique. vid. J. G. MARCKART *Prob. rec. Lect. Jur. Civ. pag. 116.*

## §. 4.

*Culpam — levissimam &c.]* Conf. de hac controversia WISSENBACH in *Disp. 39. ad Inst. §. 6.* & in *Comm. ad h. t. Cod. n. 3. J. GOTHOFRREDUS ad L. 23. ff. de R. J.*

## §. 5.

*De casu fortuito &c.]* Negotiorum gestorum regulariter non præstare casum fortuitum, verissimum est. Nec admittenda est quorundam distinctio inter jus Pandectarum & Codicis; nam etiam jure Pandectarum negotiorum gestorem à præstatione casus fortuiti regulariter fuisse immunem, non obscure innuere videtur POMPONIUS in L. 11. ff. h. t. Moti quidem sunt nonnulli auctoritate PAULI *Sentent. Lib. 1. tit. 4. §. 3.* ubi ait: *Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque totius temporis præstare cogitur: & periculum eorum nominum, quibus collocavit, agnoscere, si litis tempore solvendo non sint: hoc enim in bone fidei judiciis servari convenit.* Sed præterquam quod longe aliter hæc legantur in L. 37. §. 1. ff. h. t. quam à TRIBONIANO interpolata (uti vult SCHULTINGIUS in *not. ad d. 1. PAULI in Jurispr. Antejust. pag. 226.*) non meliori jure dicimus, quam PAULI locum ANIANI manu corruptum contendimus; nequam ex hoc PAULI loco aliud quid jure Pandectarum, aliud Codicis obtinuisse probari potest. Ratio enim, quare periculum nominum à gestore factorum in illum redundare JCtus velit, sine dubio hæc est, quia in collocandâ pecuniâ debuit accuratior esse. Non præstat casum sine culpâ ipsius supervenientem. Tenetur autem etiam de casu, si culpa præcessit, neque sine hac casus accidisset. Tutor etiam pecuniam pupillarem aut in emptionem prædiorum, aut idoneis nominibus foenori collocare tenetur. Quâ in re si deest officio suo, periculum ad neminem, nisi ad tutorem ipsum pertinet. L. 3. §. 2. L. 5. ff. de adm. & peric. tut. L. 24. C. eod. Sed quis ideo casum fortuitum etiam tutori imputaverit? Sane non patitur hoc L. 4. C. de peric. tut. *Tutoribus & curatoribus fortuitos casus, adversus quos caveri non potuit, imputari non oportere sæpe rescriptum est.* — Nec dicendum, quod hodie casum fortuitum non præstent negotiorum gestores, illud esse ex constitutione DIOCLETIANI & MAXIMIANI

in L. 22. C. h. t. ubi Impp. *Negotium gerentes alienum, non interveniente speciali pacto, casum fortuitum præstare non compelluntur.* Rescriptis enim, quale est d. L. 22, haud solere jus novum constitui, & minime omnium hoc fieri absque solemnii juris antiqui commemoratione, & commendatione novi, à multis jam monitum est. Conf. J. L. E. PUTMAN *Probab. jur. civ. Lib. 1. cap. 14. pag. 103. seqq.*

*Unde & vix dubitandum &c.]* Difficillimum nodum Interpretibus fecit L. 22. C. h. t. cum ibi dicitur à negotiorum gestore casum fortuitum præstari, *interveniente speciali pacto.* Quomodo, aiunt, pactum in negotiorum gestione locum habere potest; quum negotiorum gestor sit ille, qui negotia absentis vel ignorantis sine mandato gerit? L. 41. ff. h. t. — BYNKERSHOEK *Observ. Lib. 1. cap. 7.* ad hanc difficultatem tollendam pro *non interveniente speciali FACTO*; ut sensus Legis sit, quod negotiorum gestor non teneatur præstare casum fortuitum, nisi speciale quid fecerit, quod ipse dominus facere non solebat: & tunc hæc lex idem dicit, quod L. 1 f. ff. h. t. Hanc emendationem laudat & amplectitur NOODT *de partis cap. 3.* & in *Comm. ad h. t. ff.* — Alii vero (ut Auctor noster in h. §. & A. SCHULTINGIUS in *Enarr. ad h. t. n. 6.*) hanc legem fugitivam censent, ac per incirciam compilatorum illic positam, cum debuisse ad *titulum mandati* esse translata. — Utramque conjecturam rejicit LEYSER *medit. ad ff. tom. 1. spec. 55. med. 1 & 2.* ac legem ita explicat. Vox, *negotium gerere*, non stricte hic de solo negotiorum gestore propriæ dicto intelligenda est, sed, ut sæpe in jure nostro fit, late de omni eo, qui res alterius, seu sponte, seu ex officiâ necessitate, ut tutor, seu præcedente mandato, ut procurator, administrat, accipitur. Ergo generalis regula hic continetur: neminem, qui in rebus & negotiis alienis versatur, casum fortuitum præstare; quam TRIBONIANUS *titulus de negotiis gestis* inseruit. Neque enim hoc infrequens ei est, regulam, quæ ad plures contractus pertinet, generalibus verbis in titulo speciali referre. Cujus rei exemplum aliud in L. 38. ff. h. t. occurrit. Limitatio autem adjecta, *non interveniente speciali pacto*, non ad negotiorum gestorem, sed ad alios, qui negotia aliena ex mandato domini gerunt, pertinet. — Porro receptam lectionem commode servari posse existimat H. G. VÄN VRYHOF *Observ. Jur. Civ. cap. 16.* si modo verba, *non interveniente speciali pacto*, explicerimus, quum in negotiorum gestione non interveniat speciale pactum: ita ut sensus legis sit, casus fortuitus non præstatur, nisi quis easum pacto in se receperit, at quoniam tale pactum in negotiorum gestione intervenire nequeat,

quum semper ignorantis tantum negotia gerantur, ideo in negotiorum gestione casus fortuitus non est praestandus. Nec haec expositio oppugnat genio Linguae Latinae, nam certum est, ablativos absolutos non semper inducere conditionem, sed saepe tantum narrare id quod fit, vel factum est. — Alia deinde est conjectura, quam proposuit C. A. WACHENDORFF, *in Specim. inaug. exhibente observationes ad Leges quasdam ex Jure Civili.* (Traj. ad Rhen. 1756.) verba ejus haec sunt. „Ut & Basilicis, & præcipue verbis ipsius nostræ L. 22. satisfiat, ego quidem eam sic explicandam censeo: negotiorum gestores non compelli præstare casum fortuitum, nisi intercedat speciale pactum tertii cum gestore. At quum alter alteri pacto suo prodesse vel nocere non possit, L. 17. §. pen. L. 27. §. 4. *in fin. ff. de pac.* L. 74. ff. *de R. f.* nisi & ipsius pacientis intersit, L. 21. §. ult. *ff. de pac.* manifesto nostra L. 22. intelligenda est de tali *tertio*, cuius interest, negotia aliena à gestore rite curari. Vin casum? ponam. Sunt mihi bona Capua sita, agit istic creditor meus Titius, cui ingentem pecuniae summam debeo; finge ibi amicum meum Sempronium negotiis meis gerendis se immiscere; poterit isto casu Titius, cuius interest res meas bene administrari, ut ipse dein tanto magis tuum à me possit consequi, cum Sempronio pacisci, ut ille in negotiis meis gerendis mihi casum præstet fortuitum. In hujusmodi facti specie, licet ratione Titii quodammodo posset videri mandatarius, manet tamen procul dubio meo intuitu negotiorum gestor Sempronius. Atque hoc modo explicitis verbis Imp. DIOCLETIANI & MAXIMIANI, sublata, ni fallor, erit difficultas in nostrâ L. 22; neque hos, qui Basilica adornarunt, mentem illorum Imp. non cepisse, profiteri erit opus.” — Eligat ex omnibus his sententiis quisque quod sibi placet. Nobis huc usque LEYSERI explicatio, tanquam simplicissima, omnium maxime arridet.

## §. 8.

*Una cum usuris &c.*] Ita etiam judicavit Hollandiæ Curia. *Decis. & Resol. van den Hove van Holland No. 91.* (Edit. 1751. in 4°.)

## §. 9.

*In cuius paragraphi &c.*] Haec conjectura, in L. 6. §. 3. *in fin. ff. h. t.* pro actionem legendum esse retentionem, aut pensionem, auctorem habet NOODT *Probabil. Lib. 3. cap. 9.* & in *Comm. ad h. t. ff.* cum vero nulla Codicum MSS. auctoritate, aut juris necessitate, haec mutatio nitatur, recte eam rei- ciunt Auctor noster, & SCHULTING in *E-* narrat. *ad h. t. ff. n. 3.*

## §. 14.

*Ratum habuerit &c.*] Quisnam sit effectus ratihabitionis in negotiis gestis, explicare facile non est. Illud utique verum est, si dominus gesta rata habuit, actiones negotiorum gestorum directas & contrarias longe diversos producere effectus, quam si non ratum habuisset; quod rectius intelligitur, si duos hosce casus inter se comparemus. — Primo itaque occurrit casus, ubi sine ratihabitione non esset negotiorum gestio; scilicet, si quis nomine Titii à Sejo, quem Titii debitorem existimat, pecuniam exegerit, & Sejus, cum tamen debitor non esset, ei solverit, qui casus est L. 6. §. 9. *ff. h. t.* ex hoc autem negotio nulla inter gerentem & Titium actio nata est, nam licet nomine Titii egerit, nullum tamen ejus negotium gessit; sed alia res est, si Titius gesta rata habeat, tunc enim ab utraque parte actiones negotiorum gestorum competunt, quia, ut in d. L. 6. JCtus ait, *Ratihabito constituit Titii negotium, quod ab initio non erat.* Similis casus etiam fingi potest, ubi è contrario quis nomine Titii, quem debitorem putabat, indebitam pecuniam solverit; eam enim à Titio petere non potest, sed sibi imputare debet, ex L. 23. *ff. h. t.* secus ac si Titius solutionem ratam habuerat. — Similis plane species adhuc traditur in L. 6. §. 10. *ff. h. t.* — Sed hic notanda est exceptio: scilicet, si quis in re alienâ, quam Seji putabat, cum tamen esset Titii, impensas fecerit utiles, actio adversus Sejum licet ratum habentem non competit, sed adversus Titium, cuius negotium re ipsâ gestum est: speciem hujusmodi vide in L. 6. §. 11. *ff. h. t.* & in L. 5. §. 1. *ff. eod.* — Secunda ratione eorum, quæ male gesta sunt, insignis differentia inter hosce casus conspicua est. Si enim dominus male gesta improbat, negotiorum gestor eorum nomine tenetur directa ex hoc negotio actione, ex gr. si culpâ aliquid perperam egit vel aliquid omisit, culparum præstare tenetur; ipse etiam, si male a gens impensas fecit inutiles, earum nomine nullam contra dominum habet actionem, nisi in quantum is locupletior factus est. L. 6. §. 3. *v. i. ipse tamen ff. h. t.* Sed haec omnia diversa sunt, si ratihabito domini secuta sit, tunc enim respectu male gestorum evanescit directa actio in tantum, ut dominus semel probatum amplius reprobare non possit, uti est in L. 9. *ff. h. t.* deinde respectu ejus, quod perperam cæteroquin impenderit gestor, competere incipit contraria negotiorum gestorum actio, uti docet SCÆVOLA in d. L. 9. inquiens: *& quemadmodum quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi, ita omne, quod ab eo probatum est.* Gravissima etiam est quæstio, an & haec intercedat differentia inter casum, ubi ratihabi-

bi-

bitio sequitur, & eum, ubi dominus gesta improbat, ut priore casu nunc etiam competit actioni mandati, quæ elective concurreret cum actione negotiorum gestorum, an vero tantum usu veniat hæc postrema actio, sed ampliores effectus, quos statim exposuimus, habitura? Diverso modo ad hanc questionem respondent Interpretes. — Conf. J. GOTHO-FREDUS ad L. 60. ff. de Reg. Jur. SCHULTING in Enarr. ad h. t. n. 5. HUBER in Praelect. ad h. t. n. ult. — Negandum autem videtur, ratihabitionem posse efficere, ut detur actio mandati inter dominum & negotiorum gestorem. Facit huc 1<sup>o</sup>. regula generalis: uniuscujusque contractus initium spectandum esse & causam, in L. 8. pr. in fin. ff. mandat. initio enim sane mandatum non erat; & gestor etiam non egerat, quia sibi erat mandatum, sed ex amicitia erga dominum, sive alia de causa; seu ergo initium species, seu causam, non est mandatum, sed negotiorum gestio; imo quod magis est, si quis putans sibi mandatum esse, negotium gestit, quod tamen mandatum non erat, non mandati, sed negotiorum gestorum actio nascitur, secundum L. 5. §. 1. ff. h. t. — 2<sup>o</sup>. Hoc probatur ex L. 20. §. 1. ff. mand. ubi JCtus tanquam regulam generalem ponit, *quod mandati actio non possit competere, cum non anteceperit mandatum*, quod hic sane dici non potest: quod enim objiciunt dissentientes, ratihabitionem retrotrahi ad initium, adeoque hoc casu fingi, mandatum antecepsisse, verum non est; sed verum fore eo casu, quo ipse contractus mandati ratihabitione confirmaretur. Ceterum convenienter regulæ d. L. 20. §. 1. rescripserunt Impp. in L. 20. C. fam. excsc. ubi evidenter dicunt, in specie proposita competere actionem mandati, si præcesserit; negotiorum vero gestorum actionem, si cohæres

ratam fecerit venditionem. — 3<sup>o</sup>. Hæc sententia confirmatur ex eo, quod in multis Legibus doceatur, post ratihabitionem adhuc competere actionem de negotiis gestis, uti in L. 6. §. 9 & 10. ff. h. t. L. 80. §. 5. ff. de furtis. L. 9. & 19. C. h. t. L. 3. C. de rei vind. L. 3. C. de contr. vel comm. stipul. cum è contrario in nullâ lege actio mandati post ratihabitionem competere dicatur; imo in L. 9. in fin. ff. h. t. JCtus Scavola negat, post ratihabitionem mandati actio agi posse, sic ut inde petat argumentum pro sua interpretatione dicti POMPONII in princ. Legis; scil. hoc sibi non velle, ut plane post ratihabitionem actio negotiorum gestorum non datetur, sed illud hoc tantum significare, quod reprobare non possit dominus semel probatum. — Potissimum vero huic sententia obiiciunt dissentientes L. 60. ff. de Reg. Jur. cuius verba hæc sunt: *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur; sed si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actio*: sed vel cum J. GOTHO-FREDO ad d. L. ope inscriptionis ad aliam materiam Lex est referenda; vel quod simplicius est, & regulæ juris magis convenit, Lex ita est intelligenda, ut ratum habens obstringatur gerenti mandati actio, quoties ratihabitione ipse contractus mandati confirmatur. Hoc fieri potest v. g. cum quis procuratorio nomine talia egit, que plane agere non posset, nisi esset procurator; veluti si is, qui non habet mandatum, rem in judicium ducat, tanquam procurator actoris, nunc enim ratihabito gerentem facit verum procuratorem. L. 56. ff. de judiciis. — vel cum persona conjuncta egit ex præsumpto mandato, quippe quod post ratihabitionem pro vero mandato habetur.

## T I T U L U S VI.

## De Calumniatoribus.

## §. 4.

**J**USJURANDUM *calumniæ*.] Ut vitiligatorum animos etiam jurisjurandi religione coërceret JUSTINIANUS, constituit in L. 2. pr. C. de jurejur. propt. *calumn.* ut in omnibus litibus post litem contestatam utraque pars juraret, se bona fide litigare, actor quidem, se non calumniandi animo litem movere, reus vero, se non eodem animo contradicere. Hujus jurisjurandi se auctorem profitetur JUSTINIANUS in d. L. 2. pr. & in §. 1. Infl. de poen. tem. litig. & sane in veteri Jurisprudentiâ id jusjurandum frustra quæ-

rimus, id nempe, quod in omnibus causis, & ab utraque semper parte præstabatur. Attamen jusjurandum calumniæ etiam in veteri Romanorum foro sicut cognitum & frequentatum; non quidem in omnibus, sed in quibusdam duntaxat causis. Et si animadvertemus ea, quæ hac de re in Pandectis, & apud veteres JCtos occurunt, jusjurandum calumniæ olim in iis tantum causis obtinuisse videatur, in quibus lex præsumebat faciles ad rixandum animos, vel ubi alias calumniandi, id est vexandi suspicio facile incidebat. Probant hæc jurisjurandi calumniæ exempla, quæ inveniuntur in L. 8. §. 5. ff. qui satisd. cog. K 3 L. 6.

L. 6. §. 2. L. 9. §. 3. ff. de edend. L. 15.  
ff. ad exhib. L. 34. §. 4. ff. de jurejur. L. 5.  
§. 14. ff. de nov. oper. nunc. Nulla igitur  
ratio est, cur L. 44. §. 4. ff. famil. ercisc.  
(ab Auctore quoque citatam) cum nonnullis  
Interpretibus à Triboniano interpolatam di-  
camus; in dividendâ enim hereditate, aliave  
re communi, in finibus regundis, videmus  
homines quam maxime litigiosos, plus saepè  
tribuentes animi affectibus, quam veritati &  
utilitati; prudenterque ideo consultum fuit,  
ut & in his causis de calumniâ juraretur.  
Cumque haec judicia mixta sint, in quibus u-  
terque actor est, (L. 37. §. 1. ff. de O. & A.)  
nec res ipsa, sed solus casus actorem à reo  
discernit; hinc d. L. 44. calumniæ jusjuran-  
dum tam reo, quam actori imponit; in aliis  
vero causis uni tantum parti injungitur. v.  
L. L. *supra* citatas. Conf. BYNKERSHOEK  
Obs. Jur. Rom. Lib. 7. cap. 9.

*Merito in L. jusjurandum 34. &c.]* Vitio-  
sam esse scripturam L. 34. §. 4. ff. de jurejur.  
ibique pro neque patrono, neque parentibus,  
cum HALOANDRO legendum aequo patrono,  
atque parentibus, satis confirmat Synopsis Ba-  
silic. L. XXII. T. V. const. 36. *οικάγων*

πρώτος ἔμνυσε τὸν περὶ συκοφαντίας, οὐαὶ ἀπαιτηθῆ, ὃν ἐγὼ ὄμνυσε πατέρι μὴ πάτερν, qui *jusjurandum defert*, prior *jurat de calumnia*, si hoc exigatur, quod non *jurat pater aut patronus*. Hanc lectionem etiam magnus librorum manuscriptorum consensus tuetur, teste V. G. FORSTERO de *juris interpr.* L. I. cap. 2. n. 14. in OTTONIS *Thef.* tom. 2. col. 961. Sic ULPIANUS sibi constat, nec contortis opus est legis depravatae explicationibus. Conf. J. CUCIACIUS *Observ.* Lib. 9. cap. 37. OTTO in *Præfat.* Tom. 2. *Thef. jur. Civ.* pag. 15. C. H. ECKHARD *Hermeneut.* *Jur.* Lib. I. cap. 7. §. 283. & *Auctores ibi allegatos*.

§. 7.

*Fuit & vetus &c.] Inter calumniæ poenas etiam notari meretur antiqua poena Legis Remmiæ, quæ fuit, ut calumniatoris fronti inureretur Littera K, quæ est littera initialis vocis *calumniari*. Exstat de hac Lege, ejusque exitu, ac de fatis calumniatorum sub Imperatoribus, doctissima commentatio H. BRENC-  
MANNI in OTTONIS Thes. tom. 3. pag. 1561. seqq.*



# IV. S U S U T I T

### Ds Chemicals

# LIBER QUARTUS.

## TITULUS I.

### *De in integrum restitutionibus.*

§. 1.



CTIONIS vocabulo &c.] Re-  
medium restitutionis PAULUS  
sentent. Lib. 1. tit. 7. in pr.  
nuncupavit *actionem*. Quod  
num recte fecerit, nec ne,  
controvertitur inter Inter-  
pretes. Affirmat Auctor in  
h. §. & ut videtur recte. Actio appellatur  
ab ULPIANO in L. 39. §. 6. ff. de procurat.  
& in L. 29. §. ult. ff. de minor. in verbis,  
ad agendum evocato. Et omnia obtinent, quæ  
sunt propria actionum: agit enim minor la-  
esus: agit cum eo, ad quem res amissa perve-  
nit: agit de re amissa, ut rescindatur actus.  
L. 13. §. 1. ff. de minor. L. 1. C. si adv. dot.  
potest agere per procuratorem, qui debet fa-  
tisdare de rato, nisi habeat speciale manda-  
tum: potest reus per alium se defendere, &  
defensor fatisdare debet judicatum solvi. L.  
25. §. ult. L. 26. ff. de minor. transit ad he-  
redes, sicut cæteræ actiones. L. 6. ff. h. t.  
L. 3. §. 9. L. 18. §. ult. ff. de minor. L. 95.  
§. 3. ff. de solut. Denique sicut actiones ce-  
di possunt, L. 14. ff. quæ in fraud. cred. sic  
cedi potest restitutio in integrum. L. 24. ff.  
de minor. L. 20. §. 1. in fin. ff. de tut. &  
ration. dijbr. Est igitur restitutio quædam  
species actionis rescissoriae, qua rescinditur  
actus à minore gestus. L. 1. §. 1. ff. ex quib.  
caus. maj. sicut restitutio, quæ datur credito-  
ri, ut ei restituatur actio adversus debitorem  
mulieris intercessione liberatum, semper dici-  
tur actio restitutoria, L. 8. §. 9, 10 & 11. L.  
13. §. ult. ff. ad SCt. Vellej. L. 3. §. 1. ff.  
de eo per quem fact. erit. seu actio rescissoria.  
L. 8. C. ad SCt. Vellej. Nec contrarium est  
quod traditur in L. 24. §. ult. ff. de minor.  
his verbis: *Ex hoc Edicto nulla propria actio,*  
*vel cautio proficiuntur, totum enim hoc pendet*  
*ex Prætoris cognitione.* Hæc enim verba nihil  
aliud designant, quam quod in restitutio  
minorum tempore PAULI illud singulare ob-  
tinebat, ut non veri nominis actio, sicut in  
aliis restitutionum causis, (L. 1. §. 1. ff. de  
dol. mal.) daretur, sed Prætor ipse de causâ  
cognosceret, eodem modo quo cognoscit de  
fariis, & honorariis Professorum. L. 1. C.

mand. L. 1. ff. de extraord. cognit. de trans-  
actione alimentorum. L. 8. §. 17 & 18. de  
transact. de fideicommissis. L. 178. ff. de V.S.  
Hæ omnes eti propriæ sint extraordinariæ  
persecutiones, quia ad cognitionem Præto-  
riam pertinent, & propriæ appellantur per-  
secutiones, tamen actionis instar obtinent,  
& generali *actionis* appellatione continentur.  
d. L. 178. §. 2. ff. de V. S. Conf. J. AVE-  
RANIUS Interpret. jur. Lib. 2. cap. 10. n.  
4-7.

§. 3.

In Hollandia Curiæ Provinciali &c.] Post-  
quam jurisdictionis Supremi Senatus Mechli-  
niensis cessavit, Curiæ Hollandiæ Provin-  
ciali restitutionum concedendarum facultatem  
Ordines dederunt. *Acte van de Staten van*  
*Holland van 8. Mey 1573.* quod & confir-  
matum fuit *Unione inter Hollandiam & Zee-  
landiam 25. April. 1576.* art. 18. §. 10. &  
*Pacificatione Gandayensi 8. Novemb. 1576.*  
art. 8. MERULA man. van Proced. Lib. 4.  
tit. 82. cap. 5. tom. 2. pag. 301. Erecta  
vero Supremâ Curiâ hoc iterum cessavit, ac  
Provinciali Curiæ hodie tantum superest jus  
restitutiones concedendi adversus actus vel  
omissiones judiciales, in causis coram Curiâ  
ventilatis. LOENIUS decis. & observ. Cas. 134.  
pag. 776. — Cæterum exemplum restitu-  
tionis, contra sententiam Supremæ Curiæ  
ab ipsis Ordinibus concessæ, tradit W. VAN  
ALPHEN Papeg. 1. D. pag. 485.

§. 7.

Adeo ut eo casu &c.] Maxime ambigitur,  
ubinam restitutionis judicium institui debeat?  
Auctor noster in h. §. & ad tit. ff. de judiciis  
n. 77. distinguendum putavit inter mobilia  
& immobilia, ut si de mobilibus agatur, e-  
lectio competit actori, utrum in loco domi-  
cili, an vero in loco rei sitæ vel gestæ judi-  
cium instituere velit; aliud vero obtinere di-  
cat, si de immobilibus sermo sit, cum si de  
his agatur judicium semper in loco rei sitæ  
instituere debeat actor. Aliter rem compo-  
nere studuit DUARENUS ad h. t. cap. 3. qui  
in eâ versatus fuit opinione, remedium resti-

tu-

tutionis implorari posse in loco domicilii, si actio extincta fuerit personalis; in loco vero rei sitae, si fuerit realis. Eamque sententiam contra Auctorem nostrum defendit P. P. H. DE DOMPIERRE DE JONQUIERES *in specim. de restitutionibus in integrum.* (Lugd. Bat. 1767. in 3<sup>o</sup>.) qui libellus de universâ restitutionum materiâ conferri meretur.

## §. 9.

*Cum liberâ administratione.]* Quoniam distinctio procuratoris cum & sine liberâ administratione, contortâ tantum quarundam legum interpretatione nitatur; (*VINNIUS sel. Quæst. Lib. 1. cap. 9.*) in hac re Auctorem se qui non oportet.

## §. 10.

*L. omnes 3. ff. h. t.]* In hac Lege A. FABER *in Rational.* ad h. L. G. FORNERIUS *select. Lib. 2. cap. 24.* & R. FORNERIUS *Rer. quotid. Lib. 1. cap. 19.* (in OTTONIS *Thes. tom. 2. col. 74.* & 147.) pro examinet, an veræ sint, legunt examinet, et an veræ sint; sed sine ullâ necessitate. Conf. H. NOORDKERK *Observ. Cap. 4. pag. 69.*

*Etenim primo quidem &c.]* Utrum restitutionis requisitum, ut res sit alicujus momenti, de omnibus restitutionis speciebus verum sit, an tantum de quibusdam adfirmandum, simpliciter, an positâ certâ conditione, dubitatur. Universaliter & simpliciter illud adfirmarunt Auctor noster in h. §. BACHOVIVS *ad tra. περτα h. t. pag. 946.* WISSENBACH *ad ff. Disput. 13. th. 4.* inutile vero illud requisitum praedicarunt NOODT *in Comm. ad h. t. ff. Oper. tom. 2. pag. 83.* SCHULTING *in Enarrat. ad h. t. n. 7.* COCEJUS *in Jur. Controv. ad h. t. quæst. 9.* putantes regulariter etiam ob rem minimi momenti restitutionem concedere Prætorem fuisse solitum; & ab hac regulâ solummodo excipiendum esse casum, si per restitutionem rei majori præjudiceretur. L. 4. ff. h. t. quod quando fiat exponitur in L. 21. ff. *de except.* Prajudicium scil. rei majoris pecuniae fieri videtur, cum ea quæstio in judicium deducitur, que vel tota, vel aliquâ ex parte, communis est questioni de re majori. Conf. JONQUIERES *de restit. in integr. tit. 1. n. 32.* qui ex professo ad dissentientium objectiones respondet.

## §. 12.

*Si tamen adversus &c.]* Ad explicandam L. 16. §. 2. ff. *de minor.* ab Auctore citata, conf. JONQUIERES d. l. n. 31.

## §. 15.

*Justinianus tamen &c.]* Conf. JONQUIERES

RES d. l. n. 10 & seqq. — Cæterum LEYSERUS *in medit. ad ff. tom. 1. specim. 57. med. 1.* recte observat, L. 2. C. qui & adv. quos rest. quâ restitutio in integrum contra parentes denegatur, stricte interpretandam, nec ad parentes adoptivos aut novercam exten-dendam esse.

## §. 17.

*Hoc vero &c.]* Conf. JONQUIERES d. l. n. 40.

## §. 19.

*Certe à tempore demum scientiae &c.]* Dis-sentit LEYSER medit. ad ff. tom. 1. spec. 60. med. 5. pag. 523.

## §. 21.

*Rescindente & rescissorio.]* Conf. JONQUIERES d. l. n. 45.

## §. 22.

*Aut utiles quidem, sed restituto nimis graves, &c.]* Utilium impensarum, quæ restitu-to nimis graves sunt, solam deductionem permitti, ita generaliter vix admittendum videtur. In eo quidem, qui dolo vel metu ali-quid comparavit, hoc admitteremus. Sed an etiam in minore, aliove qui contra lapsum temporis restitutionem petit? Certe textus, ab Auctore citati, id non evincunt: nam quoad L. 25. ff. *de pignor. act. creditor imprudenter vel dolose, sciens, impensas in rem alienam fecit, & merito culpæ vel malitiæ proemium consequitur.* Quoad vero L. 38. ff. *de reivind. impensæ in rem alienam factæ sunt à bonæ quidem fidei possessore, sed tam en. à non domino, cui tam parce favent leges civiles, ut restitutâ re, nullum ei ad impensas recuperandas supersit remedium: hic vero fecit verus dominus impensas in rem suam, ut proinde ejus conditio multo sit melior, & cum tota hæc materia nitatur æquitate, etiam æquitati convenit, ut nullum lucrum vel damnum à partibus sentiatur; itaque si utiles impensas resarcire nequeat minor, pretium rei ipsi restituatur necesse est.* Conf. JONQUIERES d. l. n. 47.

## §. 25.

*Nisi protinus appareat &c. — Nisi in continenti manifesta &c.]* In quæstione de resti-tutionis effectu suspensivo tota res arbitrio judicis relinquenda videtur, qui, quando causa petitæ restitutionis clara aut admodum tam-en verosimilis est, exsequi sententiam vel contractum non debet, quando vero illa dubia & altioris indaginis videtur, executionem recte peragit, ne malitiis hominum indulgeatur. Vid. LEYSER medit. ad ff. tom. 1. spec. 57. med. 2. pag. 497.

T I-

## TITULUS II.

*Quod metus causā gestum erit.*

## §. 1.

**M**AJORIS malitatis timor.] Hoc vocabulum *malitatis*, in L. 5. ff. h. t. occurrens, multos turbavit, qui igitur vel *mali*, vel *calamitatis* legendum putarunt. Sed nihil hic mutandum docuerunt V. G. FORSTER *Obserr. succisiv.* Lib. 1. cap. 9. (in OTTONIS *Thes.* tom. 2. col. 911.) J. LEUNCLAVIUS *Notat.* Lib. 2. n. 16. (*ibid.* tom. 3. col. 1506.) & C. A. DUKER *de Latinit.* *J. Ctor.* *ret.* pag. 325.

## §. 2.

*Cum ergo illis &c.*] Quamvis nihil magis consensui, quam vis aut metus contrarium sit, isque ideo quodcumque negotium vitiare videatur, aliter tamen philosophati sunt veteres JCti. Etenim PAULUS in L. 21. §. 5. ff. h. t. scribit: *si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esset, noluissim, tamen coactus volui.* Quid enim Pratoris opus fuisset beneficio, si voluntatem, vi metuque extortam, non esse voluntatem existimassent? Hoc vero juris prudentia Stoicis debet, qui sapientem liberum esse statuebant, ideoque nullo perturbari metu posse, neque vi ad aliquid adigi. CICERO *Paradox.* 5. SENECA *Epiſt.* 51 & 74. Stultos ergo censebant, qui se vi & metu ad aliquid dandum faciendum cogi patiebantur, ac proinde indignos, quibus subveniret, quem sapiens neque ignoscat, neque misereatur. Unde fieri non poterat, quin coactum etiam velle censerent JCti, & negotium ideo, quod metus causā gestum esset, pro nullo non habendum. J. CUJACIUS *Observ.* Lib. 16. cap. 40. J. G. HEINECCIUS in *Comm. ad Edict. Perpet.* in *Opusc. posth.* p. 397. C. H. ECKHARD *Hermen. Jur.* Lib. 1. cap. 4. §. 136.

## §. 4.

*Pervenisse autem &c.*] Difficultas quædam est in conciliandâ L. 20. cum L. 17. ff. h. t. quem nodum recte solvisse videtur BACHOVIVS *ad τα πεωτα h. t.* pag. 990. scil. cum in d. L. 17. dictum fuerat teneri eum qui locupletior est factus, si res perierit, hoc accipiendo est de casu, quo res quidem perierit, sed commodum ex eâ perceperit hæres, ut tunc teneatur in quantum acceperit com-

*Tom. III.*

modum, tempore commodi accepti inspecto; & hoc etiam pertinet L. 18. *vs. fin vero,* & L. 19. *ff. h. t.* In L. 20. vero id sibi voluit JCtus, quantitatē tempore litis contestata ita spectari, ut si post eam heres rem periderit absque lucro, tamen in id quod litis contestata tempore vere pervenerat, teneatur. Triplex igitur casus hic debet distingui. — 1°. cum res periit apud heredem, absque eo quod ex eâ lucrum percepit. — 2°. cum periit quidem, sed ita ut lucrum ex eâ percepit heres. — Et 3°. cum adhuc superest. — Priori casu non tenetur heres. L. 18. *pr. ff. h. t.* — Secundo casu tenetur. L. 17. *in fin.* L. 18. *in fin.* L. 19. *ff. h. t.* — Tertio casu tenetur ad id, quod tempore litis contestata supererat restituendum, & obligatus manet, licet deinde illud perierit absque eo, quod ullum ex eo commodum habuerit, L. 20. *ff. h. t.* quia moram contraxisse videatur à tempore litis contestatae. Conf. JONQUIERES *de restit.* *in integr.* Tit. 2. n. 24.

*Quod si res — perierit &c.*] Tractavit hanc quæsitionem JONQUIERES d. l. n. 28—30.

## §. 12.

*Metus infamiae &c.*] Recte negat Auctor, propter apertissima verba L. 7. *pr. ff. h. t.* metum infamiae ad restitutionem impetrandam satis gravem causam esse. Eamque sententiam quoque tuentur WISSENBACH *ad ff. Disp.* 13. *th. 17.* NOODT *in Comm. ad h. t. ff. Oper.* tom. 2. pag. 84. *in fin.* Distinctio quidem facit U. HUBER *in Praelect. ad h. t. ff. n. 2.* utrum infamia sit levis, vel gravis quidem, at facile per officium judicis reparanda; an vero damnum irreparabile contineat; quo solo casu quæsitionem affirmandam putavit: sed illa distinctio, licet quandam æquitatis speciem habeat, in jure fundata non est. Nec justam applicationem habet casus Lucretiae, ab HUBERO allatus, nam si vel ponamus Lucretiae, si sibi manus non intulisset, competuisse actionem quod metus causā, ea certe competiisset, non quia adulterii accusatione minaretur, sed quia Tarquinius se illam imperfectum fore dixisset; ergo non ob metum infamiae, sed ob metum mortis & stupri. Conf. JONQUIERES d. l. n. 9.

L

§. 13.

## §. 13.

*Non etiam folæ minæ &c.]* Ad metum justum & legitimum ULPIANUS in L. 9. pr. ff. h. t. requirit, ut sit *præsens*. Plerique hic intelligunt imminens aliquod & instans malum, nec sufficere putant tale, quod è longinquo quasi ostendatur. Sed potius dicendum, malum futurum, si modo certum & inevitabile sit, tametsi longe adhuc absit, voluntatem constringere & libertatem consensu tollere. Quapropter in L. 1. ff. h. t. metus definitur mentis trepidatio instantis vel futuri periculi causæ. In L. 27. §. 1. ff. locat. metus justus dicitur, quamvis periculum revera non subfuerit, sed subesse ex verosimilibus causis creditum sit. ULPIANUS igitur in d. L. 9. per metum *præsentem* intelligit malum repræsentatum seu intentatum, (*een bedreigd geyaar*) atque à restitutione ex capite metus excludit eos, qui nullis præcedentibus minis ob conditionem saltem, crudelitatem vel potentiam ejus, cum quo negotium iis intercedit, malum aliquod futurum suspicantur: & sic (ut PAULUS ait in L. 21. pr. ff. h. t.) *sibi metum ipsi inferunt*. — In hujus autem metus gravitate vel vanitate dijudicandâ arbitrium judicis usu venit. L. 3. ff. ex quib. caus. maj. & sic nonnunquam terror legitimus pronunciari posset, quem quis, et si nullæ præcesserint minæ, circumstantiis & verosimilibus argumentis inductus sponte concepit, atque sibi ipsi quodammodo intulit: v. g. tonsor, dum officium suum facit, dum barbam radit, & novaculam ejus rei causæ jugulo admovet, dona ingentia flagitat. Is, qui raditur metum mortis concipit, & daturum se pollicetur. Justissimam certe causam habuit timendi fore, ut tonsor repulsam exitio recusantis vindicaret: ideoque in integrum restitutio ipsi non est deneganda. Conf. LEYSERUS medit. ad ff. tom. I. spec. 58. med. 1, 2 & 3.

*Pugnare interim videtur &c.]* In L. 9. pr. ff. h. t. docetur, si quis audiverit hostes cum armis venire, & metu perterritus dereliquerit possessionem, neque ex hoc Edicto, neque etiam interdicto unde vi agere posse: at in L. 33. §. 2. ff. de usurp. & usucap. totidem fere verbis contrarium refertur. — Emendationem CUJACII & FABRI, pro existimaverit legentium extimuerit, amplectitur NOODT in Comm. ad h. t. ff. Oper. tom. 2. pag. 85. col. 1. — Hanc vero minus necessariam judicat J. C. RUCKER in Differt. de civil. & natur. temp. comput. cap. 2. n. 9 & 10, atque verbum existimaverit in constructione refert ad *armatos*: ut sensus hic sit. Dominus venientes, id est, eos qui revera veniebant, quos venire videbat, homines armatos esse existimavit, & sic præsenti metu perterritus, extimescens eos profugit. — Aliam

conciliandi viam à diversitate effectus desumptam, proponit J. F. DE RETES *Opuscul. Lib. I. cap. 14. n. 9.* (in MEERMANNI *Thes. tom. 6. pag. 56.*) scil. qui visis hominibus armatis aufugit, vel re abstinuit, nec spectavit dejici, quoad causam possessionis, perinde est, ac si dejectus fuisset; nam cum derelinquit animum possidendi, amittit possessionem. d. L. 33. §. 2. Non tamen dejectus videtur *quoad interdictum unde vi*, nec *quoad actionem ex Edicto, de eo quod metus causâ*, quoniam in his remediis non sufficit metus speratus, sed illatus revera requiritur. d. L. 9. pr. Si vero armati ad aliquem dejiciendum tendebant, & ille propter metum aufugit perterritus, armati autem eodem impetu fundum occuparunt, Interdictum locum habet, & prædicta actio; quia vis illata fuit, atque si spectaret possessio procul dubio cum effectu dejiceretur, siquidem cum effectu fundus vi introitus fuit. L. 1. §. 29. L. 3. §. 6. & seqq. & §. 14. ff. de vi & vi arm. — Alii denique has Leges inter se componunt distinctione habitâ inter casum, quo hostes venientes animum habuerint ad illum funduni tendendi, vel non habuerint. Ad priorem casum pertinet d. L. 33. & ad posteriorem spectare videtur L. 9. ff. h. t. Add. L. 3. §. 6 & 7. ff. de vi & vi arm.

## §. 15.

*Perpetuum tamen non est, &c.]* Maxime controversum est, utrum negotia, metu gesta, sint ipso jure nulla, an vero rescindantur? Posteriori affirmant ZOESIUS in Comm. ad h. t. n. 9. BACHOVIVS ad περιτά h. t. pag. 1004. in fin. & seqq. HUBER in Prælect. ad h. t. n. 3. COCEIJUS in Jur. Controv. ad h. t. quest. 2. sed verior videtur distinctio, quam proponunt NOODT de form. emend. dol. mal. c. ult. SCHULTING in Enarr. ad h. t. ff. n. 6. Distinguunt scil. inter negotia bonæ fidei & stricti juris. In negotiis bonæ fidei actio non datur contra eum, qui metum passus est: quoniam vis & metus plane contraria sunt confessui, qui bona fidei judicia sustinet, & bonis moribus repugnat illa comprobare. L. 116. pr. ff. de R. J. qui locus est ex ULPIANI Libro XI. ad Edictum, ubi hoc ipsum Edictum exposuit. (Conf. J. GOTHOFREDUS in Comm. ad d. L. 116.) Adde, quod exceptiones ipso jure his judiciis insint. L. 3. ff. de rescind. vend. L. 21. ff. solut. matr. L. 84. §. 5. ff. de legat. 1. Verum in negotiis stricti juris, in quibus judex adstrictus est formulæ, sibi præscriptæ, alia res est: haec enim, si secundum formam Juris Civilis essent peracta, v. g. si in stipulatione interrogatio & congrua responsio intervenissent, non poterant rescindi, donec Caius Aquilius Gallus ex causâ doli, & Cassius Prætor ex causâ metus restitutionem in integrum introduxerint,

Yint, ita ut nunc negotia stricti juris, metu extorta, non fint ipso jure nulla, sed per Prætorem rescindantur. — Eaque distinctio- ne observatâ, facile solvuntur objectiones, quæ cæteroquin difficultatem creant. Sic in L. 9. §. 3. ff. h. t. agitur de cautione polli- citationis, quæ spectat ad litterarum obliga- tionem, contractum stricti juris. — In L. 21. §. 5. ff. h. t. sermo est de aditione hereditatis, quæ non est bona fidei, sed ad jus stric- tum pertinet. — In L. 3. & seqq. C. h. t. agitur quidem de emptione, sed de eâ, quæ

traditione fuit confirmata: traditio autem est negotium stricti juris, licet oriatur ex causâ bonæ fidei. L. 9. §. 5 & 7. ff. h. t. §. 17.

*Jus crediti amittit.] Decretum D. Marci, quod exstat in L. 13. ff. h. t. & in L. 7. ff. ad Leg. Jul. de vi priv. ex professo exponunt J. O. WESTENBERG in Diyo Marco, *Dissert.* 39. pag. 321. seqq. & J. H. BOEHMER *Exerc.* ad ff. tom. 2. *Exerc.* 23.*

## T I T U L U S III.

*De dolo malo.*

## §. 1.

**B**ONUM dixerunt &c.] An in vita com- muni, nostroque cum hominibus com- mercio, ex aliorum ignorantia sibi consulere licet? Sin ita, quando & quatenus hoc permisum est? Hanc quaestionem anno 1767. proposuit Societas Scientiarum Harle- mensis; quæque ad eam responsa sunt, in- veniuntur in *de Verhandelingen van de Hollandsche Maatschappye der Wetenschappen te Haarlem*, 10de Deel iste stuk pag. 47. & seqq. — Quod autem ad Jctos Romanos attinet, quamvis hi ubivis omnem fraudem & abscon- ditam machinationem adeo detestentur, ut dolus in delictum & crimen vergat, eoque etiam nomine censeatur, tamen dolum malum à bono follcite distinguunt, ac, præuenti- bus Stoicis Philosophis, *dolum bonum*, sive *solertiam*, (id est, acumen, dexteritatem, etiam simulationem vel dissimulationem, non alias fraudandi, sed sibi vel aliis consulendi) laudare, non vituperare solent. Late hæc exposuit, ac dolum bonum exemplis illustravit E. OTTO in *Dissert. jur. publ. & priv. Diff. 10. de dolo bono.* pag. 496—561. — Add. LEYSER Medit. ad ff. tom. 1. spec. 59. med. 1 & 2. pag. 512. seq.

*Res ipsa in se dolum habere dicitur.]* Sæ- pius in foro audivi advocatos, etiam peritissi- mos, ad probandum actionis de dolo funda- mentum, hac regulâ abuti. Si dolus allegatur, hunc ex indicis perspicuis probari convenit. L. 6. C. h. t. Ea vero aliunde, & ex circumstantiis concurrentibus, petenda & probanda sunt: nec hujus probationis de- fectum supplere licet ex læsione, quam ip- sum negotium inferre videtur: summa enim est differentia inter effectus læsionis, non cal- lide & fallaciter illatæ, ac læsionis, que læ- dendii animo facta est. Hæc requirit eviden- tem calliditatis probationem, & tunc locum

facit actioni doli, tendenti ad rescissionem contractus, quamvis traditione plenissime per- fecti. Sed illa nunquam (solâ enormi læ- sione exceptâ) *actionem doli* parit, non præ- bet fundamentum ad rescindendum contractum; sed tantum *exceptionem doli* producit, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua ex- ceptione elidi potest, petit. L. 2. §. 5. ff. de dol. mal. & met. except. L. 36. ff. de V.O. A. FABER de Error. *Pragmat. dec.* 1. err. 7. *Calliditas, fallacia &c.*] Hanc LABEONIS definitionem defendit U. HUBER *Digress. part.* 1. Lib. 3. cap. 25. — Add. NOODT *de form. emend. dol. mal. cap. 2.*

## §. 3.

*Si dolus causam dederit &c.]* Dolum, qui contractui bona fidei causam dedit, eum red- dere ipso jure nullum, pluribus exponunt A. VINNIUS *sel. quæst. Lib. 1. cap. 12.* & A. SCHULTING in *Enarr. ad h. t. ff. n.* 5 & 6. — Nec objiciendum, quod in con- tractibus bona fidei, dolo initis, datur ex- ceptio; & quotiescumque exceptio datur, con- tractus ipso jure valet. Re enim bene per- spectâ appareat hac ipsâ de causâ contractus bona fidei ipso jure non valere, si dolus eis causam dederit, quia exceptio doli inest bona fidei judiciis. Inesse enim exceptio dicitur, quia à Prætore non datur: nec ulla opus est ejus auctoritate ad infirmandam actionem, & enervandas vires contractus, sed actio ipsa suapte naturâ evanescit, & contractus suâ sponte corruit. L. 21. ff. solut. matrim. L. 3. ff. de rescind. vendit. Conf. J. AVERANIUS *Interpr. jur. Lib. 1. cap. 14.*

## §. 4.

*Dolus inciderit.]* Dolum incidentem putat Auctor, ut & VINNIUS d. l. negotium bo-

næ fidei non facere ipso jure nullum, sed parere aut exceptionem doli, aut actionem ex ipso contractu; sed magis hodie recepta est eorum sententia, qui hanc distinctionem reijcidentes statuunt, dolum, sive causam contractui dantem, sive incidentem, facere negotium bonæ fidei ipso jure nullum. L. 16. §. 1. ff. de minor. junct. L. 3. §. ult. ff. pro soc. L. 4. C. de her. vel act. vend. NOODT de form. emend. dol. mal. cap. 3, 7, aliis que. — Obstat tamen L. 7. pr. ff. h. t. quam difficultatem ut tollat NOODT de jurisdic. & imper. Lib. 1. cap. 14. & de form. emend. dol. mal. cap. 14. existimat hæc verba: aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est, esse delenda, neque ea esse ULPIANI, sed inepti alicujus Interpretis glossema continere. Et sane, nisi statuimus sibi ipsi JCtum fuisse oblocutum, hæc conjectura videtur admittenda. — Cum tamen alii ex hac Lege duo commata extrudere non audent (HEINECCIUSS Elem. jur. ad Pand. h. t. §. 481.) laborarunt viri erudit, num alio modo res salva reddi possit. Tres conjecturas, hic spectantes, proposuit J. WOLBERS in Observ. cap. 4 & 5. (editis Groning. 1736. & P. DE TOULLIEU Collectaneis subnexit.) — 1º. Delet particulam aut, & pro in hoc (uti NOODT etiam facit) legit ab hoc. Putat igitur ULPIANUM in hac Legis periodo per argumentum à contrario, ut vocant, tantum observasse, ut si doli fuisset particeps emtor, teneretur ex emto, & hoc ipsum velle, dum ait: *hoc enim sic accipimus carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non possit nullam esse venditionem, si ab hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est.* — 2º. Putat non male d. L. 7. explicari hoc modo, si post verba: *hoc enim sic accipimus carere dolo emtorem ut ex emto teneri non possit:* subintelligamus verba: *ad id quod interest,* & porro: *aut nullam esse venditionem &c.* Nam vendor, si emptoris dolus intervenerit, non tenetur emptionem venditionem dicere ipso jure nullam, sed in ipsis arbitrio est, utrum malit agere contra emptorem actione ex empto, ad id quod sua interest, se se non fuisse deceptum, vel eadem actione venditionem ipso jure nullam declarare. — 3º. Denique observat d. L. 7. ita posse accipi; venditorem in casu, à JULIANO proposito, quia doli particeps non fuit, non posse teneri ex emto ad id quod interest, quâ teneretur, & nullam esse venditionem, si ab hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est; adeoque particulam aut pro & accipiendo esse, uti saepe conjuncta pro disjunctis, & disjuncta pro conjunctis in jure accipiuntur. L. 53. ff. de V. S. Licet enim vendor agat ex vendito ad declarandam venditionem ipso jure nullam, nihil tamen ei obstat, quo minus agat eadem actione ad id quod sua interest se se non fuisse deceptum.

§. ult. Inst. de empt. vend. L. 62. §. 1. ff. de contr. empt. — Aliam adhuc emendandi viam ingressi sunt nonnulli Interpretes, particulam negativam inferendo. Sic JENSIUS in strictur. ad h. L. quem sequitur JONQUIERES de Restit. in inegr. pag. 169. pro aut legit haut vel haud. — Similem quoque emendationem tentat J. CANNEGIETER in not. ad ULB. Fragm. pag. 32. putans notarum ignorantiam hic errorem peperisse, ac verba legis hoc modo scripta fuisse: *aut nulla-n* (id est, *nullam non*) *esse venditionem.* Cum notissimum sit N pro non, itemque M. litteram per lineolam — olim fuisse notatam.

## §. 5.

Sed tertii dolus &c.] Confirmat hæc NOODT de form. emend. dol. mal. cap. 13. Dissentit quidem LEYSER Medit. ad ff. tom. 1. spec. 59. mod. 4. sed non idoneo fundamento: iniquissimum enim videtur, cuiquam scientiam alterius quam suam nocere, vel ignorantiam alterius alii profuturam. L. 5. ff. de jur. & fact. ignor.

## §. 13.

Uti & mandati actio &c.] Actio dolii cum actione mandati ex eo concurrere videtur, quod in L. 59. §. 1. ff. mand. dicitur, fidejussorem, qui rem pignoris jure obligatam à creditore emit, mandati judicio conveniri posse; cum contra in L. 1. C. h. t. exstet Rescriptum Imp. SEVERI & ANTONINI in hunc modum: *si fidejussor à creditore pignora emerit, oblatâ quantitate sortis & usurarum, tibi dominium cum fructibus, quos bona fide percepit, consultius restituet, ne fidei ruptæ gratiâ de dolo possit actio exerceri.* Verum facile tolli poterit difficultas, quæ ex coniunctione harum legum oritur; nihil enim vetat, quo minus hic non Praetoriam illam, & subsidiariam dolii actionem, intelligamus, sed potius ipsam actionem mandati, quæ datur propter dolum in hac specie à fidejussore commissum, & quâ dolus, in hoc bonæ fidei judicio interveniens, emendatur. Nec alio sensu mandati actio judicium de malâ fide vocatur apud CICERONEM de nat. Deor. Lib. 3. cap. 30. Quod si hanc interpretationem admittamus, simul fateamur necesse erit, Legem hanc à suâ sede remotam ad Titulum mandati revocandam esse. Atque hoc jam dudum placuit ACCURSIO, quem sequuntur CUIACIUS Observ. Lib. 3. cap. 37. & NOODT de form. emend. dol. mal. cap. 13. Si cui tamen hæc conciliatio minus arrideat, & d. L. 1. C. h. t. inter fugitives & erraticas referre nolit, poterit eam accipere de casu, quo fidejussor pro invito debitore fidejusserit, & quo proinde nullo intercedente mandato, deficit actio mandati, nec aliud supereft debitori remedium, quam

quam actio doli, quā experiri poterit adversus fidejussorem, qui dolo malo, & lucri captandi causā pignora, quae debitam quantitatem plerumque haud parum excedunt, à creditore emit. Conf. E. MERILLIUS *Observ. Lib. 6. cap. 2.*

## §. 15.

*Similiter doli actione &c.]* Concursum actionis de dolo cum actione ex stipulatu admittere videntur L. 19. ff. h. t. junct. L. 95. §. 1. ff. *de solution.* In illā enim ita loquitur PAPINIANUS: *Si fidejussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus & Julianus responderunt, quoniam debito liberto per consequentias ipse quoque dimittitur.* In hac vero idem PAPINIANUS tradit fidejussorem, qui promissum animal occidit, ex stipulatu actione teneri, idemque confirmant PAULUS in L. 88. ff. *de V. O.* & MARCIANUS in L. 32. §. ult. ff. *de usur.* Vix videatur alia ratione solvi posse difficilis ille nodus, quam adhibitā, ut D. D. vocant, historicā interpretatione. Scilicet PAPINIANUS in d. L. 19. ff. h. t. historicā & narrativē expōnit sententiam NERATII, & JULIANI; non autem probat; quin potius quantum ab hac alienus sit satis ostendit in d. L. 95. §. 1. ff. *de solution.* ubi fidejussorem in specie propositā actione ex stipulatu teneri affirmat. NERATIUS vero & JULIANUS ideo hic actionem de dolo concedunt, quia eorum aetate dubium erat, an adversus fidejussorem, qui promissum animal ante moram occiderat, ex stipulatu agi posset: Putabant scil., exstantiā principali obligatione accessiones quoque, i.e.

fidejussores, liberari, nec credebant fidejussorem ex facto suo propriam obligationem perpetuare. Hac enim de re dubitatum fuisse inter Veteres constat ex L. 91. §. 4. ff. *de V. O.* unde simul patet, PAULUM sententiam POMPONII probasse existimantis accessiones propriam obligationem perpetuare, cum iniquum foret fidejussorem ex facto suo liberationem consequi. Quae eadem ratio efficit, ut idem PAULUS, PAPINIANUS, & MARCIANUS, in d. d. L. L. affirmare non dubitarent, fidejussorem in specie propositā ex stipulatu teneri; licet enim reus principalis liberetur, æquitas tamen postulat, ut fidejussoris obligatio sustineatur; nec alio sensu actio, quae adversus fidejussorem competit, *actio utilis* vocatur in L. 32. §. ult. ff. *de usur.* — Verum ne sic quidem omnis difficultas erit remota, nova enim eaque insignis oritur ex L. 38. §. 4. ff. *de solution.* ubi AFRICANUS refert, JULIANO placuisse, ut adversus fidejussorem, qui promissum animal ante moram occiderat, actio ex Edictō *ex quibus caus. major.* restituueretur; cum contra ex PAULO in L. 19. ff. h. t. vidimus, JULIANUM voluisse, ut actio doli adversus fidejussorem danda esset. Ut pugna tollatur, necessario ibi intelligendus erit JULIANUS de casu, quo fidejussor absque dolo promissum animal occidit; quod si dolo id fecerit, restitutio ex Edictō *ex quibus caus. major.* cessabit: alias enim ex clausulā, *si qua alia mihi justa causa esse videbitur*, quam Prætor huic Edictō subjecit, semper fieri posset restitutio, & sic supervacuum fuisset Edictum de dolo malo. Conf. A. FABER *Conjectur. Lib. 2. cap. 12.* & A. SCHULTING *in Enarr. ad h. t. ff. n. 10.*

## T I T U L U S IV.

*De minoribus viginti quinque annis.*

## §. 1.

**Q**UI impleverunt &c.] Ex generali Juris analogiā tutela *ipso jure* finitur pupillorum majorenitate. Hoc etiam obtinet in omnibus illis Hollandiæ locis, in quibus Leges pupillares nil, nisi impletam viginti quinque annorum aetatem, desiderant. In nonnullis tamen locis jus singulare viget, ut scil. quamvis hanc aetatem impleverint, non prius à tutelâ liberentur, aut bona sua alienare, vel obligationes contrahere possint, nisi Magistratus vel Camera Pupillaris eos nominatim à tutelâ exemerit. Invenitur jus illud Lugduni Batavorum. *Weeskeuren van Leyden art. 59.* Roterodami. *Weeskeuren van Rotterdam art. 39.* apud Loys Chron. van Rotterdam pag. 370. Flardingæ.

*Weeskeuren van Vlaardingen art. 66.* multis que Noord-Hollandiæ locis. *Weeskeuren van Alkmaer Tit. 10. art. 4.* *van Enkhuyzen Tit. 10. art. 4.* *van Wormer Tit. 10. art. 4.* *van de Zype en Haze-polder Tit. 10. art. 4.* & *van Heemstede art. 34.*

## §. 4.

*Hollandiæ Curiae, — & variarum Civitatum magistratis &c.]* Curiae Hollandiæ veniae hujus concedenda potestatem competere, tradit quidem GROTIUS *loc. ab Auct. cit.* Sed ejus rei probationem huc usque frustra quæsivimus. — Longe certiori nititur fundamento, quod diversi Magistratus Hollandici hoc jure gaudeant; quamvis hodiè ab ipsis exerceri non videatur. *Præter Statuta Leyden-*

*densia, ab Auctore citata, huc spectant de Weeskeuren van den Lande van Putten van den jaare 1587. art. 45. — de Weeskeuren van de Dorpen onder den Ambachte van Waffenaer van 1. Mey 1606. art. 83. — de Weeskeuren van Rotterdam art. 38. — van Gouda art. 139. — & van Middelburg art. 54. — An vero huc etiam pertineat de Ordonnantie van de Weeskamer van Amsterdam anno 1563. art. 24. ab Auct. cit. dubium est: non enim diserte loquitur de venia à Magistratu concedendā, sed commode referri potest ad veniam, quam Ordines indulgere solent. Conf. Regtsgel. Observ. over de Inleid. van DE GROOT 3. D. Obs. 18. pag. 50. seqq.*

### §. 5.

*Eo excepto, quod immobilia &c.] Venia aetatis in Hollandiâ olim non tribuebat potestatem bona mobilia vel immobilia alienandi. E. VAN ZURCK in Cod. Bat. voce *Venia aetatis* §. 4. n. 1. verum id postea mutatum est, & ordinaria veniae formula, quae exstat apud VAN ALPHEN Papeg. 1. D. pag. 620. seq. inter alia continet clausulam, „dat de minder „jarige word geauctoriseerd, om ook van zijne „goederen. zoo wel Leenen, als Allodiale, te „mogen disponeeren, ende sulks handelen, als „hem naer Rechten ende Costuymen van den „Lande geoorloofd wesen soude, als hy zijnen „wettigen ouderdom zoude hebben gehaalt.”*

### §. 6.

*Sed hodie matrimonium &c.] Conf. LOENIUS Decis. & Observ. Caf. 124. ibique BOEL in not. pag. 762. seqq.*

### §. 8.

*Extra domicilii locum &c.] E. VAN ZURCK in Cod. Bat. voce *Venia aetatis* §. 6. refert, Resol. Holl. 7. Decemb. 1673. decismus fuisse, veniam aetatis, ab Ordinibus Trajectensibus concessam, etiam de bonis, in aliis regionibus & Provinciis sitis, disponendi facultatem tribuere.*

### §. 11.

*Neque his repugnat &c.] Ad explicandam L. 74. §. 1. ff. ad SCtum Trebell. conf. J. C. RUCKER de civil. & nat. temp. comput. cap. 3. §. 8. seqq. in Opuscul. pag. 31. & seqq.*

### §. 35.

*Quod si cum minore &c.] An & quatenus vulgaris regula, privilegiatus contra æque privilegium suo non utitur priyilegio, minoribus, in integrum restitutionem postulantibus, objici possit, exponit LEYSER Medit. ad ff. tom. 1. specim. 61. pag. 529. seqq.*

### §. 39.

*Fidejussoribus &c.] Patentur plerique omnes restitutionem in integrum non prodefe fidejussori minoris, ita ut licet minor ipse per restitutionem liberetur, atque eximatur ab obligatione, tamen fidejussores ejus maneant obligati. Eoque pertinet locus PAULI sentent. Lib. 1. tit. 9. §. 6. „Qui sciens prudens, que se pro minore obligavit, si id consulto con-, filio fecit, licet minori succurratur, ipsi tam- men non succurretur.” — Conf. de hac quæstione A. VINNIUS sel. quæst. Lib. 1. cap. 11. MERENDA Controv. Jur. Lib. 21. cap. 24. — Gravissimum tamen contra hanc sententiam primâ frōntē obstare videtur argumentum. Restitutione scil. in integrum liberatur minor ab obligatione, sed liberato reo principalī semper liberatur fidejussor. Ergo restitutio ne in integrum minoris liberatur fidejussor. — Respondemus ad hanc objectionem, quod licet restitutio in integrum eatenus liberetur minor ab obligatione, ut rescindatur & irri tus fiat actus ille, quo minor fuit obligatus. L. 24. §. 1. & 4. L. 44. ff. h. t. L. 1. C. si advers. transact. & restituatur minor in eum statum, in quo erat antequam obligaretur. L. 2. C. in quib. caus. in int. restit. necess. non est. tamen dici non potest omnino liberari minorem ab obligatione. Quoties autem reus principalis aliquo modo manet obligatus, vel solum naturaliter, non liberatur fidejussor. L. 60. ff. de fidejuss. nam etiam ab initio naturali obligationi potest accedere fidejussor. L. 6. in fin. & seqq. ff. eod. Igitur fidejussor etiam post restitutio minoris manet obligatus, quia minor per restitutio non liberatur ab obligatione naturali. Restitutio nem enim concedit Prætor, qui naturales ob ligationes tollere non potest. L. 8. ff. de cap. min. cum naturalia jura mutari subvertique non possint. §. pen. Inst. de f. N. G. & C. t. Inst. de legit. agnat. tut. in fin. L. 188. §. 1. ff. de R. f. L. 1. §. 1. ff. de usufr. ear rer. & cum naturalis obligatio nascatur ex fide, quam præsttit minor in contrahendo, L. 84. §. 1. ff. de R. f. non potest Prætor efficere, ut præstita non sit fides, quæ vere præstita est. L. 12. §. 2. ff. de capt. & post lim. Conf. J. AVERANIUS Interpr. Jur. Lib. 2. cap. 10. — Qua ratione si se se minor &c.] Non ineleganter queritur, quænam vera ac justa ratio est, cur, minore, qui se se sine mandato alienæ litis defensioni ingessit ac satisdedit, in integrum restituto, non ei tantum, sed & fidejussoribus ejus per hanc in integrum restitutio nem succurratur? Auctor, & plerique cum eo, respondent, quod fidejussor, qui intercedit pro minore certæ personæ qualitatem induente liberatur per restitutio, quia fidejubendo videtur id egisse, ut non tenetur,*

tur,

tur, si minor eam qualitatem deponeret, quam revera deponit, cum restituitur. Verum hæc ratio solida non est: nam vel ex sola L. 7. ff. *judic. solvi.* constat eum fidejussorem, qui intercessit pro procuratore, teneri, etiamsi ille desinat esse procurator, domino mandatum revocante. Non itaque liberatur fidejussores, etiamsi principalis deponat qualitatem procuratoris. — Aliam ac justiore rationem reddit J. AVERANIUS *Interpr. Jur. Lib. 2. cap. 9.* quæ huc redit. In omni judicio tres personæ concurrant necesse est: Actor, Reus, & Judex. Si unus ex his deest, nullum est judicium. Minor autem, qui alium in judicio defendit, Rei vicem gerit: Rei personam sustinet. L. 51. §. 1. ff. *de procurat.* L. 76. ff. *eod.* per restitutionem subtrahitur minor à judicio: confessim evertitur judicium, atque incurratur, subtracto reo, sine quo judicium non potest consistere. Infirmato judicio fit irrita omnis fatisatio, quæ propter judicium fuerat interposita, deficiente scil. causâ, cui fatisatio innitebatur. Quid enim promittit defensor, ejusque fidejussores? promittunt judicatum solvi. Hæc stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de re judicata, de re defendantâ, & de dolo malo. L. 6. ff. *judic. solv.* Atqui non possunt teneri ex primâ clausulâ ad solvendum judicatum: quid enim solvant, si nulla est res judicata; nullum judicium? non tenentur ex secundâ clausulâ ad defendantum, & propter rem non defensam, quia indefensa non est res; de quâ Prætor judicium accipere non cogit. L. 18. ff. *judic. solv.* Est autem ipse Prætor, qui restituit in integrum. L. 1. ff. *h. t.* & restituendo non solum non cogit, sed etiam vetat judicium à minore accipi. Denique non possunt teneri de dolo extertia clausula, cum nullus dolus intervenerit, & minor jure permittente à judicio sit exemptus, & bonus vir non arbitretur rem indefensam esse. d. L. 18. ff. *judic. solv.* Non potest igitur committi stipulatio judicatum solvi. Eademque ratione, quâ PAULUS in L. 2. ff. *judic. solv.* hanc regulam tradit: „*Cum lite mortua nulla res sit, ideo constat fidejussores ex stipulatu, judicatum solvi non teneri.*” Hoc eo magis dicendum in hac specie, in qua non solum mutatur conditio, & causa minoris per restitutionem, sed etiam minor omnino eximitur à judicio, & judicium amplius non prosequitur, ac proinde judicium in dominum, quem defendebat, transferendum est: judicium autem in dominum translato, non tenentur fidejussores quos defensor dedit. L. 1. in fin. ff. *quib. mod. pign. vel hyp. solv.*

*Idemque est, si minor &c.]* In L. 89. ff. *de acq. vel omitt. hered.* & in L. 2. §. 1. ff. *de adm. tut.* ab Autore citatis, agi vulgo putant Interpretes de restitutione in integrum, quia agitur de pupillo, qui jam adiit heredi-

tatem, & ut postea se abstineat, in integrum restituendus est. Sed animadvertiscum, in utraque *Lege* agi de pupillo, non de minore. Hoc autem inter minorem ac pupillum interest, quod minor, si se immiscuerit hereditati, non potest se ab eâ abstinere, nisi fuerit restitutus in integrum: pupillus vero etiam sine ulla restitutione potest se abstinere, etiamsi se immiscuerit. L. 11. L. 57. ff. *de acq. vel om. her.* — Verissima tamen est Autoris doctrina, liberari fidejussores, etiamsi minor se abstinerit, cui certe necessaria est restitutio. Minor enim, qui aditâ hereditate spondet creditoribus hereditariis se soluturum id quod ipsis à defuncto debebatur, eisque dat fidejussores, utique ideo promittit, quia putat se ipsis debere, quod promittit; vide licet quia adeundo hereditatem cum ipsis obligationem contraxit, aut potius in defuncti obligationem succedit. §. ult. *Infl. per quas pers. cuique acquir.* Quando autem minor restituitur in integrum, etsi eo tempore quo promisit justam causam habuit promittendi, tamen nunc nullam idoneam causam habet, cum heres non sit, nec in eum transmissa sit obligatio defuncti. Tutus igitur esse debet faltem exceptione doli mali, si conveniatur ex suâ stipulatione. L. 2. §. 3. *ys. Etsi.* L. 7. ff. *de dol. mal. & met. exc.* L. 30. ff. *de reb. cred.* Atqui exceptio doli mali transit eriam ad fidejussores, cum rei, causeque cohaereat, non personæ. L. 7. §. 1. ff. *de except.* L. 15. pr. ff. *de fidejuss.* — Accedit quod minor, cum per restitutionem evanescat causa promissionis, naturaliter non est obligatus; imo ne quidem civiliter obligatus est. Restitutio enim rescindit ipsam stipulationem, unde oriri posset illa obligatio mere civilis, illa obligatio inutilis, & quasi nulla: nam restitutione fieri solet irritus actus, quo minor laeditur. L. 24. §. 1. & 4. L. 44. ff. *h. t. vel faltem inutilem prorsus efficit eam ipsam obligationem mere civilem,* quia actionem denegat. L. 27. §. 1. ff. *h. t.* Cum igitur minor nec naturaliter, nec civiliter amplius teneatur, fidejussores liberentur necesse est. L. 43. ff. *de solut.* Conf. J. AVERANIUS *Interpr. Jur. Lib. 2. cap. 8.* & J. ALTAMIRANUS in *Comm. ad Quæst. SCÆVOLÆ Tract. 13.* in MEERMANNI *Thef. tom. 2. pag. 524. seq.* Papiniani acutissimi responsum in L. 95. §. 3. ff. *de solut.*] Lectionem hujus Legis, cuius mutationem diversimode tentarunt Interpretes, adversus criticorum conjecturas defendunt F. M. GORDONIUS in *Præterm. Jur. Civ. cap. 14.* in OTTONIS *Thef. tom. 2. col. 875.* & A. WIELING *Lect. Jur. Civ. Lib. 2. cap. 12.* *De quo casu tractare &c.]* Hanc conjecturam FABRI, in L. 14. ff. *de fidejuss.* pro verbis, fidejussori competente, legentis, fidejussori non competente, refutarunt F. M. GORDONIUS.

NIUS d. l. Cap. 15. in OTTONIS Thes. d. l. col. 877. & G. BEST in rat. emend. Leges Cap. 6. ac simplicissimum hunc Legis sensum proponunt. Ostendit scil. JULIANUS, integrum plane atque illibatam manere obligacionem Rei promittendi, ipsumque licet heres exstiterit fidejussori suo, non nomine hereditario, sed tantum ex sua obligatione esse convenientem; quoniam illa, per confusionem obligationis accessoriæ, nullâ plane ratione est immutata. Hinc sequitur, quod reus, quocum agitur ex propriâ ipsius obligatione, non possit habere exceptionem talem, quæ fidejussori, cui heres exstitit, ex propriâ competebat personâ. Exempla peti possunt ex L. 25. §. 1. & L. 26. ff. de pact. & L. 7. ff. de except. Si tamen reus, heres fidejussoris, utatur exceptione ejusmodi, quæ personalis & propria erat fidejussori, suggerit JULIANUS remedium, atque, in factum replicationem esse dandam, h. e. si creditor alleget, quid cum fidejussore sit actum, atque hoc ejusdem personam tantum spectavisse, adeoque hoc factum reo, ex propriâ personâ convento, nihil posse prodesse, dabit Praetor creditor replicationem, in quâ facti istius commemoratio continetur: & ex quâ statim patebit inique exceptionem à reo esse objec- tam. Quod si dubium sit, an tale factum, atque inde collecta conclusio manifesto repellet creditorem, addit JULIANUS, exceptionem dolii profuturam: idque caute admodum. L. 10. §. 2. ff. de pact. L. 25. §. ult. ff. eod. L. 1. §. 4. ff. quod legat. Ratio est, quod debitor sit in dolo, si probe sciens, nullam sibi competere exceptionem, (utpote quæ fidejussoris erat propria) illam tamen opponat: aut certe in latâ culpâ est, quod ignoret se talem exceptionem jure non habere; & utroque casu exceptio dolii habet locum. L. 206. ff. de R. J.

## §. 43.

*Vel dolo malo majorem se dixerit, &c.] Conf. A. MERENDA Controv. Jur. Lib. 10. cap. 37.*

## §. 44.

*Sed & si major quis factus rata habuerit, &c.] Si quis major factus ratum habuerit negotium aliquod, in minore aetate gestum, hac ratificatione efficit, ut in integrum restitu amplius non possit: & hoc quidem certissimum est, quod ad expressam ratificationem, ut patet ex t. t. C. si maj. fact. rat. hab. sed tacite etiam hic fieri posse ratificationem, aperte docet PAULUS Sent. Lib. 1. tit. 9. §. 3. & exempla prostant in L. 20. §. 1. & L. 30. ff. h.t. — Sed hic graviter obstat L. 3. §. 2. ff. eod. ubi minor se immiscuerat bonis partnis, & dein major factus debitum heredi-*

tarium exegerat, qui tamen in integrum restitu posse dicitur. Auctor noster in h. §. distinguuit, utrum negotium, in minorenitate coeptum, à majorenni perfectum sit; quo casu cessare dicit restitutionem: utrum vero major factus aliquid gesserit in consequentiam negotii, durante minorenitate jam perfecti; quo casu restitutioni locum esse affirmat, huc referens d. L. 3. §. 2. Eodem modo sentiunt CUJACIUS ad d. L. 3. §. 2. & SCHULTING in Enarr. ad h. t. ff. n. 13. in fin. Sed rectius alii distinguunt, utrum major factus ea, quæ in consequentiam negotii, jam perfecti, egerit, sine culpa negligere potuisset, an minus: & priore casu omnino putant, denegandam esse restitutionem, v. c. minor vendidit rem aliquam & major factus eam tradidit, vel pretium accepit: quis negabit, eum hoc casu venditionem ratam habere? nam talia egit, quæ non egisset, si venditionem reprobasset. Sed posteriore casu alia res est; nam v. c. in casu d. L. 3. §. 2. major factus debitum ideo exigere potuit, ne post restitutionem de negligentia teneretur, puta si illi actioni fuerit praescriptum. Eamque distinctionem in jure fundatam esse, inter alias probat L. 7. §. 1. ff. de liber. caus. Conf. F. DUARENUS in Comm. ad t. C. si maj. fact. rat. hab. (Oper. tom. 1. p. m. 135.) PEREZIUS in Comm. ad eund. tit. A. MERENDA Controv. Jur. Lib. 10. Cap. 19.

## §. 45.

*Quæ tamen non impediunt &c.] An poena delicto per legem constituta minuenda sit ob minorem aetatem ejus, qui deliquit? — An minores contineantur in Legibus municipalibus poenas constituentibus? — Quænam sit potestas & officium judicis in minuenda poenâ ob minorem aetatem? — Quâ poenâ possit judex minorem punire? — In atrocissimis delictis aetas minor an allegari possit ad minuendam poenam? Et an haec allegatio possit suffragari in judicio, in quo ad interesse agitur? — Minor aetas an sit sufficiens ad minuendam poenam in delictis iteratis, læse majestatis, nefandi, falsi, monetae falsae, raptus? — Omnes has quæstiones ex professio tractavit A. MERENDA Controv. Jur. Lib. 5. cap. 15—19.*

## §. 46 &amp; 47.

*Jurejurando promiserunt &c. Conf. SCHULTING in Enarr. ad h. t. n. 8. & 13. COCEJUS in Jur. Controv. ad h. t. quæst. 21.*

## §. 50.

*Adeoque licet &c.] An minori viginti quinque annis, Doctori Juris, si captus sit, con-*

ce-

cedenda in integrum restitutio, disquirit A. VINNIUS *sel. Quæst. Lib. I. cap. 13.*

## §. 51. V 2 U J

*Ad mercatores quoque, & artifices &c.]* An mercatura restitutionem in integrum ex capite ætatis excludat, queritur. Si ex foliis legibus lis decidenda sit, affirmativa sententia non ita facile probari posset. Nam, quod ex L. 6. C. de muner. patrimon. (10:41.) L. 1. C. de his qui ven. et. impetr. L. 3. C. si min. se maj. deducunt argumentum D. D. parum evincit. Consuetudine tamen aliud introductum est, idque omnino æquitate nititur. Nam qui artem publice profitetur, & jus exercendi eam obtinuit, si quod per imperitiam suam damnum sentiat, sibi id imputare debet, nec restitutionem salvo pudore petere potest. Eadem prorsus ratio cum in opificibus quoque, quod ad negotia artem suam spectantia, obtineat, his etiam restitutio in illis merito denegatur. Interim probanda est observatio STRACCHÆ de mercat. part. 3. n. 26. quam & sequitur Auctor in h. §., hoc jus scil. in iis tantum, qui in album mercatorum vel opificum recepti sunt, obtinere. Igitur si vel maxime quis nonnunquam negotietur, per hoc tamen restitutionis beneficium haud perdit, ut nec opifex, qui nondum magister legitime renunciatus est. Atque ita respondisse JCtos Helmstadienses refert LEYSER medit. ad ff. tom. I. spec. 60. med. 6, 7, & 8. pag. 525. seq.

## §. 52.

*L. puberes 101. ff. de verb. oblig.]* Mirum in modum hæc Lex, quamvis brevissima, tortit Interpretates. Movit difficultatem quæstio; an minores possint sine consensu curatorum suorum civiliter obligari? Plerique id negandum pro certo crediderunt. Hinc nonnulli, ad lectionis mutationem configuentes, inferuerunt particulam non. Alii pro obligari legunt obligare. (NOODT de pact. & transact. Cap. 20.) Rursus alii distinguunt inter minores, curatorem habentes, & non habentes. J. MERCERIUS Opin. & Observ. Lib. I. cap. 6. in OTTONIS Thes. tom. 2. col. 1561. M. LYCKLAMA membr. Lib. 7. Ecl. 15. pag. 276. Sed an ita certum est, ad hanc quæstionem negando esse respondendum? Nonne verius est, etiam si minores habuerint curatores, illos sine horum consensu potuisse civiliter obligari? Certe hoc docere yidetur L. 43. ff. de oblig. & action. Nec contraria opinio probatur ex L. 3. C. de in int. rest. min. ibi enim non dicitur contractum, à minore initum, esse nullum, sed eum non servari, & minorem, implorare in integrum restitutio, si necdum

tempora præfinita exceperint, causâ cognitâ non prohiberi. Si vero contractus restitutio in integrum rescinditur, valet procul dubio ipso jure: si valet ipso jure, minor obligatur civiliter. — Conf. qui hanc materiam ex professo tractatunt, Z. HUBER in *Dissert. Jurid. & Philolog. tom. I. pag. 369—413.* & J. G. MARCKART *Interpr. Jur. Civ. Lection. Cap. 21 & 22. pag. 136—154.*

## §. 53.

*Sed aliae ei actiones competant &c.]* Restitutio in integrum, quæ ex hoc Edicti capite competit, non est similis ceteris, quæ dantur ex Edicto quod metus causâ, & de dolo, quippe quæ ita demum dantur, si alia actio non sit. Sed minorum restitutio conceditur, etiamsi alia actio sit. L. 16. §. 2. ff. h. t. — Sed quomodo dicere potuit ULPIANUS in pr. d. L. In causæ cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutio? Respondemus cum NOODT in Comm. ad h. t. Oper. tom. 2. pag. 94. quod in d. L. 16. pr. iub actio nisi appellatione continetur jus id quod gestum sit dicendi nullum. Et sensus est: Quoties quis ita est munitus ipso jure, ut possit id quod gestum est nullum dicere, tum Praetor ei non accommodat hoc extraordinarium in integrum restitutio auxilium: propterea quod non est opus restitutio, qua nullum fiat negotium, quod est nullum, & quidem ipso jure. Cujus rei exempla sunt; si forte cum pupillo contractum sit sine tutoris auctoritate, nec is locupletior factus sit. Item si minor circumscriptus societatem coierit vel etiam donationis causâ: quibus casibus certum est, cum ipso jure contractus non teneat, nullam ex ejusmodi contractu actionem contra minorem aut pro minore nasci. Actio enim præsupponit obligationem, obligatio contractum. Atqui si negotium nullum gestum esset, nullâ actione possit conveniri pupillus ex eo contractu, ex quo locupletior factus non esset: rem autem suam, de quâ perperam & contra leges contraxit, posset vindicare. Nullâ ergo indiget restitutio, quoniam habet aliam actionem sibi competentem ipso jure, id est, vindicationem. Conf. A. FABER in Rational. ad d. L. 16. tom. I. pag. 545. — Atque ex his principiis non difficulter solvuntur quæstiones; quatenus restitutio in integrum impedit facultas agendi contra tutores vel curatores, qui sunt solvendo? Item, an restitutio in integrum sit concedenda, si propter negligentiam tutorum, qui non sunt solvendo, minores damnum passi sint? Quas tractat A. MERENDA Contr. Jur. Lib. 10. Cap. 25 & 26.

## T I T U L U S V .

De *capitis diminutione*.

## §. 2.

**S**OLIS exceptis tutelis &c.] Si quæ Lex D. D. virorum ingenia exercuit, & criticas manus experta est, ea procul dubio est L. 7. ff. h. t. quæ vulgo ita legitur. *Tutelas etiam non amittit capitum minutio: exceptis his, quæ in jure alieno personis positis deferuntur.* Et fane haud exiguâ illam difficultate premi facile cuivis appareat. Credibile certe non est ita à PAULO hæc verba prescripta fuisse, utpote sensum idoneum non habentia: quæ enim tutelæ filiisfamilias deferuntur, nisi testamentariæ & dativæ? has vero non interire minimâ diminutione capitum apertissimum est. §. 4. *Inst. quib. mod. tut. fin.* — Tam in prioribus, quam in posterioribus Legis verbis lectionis mutationem tentarunt Interpretes. — *Tutelas non amittit capitum minutio.* Hæc locutio insolens videtur. — *Amittit sumitur pro perimit, vel tollit, quemadmodum in L. 6. ff. h. t. L. 2. ff. de legit. tutor.* Ita SCHULTING in *Enarrat ad h. t. n. 4.* — Sed magis arridet conjectura J. A. ROËLL in *Dissert. Inaugur. exhibente conjecturas ad quasdam Leges Dig.* (Traj ad Rhen. 1712) hic in notis peccatum esse existimantis, & scriptum fuisse *Cap. Min. i. e. Capite minutus.* — In posterioribus Legis verbis major est difficultas: quæ tanta via fuit J. CUJACIO, ut in *Obser. L. 9. cap. 17.* & in *not. ad ULPIANI Fragm. tit. 11.* conjecterit, veteres librarios hoc in loco sequentibus usos esse figlis: *Exceptis his, quæ f. A. P. P. deferuntur:* hasque figlas ita exposuerit: *quæ jure agnationis proximis personis deferuntur.* — Alii has figlas rejiciunt, & moti in primis Græcâ hujus Legis versione, quæ in Libris Basilicâ reperitur, legendum esse putant: *in jure ANTIQUO positis personis:* & per *jus antiquum* intelligunt jus Legis XII. Tabb. F. BALDUINUS in *Jurisprud. Mutiana* (*Jurispr. Rom. & Att. tom. 1. pag. 507.*) J. GOTHOFREDUS in *not. ad Tab. V. Leg. XII. Tabb. in OTTONIS Thes. tom. 3. col. 170.* SCHULTING & NOODT ad h. t. — Rursus alii (ut E. SOAREZ à RIBEIRA *Obser. Jur. cap. 37.* in MEERMANNI *Thes. tom. 5. pag. 590.* & R. BACHOVIA *ad περτα h. t. pag. 1152.*) verba *exceptis his,* tanquam ab aliquo sciollo interserta, delent. — HALOANDER, AUGUSTINUS, GOVEANUS, & FABER, allegati ab U. HUBERO in *Eunom. Rom. ad h. L. pag. 203.* particulam negati-

vam non ante verbum *deferuntur* inserunt. — J. A. ROËLL in *laud. Dissert. pag. 44.* proponit, ut pro *deferuntur* legamus *auferuntur*: simulque refert aliam conjecturam, quam ipsi significaverat BYNKERSHOEK, qui pro *exceptis his* legit *acceptis his*, i. e. *scilicet, nimirum his &c.* — H. NOORDKERK in *Obser. cap. 3. pag. 48.* in locum *amittit* substituit *admittit.* — Nonnulli denique sanum hunc locum esse, cumque nullâ egere medicinâ, arbitrantur. Sic J. VAN DE WATER *Obser. Jur. Rom. Lib. 3. cap. 13.* regulam, in nostra Lege propositam, (*Tutelas etiam non amittit capitum minutio:*) refert ad tutelam testamentariam & dativam. In verbis vero subsequentibus, *Exceptis his &c.* exceptionem designari suspicatur in tutelâ legitimâ; tum quia alioquin exceptio regulam absorberet; tum quoniam JCtus utitur verbo proprio, ac tutelæ legitimæ per quam accommodato, *deferuntur*, quod solet adhiberi, cum tractatur de hereditate, tutelâ, bonorum possessione, & similibus, quæ vi legis deferuntur. Add. E. OTTO in *comment. ad §. 4. Inst. quib. mod. tut. fin.* — A. WIELING *Lect. Jur. Civ. Lib. 1. Cap. 9.* verba: *in jure alieno personis positis:* tanquam ablativo absoluto, ut vocant, posita accipit, nihilque aliud hic significare putat, quam *pupillis non emancipatis*, quibus pater testamento non propœxerat, & quos idcirco in legitimam agnatorum tutelam ex XII. Tabulis transire necesse erat. — Sec jam satis de hac Lege. Nobis verba textus omnino corrupta esse videntur; quamvis libenter dicamus cum BACHOVIO *loc. mox laud:* *quo modo ea mutem, non satis habeo.*

## §. 3.

*Sed an vicissim &c.]* Opinio CUJACII & FABRI, existimantium hoc Edictum non pertinere ad actiones, quæ ipsi capite minuto competent, sententiæ Auctoris præferenda videtur. Conf. JONQUIERES de *Restitut. in integr. Tit. 5. §. 12. pag. 349. seqq.* Nec illud iniquum videri debet: præterquam enim, quod iniquum non est, ut is, qui sibi proprio facto damnum intulit, illud sentiat, omnino est notandum, illas actiones, quæ filiisfamilias dantur, quales sunt injuriarum & de dote, etiam durare post capitum diminutionem. L. 9. ff. de O. & A. L. 8. L. 9. ff. h. t. E. MERILLIUS *Obser. Lib. 7. cap. 26.* SCHULTING in *Enarr. ad h. t. n. 3.*

## T I T U L U S VI.

*Ex quibus causis majores viginti quinque annis  
in integrum restituantur.*

## §. 2.

**S**ED *Jure novo is &c.*] Dubitari posset, an actioni rescissoriæ locus hodie sit, invento faciliore remedio, ut adversus absentem per denunciationem vel libellum Judici, eove absente, Episcopo vel Defensori loci porrectum, fiat interruptio usucaptionis. *L. 2. C. de ann. except.* Vid. BACHOVIVS ad TREUTL. vol. 1. Disp. 11. th. 17. Sed quum hoc remedium rescissoriæ actione non sit pinguius, eoque casu alterum ab altero tolli non soleat: *arg. L. 3. §. 1. ff. naut. caup. stabul.* nec novâ hac lege JUSTINIANUS vetus remedium fustulerit: nihil videtur obstat, quo minus rescissoriæ actione etiam hodie præsentibus contra absentes succurri censemus. HEINECCIUS in Elem. ff. ad h. t. §. 526. — Dissentit J. H. BOEHMER in *Introd. in jus Digest.* ad h. t. n. 2.

## §. 4.

*L. ult. ff. de in integr. restit.*] Verba hujus Legis haec sunt. „*Inter minores viginti quinque annis, & eos, qui Reipublicæ causa absunt, hoc interest: quod minores annis, etiam qui per tutores curatoresve suos defensi sunt, nihilominus in integrum contra REMPUBLICAM restituuntur, cognitâ scilicet causâ: ei vero, qui Reipublicæ causâ absit, ceteris quoque, qui in eadem causâ habentur, si per procuratores suos defensi sunt, hactenus in integrum restitutione subveniri solet, ut appellare his permittatur.*” In hac Lege pro verbis, contra Rempublicam, Interpretes vulgo legunt, *côtra rem jûdicatam,* eique mendo causam dedisse putant contractionem scripturæ; scriptum nempe fuisse *rem jûdi.* atque ex eo propter literarum similitudinem librarios *remp.* fecisse. A. GOVEANUS var. *Lect. jur. civ. Lib. 1. cap. 43. in Oper. pag. 203.* SCHULTING ad PAULI *Sent. Lib. 1. Tit. 13. A. in Jurispr. Ant. j. pag. 249. not. 17.* & in *Enarr. ad h. t. ff. n. 4.* — Attamen A. WIELING *Lect. Jur. Civ. Lib. 2. cap. 9.* nihil mutandum censet, speciemque litis intelligit, minorem inter & rempublicam judicatæ, cum damno prioris: quo casu contra sententiam, pro republicâ pronuntiatam, restitui minorem posse, nemo inficiabitur. Confirmat suam opinionem auctoritate Basiliæn, ubi hæc verba leguntur. ‘*Οι μὲν ἀφῆλμες*,

*ταὶ διὰ τῶν κηδεμόνων δικασάμενοι, νοῦ Kata πολεώς ἀποκωβίζανται.* h. e. *Minores annis, etiam qui per tutores curatoresve suos defensi sunt, etiam CONTRA CIVITATEM restituuntur.*

## §. 3.

*Est & generalis Edicti clausula &c.*] Quæritur, utrum generalis Edicti clausulâ: Si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam: tantum ad absentiam pertineat, ita ut hæc Prætoris mens fuerit: *si qua alia mihi justa ABSENTIÆ causa videbitur:* an vero & ad alias causas, rusticitatem, sexum, alias ve, extendi possit. Restrictivam interpretationem defendit JONQUIERES de restitut. in integr. tit. 6. §. 3. p. 375. seq. Dissentient vero U. HÜBER in *Prælect. ad h. t. ff. n. 3.* & LEYSER medit. ad ff. tom. 1. spec. 64. med. 1. & 2. pag. 550. seq. allegantes aliarum restitutionis causarum exempla, quæ in jure occurruunt: veluti in §. 5. *Inst. de hered. qual.* §. 33. *Inst. de action.* L. 1. §. 9. ff. de itin. act. priv.

## §. 12.

*De longi &c.]* Solam propter ignorantiam majoribus viginti quinque annis adversus usucaptionem, (*L. un. C. de usuc. transf.*) & prescriptionem impletam (five longi, *L. ult. in fin. C. de præscript. long. temp.* five longissimi temporis, *L. 3 & 4. C. de præscript. 30. vel. 40. annor.*) non dari restitutionem, ex professo defenderunt WISSENBACH in *Disput. ad ff. Disp. 15. th. 5.* A. MERENDA *Controv. jur. Lib. 13. cap. 38.* NOODT in *Comm. ad h. t. Oper. tom. 2. pag. 101.*

## §. 17.

*Porro si convenerit &c.]* An à voluntariis condemnationibus appellatio detur? An adversus eas in integrum restitutio sit concedenda? in utramque partem varié fuit disputatum. MBRULA *Man. van Proced.* Lib. 4. tit. 2. cap. 14. n. 1. ibique DE HAAS in *not. (1. D. pag. 222. Nov. Edit.)* donec hæc questio anno 1725. ita fuerit decisa, ut implorato restitutionis in integrum à Supremâ Curia beneficio, gravamen, quod per sententiam ex partium consensu pronuntiatam illatum fuit, tollatur. Vid. ‘*t Accommodement tusschen de beide*

Hoven van Justitie in Holland van 26. Juny 1725. art. 3. cuius haec sunt verba. „ Dat van willige condemnation, by den Hove van Holland, Zeeland en Vriesland gedecerneert, voortaan niet direct zal werden geappelleert of gereformeert aan den Hoogen Raade, maar dat aan die geene, die sustineeren met zoodanige willige condemnation te wezen bezwaard, en te gelyk redenen te hebben, in rechten gefundeert, waarom sy jegens de overgiffte van dezelve willige condemnation zou den wesen relevabel, vry zal staan, van den gemelden Hoogen Raade te verzoeken Mandament van Relief met Committimus aan den gemelden Hove, omme daar op by den zelven Hove gedisponeert te worden, zoo als beyonden zal worden te behooren; en dat die gee-

, „ nen, die vermeenen by de Sententie van den gemelden Hove gegraveert te wezen, het sy door het interineeren of het rejecdeerien van het Relief, als dan eerst van dezelve Sententie zullen mogen appelleeren of reformeren aan den gemelden Hoogen Raade. Even gelyk als van willige Condemnatiën, by den gemelden Hoogen Raade gedecerneerd, aan die geenen dewelke zouden willen sustineeren jegens de overgiffte van dezelve willige Condemnatie naar rechten te wezen relevabel, vry zal staan, daar van meede Mandament van Relief te mogen verzoeken met Committimus aan den zelven Hoogen Raade, en dat het verzochte Mandament, redenen daar toe dienende, zal werden verleend.”

## T I T U L U S VII.

## De alienatione judicii mutandi causâ.

## §. 1.

à se invicem dissensisse dicendum est. Conf. J. CANNEGIETER Observ. cap. 7. in fin.

## §. 2.

Sed & si quis &c.] Ad explicandam L. 4. §. 1. ff. h. t. conf. JONQUIERES de restitut. in integr. tit. 7. §. 4. pag. 426. seqq.

Quemadmodum &c.] Re quadam judicii mutandi causâ alienatâ, duplice actione cautum est ei cuius interest; nempe actione in factum, & directâ in rem actione. Illa ex Edicto Praetoris in venditorem competit ad id quod sua interest, duriorem adversarium se non habuisse. L. 1. L. 3. §. pen. ff. h. t. Haec adversus emptorem, qua rei suae possessorem. Idque significatur verbis L. un. C. h. t. „ Cum in rem actionem possessio pariat adversario.” Nec necesse est, ut cum CHARONDA, & GRIPHANIO, quos sequitur NOODT de pact. & transact. cap. 13. & in Comm. ad h. t. horum verborum loco substituamus: Cum in rem actioni possessio pariat adversarium: vel ut cum CUJACIO, & SCHULTINGIO in Enarr. ad h. t. ff. n. 2. pro actioni scribamus actori. Sensus enim legis satis est perspicuus; modo tamen notemus, adversarium hic non significare possidentem, sed eum, qui aliquod jus in re prætendit, ob quod possessorem convenire potest. WISSENBACH in Comm. ad L. un. C. h. t. JONQUIERES de restit. in integr. Cap. ult. §. 8. pag. 436.

**Q**UIA alienatione &c.] Præter actionem ex hoc Edicto datur & ei, qui alienatione judicii mutandi causâ factâ læsus est, reivindicatio adversus illum cui res alienata est. L. un. C. h. t. & quoque utilis reivindicatio contra ipsum alienantem. L. 27. §. 3. ff. de reivind. Licet autem haec remedia ipsi competant, tamen actio ex hoc Edicto usum habet. Quod ad jus antiquum attinet, observandum illud principium, *dolus habetur pro possessione*, (L. 131. ff. de R. f.) demum tempore HADRIANI receptum esse, ac primum obtinuisse in hereditatis petitione, L. 20. §. 6. ff. de her. pet. dein ad reivindicationem suis translatum. L. 27. §. 3. ff. de reivind. Et jure novo etiam usum habere potest, v. g. si impletâ usucapione extinctum sit dominium, adeoque reivindicatio amplius competere nequeat. L. 4. pr. ff. h. t. Conf. NOODT in Comm. ad h. t. in Oper. tom. 2. pag. 106.

*Sive in rem actio fuerit, sive in personam.]* In L. 3. §. 3. ff. h. t. ab Auctore citata, CAJUS existimat eum, qui opere novo nuntiato rem alienavit, teneri actione in factum, quanti nuntiantis interest alium adversarium eum habere. Contra vero statuit JAVOLENUS in L. ult. ff. de oper. nov. nunc. emptorem hoc casu teneri. Ad hoc dissidium componendum, vel de diversis casibus agere JCTOS, vel eos

## TITULUS VIII.

*De Receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.*

## §. 1.

**L**EX ex consensu 23. ff. de appell.] In hac Lege pro circa legendum citra, observant J. CUJACIUS in Comm. ad Lib. 19. Responso PAPINIANI, ad d. L. 23. NOODT in Comm. ad h. t. ff. in Oper. tom. 2. pag. 110.

## §. 2.

*Diversus ab arbitratoribus.*] Ita recte Auctor; quamvis enim nonnulli Interpretes duo genera arbitrorum faciant, quorum unum fit eorum, qui proprie *arbitri*, alterum, qui *arbitratores* dicuntur, quorum illi tanquam judices servato judiciorum ordine procedant, hi fine solemnibus item amice ex bono & æquo componant; haec tamen divisio arbitrorum in arbitratos, speciatim sic dictos, & arbitratores, à ratione Juris Civilis plane est aliena, nec arbitratores quidquam commune habent cum arbitratis compromissariis. VENNIUS Sel. Quæst. Lib. 1. cap. 16. A. MRENDA Controv. Jur. Lib. 21. cap. 47.

## §. 3.

*Constituitur arbiter — conventione.*] Quamvis arbitrorum constitutio ex liberâ partium voluntate pendere solet, tamen haec aliquando est necessitatis. Sic v. g. frequens est in testamentis, ut parentes liberis suis optime prospecturi, & imprimis sumptuosas lites & judicia exclusuri necessitatem eis imponant, controversias, si quæ nascantur, per arbitratos certo & præscripto modo componendi. Dubitatum quidem aliquando fuit, potueritne pater liberis necessitatem imponere arbitratos sumendi propter ULPIANI auctoritatem, qui in L. 3. §. 1. ff. h. t. ait: *Hæc res libera & soluta est, & extra necessitatem jurisdictionis posita.* Verum enimvero ULPIANUS hoc in loco non de litigatoribus, sed de arbitro ipso loquitur, quem cogi ad arbitrium fuscipiendum posse negat. At litigatores interdum per legem & judicem, ut arbitrio se submittant, compelli, ex L. 5. pr. C. h. t. & L. 16. C. de judic. appetit. Quum igitur testatori eadem ferme potestas, quæ legislatori & judici tribuatur, competet quoque ei facultas, lites heredum suorum arbitratis permittendi. Conf. LEYSER medit. ad ff. tom. 1. specim. 65. med. 6 & 7.

## §. 4.

*Atque hoc est, quod PAULUS vult in L. si duo rei 34. ff. h. t.]* Hanc legem explicat NOODT de pact. & transact. cap. ult. in fine. & casum legis hunc proponit. Sunt duo correi, aut duo argentarii. Ex his unus in arbitrum consensit, compromissâ poenâ, ni stetur arbitri sententiæ. Is ab arbitro prohibetur petere. Deinde petit ejus correus, qui non compromisit. An commissa est poena adversus eum, qui prohibitus est petere? negat PAULUS, & recte: non enim ipse petit, neque per se, neque per alium: sed ejus correus petit. Hic vero non est prohibitus petere. Accedit, quod is petit suo, non correi nomine. Ita PAULUS, si non sint socii. At quid si sint? Contra putat esse commissam poenam: propterea, quod ut non directo petat, tamen vi ipsâ petit: eo quod actione pro socio est venturus in partem socii. Tenetur igitur præstare socii factum: ne (quod idem PAULUS ait L. 5. ff. si quis caution.) dolus ei proficit propter societatem, id est, ne societas præbeat occasionem improbi quæstus. — Add. J. STEKII vindicat. Leg. anticrit. Cap. 3. in OTTONIS Thes. tom. 1. col. 511. L. VITALIS Lection. Variar. Lib. 1. cap. 8. ibid. tom. 2. col. 623. ac præsertim J. GOTHOFRIDUS Animadvers. Jur. Civil. cap. 3. ibid. tom. 3. col. 271. seqq.

## §. 13.

*Denique nec ita &c.]* Utile admodum ac fere necessarium est, tunc, quum duo vel plures pari numero arbitri constituuntur, quendam superarbitrum eligere, qui si illi dissentiant, item suâ sententiâ dirimat. Eaque res dubium non habet, quum certus superarbiter ab ipsis litigatoribus nominatur. Quid vero si illi arbitratis ipsis hoc committant, ut, si dissentiant, tertium adsumant. Negat tale compromissum valere ULPIANUS in L. 17. §. 5. ff. h. t. rationemque hanc subjicit: *nam in adsumendo possunt dissentire.* Addit tamen in §. seq. d. L. *Debet Prætor cogere arbitratos, si non consentiant, tertiam certam eligere personam, cuius arbitrio stabitur.* An ULPIANUS hic emendat priorem sententiam, probatque tale compromissum? Ita visum fuit LEYSERO medit. ad ff. tom. 1. spec. 65. med. 8. pag. 565. qui ideo existimavit etiam in incertum superarbitrum, ab arbitratis ipsis eligendum, compro-

mitti posse. — Sed magis placet conciliatio, quam proponit J. H. BOEHMER in *Jur. Ecclesiast. Prost. Lib. I. tit. 43. §. 6. vol. I. pag. 959.* non videri JCtum sibi in una eademque Lege, & quidem periodis proxime se subsequentibus, contradixisse, adeoque probabile esse JCtum prælupposuisse casum, ubi antea in compromissio certa persona nominata erat; id quod colligitur ex verbis: *tertiam certam eligere personam:* non quod ipsimet demum illam personam, ante non nominatam, eligere debeant; sed quod illam, quæ jam in compromissio nominatim expressa est, assumere cogantur: id quod hic *eligere* vocatur. Atque hac interpretatione assumta, omnis evanescit difficultas.

## §. 18.

*Non ergo quodlibet &c.]* Hinc arbitri officium, quamvis judicis officio laxius sit, eo usque tamen extendi non debet, ut potestas arbitro permittatur, rem tertio, qui in illum plane non compromisit, adjudicandi. Fac enim, arbitrum, dum causa apud eum discepatur, animadvertere, rem ad neutrum litigantium, sed prorsus ad tertium, qui jus forsan suum ignorat, pertinere. Poteritne secundum illum sententiam ferre? Negatur, quia tertii illius jus ad cognitionem ejus plane non pertinet. — Neque obstat, quod PAULUS in *L. 19. pr. ff. h. t. arbitro dicere,* quod ipsi videtur, permittit. Restringendum enim hoc est ex *L. 32. §. 15. eod. dummodo scil. nihil extra compromissum faciat;* arbitri enim, ut ait *Cap. 6. X. de arbitr. judicare non valent,* nisi de his tantum, super quibus in eos exsilit compromissum. Potest tamen arbiter & debet tanquam bonus vir privatim admonere litigatores, ut rem ei, cui de jure debetur, reddant. LEYSER medit. ad *ff. tom. I. spec. 65. med. 4 & 5. pag. 561. seq.*

## §. 23.

*Sententiae &c.]* Quamvis sententiae semel latæ mutatio arbitro permitta non sit, tamen non prohibetur laudum declarare, ac mentem suam interpretari, ita tamen, ut si

aliquid supplere vellet, quod ex verbis laudi deduci nequit, aut detrahere aliquid, sub ejus verbis clare comprehensum, non foret audiendus, etiamsi dixerit, se aliud sensisse. *L. 25. §. 1. ff. de legat. 3.* sic enim in ipsius potestare esset, novum ferre laudum; quod non est permittendum. *L. 55. ff. de re judic. L. 21. ff. h. t. Conf. A. MERENDA Controv. Jur. Lib. 13. cap. 44.*

*Quod & usu servatur &c.]* Quoniam arbitri sunt privatae personæ, quibus nulla est jurisdiction, & qui ex consensu compromissionis jurisdictionem acquirere nequeunt, *L. 3. C. de jurisd. omn. jud.* hinc ex eorum laudo executio dirigi non potest, nisi ex auctoritate ordinarii judicis. *L. 15. pr. ff. de re judic.* & Praxi nostræ maxime convenit, ut is, qui succubuit, ad ordinarium judicem citetur, ut is decretum de facienda executione interpolat; nobis, *dat de Triumphant den Succumbant dagyaarde, om de sententie tegen hem te zien verklaaren executabel.* WASSENAER loc. ab Aut. cit. — Ut tamen hæ ambages evitentur, satius est, ac usu invaluit, compromissio inserere clausulam, qua litigantes consentiunt, ut ordinarius judex, vel etiam Curia arbitrorum laudum sua condemnatione confirmet, ex qua tunc valide executio fieri potest. Vid. *Notas nostras ad MERULÆ man. van proced.* *L. 4. tit. 93. cap. I. §. 8.*

## §. 27.

*Competens &c.]* In Brabantia omnia compromissa, quæ inter jurisdictioni Senatus Brabantini subjectos ineuntur, si ab iis Reductio intentetur, spectant ad hujus Senatus cognitionem, idque indistincte, mediate an immediate partes subjectæ sint. Nec habet inferior judex in hac materia auctoritatem ullam judicandi, nisi Curia placuerit ei committere cognitionem & decisionem causæ, prout ei liberum est. *Instr. van den Raad van Brabant art. 487.* — Sin vero compromissum factum fuerit inter Brabantum & exterum, vel cum qui forum habet privilegium, Reductio intentanda foret coram judice illius, qui reus fuisset, si coram judice actio intentari debuisset. WYNANTS *Decis. Brabant. dec. 54. n. 3 & 7. pag. 136. seq.*

## TITULUS IX.

*Nautæ, caupones, stabularii, ut recepta restituant.*

## §. 1.

*S TABULARII.]* Sub his etiam magistros postarum, & aurigas publicos comprehendit LEYSER medit. ad *ff. vol. I. spec. 66. med. 3.* Hæc enim actio, cum securitatis &

utilitatis publicæ causâ introducta est, maximum favorem meretur: eademque prorsus, si non validior, ratio in aurigis & magistris postarum adest, quæ in nautis & cauponibus. Ipsi etiam JCti veteres interpretatione extensivæ in hoc Edicto utuntur. *L. I. §. 4. ff. h. t.* Ac-

Accedit, quod stabula, à quibus stabularii dicti sunt, nihil aliud erant, quam receptacula equorum cursui publico, seu, ut hodie loquimur, postis destinatorum. *L. 7. C. de curs. publ. L. 35. C. Theod. de operib. publ.*

*Illatorum custodiam &c.]* An oportet eum, qui res pretiosas, cistis vel involucris inclusas, exercitori navi, cauponæ, postæ, vel cursus publici committit, easdem profiteri & signare, queritur? Quum res hujusmodi singularem custodiam requirant, indicatio earum utique necessaria quibusdam Interpretibus visa fuit, ne exercitor externo adspectu inductus cistam inter reliquias viliores res remissius custodiatur. Attamen magis dicendum professionem illam necessariam non esse, secundum *L. 1. §. ult. ff. h. t. L. 1. §. 41. ff. depos.* Sibi enim imputet exercitor, qui tacitus cistam recipit, nec, quod ei licet, quales in illâ res sint, querit. — Et hæc sententia etiam moribus hodiernis servanda videtur. Licet enim apud Belgas clarâ Lege sancitum sit, ut is, qui res pretiosas in navem infert, hoc profiteatur, ne aliquo in assecuratione vel contributione, rebus istis in tempestate naves levandæ causâ ejectis, cætanti aestimentur, quanti extrinsecus apparent: *DE GROOT Inleid. 3. B. 29. D. n. 13. HÜLLEN in Prælect. ad tit. ff. ad Leg. Rhod. de jactu n. 2.* hujus tamen juris singularis plane ratio est, quæ ad alia negotia, quam ad jactum & assecurationem, extendi non potest. *LEYSER medit. ad ff. tom. 1. spec. 66. med. 7. pag. 572.*

### §. 2.

*Nec interest &c.]* In *L. 1. §. pen. ff. h. t. A. FABER in Rational. ad d. L. & A. SCHULTING in Enarr. ad h. t. ff. n. 3.* pro verbis *si ante eas suscepit, cum Vulgatâ & Noricâ*

legunt, si à me eas suscepit. Conf. A. WIELING *Lect. Jur. Civ. Lib. 2. cap. 10. n. 7.*

*Quocunque modo, excepto &c.]* Omni culpa, etiam levissimæ, nauta ex hoc Edicto obnoxius est, & à solo casu est immunis. Atque in eo differunt nautæ & caupones à depositariis & locatoribus operarum; quia in locato conducto culpa levis, in deposito dolus & lata culpa propria duntaxat præstatur. Ut igitur pinguior actio adversus nautas & caupones daretur, Prætor hanc in Edicto suo proposuit. *L. 3. §. 1. ff. h. t. Conf. E. OTTO de tutela viar. part. 1. cap. 6. pag. 494. seqq. BYNKERSHOEK Obs. Jur. Rom. Lib. 8. cap. 3. A. WIELING Lect. Jur. Civ. Lib. 2. cap. 10. n. 5.* — Cæterum recte responsum videtur, damnum fatale & vim majorem tum demum excusare recipientem, quum is evidenter ostendere potest, talem fuisse calamitatem, quam neque ipse, neque sui, quantumcunque adhibuerint diligentiam, avertere potuissent: cuius exemplum in incendio ex fulmine aut in ædibus vicinis orto, in naufragio, in vi prædonum occurrit. Hinc solertia furis pro damno fatali non computatur; nec se excusare potuit magister postæ, qui pecuniam facco inclusam in alium locum transferendam receperat: eum vero faccum fur callidus in itinere interverterat, aliumque plumbo refertum versute subjecerat. *LEYSER medit. ad ff. tom. 1. spec. 66. med. 5. pag. 570.*

### §. 3.

*Quod si caupo &c.]* Is, qui cistam clausam in nave, cauponâ, vel curru publico perdidit, si de rebus in illâ contentis aliunde non constet, recte sese offert ad jurandum in item. *LEYSER d. l. med. 9. pag. 575.*



# LIBER QUINTUS.

*De Judiciis, & ubi quisque agere vel con-  
veniri debeat.*

§. 1.



EMINI &c.] De poenâ eorum, qui jus sibi dicunt si-  
ne judge, ex professo agit  
J. H. BOEHMER *Exerc. ad  
ff. tom. 2. Exerc. 23. pag.  
1. seqq.*

§. 2.

Ita quoque non iniquum est &c.] Certi &  
expediti juris est, posse judicem injurias sibi  
ratione officii illatas ipsum vindicare debitissi-  
que poenis afficere, id quod jam Jure Ro-  
mano licuisse, ex L. un. pr. ff. si quis jus dic.  
non obtemp. colligitur, ubi omnibus magistra-  
tibus secundum jus potestatis suae conceditur,  
jurisdictionem suam defendere poenali judi-  
cio. Sed clarior est longe Juris Canonici  
dispositio in c. 1. de poenis in 6. Neque vin-  
dicta hæc Magistratibus saltem in eos, qui  
domicilium sub ipsis habent, permittitur, sed  
in extraneos quoque, qui in eorum judiciis  
vel litigant ipsis, vel causas alienas tinentur.  
L. 1. C. ubi de crimin. Licebit ergo judici  
advocatum extraneum, quamvis dignitate Doc-  
toris, vel aliâ ornatum, ob injurias in judi-  
cio suo prolatas punire, sive fori interdictio-  
ne, sive atrociori vindictâ, si illatae injuriæ  
atrocitas illud postulet. LEYSER *Medit. ad ff.  
tom. 2. spec. 67. med. 6 & 7. pag. 18.* Atta-  
men eas injurias magistratus inferior vindica-  
re nequit, quæ contra eum in judicio supe-  
riore proferuntur. Fac igitur, advocatum  
quendam de judge inferiore apud superiorem  
queri, injustitiam eidem objicere, variasque  
injurias scripto suo immiscere. Non licebit  
judici inferiori istas injurias in suo judicio vin-  
dicare: et si enim hæ quoque injuriæ intuitu  
officii ipsi illatae sint, tamen cessat hoc casu fo-  
rum delicti, quod ibi est, ubi scriptum tale non  
conficitur, sed insinuat. LEYSER d. l. med. 8.  
pag. 19 & 20.

§. 4.

In negotiis matrimonialibus.] Probat hoc  
inter alia Placitum Ord. Holl. 27. Jann. 1663.

(G. P. B. 3. D. fol. 505.) ubi quæstio de  
parentum consensu in nuptias liberorum Ma-  
gistratum cognitioni committitur, vel etiam  
Curiæ, si huic parentes subsunt; adjectâ hac  
clausulâ: „En dat die van onzen Hove, Wette  
„en Gerechten, mitsgaders Schepenen voor/sz.  
„daar inne na verhoor van partyen met behoor-  
„lyke kennis van zaaken fullen disponeeren  
„summarie en de plano, soö als zyluiden zul-  
„len bevinden te behooren.” — Cæteroquin  
vero judicium de causis matrimonialibus se-  
cundum Praxin nostram magis dicitur pri-  
vilegiatum, quam summarium: cum enim v. g.  
ex sponsalibus ad perficiendas nuptias agitur,  
brevioribus quidem terminis litigari solet, il-  
læque causæ ante omnes alias tractantur, sed  
in earum instructione ordinarius judiciorum  
ordo observatur, testes producuntur, &c.

In rationum redditionibus.] Judiciorum or-  
dinem in hac materiâ accurate definit 't Re-  
glement tuschen de beide Hoven van Justitie  
van 9. Maart 1728. art. 11. (G. P. B. 6. D.  
fol. 648.) Causa scil. summatim tractatur cor-  
am duobus Curiæ Commissariis, qui omnes  
quæstiunculas, summam centum florenorum  
haud exceedentes, ipsis de plano determinant,  
majoris vero momenti quæstiones ad plenum  
collegium referunt.

Custodia civili.] Utinam hoc verum esset:  
sæpe enim executio, per modum civilis custo-  
diae facta, majoribus ambagibus peragitur,  
quam ipsa lis principalis: ac merito dixit BYN-  
KERSHOEK Quæst. jur. priv. Lib. 2. cap. 13.  
si verum amamus, in toto ordine judiciario, quo  
hodie utimur, quam maxime disiplacent nimia ex-  
ecutionis ordinariæ solemnia.

Oppositionibus &c.] In his enim illud ob-  
tinet, 1°. ut ad oppositionem faciendam con-  
demnatus non admittatur, nisi præmissâ sum-  
mariâ judicis cognitione de oppositionis fa-  
ciendæ meritis. — 2°. ut si ad eam admit-  
tatur, causa summatim coram duobus Curiæ  
Commissariis, qui rotæ adsident, peroretur.

In controversiis ad saltuum &c.] Conf. de  
his MERULA manier van Proced. Lib. 3. per  
totum.

In causis fraudati census &c.] Conf. de  
his 't Reglement, waar na in zaaken, de ge-  
mee-

meene middelen betreffende, zoo voor de Gecommitteerde Raaden, als voor Schepenen Commissarissen, als gecommitteerde Regters, werd gevoerst, in dato 23. August. 1749. (G.P.B. 7.D. fol. 1011.

## §. 8.

*Legis Julie — vestigia &c.] Conf. J.V. GRAVINA Orig. Jur. Civ. de Legib. & SCtis cap. 99. Oper. pag. 446. H. NOORDKERK de Leg. Petronia cap. 2. n. 5. pag. 37. seq.*

## §. 10.

*Filiūm familiās &c.] De progressu juris in hac materiā conf. MERILLIUS Obsrv. Lib. 7. cap. 26. NOODT in Comm. ad h. t. Oper. tom. 2. p. 117.*

## §. 12.

*In causis criminalibus &c.] Utrum minores in causis criminalibus curatorum auctoritate necessario indigeant, saepius quæsum fuit. Usus fori in hac re distinguit inter processus criminales ordinarios & extraordinarios. In his, qui extraordinarie tractantur, minores sine tutoribus aut curatōribus quotidie vocari solent, ut ipsi compareant, & ad interrogations Balivorum respondeant. Quin & exempla prostant, ut pater aut curator, adversus ejusmodi citationem Mandatum Curiæ poenale petens, repulsam tulerit. Parentum igitur curatorum auctoritatis interpositio in his extraordinariis judiciis non est necessitatis, sed facultatis, ita ut ipsis licet una cum minoribus semet sifere, eosque tueri, quatenus exceptio quædam, similisve defensio alleganda est. Simul ac vero ad interrogations respondendum est, patris curatoris auctoritas cessat, ipsique minores se defendere tenentur. S. VAN LEEUWEN in not. op de syl van proced. in crim. zaak. art. 61. G. DE HAAS in not. ad S. v. LEEUWEN Cens. For. part. 2. Lib. 1. cap. 10. n. 12. — Aliter vero se res habet in judiciis criminalibus ordinariis, sive ab initio hæc judicia ordinarie incepta fuerint, sive postea ob confessionis defectum judex jussirerit, ut causa ordinario modo pertractetur. Quæstio hæc ex professo agitata fuit anno 1785 & 1786. Minor quædam, seditionis ac tumultus accusata, Roterodami in carcerem erat conjecta: saepius erat auditæ, sed negatæ accusationis veritate, nihil supererat, nisi ut lis ordinaria fieret. Balivus Roterodamensis certa die præfixa ordinario modo actionem adversus eam instituit. Rea vero, minorem ætatem, ac curatoris defectum allegans, nullam citationem excipiebat. Eaque exceptio admissa fuit sententiæ Scabinorum Roterodamensium 17. Noyembris 1785. quam confirmavit Provincialis Hollandiæ Curia, 21. De-*

cembbris 1785. ac tandem etiam Suprema Curiæ, 25. Februarii 1786. Balivo ubi vis in expensas condemnato; in de zaake van Mr. Paulus Gevers, Hoofd-Officier der Stad Rotterdam, R. O. contra Clasina Verryn. — Alter tamen eadem quæstio Sententiæ Curiæ Brabantinæ decisa fuerat 15. Decemb. 1777. in de zaake van den Procureur Generaal van Brabant en de Landen van Overmae, contra Aart Francis van de Ven, ubi exceptio à Reo proposita rejecta est, & absolutio ab instantia denegata. Forfitan dubitatio de receptione Ordinationis Criminalis in Brabantia Se-natum movit. Sed cum in Hollandiæ de ea re dubitare non liceat, curatorum auctoritatis interponendæ necessitatem in lite criminali ordinariâ nemo hodie in dubium vocat. — Cæterum quæ huc usque de minoribus tradidimus, merito & ad mulieres nuptias transferuntur, ita ut nihil absurdum dictum putemus, qui jus fasque esse duxerit mariti auctoritatem adhiberi, quoties necessitas respondendi proprio ore mulierem judicio non jubeat adesse, ut puta si ordinario procedatur modo, ad exemplum minoris, qui licet ex delicto teneatur, sine auctoritate tamen vetatur ad litigandum procedere. RODENBURG de Jure Conjugum Tit. 3. cap. 2. in fine.

## §. 20.

*Instantia litis declaretur perempta.] Hodie illud exolevit, & litis instantia non amplius interrupitur, sed si lis copta per aliquod tempus nullos fecit progressus & jacuit, debet unus ex litigantibus, causam prosequi volens, procuratori partis adversæ tempore quo Rotula habetur insinuare, & per Graphiarium in notulis Rotulæ significare tempus ad octo vel quatuordecim dies, ad item continuandam secundum ultima retroacta; & sic exceptio interruptionis sententiæ Curiæ denegata fuit Mironi cuidam adverius N. Cauterbach, qui item, ab anno 1732. usque ad annum 1736. interruptam ad finem perducere volebat. Vid. G. DE HAAS in not. ad MERULÆ man. van Proced. Lib. 4. tit. 83. c. 1. Restitutione itaque antiquitus necessariâ (Manner van Procederen voor den Hove van Holland tit. 7. cap. 17. §. 7. pag. 313 & 314. Edit. 1729.) non amplius indigemus.*

## §. 21.

*Cum autem &c.] Licet actio ex L. diffamari, ut vocant, in foro sit frequentissima, huic tamen actionis generi repugnat juris ratio, quæ non patitur, ut quis invitus agere vel accusare cogatur. L. un. C. ut nemo invag. L. ult. C. de usur. pupill. L. 20. C. de pignor. Nec ipsa L. 5. C. de ingen. manum. casum proponit, quo is, qui diffamavit, co-*

N

gi-

gitur ad actionem instituendam, hujus enim ea species est: Alium non ingenuum esse quis diffamaverat, diffamatus de hac causâ status actionem instituit, (hoc enim eum facere posse apparet ex L. 14. ff. de probat.) quâ diffamantem in jus vocat, ut is excipiendo ejus probationibus contradicat, & si non compareat, ut ipsi perpetuum imponatur silentium. Conf. A. FABER *de error. Pragmat. part. 2. Dec. 51. Err. 1, 2 & 3.*

## §. 30.

*Repressaliorum &c.]* Repressalias ita desinit BYNKERSHOEK *Quæst. Jur. Publ. Lib. 1. cap. 24.* quod fint *licentia, à Principe concessa, occupandi aliorum personas bonaque, ob vim & injuriam, antea suis subditis illatam, & negatam de eo facinore iustitiam; quo sic manu reparetur damnum, quod manu datum, nec à Magistratu coercitum est.* — Multum inter D.D. disputatur de hujus juris origine. GROTIUS, & cum eo plerique, ejus fundatum ponunt in jure quodam gentium voluntario. Sunt tamen, quibus videtur opus non esse confugere ad jus aliquod, seu morem gentium, sed ipso jure naturæ licitum esse occupare bona singulorum civium pro debito patriæ & civitatis, & existimat J. BARBEIRAC *dans ses notes sur le droit de la guerre & de la paix par GROTIUS Liv. 3. chap. 2. §. 2. pag. 732. seq.* etiam naturaliter quemlibet civium esse quasi sponsorem & fidejusforem suæ civitatis. Hoc itaque jus derivandum ex indole ipsius societatis civilis, nam licet verum sit, quod in statu primævo naturæ nemo innocens propter factum alterius, de quo nec directe nec indirecte participavit, puniri possit, & poena teneat culpæ auctorem; in societate tamen aliud obtinet; cives etenim coaluerunt in unam personam moralem: quidquid igitur uni fit, id toti civitati factum censetur, & quod consensu aut saltem conniventia civitatis unus facit, id tota civitas fecisse judicatur, quodque ita unus Reipublicæ civis alterius Reipublicæ civi facit, haberi potest, ac si tota civitas illam injuriam toti alteri Reipublicæ intulisset, nisi unus Reipublicæ Summus Imperans puniendo lædenter vel eum dedendo satisfactionem petitam concedat: ni hoc fiat, poterit pars læsa sibi denegatam iustitiam procurare ab alterius Reipublicæ cive etiam insonte, quia hic spectatur tamquam membrum istius corporis moralis, à quo læsio fuit profecta, & sic factum civitatis singulis, & vicissim factum singulorum civitati imputabitur, si illa suo facto vel non facto injuria se participem reddiderit. Sin autem hoc modo unus aut alter civium damnum sentiat, debet hoc inter illa incommoda referri, quæ civitates tantum non necessario consequuntur. Conf. E. OTTO *in not. ad*

*PUFFENDORFIUM de off. hom & civ. Lib. 2. cap. 16. §. 10. WOLFF Institut. du droit de la nat. & des gens §. 1162. pag. 212. VATTEL droit des gens tom. 1. Liv. 2. chap. 18. §. 341. & suiv. Et de universâ hac materiâ conferri meretur J. VAN HEEL in *Dissert. de Repressaliis* (*Lugd. Bat. 1761. in 8vo.*)*

Quod autem ad Belgium Foederatum, & præcipue ad Hollandiam attinet, repressalias apud Belgas antiquitus fuisse cognitas ex multis Diplomatibus probatur. De repressaliis in specie, seu quando pro debitibus bona capiuntur, id probari poterit. Vid: *Padum pacis inter Henricum I. Ducem Brabantiae, & Theodoricum, Comitem Hollandiae 3 Nov. 1203.* in F. VAN MIERIS *Charter boek 1. D. pag. 138.* — *Handrest van Graaf Floris aan Dordrecht 4 April 1290.* ibid. pag. 503. — Etiam ἀνδροληψία seu hominum apprehensione, saepè Hollandos usos fuisse, constat ex Chartis fere innumeris: sic ex. gr. in allato *Privilegio Dordrechtenis concessō* dicitur: *oppignorari faciant ejus Domini subditos, qui oppidanis nostris vel eorum bonis manus injecerunt.* — Add. *Privilegie van Hertog Willem van 7. Decemb. 1352.* item *van Hertog Aelbrecht van 8. Febr. 1393.* apud J. VAN HEEL in *dict. Dissert. in Append. No. 24 & 33.* — Quoniam autem Repressaliarum concessio est penes Summum Imperantem, hinc, quum Hollandia adhuc per Comites regeretur, Comites illud jus partibus læsis concessere, vel ipsi illo contra injuriam inferentes usi sunt. — Nec silentio prætereundum in Belgio, quum singulæ Urbes olim bella sua gesserint, etiam singulas Urbes repressalias exercuisse. BYNKERSHOEK *Quæst. Jur. Publ. Lib. 1. cap. 24.* Exstat antiqua Amsterdammensis lex (*in de Handv. van Amsterdam, edit. anni 1663. pag. 283.*) qua continetur, si cui civi Amsterdammensi extra Principis sui imperium damnum daretur, five manu, five injusto judicio, querelam suam deferret ad Magistratum Amsterdammensem, qui eā de re scriberet ad Magistratum loci, ubi damnum datum fuerat, & si, accepto responso, etiam tunc Magistratus Amsterdammensis judicaret injuriam civi suo esse factam, illa judicis auctoritate ei resarciretur ab ipsis illius Reipublicæ subditis, eorumve bonis, qui quæve in territorio Amsterdammensi deprehenderentur. — Similia etiam occurunt in *Scabinorum, Consulum & Civitatis Trajectensis promisso de non nocendis Hollandis & Zelandis,* apud F. VAN MIERIS *Chart. Boek 1. D. pag. 266.* nec non in *Litteris Comitis Hollandiae ad Civitatem Bremerensem de bonis reddendis, quæ Oppidanis Dordracensibus ademerant;* ibid 2 D. pag. 237. atque in aliis Diplomatibus. — Postquam vero Comitum potestas sœculo decimo sexto penitus fuit sublata, & Respublica avitam

libertatem recuperavit. Repressalias concesserunt ipsi Ordines. Vid. *Placaat van haar Hoog Mog. van 2 April 1599.* (Gr. Pl. Boek 2. D. f. l. 34.) *Mani est van Haar Hoog Mog. tegen de Engelschen,* ván 2 August. 1652. (*ibid. fol. 19.*) — Cæterum inter maxime memòranda videtur Repressaliarum facultas, quæ ex *Decreto Ordinum Hollandiæ & Westfrise* 9. Maii anni 1759. data fuit in bona subditorum Ordinum Groningæ ob longius procrastinatam & neglectam solutionem pensionum quanundam vitalitarum, vulgo *Lyfrenten*, quas Hollandis debebant. Facti species hæc erat. Quum anno 1665 & 1666. Belgium Foederatum bello contra Anglos & Episcopum Monasteriensem erat implicitum, quinque exercitus Monasteriensis Groningæ Provinciam invaserat; Ordines hujus Provinciæ inter alia remedia decreverunt mutuam sumere pecuniam sub lege annuorum reddituum ad mortem usque, quos promiserent, se Amstelodami de semestri ad semestrem solutros, pro iis oppignerantes omnes agros, redditus, omniaque bona suæ Provinciae, quæ cuncta subjecerunt jurisdictioni Curiae in ditione Groninganâ, (quam vulgo *Lieutenant en Hoofdmannen Kamer* vocant,) nec non omnibus aliis Judicibus, atque executioni reali. Hosce redditus vitalitios usque ad annum 1685. persolverunt, quum solutionem ad tempus suspendere consultius duxere. Tunc Hollandiæ & Westfrisiae incolæ usuris destituti, ad quas prosequendas sortem subministraverant, conquesti sunt apud Groningæ Ordines: quum tamen nihil ab iis consequerentur, apud Hollandiæ & Westfrisiae Ordines, qui, cum Groningani, licet saepius ab Hollandiæ & Westfrisiae Ordinibus amice commoniti, ut manifestum fiet ex litteris Ordinum Hollandiæ Octobris anni 1738, & 11. Novembri anni 1739. (Nederl. Jaarboeken voor de maand November 1759. pag. 1027. & seqq.) justis querelis suorum creditorum non satisfacerent, tandem decreverunt iis, quorum res vertebarunt, permettere, *de hand te mogen leggen op alle effecten en goederen, geene uitgezondert, welke men binnen die Provincie zoude kunnen bekomen en magtig worden*, — om daar aan door de gewoone weg van Justitie in deeze Provincie gebruikelyk, — te verhaalen het deugdeleyk agterwezen van de voorgemelde geinteresseerden. (Nederl. Jaarboeken d. l. pag. 1033.) Quæ permisso etiam effectum fortita est. — Conf. de harum repressaliarum, ab Hollandiæ Ordinibus contra Groninganos decretarum, justitiâ, J. VAN HEEL in laud. *Dissert.* pag. 56. & seqq.

## §. 31.

*Insuper non peregrinis &c.]* Opinionem Auctoris, repressalias in favorem extraneo-

rum concedi posse negantis, etiam tueruntur VATTTEL *droit des Gens* tom. 1. *Liv. 2. chap. 18. §. 348.* BARBEIRAC dans ses notes sur le *Traité du Juge compétent des Ambassadeurs par BYNKERSHOEK* chap. 22. §. 5. pag. 264. Circa hanc questionem casus extitit talis. Cum Cardinalis Haspus ob non restituta Equityum Melitenium bona omnes Belgarum Foederatorum naves in Anglia arresto detinuerisset, Ordines Generales 15. Junii 1662. rogarunt, ut Ordinum Hollandiæ Consiliarii Cardinalis Actorem, quamvis pro Legato habitum tam apud Ordines Generales quam Hollandiæ, etiam hic arresto detinerent. Quod & factum est, & militari custodiâ detenus ille Actor, donec illud navium arrestum in Angliâ solveretur. Addunt Ordines in Decreto, quod d. 15. Junii 1662. fecerunt, secundum *Jus Gentium* Repressalias dari non posse, nisi pro subditorum suorum jure, non autem cum eorum nihil intersit, & sic tamen Anglos fecisse. Dubitat BYNKERSHOEK in d. *Tract. de Foro Legatorum* cap. 22. §. 5. an recte? „*Si enim recipias, inquit, Repressalias pro subditis, esse non videtur, cur pro exterris neges. Nam justæ sunt vel injustæ; si injustæ, & subditis per injuriam conceduntur; si justæ, non possunt sine injuriâ peregrinis negari: in ratione juris enim Tros Tyriusve fuat, nullo discrimine habetur, & omnium judiciorum usu, ubi ex arrestis forum sortimur, comprobatum est, bonis debitoris arresto inclusis, non subditò duntaxat, sed & peregrino jus dici. Nisi tamen speciali lege cautum sit, ut sunt ejusmodi leges, ne peregrini in alterius imperio invicem arrestis utantur. Igitur illa actoris detentio vix est, ut defendi posse videatur, nec ex jure communi, nec ex causâ Legati, ante detenti, quæ alioquin vulgaris exceptio est.*”

## §. 33.

*Jam conclusa fuit causa.]* Necessitas citandi defuncti actoris vel Rei heredes etiam cessat, quamvis causa nondum sit perorata, si modo plenissima litis contestatio facta fuerit, ac instrumenta, judici tradenda, invicem fuerint communicata. VAN ALPHEN *Papeg.* 1. D. p. 102. G. DE HAAS ad MERULÆ man. *van proced.* L. 4. tit. 83. cap. 5. [a] — Sed quid si conclusione factâ, ac instrumentis communicatis, unus ex litigantibus moriatur; deinceps vero adversarius necesse ducat instrumentorum productionem ampliare: an defuncti heredes citare tenetur ad litem continuandam? Affirmative respondendum in judicio contradictorio judicavit Suprema Hollandiæ Curia 25. Septemb. 1778. vid. *notas nostras ad d. l. MERULÆ.*

*Denique nec interveniens &c.]* BRUNNEMAN in *Comm. ad L. un. C. ut cause post pubert. adf. tut. questionem proponit, an, si*

pupillus ad majorem etatem pervenerit, coepit tam causam prosequi tutor teneatur? Idque affirmat quandiu rationes redditæ non sint, per L. 5. §. 6. ff. de admin. tut. Idem quoque sentit MONTANUS de tutelis cap. 37. num. 74. — Dubitarunt itaque nonnulli Interpretes, an non idem dicendum sit de hereditibus tutoris, quamdui rationes non reddiderint. Conf. SANDE Decis. Lib. 2. Tit. 9. defin. 18. G. DE HAAS in not. ad d. 1. M. RULÆ litt. [b.] Sententia tamen Auctoris usui fori magis convenire videtur.

## §. 34.

*Præter actorem reumque &c.*] Interventione ejus quod interest, in aliena lite, vallet æque pro actore ac reo, eaque de causæ virtutiose interventionis opponi nequit exceptio. Z. HUBER Obsrv. rer. judic. tom. 2. Obs. 76. p. 291.

## §. 35.

*Magistratus jurisdictionis &c.*] Secundum praxin hodiernam Magistratus jurisdictionis suæ tuendæ gratia remedio interventionis, proprie sic dictæ, ut non solent. Sed si Mandatum aliquod à Curiâ concedatur, cuius concedendæ facultatem ipsi haud competere Magistratus existimant, litteras ad Curiam mittunt, quibus violatæ jurisdictionis causas exponunt, ac Mandati revocationem petunt. Huic petitioni si Curia non satisfaciat, rem ad Ordines deferre solent Magistratus. Illi autem, auditis utrinque rationibus, vel concessionem à Curiâ factam approbant, vel Mandatum revocandum jubent. Cujus rei plurima exempla prostant in *de Nederlandsche Jaarboeken*.

## §. 36.

*Imo & post conclusionem in causâ &c.*] Sic apud LOENIUM Decis. & Obsrv. Cas. 84. pag. 538. exemplum occurrit oppositionis ac interventionis factæ in lite quadam, quæ jam plene erat instructa, ac per Curiae sententiam decidi poterat. Eaque, etiam contradicente adversario, admissa fuit, modo liti principali dilationem non inferret.

## §. 38.

*Plura qui de interventione &c.*] Add. GROENEWEGEN ad §. ult. Inst. de satisdat. W. VAN ALPHEN Papeg. 1. D. pag. 32. n. 8. pag. 90. & pag. 295. n. 4. VROMANS de Foro compet. Lib. 1. cap. 3. n. 14. & ibi MIDDELLANT in notis num. 33. pag. 119. in fine & pag. 120. MIDDELLANT num. 1. in not. ad VROMANS de For. Comp. Lib. 3. cap. 8. pag. 229.

## §. 39.

*Sed posteriori jure &c.*] Judicia hodie omnia extraordinaria esse scribit JUSTINIANUS in §. ult. Inst. de interd. sed hac in re certum tempus definire facile non est. Decuriarum datorum judicium adhuc mentio fit sub Hadriano apud GRUTBRUM Inscript. pag. 443. inscr. 1. sub Imp. Antonino Augusto, pag. 446. inscr. 1. sub Imp. M. Aurelio Antonino Aug. Pio Fel. pag. 487. inscr. 2. at si non decuriarum, certe judicum in decuriis numerum posterioribus temporibus multum imminutum fuisse vero admodum simile videatur: cum enim Prætores sive Quæstores sub Imperatore CARACALLA jam non amplius juxta legum præscripta de criminibus quærentes, ut ex PAULO L. 3. ff. de publ. jud. ostendit SCHULTING in Differt. de recusat. judic. cap. 7 §. 3. forte non longe post Caracallæ tempora plane desierint creari, & de omnibus criminibus cum consilio suo solus fere cognoverit Præfectus Urbi, non improbable est numerum judicum, ex quibus etiam Prætores illi suis judices sortiebantur, multum fuisse imminutum. Sed nihilominus Prætor urbanus consueto more jurisdictionem non destitit exercere, adeoque necessario is album judicum, ex quibus unum vel plures ad causas privatas dijudicandas dabat, retinuisse statuendus est. Nec forte a vero longe aberraverit, qui eandem jurisdictionis formam ad imperium eversum usque Romæ permanisse arbitretur. — Aliter se res habuit Constantinopoli. Primis quidem imperii illuc translati annis fortassis eodem modo ibi jus dictum fuit, quo Romæ, cum CONSTANTINUS illam fere in omnibus Romæ adæquaverit, ut notum est. Certe tres illic Prætores fuisse primis CONSTANTII Imperatoris temporibus appareret ex L. 5. C. Theod. de Prætor. & Quæstor. Postea quidem plures fuerunt, ut ad d. L. 5. docet J. GOTHOFREDUS, sed anno Chr. 359., ut idem GOTHOFREDUS ostendit ad L. 16. C. Theod. cod. tit. ab ipso CONSTANTIO Præfectus urbi Constantinopoli præpositus est, eique omnis fere Prætoria jurisdictione videtur fuisse data: eodem enim anno constitutione suâ, quæ est d. L. 16. C. Theod. de Prætor. & Quæstor. & L. 1. C. Justin. de offic. Prætor. definit ea, quæ ad Prætoris jurisdictionem pertinerent, quorum primum est, ut de liberalibus causis ipse cognosceret: secundum sunt causæ restitutionis in integrum: tertium tutoris & curatoris datio: quartum manumissiones: quintum emancipationes: quibus sextum addit GOTHOFREDUS ad d. L. 16. decretum in rebus minorum alienandis, ex L. ult. C. de præd. & al. reb. min. Hac igitur lege, postquam creatus est Præfectus Urbi, valde restricta fuit jurisdictione Prætoria, & præter ea, quæ modo enume-

meravimus, nihil fere penes eos aliud remansit, quam iudorum editiones, ut ex variis *Cod. Theod. L. L. sub tit. de Praetor. & Quæstor.* constat; unde fere ipsa etiam judicis datio tunc temporis abolita videri potest. — Ab eodem quoque CONSTANTIO sublatus est formulatum rigor. *L. 1. de formul. & impetr. act. subl.* ut *J. GOTHOFREDUS* statuit ad *L. ult. C. Theod. de stud. liberal. urbis Romæ & Constantinop.* qui tamen ad *L. un. C. Theod. de om̄iss. act. impetr.* id THEODOSIO Juniori in *L. 2. C. Justin. de form. & impetr. act. subl.* tribuit, eumque actionum, nuptiarum, dotium, donationum sponsalitiarum formulas solennes, multasque alias scrupulositates antiquasse existimat. CONSTANTIUM autem solas testamentarias formulas sustulisse, & ingentem lectori sicut Tribonianum facere arbitratur, qui ab eo omnes juris formulas cunctorum actibus radicitus amputatas scribit in *d. L. 1. C. Theod. de formul. & impetr. act. subl.* Cæterum ex hac seu CONSTANTII seu THEODOSII Junioris constitutione interpolatam à Triboniano esse *L. 47. §. 1. ff. de negot. gest.* notat SCHULTING in *not. ad PAULI Sentent. tit. 4. §. ult. n. 22.* — In Provinciis jam antea magnâ ex parte ab usu judicis datio recesserat, ac DIOCLETIANUS & MAXIMIANUS notissimâ illâ *L. 2. C. de pedan. judic.* non parum inminuerant judicis dandi morem. Vulerunt enim illâ Lege Imperatores, ut ipsi Praesides de omnibus sive cognitionis sive ordinarii juris causis in posterum ipsi cognoscerent, nec haberent facultatem dandi judicis, præterquam si publicis occupationibus, aut nimia litium multitudine ipsi cognoscere impedirentur. Nec tamen existente alterutro casu, Praesidibus permisérunt in quibusvis causis dandi judicis licentiam, sed in iis tantum, quæ antea fuerant ordinarii juris, exceptis adhuc ingenuitatis, super quâ poterant etiam ante cognoscere, & libertinitatis causis. Hic fere sensus *Legis* est satis apertus & clarus, nisi quod ultima verba: *dum tamen & de ingenuitate, super qua poterant etiam ante cognoscere, & de libertinitate Praesides ipsi dijudicent.* Viris doctis difficultatem faciant. Cum enim causæ liberales olim fuerint ordinarii juris, quomodo hic accipiemus, quod dicantur Praesides etiam ante de ingenuitate cognoscere potuisse? Hac de causâ NOODT *de jurisdic.* *Lib. 1. cap. 7.* corrigit: *super qua poterant etiam judices ante cognoscere.* Sed si verum fateri volumus, facile possumus carere emendatione, licet ingeniosa, tamen falsa. Causæ liberales fuerunt quidem olim ordinarii juris, sed jam ante *d. L. 2. C. de pedan. judic.* iidem DIOCLETIANUS & MAXIMIANUS constituerant, ut causæ libertinitatis & servitutis inter fiscum & privatos à Rationali, vel Magistro rei privatæ, ingenuitatis vero causæ à

Rectore Provinciæ dijudicarentur. Sic enim Imperatores illi in *L. 5. C. ubi caus. stat.* quæ eodem anno data est, quo *L. 2. C. de pedan. judic.* rescribunt Diogeni Præsidi inularum: *Item dudum à nobis statutum est, ut, si quæ causæ libertinitatis & servitutis in Provinciis inter fiscum & privatos exorirentur, ad Rationalem vel Magistrum rei private, hoc est, unde motæ essent questiones, remitterentur: si quæ vero ingenuitatis essent, à Rectore Provinciæ examinarentur: cum quibus convenienter, quæ in L. 7. C. h. de statu defuncti rescribunt iidem quoque Augusti. Causæ igitur ingenuitatis ex anteriori DIOCLETIANI & MAXIMIANI constitutione debebant examinari ab ipso Rectore Provinciæ, sed tum demum, si inter fiscum & privatos hac de re esset controversia, at si inter privatos tantum illa quæstio oriretur, manebat controversia de ingenuitate causa ordinarii juris, æque ac reliquæ questiones de statu.* Sic apparebat optime ab Imperatoribus esse scriptum, super ingenuitatem Praesides potuisse antea cognoscere, in certo nempe, quem dixi casu; non debuisse, quod indistincte non fuisset verum. Hanc autem, & non aliam fuisse ipsorum mentem facilmente liquebit animadvertisi verba illa: *super qua poterant etiam ante cognoscere, non ad ingenuitatem & libertinitatem, sed ad solam ingenuitatem referri.* — Conf. porro de universâ hujus §. materia J. HOR *Dissertat. inaug. de judicibus à Praetore & Provinciarum Rectoribus ad causas privatas dijudicandas dari solitis.* Lugd. Bat. 1729.

## §. 41.

*Per Scabinos.] De Scabinorum in Hollandiâ & Zelandiâ origine latius actum est in de Regtsgel. Obsrv. over. DE GROOT'S Inleid. 4. D. Obs. 29. pag. 112—123.*

## §. 43.

*Ita etiam Jure Romano &c.] Opinio Auctoris, qui sequitur DONELLUM Comm. Jur. Civ. Lib. 17. cap. 25. antiquo scil. Romanorum jure speciale recusationis causam allegari ac probari debuisse, non adeo certa est. Olim in causis civilibus non solebat dari judex, nisi in quem partes consensissent. CICERO pro Cluent. cap. 43. Interdum quidem addebatur causa aliqua, veluti, *hunc nolo, timidus est*, apud PLINIUM Panegyr. cap. 36. verum de illâ non laborabatur. Et sic antiquitus sub liberâ Republicâ, ac etiam sub TRAJANO, necessarium non fuit, ut recusans speciale & justam causam allegaret. Deinceps tamen id videtur opus fuisse forte à temporibus Imp. HADRIANI. Certo quoque casu ex constitutione ZENONIS in *L. 12. C. h. t.* non vero ex JUSTINIANI constitutio-*

nibus: hic enim in *L. 16.* & *L. ult. C. h. t.* sancivit, ut eadem prorsus lege, eodemque effectu recusaretur qualiscumque judex delegatus, sive à Principe, sive à Magistratu. Ex iisdem legibus clarum est, recusationi frena jure novo plurimum esse laxata. Nihil illuc edicitur de causâ vel adserendâ, vel examinandâ; at simpliciter, *apertissimi juris esse, licere litigatoribus judices delegatos, antequam lis inchoetur, recusare.* *d. L. 16. in princ.* Idque mox repetitur. Additur quoque, partes judice recusato illico arbitros debere eligere, apud quos jura sua proponant ac litigent, eodem modo, ac apud datos judices litigaturi fuissent. *d. d. L. L.* Quod sane locum non haberet, si prius de recusationis causâ quaerendum esset. — Objicitur quidem absurdum esse, & contra judiciorum morem, quemquam in judicio affirmantem, judicem suspectum esse, audiri, nisi id probet. *arg. L. 19. ff. de probat.* alioquin licitum fore mentiri impune. Verum alia est ratio, quando de actionibus, exceptionibus, aliisque juris remediis, quibus ipsius litis fundamenta innuntur, contenditur, ubi sane probatio evidens & plena requiritur; alia, quando ab initio queritur de judice constituendo. Quid impedit, quo minus hic id juris litigantibus tribuatur, ut, quemadmodum in causis privati arbitrii ex compromisso arbitros possunt sumere, sic & judices, qui privati sunt homines, ex animi sui sententiâ elegant, & de quibus minus bene sentiunt, eos repellant. Fieri quidem posset, ut quis hic mentiretur: at cui bono? Intra triduum à recusatione arbitre vel arbitri eligendi sunt, *L. ult. C. h. t.* &, quantumcumque etiam quis recusaverit, modo actor urgeat, ad finem viginti dierum ab oblato libello litis contestatio procedit. *Novell. 53. cap. 3.* — Ita de jure Civili. Jure Canonico, quod usus hodiernus passim approbavit, (*GROENEWEGEN de Legib. abrog. ad L. 16. C. h. t.*) causa recusandi specialis alleganda ac probanda est. *c. 41. X. de appellat.* *c. 27. vs. eum vero, & vs. ejus ergo.* *c. 39. X. de offic.* & potest. *judic. deleg.* quod ipsum varias quoque & graves habet rationes. — Conf. A. SCHULTING in *Dissert. de recus. judic. cap. 8.* & in *Thef. controv. dec. 14. th. 5.*

#### §. 44.

*Plures autem &c.]* In genere quæ suspectum faciunt testem, suspectum etiam faciunt judicem, argumentumque à teste ad judicem ipsi faciunt Imperatores in *L. in. C. Theod. ne in sua causa quis jud.* ubi decernunt, neminem sibi judicem esse debere, quia omnibus interdicta est in re sua testimonii dictio. Quin imo recte existimant, qui censem, facilius judicem, quam testem recusari: proclivius enim erit reperire, qui judicent, quam

qui rei gestæ testimonium præbeant. Superfunt præterea, qui testimonia dicta examinent, judices; at si ipsi judices à rectâ semitâ transversi agantur, quis eorum sententias, in eodem saltē judicio, corriget? Quantum saepe etiam in magnis collegiis vel in uno suffragio in utramque partem est momenti? Merito proinde contendit CICERO *pro Rosc. Co-moed. cap. 15.* absurdum esse eum recusare testem, quem admiseris judicem. SCHULTING in laud. *Dissert. cap. 9. n. 3.* pag. 109. *Inimicitiae &c.]* Nonnulli D. D. uti ZANGERUS *de except. part. 2. cap. 4. n. 20.* ad hoc, ut judex tanquam suspectus recusari possit, capitalem inimicitiam requirunt. Alii vero, uti RITTERSHUSIUS *ad Novell. part. 9. cap. 6. n. 96.* quamlibet inimicitiam suspectum reddere judicem dicunt. Quorum sententia verior est, & convenire videtur *L. 9. pr. ff. de liber. cauf. & c. 41. §. 1. X. de appella-* que simpliciter de inimico, non de capitali inimico loquuntur. Et profecto, si rectam rationem species, offensiones & inimicitiae magis ex animo offenti, quam ex causâ dijudicari debent. Sæpe enim ex levibus inimicitiis immortalia odia orfuntur, & multi exiguae injuriæ affecti plumbeas iras gerunt. Nulla ergo est securitas ab eo, qui lacescitum se putat, quæcumque etiam res iram ejus excitarit. LEYSER *Med. ad ff. tom. 2. spec. 67. med. 3.* Et non in deliberationibus tantum de publicis negotiis, ast in judiciis quoque usu veniunt, quæ à CÆSARE dicuntur in *oratione pro conjuratis apud SALLUSTIUM bell. Catilin. cap. 51.* „Omnis homines, Patres conscripti, qui de rebus dubiis consultant, ab odio, amicitia, irâ, atque misericordia vacuos esse decet. Haud facile animus verum pervendet, ubi illa officiunt, neque quisquam omnium libidini simul & usui paruit. Ubi intenderis ingenium, valet; si libido possidet, ea dominatur, animus nihil valet.“ Quousque autem illa singula vim suam exferant, quantumque in singulis nationibus, tribunalibus, personis, temporibus ac negotiis specialibus efficiant, quæ infinitas singula interpretationes ac distinctiones recipiunt, exacte explicare, id vero ipsum nec legum conditoris est, nec Jurisconsulti. Quemadmodum igitur nominatim quoque circa testes, si queratur, quantum iis fidei deferendum sit, rescripsit Imp. HADRIANUS, referente CALLISTRATO in *L. 3. §. 1. ff. de testib. eum*, qui judicat, magis scire posse, quanta iis fides habenda sit, ita etiam ad quæstionem de judice suspecto recte possumus argumentum ducere, idque totum negotium arbitrio permettere eorum, qui de eo cognoscunt. Conf. SCHULTING in laud. *Dissert. cap. 9. n. 4 & 5.*

*Imo nec, si filius &c.]* De quæstione, an is, cuius filius, nepos, gener, frater, aliive cognati affinesve proximi advocationum vel

pro-

procuratorum partes in lite sustinent, possit recusari? varie disputant Interpretes. Negat Auctor in h. §. uti & LEYSER medit. ad ff. tom. 2. spec. 67. med. 1. Dubitat vero, imo magis affirmantium opinionem tuerit SCHULTING in laud. *Dissert. cap. 9. n. 7.* — In Hollandiâ autem hac de re exstat *Resol. O. O. Holl. 23. Martii 1669.* qua cautum: „Dat geene Rechters in den Lande van Holland en Westvriesland zullen mogen wezen Rapporteurs in zaaken, waar inne haar Soon, Schoonsoon, Broeder of Zwager zyn dienende als Advocaaten of Procureurs; dat mede voor geene Commissarissen ter Rolle, of wel op Comparitien, het zy in of buiten de plaatse haerer residentie, zullen mogen dienen eenige verzoeken, by Requeste of anderzins gedaan werdende, nog ook bepleit werden zaaken, waarinne iemand gebruikt werd als Advocaat of Procureur, die de één of de andere van de voorschreve Commissarissen in voorgeescreerde graden van consanguinitet of affinitet bestaande is.” Vid. GR. PL. BOEK 3. D. fol. 662.

## §. 46.

*Nam uti sibi, ita & suis &c.]* In L. 10. ff. de jurisd. ait ULPIANUS: *Qui jurisdictio- ni praeſt, neque ſibi jus dicere debet, neque uxori, vel liberis suis, neque libertis, vel ceteris, quos ſecum habet.* Contra AFRICANUS in L. 77. ff. h. t. *In privatis negotiis pater filium, vel filius patrem judicem habere potest.* Contraria existimantur hæc duo responsa, sed non sunt. Aliud enim est judicare, aliud jus dicere. — Sed tamen, si patri non permittitur *jus dicere* in causâ filii, quid est, quod *judicare* pariter non prohibetur? Ratio est in promptu. Cum enim *judex* invito non daretur, isque tantum *judex* effet, qui inter adversarios convenisset; (*CICERO in Orat. pro Cluent.* VALERIUS MAXIMUS Lib. 2. cap. 8.) *sibi quis imputare debet, si judicem in causâ filii patrem accepit.* Eodem modo, quo non dubitatur, filium in causâ patris ideo arbitrum esse posse, quia arbiter conventione, consensuque utriusque litigantis eligitur, si bique debet imputare, qui consentit in patrem aut filium. L. 6. L. 27. §. 2. ff. de recept. arb. — Conf. J. AVERANIUS *Interpr. Jur. Lib. 1. cap. 5.* E. MERILLIUS *Observ. Lib. 1. cap. 35.*

*Nec diſtingendum puto &c.]* Ab Auctore nostro dissentit A. SCHULTING in laud. *Dissert. de recus. jud. cap. 6.* ubi ex professo contendit, antiquitus, nec tempore Romanæ libertatis, nec Imperatorum ante JUSTINIANUM, exemplum ullum Magistratus vere & proprie recusati inventum iri. Contra Magistratum injurias vel iniquitates alia remedia erant adhibenda. Olim contra iniqua Magistratum decreta appellati fuerunt Tribuni

plebis; imo & alii Magistratus contra inferiores non tantum, sed & pares, auxilium ferre potuerunt. VALERIUS MAXIMUS Lib. 7. cap. 7. ex. 6. LIVIUS Lib. 2. cap. 17. CICERO de Legibus Lib. 3. cap. 3. Jure recentiori contra injurias Magistratum quorundam prospectum ivit Imperator adjunctione alterius judicis, συνδικας. Ita generaliter, etiam maximis Magistribus, in causis quoque pecuniariis, alios ſæpe judices addi, docet Imperator Novell. 13. cap. 2. Et ut judicia etiam apud Provinciarum Praefides absque suspicione procederent, constituit Novell. 86. cap. 2. ut, si suspectus sit Praeses, adjungatur illi Episcopus, atque ita ambo controversiam vel voluntate partium ac transactione componendam current, vel *judicio dirimant.* — Novella autem 96. cap. 2. quam Auctor objicit, quatenus recusationem admittit, accipienda est de *judice delegato*, juxta Novell. 53. cap. 3. quam ipsam Imperator in d. Nov. 96. cap. 2. aperte respexit.

## §. 48.

*Ante item contestatam.]* Conf. A. SCHULTING in laud. *Dissert. cap. 10.*

## §. 49.

*Officium judicis &c.]* Regula vulgata est, & Practicorum consensu unanimi approbata: *judicem non impertiri officium in causis civilibus, nisi imploratum.* Uſus hujus regulæ non tantum in eo cernitur, ut *judex* jus nemini dicat, nisi mota vel *actio* fuerit, vel *imploratio judicis officii* præcesserit, sed etiam quodammodo ſeſe exferit, ubi jam mota est, ut pendente ipſo processu nihil decernat de eo, quod ad *jura* partium pertinet, nisi imploratus. Hinc 1°. non punit contumaciam Rei, quando actor contumaciæ accusationem negligit. — 2°. Citationem non decernit, nisi ad instantiam partium. — 3°. Implorantes demum in integrum restituit. — 4°. Instantibus demum litigatoribus de cautionibus præstandis decernit. — 5°. Exceptiones non supplet, nisi oppositæ fuerint. — 6°. Testimonia testium demum ad instantiam partium publicat. — 7°. Dilationem, parte non petente, haud indulget. — 8°. Executionem sententiæ *judex* decernit demum imploratus, non proprio motu. — 9°. Acta regulariter transmittit demum partibus petentibus: & ſic in ceteris. — Hæc tamen non impediunt, quo minus *judex* ex officio omnia facere possit, quæ ad veritatis indagationem, & justitiæ administrationem faciunt: idque præfertim in causis summaris. Sic v. g. in causâ, quæ extra ordinem judici decidenda committitur, sub clausulâ, ut *de simplici & plano, ſolda veritate facti inspectâ*, decidatur, ju.

judex, remotis omnibus ambagibus, multa ex officio facere, multa quoque omittere debet, quæ alioquin ex officio agere poterat. — Similes sunt causæ rusticorum; — causæ Ecclesiasticæ; — matrimoniales; — de legatis ad pias causas; — causæ alimentorum; — dotis; — tutelæ; — de concursu creditorum, aliæque. — Quamvis autem in processu ordinario judicis officium magis restrictum esse videatur, quam in summario, negari tamen nequit processus ordinarios frequenter occasionem præbere judici, ex officio aliquid decernendi. In genere *ad officium judicis pertinet lites diminuere*, ut ait JCtus in L. 21. ff. *de reb. cred.* quia publice interest, ne litibus repleatur respublica. L. 1. ff. *de usuc.* — Hoc itaque ex fundamento judex ex officio rejicit actiones famosas contra eos, quibus reverentia debetur. L. 10. §. 12. ff. *de in jus voc.* L. 7. §. 3. ff. *de injur.* — Par ratio est earum actionum, quæ manifesto jure haud sunt fundatae, ita ut ex ipso libello statim appareat de iniustitate causa. Olim sane officio Prætoris continebatur, ex obligationibus turpibus actionem denegare, L. 27. pr. ff. *de V. O.* quanto magis hodie judici id agendum est, ut litem inanem & non fundatam supprimat, & talem injustum actorem à limine judicii repellat. Officio enim judicis convenit secundum NERATII monitum semper perpendere & cognoscere, an justam & probabilem actor causam habeat, propter quam actionem desiderat. L. 3. §. 11. ff. *ad exhib.* — Porro & ubi vel maxime actio fundata est, ex aliâ tamen ratione judex citationem secundum petitum actoris ex officio denegare potest, si ob exceptiones Rei justas illam inanem futuram esse videt: veluti, si actio moveatur in foro notorie incompetente; — vel si is agere intendat, qui notorie agere non potest; — vel si libellus ineptus offeratur, & ineptia ejus sit notoria. — Sicuti vero respectu *actoris* judex, quæ frivole, nulliter vel inepite proposita sunt, ex officio rejicit, ita quoque malitiæ vel desidiae Rei nihil indulgere, sed, quæ ab eo frivole, inepite & nulliter proponuntur, rejicere, etiam actore haud urgente, debet. — Tandem etiam judicis superioris cura esse debet, ut appellationem frivolam statim rejiciat. c. 5. *de appell.* in 6. — Conf. J. H. BOEHMER in *Exerc. ad ff. tom. 2. Exerc. 35. de judice procedente ex officio in causâ civili*, pag. 599. & seqq. ubi etiam cap. 4. pag. 662. & seqq. exponit, quatenus officium judicis in eo consistit, ut, quæ omissa sunt à partibus, suppletat.

## §. 50.

*Ne per minorem causam &c.*] Officium judicis in causis arduis & majoribus ex professo exponit J. H. BOEHMER in *Exercit. ad ff.*

tom. 2. *Exerc. 36. pag. 683.* & seqq. ac sequentes regulas ea de re proponit & illustrat. — 1°. Causæ majores magnos requirunt judices. — 2°. Causæ arduæ requirunt probationem, luce meridianâ clariorem, nec juramentum suppletorium admittunt. — 3°. In causis arduis eo cautius procedendum, quo maius in eis vertitur præjudicium. — 4°. In causâ arduâ censetur personæ industria electa, ut, cui quid commissum est, id per substitutum agere nequeat. — 5°. Per minorem causam majori cognitioni præjudicium fieri non oportet. — 6°. Major gradus culpe præstandus in negotiis arduis. — 7°. Sub concessione generali non censentur comprehendendi ardua. — 8°. Ardua speciale mandatum desiderant. — 9°. In arduis causis facilius subveniendum, nec apicibus juris inhærendum est. — 10°. In arduis causis multa contra ordinariam juris rationem fieri & decerni possunt.

*Disputatio fuit, oporteatne &c.*] De quaestione, an judex secundum acta & probata, an vero secundum animi sui conscientiam, si hæc invicem pugnant, sententiam ferre debat? conf. J. CUJACIUS *Observ. Lib. 12. cap. 19.* R. BACHOVIAU *ad TREUTL. vol. 1. disp. 12. th. 14. Litt. E. & F. A. MERENDA Controv. Jur. Lib. 5. cap. 49.*

## §. 53.

*Quippe quam interpolatam &c.*] Ita vulgo D. D. conciliandam putant L. 15. §. 5. ff. *ad SCt. Turpil.* cum L. 7. ff. *de muner. & honor.* Hoc vero minus necessarium judicat J. CONSTANTINÆUS *Subtil. Enodat. Lib. 1. cap. 18.* (in OTTONIS *Thef. tom. 4. col. 515.*) nullamque d. d. L. L. antinomiam inesse arbitratur, si modo distinguamus inter accusations leviores & graviores. Illis, puta stellionatus, injuriarum, & id genus aliis, si per annum non exerceantur, annali spatio præscribitur. Hæc vero biennio finiuntur.

## §. 56.

*Ambages interim &c.*] Veteres JCti Romani magnam semper egerunt curam, ne facile homines ad litigandum procederent. *pr. Inst. de poen. tem. litig.* atque in litibus inutilibus, tædiosisque ambagibus, quæ vel litigantium utriusque detrimentum, vel eorum alteri sine alterius lucro damnum afferunt, quovis modo, insuper etiam haud raro habitâ strictâ subtilique juris ratione evitandis, constans eorum fuit studium. Nituntur in primis hoc fundamento JCtorum responsa, quæ inventiuntur in L. 51. ff. *de pecul.* L. 76. §. 8. ff. *de Legat.* 2. L. 5. ff. si cui plus quam per Leg. Fal. L. 1. §. 3 & 4. ff. si pars hered. pet. L. 14. §. 4. ff. *de hered. petit.* L. 53. ff.

*ff. de cond. indeb.* — Similiter etiam Prætoribus studium fuit lites finiendi, *L. 3. §. 1.* *ff. de rec. qui arb. rec.* Probat hoc inter alia celebris illa doli mali exceptio, quæ litibus contrahendis multoties infervit, cum ideo conceditur, ne reus condemnatus & solvere coactus repetere mox id ipsum posset, quod dare vel præstare actori esset jussus. Exemplum est in *L. 8. §. 1. ff. de dol. mal. & met. except. L. 16. pr. ff. de cond. indeb. L. 9. §. 1. ff. de cond. caus. dat. caus. non sec.* Hinc etiam illud à Prætore sapienter excogitatum est, quod in omni casu, ubi ab initio ipsi constat reo competere peremptoriam exceptionem, per quam poterit actoris intentio elidi, actori actionem deneget. *L. 9. pr. ff. de jurejur.* — Tandem quoque omni operâ eo enī fuerunt Imperatores, ut, quantum fieri posset, vitilitatorum audaciam compescendo, contentionesque vel præcidendo vel contrahendo lites minuerent. Exempla hujus rei præbent *L. 3. C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est. L. 5. C. de pet. hered. §. 34. Instr. de action. §. ult. in fin. Instr. de exception. L. 14. C. de sent. & interl. omn. jud. L. ult. C. de judic.* — Conf. A. GROENEVELT *Dissert. de litium occupandarum & contrahendarum studio, in Legibus Romanis conspi- cuso.* (Lugd. Bat. 1777.)

*Præsertim vero peregrinis, &c.]* Jam ex antiquissimo Hollandorum jure hoc fuit peregrinorum privilegium, ut cum in civium litibus dentur dilationes, controversiae inter ci- vēm & peregrinum citius sint finienda. Vo- cabatur hoc judicium *Gast-geding*, quod tri- duō plerisque circumscrivebatur. Varia Pri- vilegia, hic spectantia, videri possunt apud MIERIS *Chart. Boek 1. D. pag. 223 & 232. Regtsgel. Observ. over de Inleid. van DE GROOT 2. D. Obs. 29.* Et conf. J. MATTHYSZE over de Politike Regering, *Regten, Coustumen, en Regtspleging*, lang voor en omtrent het jaar 1400. in de Stad Briel, ende den Lande van Voorn in gebruik geweest zynde, by ALKEMA- DE Beschr. van den Briel pag. 251, 253, 281, 295. in init. & 296. in med. & ibi not. — Pertinet huc etiam, quod in Hollandiâ exte- ris mercatoribus, inter se contendentibus, hoc est privilegium, ut causam statim ad Su- premam Curiam deferre possint. *Instr. van den Hoog. Raad art. 18. E. VAN ZURCK in Cod. Bat. voce Vreemdelingen §. 2. & voce Arrest §. 6. n. 4.*

### §. 57.

*Reliqua quod attinet &c.]* Etsi, ut CICE- RO *de Offic. Lib. 1. cap. 25.* ait, prohibenda maxime est ira in puniendo, propterea quod iratus qui accedit ad poenam, nunquam me- diocritatem illam tenebit, quæ est inter ni- um & parum; etsi etiam optandum esset, ut ii, qui judicium funguntur officio, legum Tom. III.

similes sint, quæ ad puniendum non iracun- dā, sed æquitate ducuntur; aliter tamen haud raro in vita civili fieri, optime sciunt, qui vel parum in foro versati sunt, omnes. Hæc tamen ita sunt accipienda, si motus judicis in malam partem sumitur: nemo enim facile, qui judices homines esse meminerit, omnes animi motus in iis reprehendet. Verissime PLINIUS dixit, eum haud satis amare bonos, qui malos satis non oderit. Faciles solent motus capere generosæ mentes, & haud ma- le CICERO *ad Attic. Lib. 1. Epist. 14.* & ir- ritabiles animos esse optimorum saepe homi- num & eosdem placabiles, & esse hanc agi- litatem mollitiemque naturæ plerumque boni- tati tribuendam, statuit. Quemadmodum igi- tur judici motum animi, quo malis itascitur, bonos diligit, facile ignoscimus, ita eidem operam dandam esse putamus maximam, ne hi motus judicij aciem ei præstringant, illum- que, quo minus verius & falsum videre, bonosque à malis distinguere possit, impe- diant. SALLUSTIUS loc. ab Aud. cit. Inter vitia autem judicum, Reipublicæ maxime no- cival, eminent præcipue hæc. — 1°. Præci- pitantia, quam in CLAUDIO Imp. jam repre- hendit SUETONIUS *in vita ejus cap. 14.* Nec semper, inquit, præscripta legum secutus duri- tam lenitatemve malarum ex bono & aequo, perinde ut afficeretur, moderatus est. — In cognoscendo autem ac decernendo mira varietate animi fuit, modo circumspectus & sagax, modo inconsultus & præceps, nonnunquam frivolus amentique similis. — Add. JUVENALIS *Sat. 6. vs. 229.* — Atque omnino laudanda con- stitutio Imp. THEODOSII in *L. 20. C. de poen.* „Si vindicari in aliquos severius contra nostram consuetudinem pro causæ intuitu jusseri- mus, nolumus statim eos aut subire poenam, aut excipere sententiam: sed per dies triginta super statu eorum sors & fortuna suspensa sit. Reos sane excipiat vinciatque custodia, & excubiis soleribus vigilanter observet. — Conf. ad h. Li- J. L. E. PUTMAN *Probab. Jur. Civ. Lib. 1. cap. 18.* — 2°. Severitatis affectatio, cui qui dediti sunt, legant aurea illa SENECAE de Clem. *Lib. 1. cap. 1. verba: Conditum im- mo constrictum apud me ferrum est. Summa parsimonia etiam vilissimi sanguinis.* Nemo non, cui alia desint, hominis nomine apud me gratio- sus est, severitatem abditam, clementiam in promptu habeo. — Sæpiusque animadvertisit, quosdam vitium, quo ipso quam maxime ir- retiti erant, in aliis severissime punivisse, non aliam ob causam, nisi ut ipsi eo immunes, & ab omni labore puri esse viderentur. — 3°. Sed haud minus reprehendenda est intem- pestiva misericordia, quam crimen misericordia haud male vocat LEYSERUS *medit. ad ff. tom. 11. spec. 680. med. 22. pag. 46.* & cuius af- fectatores præter MARCIANUM in *L. 11. ff. de poen.* notavit AUSONIUS *Ep. 4.* Et quis non

non intelligit, quanta sit illecebra peccandi spes impunitatis, ut CICERO jam monuit *in Orat. pro Milon.* cap. 16. — 4°. Avaritia & lucri cupido, quā qui imbuti sunt, dies nōt̄esque bonis civium inhiant, & sine discrimine sacra juxta cum profanis rapiunt. Ac verissimum est, quod SENECA monet *Epist. 113.* „*Hoc ante omnia sibi quisque persuadeat: me justum esse gratis oportet.* — Conf. qui hæc omnia latius exponit J. L. E. PUTMAN *advers. jur. univ. Lib. 1. cap. 4.* pag. 67. seqq.

## §. 58.

*Lex duodecim Tabularum &c.]* Conf. C. RITTERSHUSIUS *in Comm. ad XII. Tabb. Leges. Claff. 2. cap. 5.* pag. 48. seqq. & BOUCHAUD *Comment. sur la Loi des XII. Tables, Tab. 9. Loi 3.* pag. 653. & suiv.

## §. 60.

*Graphiariorum & Secretariorum &c.]* De Actuariis in genere conf. LEYSER medit. ad ff. tom. 2. spec. 71. pag. 42. seqq. ac nominatim de Graphiariis & Secretariis Curia Hollandiæ, P. MERULA man. *van Proced. Lib. 4. Tit. 10 & 11. tom. 1.* pag. 307—313. (nov. edit.) atque de Curia Supremae Graphiariis, vid. *ibid. tom. 2.* pag. 537—543.

## §. 61.

*Illud de Graphiariis &c.]* Non minus grave est actuarium, quam judicem suspectum habere. Actuarius enim, si cui ex litigatoribus infensus est, huic multis modis nocere, & vel ex actis quid subtrahere, vel in registraturis suis quid omittere, vel addere, vel dies & horas, quibus scripta exhibentur, perperam annotare, vel processum morari, vel judicem in partes adversarii pertrahere potest. Igitur ex iisdem causis, quæ judicem suspectum reddunt, actuarium quoque recusari posse, non immerito censet LEYSER d. l. medit. 11 & 12. ac similiter (*ibid. medit. 13.*) neminem posse in eâ causâ, quam olim tanquam advocatus defendit, actuarium esse. Quam opinionem his deinde rationibus firmat: 1°. quia in advocate, depositâ licet advocatione, affectio tamen erga causam, quam olim defendit, semper remanet. — 2°. Quia Praetor, ob susceptam ante magistratum alterius partis advocationem, justam, id est necessariam, causam mandandi alii jurisdictionem habere dicitur in *L. 17. ff. de juriſd.* — 3°. Quia delegatus judex, qui in eodem judicio advocati officio functus fuit, tanquam suspectus non immerito recusatur. c. 36. X. *de appellat.* — 4°. Quia eadem hac in parte judicis & actuarii ratio esse debet. — 5°. Quia patroni in causâ, cui pa-

trocinium præsticerunt, testimonium dicere prohibentur. *L. 25. ff. de testib.*

## §. 63.

*Sportulæ.]* Tales sportulæ etiam apud Curiam exigi solent, illæque vulgo appellantur *Rapportgelden*, de quibus conf. T. BOEY *Woorden tolk voce Rapportgelden pag. 565.* & MERULA man. *van Proced. Lib. 4. tit. 105. cap. 1. tom. 2.* pag. 421. ibique notas.

## §. 63.

*Sive ibi, si e extra domicilii locum alibi deliquerit.]* An quis ob delictum, alibi perpetratum, puniri domi possit? queritur. Hoc certum est, summo imperanti non compete-re jus suum subditum, alibi delinquentem, puniendi, quamdiu in alterius imperio degit; etenim hoc evidens est, nemini licere in loco alterius imperio subjecto aliquem jurisdictio-nis actum exercere, sic enim illius loci impe-ranti injuriam faceret: sed in eo vertitur car-do quæstionis, si ille subditus ad locum sui domicilii fuerit reversus, an tunc imperans absque injustitiâ illum hominem, ob delictum extra suum imperium commissum, poenis sub-jicere poslit? Et hic affirmando videtur re-spondendum; modo intelligamus de eo, qui tantum ad tempus, rerum quarundam per-a-gendarum forte, animive causâ in aliam re-gionem abiit, non de eo, qui relicta patriâ domicilioque translato abiit, ut alibi sedes si-geret, hic enim cum alio imperanti, in cuius imperium sedes transtulit, subditus fit, cer-to certius subditus noster esse definit. — Cum autem is, qui modo ad tempus in aliam regionem se contulit, quamdiu in eâ maneat re-gione, obtemperare teneatur legibus illius imperantis, adeoque certo quodam sensu etiam dici possit illi imperanti esse subditus, huic etiam imperanti minime denegandum vi-detur jus, talem delinquentem puniendi, ubi eum comprehendenterit: quin imo si talis delin-quens domum fuerit reversus, & imperans loci delicti commissi petat, ut legitimis poe-nis subjiciendus ad se remittatur, optime fa-ciet imperans loci domicilii, si huic petitioni annuat, nisi circumstantiae aliud suadeant: præstat enim delicta puniri, ubi admissa fue-runt, duas ob rationes, 1°. quia ibi facilis colligi possunt certiores ejus rei probationes: & 2°. quia sic alii homines, qui testes sce-leris fuerunt, etiam testes sunt mali exinde in delinquentem redundantis, & sic à simile quid tentando absterrentur. — Sed quæsi hoc loco posset, ex quibus tunc legibus delinquens iste fit judicandus? an ex legibus loci delicti admitti, an vero ex iis, quæ in domicilii loco obseruantur: & hoc postremum verius videtur, nempe delinquentem puniri de-

debere ex legibus ejus loci, ubi litem contentatur, adeoque talem delinquentem, qui domum reversus, ibi justis facinoris sui poenis subjicitur, judicandum esse ex legibus, quæ in loco sui domicilii observantur: quemadmodum enim illius imperantis subditus remansit, ideo etiam illis legibus teneri haud desit, & hæ illi, utpote civi, notæ sunt, vel faltem notæ esse debent, easque licet peregre absens transgredi haud debuerat, atque omnino ex iis puniri poterit: nam ex alterius imperantibus legibus alterum imperantem agere, ratio non videtur sinere, & tamen talem civem nostrum, qui peregre deliquit, puniri exigit falus publica, quæ omnino caveri jubet, ne civitas facinorosis hominibus repleatur, quod tranquillitati & felicitati bonorum civium maximopere nocet. — Conf. BORT van crimin. zaaken tit. I. n. 16. seqq. & SANDE De-cif. Lib. I. tit. I. def. 6. qui exemplum refert, quo sic judicatum fuit à Frisiae Senatu anno 1633. in causâ cujusdam Jelle Sjoerds Frisiae, qui, in Frisia perpetrata cæde, ad Dunkerkanos aufugerat, & cum illis per aliquot annos circa littora Foederati Belgii piraticam exercuerat, tandem à Frisiae sociis navalibus captus traditus est collegio Praefectorum mari (*het Collegie van de Admiralteit*), quod Amstelædami sedem habet, ac petente Senatu in Frisiæ remissus fuit, & hic reus, semotâ præscriptione fori, condemnatus est, ut etiam super criminibus extra Frisiæ, ac proinde extra Ordinum Frisiae imperium perpetratis, litem contestaretur, & capite punitus est. — Add. A. MATTHÆUS de Crimin. Lib. 48. tit. 13. cap. 5. n. 5.

## §. 77.

*Neque hanc de rebus &c.]* Aliam solutionem ad L. 38. ff. h. t. proponit NOODT in Comm. ad h. t. (Oper. tom. 2. pag. 121. col. 1.) putans verbum *debet*, quod in d. L. occurrit, accipiendum pro *poteſt*, quomodo usurpatur in L. 2. §. 31. ff. ne quid in loc. publ. L. 1. pr. ff. de hered. inst. L. 9. ff. de aur. arg. mund. & alibi: ita ut sensus d. L. sit: „Legatum per in rem actionem non modo in loco domicilii, sed etiam ibi, ubi est, peti potest.” — Quod autem attinet distinctionem Auctoris inter res mobiles & immobiles, eam alii Interpretes rejiciendam existimant, & vel ex solâ L. ult. vñ. quid enim C. de præscript. long. temp. fatis refutari videtur. Conf. U. HUBER in Prælect. ad h. t. ff. n. 48—50.

## §. 78.

*L. cum Papinianus 14. C. de sent.]* Hæc L. 14. C. de sent. & interl. omn. jud. proprie non agit de reconventione, sed de cau, quo in actione ex negotio ultro citroque obliga-

torio, ex gr. mandato, tutelâ, societate, aliquis convenitus est, apparuitque deinceps, revera ipsum actorem plus debere reo, ac reus debet actori: hoc casu PAPINIANUS primus induxit, ut judex excedere posset hac in parte verba formulæ, & non tantum reum absolvere. L. 37. ff. de R. J. sive de absolitione Rei judicare, (sic enim legendum est,) sed & ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare. Praesupposuit tamen PAPINIANUS, judicem etiam actori competentem fuisse, vel ab eo datum, qui esset competens: sed JUSTINIANUS, etiam eo non attento, idem vult procedere, nec actorem deditnari eum judicem habere contra se, cuius in agendo in eodem negotio arbitrium observat. WISSENBACH ad d. L. 14. Ante PAPINIANI tempora id prorsus non licuit, sed opus fuit mutuâ petitione, quo pertinet L. 18. §. ult. ff. commod. J. à COSTA in Summ. tit. X. de mut. petit. A. SCHULTING in Thes. controv. Dec. 32. th. 4.

*Uti nec interest &c.]* Sæpiissime reconventione usu venit in hereditatis petitione, cum duæ diversæ personæ contendunt de jure ad hereditatem quandam, quæ ab Executoribus, Sequestris, similibusve possidetur. Probe tamen attendendum, quod à nonnullis non fati attenditur, reconventionem nunquam faciendam esse ab eo, qui jam hereditatem possidet, & adversus quem per alios hereditatis petitio instituitur: etenim ita jure civili comparatum est, quoties in rem agitur, ut partes petitoris non suscipiat possessio, atque omnis hujusmodi controversia eo pertinet, ut, quod non possidemus, nobis restituatur, & ideo actio nunquam ultro possessori datur; quippe sufficit ei, quod possideat. L. 1. §. 6. ff. uti possid. Eodemque fundamento nititur, quod dicit JCTUS GAJUS in L. 15. ff. de except. rei jud. his verbis: Si inter me & te controversia de hereditate sit, & quasdam res ex eadem tu possides, quasdam ego, nihil vetat, & me à te, & invicem te à me hereditatem perttere. Conf. U. HUBER in Prælect. ad tit. ff. de her. pet. n. 5. & Z. HUBER de Casib. enucleat. Quæst. 7. pag. 129. seqq.

*Aut etiam ex crimine publico &c.]* Ex usu fori apud nos in causis criminalibus Reconventione non admittitur: MIDDLELLANT in not. ad VROMANS de For. Comp. Lib. I. cap. I. §. 16. pag. 31. verum is, qui criminaliter accusatur, adversus accusatorem publicum injuriarum protestationem facere potest, & tunc litis criminalis exitum exspectare tenetur, antequam ipsam injuriarum actionem instituat, in qua Curiæ jurisdictione immediate competens est. Instr. van 't Hof. art. 7 & 38. & VAN ALPHEN Pap. 1. D. tit. van appel, Request 13. pag. 266 & 267. Hæc tamen ad Balivos restringenda sunt; nam adversus Procuratorem Generalem injuriarum protesta-

tionem Curia non admittit, sed ē contrario eam ē Rotullā deleri jussit, 29. Julii 1660. *Ordre van de Heeren Commisarissen van de Rolle van den Hoogen Raad aan den Substitut Griffier, van den 27. January 1671.* BORT Tract. van Crimin. zaaken Tit. 4. n. 48.

## §. 80.

*Sed nec in appellatione &c.]* In secundā vel ulteriori instantiā reconventionem fieri non posse, quae in priori instantiā fuerat omessa, verum est, idque vulgo D. D. docent. SANDE Decif. Frij. Lib. 1. tit. 6. def. 1. PEREZIUS ad tit. Cod. de sent. & interl. n. 21. MIDDLELLANT in notis ad VROMANS de Foro Comp. Lib. 1. cap. 1. §. 16. pag. 29. col. 2. & pag. 30. col. 1. atque ita etiam judicavit Hollandiæ Curia 11. Martii 1650. in de zaake van Guillaume Bartholotti, contra de West-Indische Compagnie. W. VAN ALPHEN Papeg. 1. D. pag. 303. in pr. Attamen non minus verum est, & quotidiano usū invaluit, in appellationis instantiā reconventionem antea omssam fieri posse, impetrato restitutionis in integrum auxilio. Docetur hoc in de Manier van Proced. tit. 7. cap. 1. §. 10. pag. 258. & tit. 11. cap. 1. §. 8. pag. 345. variaque exempla prostant sententiarum Curiæ, quibus ejusmodi restitutions fuere confirmatae. Ita à Curiā decisum 23. Octobris 1730. in de zaake van de Weduwe Gerard Rogge en Zoon C. S. woonende te Amsterdam, Gedaagdens by Mandament in cas relief d'appel, en Requiranten van Requeste Civiele, contra Benjamin Dutry, Impetrant en Gerequireerde. — Similiter 31. Julii 1739. in de zaake van Bewindhebberen van de O. I. Compagnie ter Kamer Amsterdam, Impetranten van Mandament in cas d'appel, en Requiranten van Requeste Civiele, contra Jan Schul & Jan Oortman, kooplieden te Amsterdam, qq. Gedaagdens & Gerequireerdens.

## §. 85.

*Veluti si conventus &c.]* Duobus exemplis, ab Auctore hic allatis, etiam tertium addi potest: quod scil. militi, à civi ad militarem judicem vocato, non liceat adversus istum civem reconventionem instituere, ut Consilium O. O. Generalium censuit. Resol. 13. Julii 1743. RENDORP Verhand. over de Milit. jurisd. pag. 73. cuius rei ratio in eo esse videtur, quod Militares Judices nullam in civium personas jurisdictionem exercere possunt. RENDORP d.l. Resolutie van de Staten Generaal van 22. December 1741. (G.P.B. 7.D. fol. 1036. n. 8.) BYNKERSHOEK Quæst. Jur. Priv. Lib. 1. cap. 13. VAN HASSELT verhand. over de Milit. Jurisdic. pag. 133. seq. (Edit. 1763.)

## §. 87.

*Mandementen van Maintenue.]* Hic non sat accurate Auctore loquitur: nam in interdicto uti possidetis (*Maintenue*) Reconventio quidem fieri potest. W. VAN ALPHEN Papeg. 1. D. pag. 119. item in interdicto adipicendæ possessionis (*Mandament van Immisie.*) G. GROTIUS I sag. Lib. 1. cap. 9. §. 23. non vero in interdicto recuperandæ possessionis; (*Complainte.*) in quo, si causa reconventionis fūbeft, Reus in aliâ instantiâ simile interdictum à suâ parte implorare tenetur. GROTIUS d.l. & Papegay d.l. pag. 129. Nec tandem reconventio admittitur in causâ Spolii; quia spoliatus ante omnia est restituendus. Papegay d.l. pag. 113. A. DE PAPE in not. ad G. GROTIUS I sag. Lib. 1. cap. 5. §. 45. pag. 111.

## §. 88.

*Ut pari passu &c.]* Quando conventio & reconventio non ejus sunt indolis, ut invicem cohærent, sibique opponantur, nihil vetat, quo minus judex prius conventionis causam sententiâ suâ definiat, deinde aliâ sententiâ reconventionem decidat; nec prior sententia hoc fundamento nullitatis argui potest. Probab hoc L. 19. §. 1. in fin. ff. de recept. ac evidentius adhuc L. 15. C. de sent. & interl. omn. jud. ubi judicii permittitur, si multa sint in lite capita, super quibusdam eorum sententiam definitivam ferre, tuncque iterum de aliis querere, & sententiam proferre, quae ipsi videatur; ita ut non compellatur unam sententiam de omnibus capitibus simul dicere. — Atque ita quoque Hollandiæ Curia validam declaravit Scabinorum Amstelædamensium sententiam, qua sola conventio, non vero reconventio erat decisa, & ad quam sententiam nullam declarandam appellans conclusionem in judicio ediderat. Sententie van 't Hof van 16. Decemb. 1740. in de zake van Thomas Ploos van Amstel, woonende te Amsterdam, Impetrant van Mandament in Cas d'appel, contra Maria Claasse, Weduwe en Erfgenaamme van Claas Visser, in zyn leven Schipper van 't Fluitschip, genaamt de Hoop, Gedaagdese in 't voorz. Cas.

## §. 92.

*Domicili &c.]* Quæstio, ubi quis domicilium habere credendus sit, quæ nonnunquam difficultatem habet, saepè illustrari potest ex Resol. O. O. Holl. 23. Febr. 1748. art. 6. G. PL. BOEK 7. Deel pag. 1178.

## §. 98.

*Quâ ratione responsum &c.]* Variæ O. O. Resolutiones confirming eos, qui in Indiam proficiscuntur, ideo non mutare domicilium, nec

nec ejus regionis, unde profecti sunt, incolas esse definere. — Vid. *Verklaering van de Staten Generaal in dato 2. December 1634.* in verbis: „want de voorsz. Gregorius Corne- „lii, die de voornoemde reyze buiten zyn Va- „derland, zelfs onder onze jurisdictie en gehoor- „zaamheit blyvende, aangenomen heeft, niet „en kan verstaan worden zyn Vaderland of ori- „gineel Burgerschap verlaten te hebben; gelyk „mede de voornoemde zyne twee kinderen, — „'t oorspronkelyk recht van haar vaders geboor- „te t'eenemaal behouden hebben” (GR. PL. BOEK 2. D. fol. 1322.) — Eodemque fundamento nititur, quod saepius liberi, in India nati, ex parentibus, qui ex Hollandia in Indiam profecti erant, ab Ordinibus Hollandi declarati sunt, ita ut eodem jure gau- deant, ac si in Hollandiā nati essent. *Resol. Holl. 14. July, 21. July, & 16. Novemb. 1735.* & 20. January, 15. Maart & 11. Ju- ly 1736. (GR. PL. BOEK 6. D. fol. 71. seqq.)

*Similiter qui muneric &c.]* Si illi, qui ab exteri Provinciis in Hollandiam mittuntur ad Ordines Generales, Consiliarios Ordinum Generalium, eorumve Rationales, sive ad Collegia Marina, vel ante legationem, vel durante legatione, deliquerint vel contraxerint, ex quo accusandi vel conveniendi, ubi, dum in Hollandiā commorantur, accusari vel conveniri debeant, non ineleganter quæruntur. Tractavit hanc materiam ex professio BYNKERSHOEK *Quæst. Jur. Priv. Lib. I. cap. 8—11.* — In cap. 8. quid hac de re ab Ordinibus Generalibus, ab Ordinibus Hollandiæ, & ab Hollandiæ Curiâ statutum aut judicatum fuit, historicè enarrat. — Cap. 9. in rationes ac fundamenta, quibus hæc quæstio decidenda est, inquirit. Hunc in finem excutit, an hi Delegati, quod ad forum, pro veris Legatis sint habendi? Idque affirmandum putat, quoniam eadem ratio, quæ Legatos exemit à jurisdictione Principis, apud quem officio suo funguntur, ne scil. per coactionem Principi suo reddantur inutiles, (GROTIUS *de Jur. Bell. ac Pac. Lib. 2. cap. 18. §. 9.*) etiam in his Delegatis obtinet, quippe qui, si judicio criminali vel civili subtrahuntur, societati regendæ inutiles redduntur. In Collegio Ordinum Generalium saepe unus duntaxat Delegatus supereft, qui totam, ex quâ missus est, Provinciam repræsentat. Si hunc apprehendas, Provincia illa amittit jus suffragii, quod exemplo perniciofissimum est. Atque his consequens est, quod Ordines Hollandiæ 3. Maij 1680. & 3. Aprilis 1723. decreverunt, ne qui Consiliariis Ordinum Generalium adscripti essent, ob actiones personales hic convenientur, vel arresto detinerentur: & quod Curia Hollandiæ 4. Martii 1712. exceptionem fori declinatioriam, à Consiliario eorundem Ordinum apud se propositam, admiserit, etiamsi ageretur de

debito, durante delegatione hic contracto. — Tandem cap. 10. de foro criminis, & cap. 11. de foro contractus, quantum ad hos Delegatos, specialia quædam adjicit.

## §. 99.

[*Quod jus iusse, vel exuæ dicitur.*] De hoc jure, quod olim in his regionibus frequenter obtinuit, sensim vero per conventiones, inter civitates initas, fere exolevit, conf. H. J. ARNTZENIUS *Instit. Jur. Belg. Civ. part. I. tit. 12. §. 8. seqq.*

## §. 103—108.

*Militibus &c.]* De militari jurisdictione late hic differere animus non est. Inspiciat, cui lubet, BYNKERSHOEK *Quæst. Jur. Priv. Lib. I. cap. 13 & 14.* G. DE HAAS *Nieuwe Holl. Conf. pag. 258—266.* J. RENDORP *Verhand. over de Militaire jurisdictione* (Amst. 1780. in 8vo.) F. A. VAN DER KEMP *Magazijn van stukken, tot de Militaire Jurisdiction betrekkelijk.* MERULA *man. van Proced. Lib. 4. tit. 40. cap. 3. §. 5. ibique notas, tom. 2. pag. 14—16.* — Fatebuntur autem omnes, qui remoto omni partium studio quicquid de hac materia fanticum scriptumve fuit, contemplati sunt, ea parum inter se convenire, ac Militarium Judicium potestatem vel auctam vel diminutam fuisse, prout Gubernatores (*de Stadhouders*) hinc Reipublicæ præfuerunt, aut eorum præfectura defecit.

## §. 115.

*Pupillorum &c.]* Dubitatum fuit aliquando, an privilegium fori, quod pupillis datum est, etiam porrigi possit ad minores? sed de eo Jus Hollandicum dubitari non sinit. *Instrucțio enim Cur. Holl. anni 1531. art. 8.* non tantum utitur verbo *Weesen*, quales linguae Belgarum vernacula dicuntur, quicunque amissis parentibus nondum maiores facti sunt; verum etiam Curia ex d. art. 8. *Inst. suæ judicat van zaaken, onbejaarde kinderen, weduwen, en weezzen, ofte andere miserable persoonen aangaande;* atque ita *onbejaarde kinderen* distinguit à *tois Weezen*, & utrisque idem fori privilegium tribuit, amputata sic omni ratione dubitandi. BYNKERSHOEK *Quæst. Jur. Priv. Lib. I. cap. 4.* — Quin ex iisdem verbis amputata est quæstio, an pupilli vel minores, quorum parentes sunt superstites, vel certe pater, eo fori privilegio uti possunt? Omnia scil. hoc est affirmandum: nam d. art. *Inst. Cur. præter Weezen* enumerat quoque *onbejaarde kinderen*, hoc est eos, quorum parentes vivunt. Ut sensus sit, illud privilegium esse datum minori ætati, & quos cunque minores eo uti privilegio, sive eorum

parentes sunt superstites, sive defuncti. BYNkershoek d. l. Exempla quoque plurima existant, quibus decisum fuit ipsos parentes liberorum minorennum nomine Curiam in primâ instantiâ recte adiisse. Sic Curia Hollandiæ 19. Januarii 1677. censuit patrem tutorem nomine liberorum, qui matrem amiserant, adversarium recte ad Curiam vocare. (*Bell. jurid. Cas. 11.*) Similiter cum Judæus quidam Hagæ Comitis puerulum militis, in publico ludentem, carrucâ pensili, qua vebatur, obruerat, & mater eo nomine adversus ipsum apud Curiam agebat ad certam pecuniaë summam, ex arbitrio judicis solvendam pro vulneribus & cicatricibus inflictis, pro toleratis doloribus, & pro sumptibus in curationem adhibitis; Judæus quidem exceptit de foro non competenti, remitti se postulans ad Judices Haganos, sed Curia 30. Martii 1707. exceptionem rejecit, eamque sententiam Supremus Senatus probavit 19. Januarii 1708. non quia in ipso Judæo quicquam erat præcipuum, quo ad Curiam vocari posset, sed quia agebatur de causâ minoris. BYNkershoek d. l. cap. 3. p. m. 36.

*Vel imprægnatæ &c.]* Quamvis nonnulli generaliter ac fine limitatione statuant, puerlam, quæ ex stupro infantem peperit, stupratorem recte ad Curiam vocare; in hac tamen re maxime placet distinctione BYNkershoek d. l. cap. 4. non aliter id admittentis, quam si, quæ ita agunt, personæ miserabiles sunt, minime autem ex causâ porrecti privilegii. Si innupta sui juris puella, quæ aliquin satis beata est, pro se duntaxat agat ad premium amissæ virginitatis, & sumptus puerperii, infante forte defuncto, repellenda, si apud Curiam agat; sed admitenda ex continentia cause, si simul agat ad alimenta, infanti præstanta, quia omnium minorum cause, atque ita etiam ejus infantis, ad jurisdictionem Curiae pertinent.

### §. 117.

*Nec refert &c.]* Hoc privilegium non tantum ad viduas pauperes, sed etiam ad divites pertinet: est enim ipsius viduitatis privilegium: morte carere viro certe est status miseratione dignus, & vidua, quamvis dives, hac fortunæ injuriâ satis miserabilis, & saepissime ob divitias majori periculo exposita: quam ob rem CONSTANTINUS in L. un. C. quand. Imper. viduabus sine distinctione, utrum divites sint, an pauperes, hoc tribuit privilegium. Conf. P. VROMANS de Foro compet. Lib. 1. cap. 1. §. 9. & ibi H. VAN MIDDLELLANT in not. pag. 18 & 19. BYNkershoek quæst. jur. priv. Lib. 1. cap. 4. LEYSER medit. ad ff. tom. 2. spec. 78. med. 7. pag. 109. Nec movet in contrarium c. 38. X. de off. & pot. jud. deleg. ubi quedam Ju-

lianæ, vidua nobilis & dives, repulsam passa legitur: nam ejus rei ratio non erat in nobilitate & divitiis, sed quia mendacio judices deceperat, uti ex verbis d. cap. manifestum est.

### §. 119.

*Ecclesiæ.]* Hac tamen occasione notandum, causas Ecclesiasticas proprie non pertinere ad jurisdictionem ordinarii judicis, veletiam Curiae; sed de his causis cognitionem speciatim Deputatis Ordinum Hollandiæ (*Heeren Ge-commiteerde Raaden*) demandatam esse; ut latius ostendimus in notis nostris ad P. MERULÆ manier van Proced. Lib. 4. tit. 2. cap. 10. §. 2. tom. 1. pag. 215. seqq.

### §. 120.

*Suntque hæc certa apud nos &c.]* Hoc fundamento, quod ex art. 8. Instr. Curiae anni 1531. viduabus tantum fori privilegium competit, si agunt, quodque ideo viduæ debitores quidem suos ad Curiam vocare possint, non vero creditores, judicavit Curia 29. Iunii 1675. viduam, quæ diploma cessionis impetravit, ejus cognitionem apud Curiam ventilare non posse. VAN ALPHEN Papeg. 2. D. pag. 224 & 225. — Contrarium quidem tueretur sententiam BYNkershoek Quæst. jur. priv. Lib. 1. cap. 5. verum hæc opinio aliis merito displicuit: 1º. enim hoc modo cognitione de bonis viduæ, non solvendo factæ, ab ordinario judge avocaretur, cui tamen soli ex juris nostri analogiâ competit. Resol. O. O. Holl. 10. Iulii 1677. — 2º. Justissima ratio adest, cur potius tales causæ ad ordinarium judicem remittantur, quippe cui cedentis conditio, ejusque vitæ ante actæ ratio magis notæ sunt. — Usus itaque fori hanc opinionem etiam nunquam probavit.

### §. 121.

*Quemadmodum etiam in Hollandiâ &c.]* Illustris est quæstio, an, si duo sint, qui idem fori privilegium habent, alter adversus alterum eo uti possit? Sunt, qui negant: (SANDÆ Decif. Fris. Lib. 1. tit. 1. def. 2. HUBER in Prelect. ad h. t. ff. n. 65.) sunt, qui affirmant: (A. FABER in Cod. Lib. 3. Tit. 13. def. 1.) Constanter autem tradunt Pragmatici Hollandiæ, apud Curiam Hollandiæ obtinere, ne cellet privilegium, quamvis contra eum agatur, qui idem privilegium habet. GROENEWEGEN de Legib. abrog. ad tit. Cod. quand. Imp. int. pup. vel vid. n. 7. S. VAN LEEUWEN R. H. R. 5. B. 6. hoofdst. n. 5. VROMANS de for. comp. Lib. 1. cap. 3. n. 18. MERULA man. van Proced. Lib. 4. tit. 2. cap. 9. n. 16. LOENIUS Decif. Cas. 111. & ibi T. BOEL in not. — Nec obstat vulgaris paroemia, cui auctoritatem præbent L. 11. §. 6. ff.

*ff. de minor. L. 8. ff. de excusat. quod nempe privilegiatus contra æque privilegiatum privilegio suo non utatur: cui respondet BYNKERSHOEK quest. jur. priv. Lib. 1. cap. 5. his verbis: „Ego potius dixerim, privilegia per sonis data, in personis subsistere, & separatim esse consideranda. Pupillus ex privilegio potest adversarium ad Curiam vocare, sed an & viduam? Quidni? Sed habet & ea simile privilegium. Recte, sed an & habet privilegium, ne ipsa ad Curiam vocetur? Nusquam id scriptum est. Utatur pupillus, quod habet, privilegio, vidua, quod non habet, ne utatur.”*

§. 123.

*Renunciaverint &c.] Conf. LEYSER medit. ad ff. tom. 2. spec. 78. med. 10. pag. 111.*

§. 125.

*Hollandis tamen &c.] Viduæ tamen fori privilegio utuntur, si actionem emerint in subhastatione publicâ, quæ in executionibus ex judicis decreto fit. Resol. van den Hove van Holland van 10. September 1602. apud VAN ALPHEN Pap. 2. D. pag. 34.*

§. 127.

*Considerandum ergo &c.] De modo litigandi coram Praefecto saltuum, ejusque Adsesoribus, ex professo agit P. MERULA Man. van Proced. Lib. 3. per tot.*

§. 128.

*De piraticâ non jure exercitâ.] De foro piratarum, an scil. in Belgio Foederato piraticæ judicium fori communis sit, an vero ad Admiralitates pertineat? disserit BYNKERSHOEK Quest. Jur. Publ. Lib. 1. cap. 17. atque distinguit, utrum navarchus in officio deliquesce dicatur, vel de eo agatur, qui cum mandato ad prædandum exiit, & tunc Admiralitatis jurisdictionem agnoscit. Instr. voor de Admiralteit 13. August. 1597. art. 3. Cum vero ad alios nihil quicquam pertineat ille Art. 3. omnes actiones, quæ contra alios de damno, per injustam capturam illato, instituuntur, fori esse ordinarii existimat. — Add. ZURCK in Cod. Bat. voce Zeerovers n. 3. ibique not.*

§. 129.

*Publicanorum &c.] Quæ in h. §. docet Auctore, satis convenient cum iis, quæ de impositionum exactoribus (Gaarders of Collecteurs) statuta sunt in 't Generaal Placaat op de invordering van des gemeene Lands mid-*

*delen by collecte over Holland & Westvriesland, 22. July 1749. art. 14, 15 & 16.*

§. 139.

*Mores Hollandiae &c.] Historiam Curiæ Feudalis in Hollandiâ exposuimus in de Regts-gel. Observ. over de Inleid. van H. DE GROOT 4. D. Obs. 32. quæ breviter huc redit. — Antiquissimis temporibus ipse Comes in causis feudalibus judicis officium exercuit. — Anno 1469. Carolus Burgundiæ Dux feodorum Præsidem creavit, qui ipsius locum in foro feudali teneret, simulque jussit omnes actiones de feudorum dominio instituendas apud hunc Præsidem & vasallos. (Stadhouder en Leenmannen). — Anno 1519. Carolus Imperator Curiam feudalem, ex Præside & duodecim vasallis compositam, erexit, quæ tamen ejurato Philippo II. cessavit. — Postea Ordines Hollandiae Resol. 30. Julii 1660. iterum Feudalem Curiam constituerunt, sed non diutius quam ad annum 1674. ea duravit. — Ab hoc tempore jurisdictio de causis feudalibus ad Hollandiæ Curiam translata, & per eam exercita fuit.*

§. 134.

*Quâratione, si de feudi possessione &c.] Conf. G. DE HAAS in not. ad MERULÆ man. van Proced. Lib. 4. tit. 2. cap. 11. tom. 1. pag. 218.*

§. 136.

*Provincialis vero &c.] De quibus causis Hollandiæ Curiæ in primâ instantiâ judicat, ex professo exposuimus in notis nostris ad MERULAM d. l. Lib. 4. tit. 2. per tot. tom. I. pag. 194. & seqq. quæ omnia hic repetere, minus necessarium duximus, cum & Auctor noster hac de re in h. §. non nisi in transitu locutus est.*

§. 137.

*De causis politicis &c.] Conf. Notable Description over het recht, de steden competeerende in cas van judicature, No. 81 & 82. in de Holl. Cons. 3e. D. pag. 631. — Quænam autem sint causæ Politicæ, non æque facile est expeditu. Responsum, quod hac de re desiderarunt Ordines, (Resol. 12. Julii 1674.) nunquam prodiit. Nec mirum itaque, saepius disputatum fuisse, utrum Mandata quædam, à Curiâ concessâ, ad hanc classem pertinerent, nec ne: neque negari potest sub hoc prætextu aliquoties à cognitione pleniore, quæ in judiciis obtinet, subtractas fuisse causas, quarum examen judiciale longe alium, quam politica discussio exitum habuisset. — Regulari autem in hac materiâ statuere difficultimum est, ideoque cum Auctore rem exemplis il-*

lu-

Iustrando contenti erimus; iisque adjungemus exemplum causæ Politicæ, admodum notabile: Cum sc. alicui sine judicij formâ à magistratu cuiusdam civitatis domicilio interdictum sit, isque de injustitiâ hujus interdictio-  
nis conquæri se posse putet, non licet ipsi Curiam adire, sed immediatè ad ipsos Ordines per libelli supplicis oblationem causam de-  
ferre debet. Notable Deductie d. l. n. 59—70.  
BORT Tract. van Crim. zaaken cap. 9. n. 8.  
seqq. ZURCK in Cod. Bat. voce appel §. 20—  
31. DE HAAS Nieuwe Holl. Conf. pag. 36. &  
seqq.

*Atque ita etiam &c.] Conf. 't Generaal  
Placaat op de invordering van de gemeene mid-  
delen, 22. July 1749. art. 18.*

§. 144.

*Judicij — in jus vocatio.]* De quaestione, an in jus vocatio sit pars judicij proprie dicti? conf. A. VINNIUS sel. quaest. Lib. I. cap. 5. i. mutuorum et iuris iustitiae. Et atque ab eis

§. 147.

*Criminale.] In lite criminali, quâ extraordinarie proceditur, interrogations accusatoris publici, & responsiones Rei sunt loco litis contestationis.* BORT Tract. Crim. Tit. 9. n. 3. & Tit. 11. Deel 2. n. 16. MIDDLELANT in not. ad VROMANS de For. Comp. Lib. 3. cap. 10. §. 3. n. 4.

*Ulterioris instantiae.] Vid. VROMANS de  
For. comp. Lib. 3. cap. 10. §. 4.*

*Nec refert, — an summatim, &c.] Ita recte Auctor, quicquid sentiant MERULAMAN. van Proced. Lib. 4. tit. 42. cap. 2. n. 2. & VROMANS de For. Comp. Lib. 3. cap. 10. §. 3. atque illustrari hoc potest ex Edicto O. O. Holl. 27. Septemb. 1663. quo cautum, ut quæstiones matrimoniales, inter parentes & liberos exortæ, à magistratibus deciderentur summarie & de plano. Ex eo tamen non concludendum iis verbis excludi præviam litis contestationem; imo hæc plerumque, etiam in urbibus, adhibetur, & apud Curiam semper, ubi de parentum consensu controversia est. Desiderat quoque Edictum behoorlyke kennisje van zaaken, & plenior causæ cognitio esse nequit, nisi in judicio contradictorio, ubi lite contestatæ ex actis & probatis jus dicitur. BYNKERSHOEK Quæst. Fur. Priv. Lib. 2. cap. 5. vñ. ex hoc Edicto.*

§. 149.

*Effectus litis contestationis &c.]* An inter effectus litis contestationis plenæ, (h. e. replicatione & duplicatione facta,) etiam hic est, ut actori, liti renunciare volenti, non

liceat invitâ parte, (illâ enim consentiente nulla est dubitatio, cum nemo videtur fraudare eos, qui sciunt & consentiunt) à folâ instantiâ renunciare, an vero ab ipsâ actione renunciare debeat, queritur? Posterioris nobis verius videtur, quoniam per litis contestationem partes sibi invicem quasi ex contractu obligantur, ita ut alter invito altero ab eo recedere nequeat, L. 3. §. 11. ff. de pecul. verum è contrario actor nominatim tenetur coeptum negotium usque ad finem litis exercere, uti statuit JUSTINIANUS in Nov. 113. cap. 3. — Add. Auth. qui semel C. quom. & quand. — Nec obstat, quod actor priusquam litem plene fuerit contestatus, defungi possit renunciando ab instantiâ, quæ facultas ipsi post litem plene contestatam non deneganda videri posset, cum non solet deterior fieri conditio eorum, qui litem contestati sunt, quam si non, sed plerumque melior. L. 86. ff. de R. J. illa enim Regula tunc usu venit, quando actor in litis contestatione perseverat, litemque ad finem persequitur, non vero quando litem renunciando deserit; unde & in sequenti L. 87. ff. eod hæc ratio additur: *Nemo enim IN PERSEQUENDO deteriorem causam, sed meliorem facit.* — Conf. DONELLUS Comm. Jur. Civ. Lib. 23. cap. 5. SANDE Decis. Lib. 1. tit. 18. def. 1. PECKIUS van 't hand opleggen, 48. Deel, ibi

que VAN LEEUWEN in not. pag. 544. WAS-  
SENAAR Praet. judic. cap. 3. n. 4. HOOGER-  
BEETS van 't aanleggen der Proceszen cap. I.  
in fin. vſ. dog. aler &c.

*Quamvis illa vis &c.]* Regula juris anti-  
qui est, post litem inchoatam contestatamve  
poenales actiones & in heredes transfire. L. 26.  
L. 58. ff. de O. & A. L. 164. ff. de R. J.  
Aliud vero docere videtur PAULUS in L. 33.  
ff. de O. & A. his verbis: „Constitutioni-  
bus, quibus ostenditur heredes poenam non te-  
neri, placuit, si vivus conventus fuerat, e-  
tiam poenae persecutionem transmissam videri:  
„quasi lite contestata cum mortuo.” — Ad  
conciliandam hujus L. doctrinam cum aliis  
juris locis varié laborarunt Interpretes. —  
PAULUM in d. L. 33. significare existimant  
CUJACIUS in comment. ad tit. ff. de O. & A.  
in d. L. 26, 33 & 58. J. à COSTA & A.  
VINNIUS ad §. 1. Inst. de perp. & temp.  
action. BACHOVIAU de Actionib. disput. 5. th. 4.  
§. Deducit sub fin. ab hac regulâ deflectere  
constitutiones eatenus, ut ex his poenae per-  
secutio, quasi lite cum mortuo contestata,  
etiam transmissa videatur, si modo reus vi-  
vus conventus, hoc est in jus vocatus fue-  
rit. — Longe aliud visum P. FABRO in Comm.  
ad L. 86. seq. ff. de R. J. Z. HUBER Obs.  
rer. judic. part. 2. obs. 42. & B. VOORDA  
in not. ad J. à COSTA Praet. pag. 209. qui  
constitutionibus istis jus confirmatum, non  
immutatum esse existimantes, sic exaudient

verba PAULI, ac si loqueretur de lite cum ipso reo convento, dum superstes erat, reapse jam contestata, quasi dixisset: *Quippe lite contestata cum mortuo.* Neque enim voculam quasi perpetuam fictionis notam esse, sed fæpe etiam rei veritatem significare. — A. FABER *Conject. Lib. 7. cap. ult.* intelligi PAULUM debere dicit de actionibus criminalibus ex delictis privatis descendantibus, quas, quasi lite cum mortuo contestata, (nam in criminali judicio nullam propriæ litis contestationem fieri,) in heredes transfire scribit, si reus vivus fuerit convertus, h. e. si accusatio eo vivo fuerit mota. *L. 20. in fin. ff. de accusat.* — E. MERILLIUS *Observ. Lib. 4.*

*cap. 2.* pertinere has constitutiones, & omnem PAULI orationem putat ad poenas ex criminibus extraordinariis, quæ si vivus convertus fuerit, hoc est sola conventione Rei, ad heredes transmittantur. Hoc ab A. FABRI sententiâ non procul abhorret: nam privata delicta, criminali motâ accusatione, sunt crimina extraordinaria. *L. ult. ff. de priv. del. L. ult. ff. de injur.* — Quamvis autem in omnibus his interpretationibus nulla sit, quin urgeatur incommodis quibusdam, tamen A. FABRI & E. MERILLIUS sententiam, quasi minimum habentem incommodi, præ cæteris amplectitur J. VOORDA *Interpr. & Emend. cap. 42.*

## T I T U L U S II.

*De Inofficiose Testamento.*

## §. 2.

**A** LIUD possessionis.] Contrariam sententiam, possessionem scil. inter species juris in re non esse referendam, tanquam veriorem plerique tuentur Interpretes. Rationes sunt in promptu: nam 1°. possessio non producit jus, nisi momentaneum. *L. 15. ff. de acq. rer. dom. L. 5. ff. de usurp. L. ult. C. qui legit. pers. stand. in jud. i. e. ex possessione solâ nullum mihi nascitur jus, nisi quamdui possideo.* Hinc si quis jus suum judici demonstrat, statim possessione excedere cogor, si vel maxime dicam, me bonâ fide & justo titulo possidere. Atqui jus in re non est jus momentaneum, sed durare debet etiam possessione amissâ: hinc ex. gr. surreptâ re, non defino dominus heresve esse: re vi occupatâ ab alio, nec jus pignoris, nec servitutis, si quod habeo, exspirat. — 2°. Idem probatur ex effectu. Omne jus in re producit actionem in rem vel realem, quæ adversus quemcumque possidentem datur. *L. 25. ff. de O. & A. §. 1. Inst. de action.* Quia enim res ipsa mihi devincta est ex jure in re, parum refert, quis illam habeat. Ubi eam igitur invenio, ibi vindico. Atqui ex possessione nascuntur jura possessionis, ac interdicta recuperandæ possessionis, quæ non sunt in rem, sed in personam. *L. 7. ff. de vi & vi arm.* Nec interdicta uti possidetis, & utrubi, vel retinendæ possessionis realia sunt. Hic enim agit, qui possidet. Is autem in rem agere nequit, praeterquam unico casu, nempe actione negatoriâ. *§. 2. Inst. de act.* Quum itaque nulla actio, quæ ex solâ possessione datur, in rem sit, facile & inde patet, possessionem non esse jus in re. — Neque ullum dissentientibus præsidium est in *L. 3. §. 12.*

Tom. III.

*ff. ad exhib.* ab Auctore citatâ, ubi ex possessione datur actio ad exhibendum, quæ adversus possessorem quemvis competit. *d. L. 3. §. ult.* Sed an ideo illa actio in rem est? Diferte testatur UPLIANUS in *d. L. 3. §. 3.* hanc actionem esse personalem: adeoque nihil inde effici potest pro jure in re. — Exemplum actionis Publicianæ, tanquam expositione non descendantem, hic perperam adderri infra patebit. — Conf. de hac quæstione U. HUBER in *Animadvers. ad jus in re & ad rem cap. 18.* in *Digress. pag. 306. seqq.* & in *Prælect. ad tit. Inst. de interd. n. 2.* Z. HUBER *Dissert. Jurid. & Philolog. tom. 2. Diff. ult. cap. 6. pag. 388. seqq.*

## §. 3.

*Sed frequentius querela &c.]* Quare hæc actio de inofficiose in specie appelletur *querela*, & liberi exhereditati *queri* dicantur, non una est eruditorum sententia. — NOODT in *Comment. ad h. t. (Oper. tom. 2. pag. 123. col. 1.)* hanc rationem reddit, quod querelam miseratio invenit liberis, qui injuriâ exhereditati non poterant adversus patrem, in cuius erant potestate, æquo jure, i. e. aut actione aut accusatione, consistere; ad querelam enim confugere debere, quotquot læsi à jure destituantur, ut idem NOODT in *Comm. ad tit. ff. de judic. (Oper. tom. 2. pag. 116.)* multis exemplis demonstrat. Miserationem igitur effecisse statuit, ut remedium, quo inofficium testamentum, quod Lege XII. Tabb. validum erat, ex æquo & bono rescinditur, accepit *querelæ* nomen; ratus tamen, sequente usu in actionem conversum, atque etiam *accusationem* appellatum esse: eo quod querentes de inofficiose testamento, non modo

P

hoc

hoc accusant tanquam impium, sed etiam hereditatem ab intestato petunt. — D. HERALDUS de rer. judic. auctor. Lib. 1. cap. 10. §. 2. in OTTONIS Thes. tom. 2. col. 1129. non procul à NOODTIO discedens, hanc actionem ideo querelæ nomine donatam censet, quia datur adversus parentes; solere autem querelam folamen esse inferiorum, qui cum superiori, à quo injuriam acceperunt, jure agere non possunt: uti servi, quamvis iis dominos accusare, aut litem adversus eos instituere non liceret, queri tamen poterant. L. 1. §. 1 & 8. ff. de off. Praef. Urb. L. 2. ff. de his, qui sūt vel al. jur. sunt. L. 5. ff. de manuif. Add. E. OTTO in Comm. ad pr. Inst. de inoff. test. n. 2. — Simplicissima autem opinio est, huic remedio ἐνέντημα querelæ nomen inditum esse, quia cognati & amici proprie non se invicem accusare, agere, litigare, sed in modestiæ & submissionis signum, queri, & cœnqueri inter se dicebantur, uti docet G. J. VOSSIUS Inst. Orat. Lib. 1. Cap. 6. §. 2.

## §. 4.

*Querelam hanc &c.]* Querelæ hujus origo tam spissis antiquitatis tenebris involuta est, ut Interpretes hic in longe diversa abierint. Eam ex Lege quadam Gliciâ descendere conicit CUIACIUS Obsrv. Lib. 2. cap. 21. Lib. 3. cap. 8. in princ. & Lib. 14. cap. 14. hac ratione, & unicâ quidem motus, quod in Pandectis Florentinis Lex 4. ff. h. t. in qua querelæ illius causa & ratio indicantur, ita fit inscripta: CAJUS libro singulari ad Legem Gliciam. Sed quam fallax sit illa consequentia, CAJUS in commentario ad Legem Gliciam meminit querelæ, ergo ea Lege Gliciâ introducta sit oportet, nemo non videt. — DUARENUS ad h. t. cap. 2. (Oper. tom. 1. pag. 197.) ex constitutionibus Principum hanc querelam repetit; sed fallitur, quum jam, antequam ulli Romæ exstiterint Principes, eam notam fuisse constet ex VALERIO MAXIMO Lib. 7. cap. 7. §. 2. & CICERONE Orat. 1. in Verr. c. 42. — PITHÆUS in not. ad Coll. L. L. Mof. & Rom. tit. 16. §. 3. n. 31. (in SCHULTINGII Jurispr. Antejust. pag. 795. seq.) illam ex Prætoris Edicto derivare videatur, sed nec ea opinio admitti potest: etenim (1.) Prætor ex hæredatis non succurrit. L. 8. pr. ff. de bon. poss. contr. tabb. (2.) Querela hæc ad Prætoris tribunal, ad quod actiones vere Prætoriae pertinebant, non instituebatur, sed ad Centumviros deferebatur, à quibus non actiones, ex Edicto Prætoris descendentes, sed causæ Juris Civilis cognoscabantur. CICERO de Orat. Lib. 1. cap. 38. (3.) Hæc actio, seu querela non, ut aliae Prætoriae rei persecutoriae, quæ ad actus gesti rescissionem comparatae erant, annalis est, verum initio biennium, PLINIUS Epist. Lib. 5. Ep. 1. ac

postea quinquennium durabat. L. 8. §. ult. L. 9. ff. L. 16. C. h. t. (4.) Ipse PAULI locus Lib. 4. Sentent. tit. 8. §. 5. quo nititur PITHÆUS, nihil tale dicit, nam actio Prætoria apud PAULUM d. l. videtur denotare restitutionem in integrum, quam infantibus atque absentibus adversus querelæ inofficiosi omissionem dederat Imp. ALEXANDER (sub quo floruit PAULUS) in L. 1. C. de integr. refl. min. (5.) Qui hæres erat testamento, desinebat per querelam hæres esse. L. 31. pr. ff. de vulg. & pup. subst. atqui Prætor neque haeredem facere poterat, §. 2. Inst. de bon. poss. neque efficere, ut quis desineret hæres esse. arg. L. 34. §. 2. ff. de vulg. & pup. subst. — J. VAN DE WATER Obsrv. Jur. Rom. Lib. 1. cap. 11. pag. 58. hujus querelæ originem ad Centumviros refert, sed minus recte: quamvis enim Centumviri de hereditatibus cognoscerent, non tamen licet iis, tanquam judicibus, novas actiones vel invenire, vel Prætoris ad exemplum Edictis proponere. — Omnibus autem his rejectis sententiis, adsentendum videtur iis, qui inofficiosi querelam non Lege aliquâ, sed moribus Populi Romani fuisse introductam, receptam, ac Prudentum auctoritate probatam putant. Pro hac opinione multæ adduci possunt rationes. — 1º. Quia hanc querelam institui oportebat hoc colore, quasi non sanæ mentis fuissent parentes, cum testamentum ordinarent, pr. Inst. L. 2. L. 5. ff. h. t. qua fictione profecto haud opus fuisset ad rescindendum testamentum, si ex Lege aliquâ ortum haberet hæc querela, quippe quod tum vigore & auctoritate solius legis everteretur, cum legis virtus hæc sit: imperare, vetare, &c. L. 7. ff. de Legib. colorem autem adhibere JCTorum est, temperantium legis duritiem, ne adversus eam facere intelligantur, uti exemplis ostendunt NOODT Probab. Lib. 3. cap. ult. & SCHULTING in Jurispr. Antejust. pag. 592. — 2º. Quia in pr. Inst. h. t. legimus: inductum est, ut de inofficio &c. verbum autem inducere plurimum refertur ad jus non scriptum, aut ad illud jus, quod ex interpretatione Prudentum profluxit. L. 2. §. 5. ff. de orig. jur. L. 32. pr. ff. de Legib. L. 29. ff. de lib. & posth. L. 2. ff. de vulg. & pup. subst. Add. R. FORNERIUS Rer. Quotid. Lib. 5. cap. 3. in OTTONIS Thes. tom. 2. col. 257, & 258. — 3º. Quia JCTi jus hujus querelæ ex usu recepto metiuntur; sic MARCELLOUS dicit in L. 5. ff. h. t. cum obtainere adiuvare soleant: & ULPIANUS in L. 24. ff. eod. evenire, inquit, plerunque adfolet &c. & in L. 1. ff. eod. cognati, ait, qui sunt ultra fratres, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent. Quod consilium suasorum est, suadere autem proprium legis non est. — 4º. Quia nullis certis personis nominatim potestas experiundi hoc judicio concessa fuit, quod

quod innuere videntur *L. 1. & L. 5. pr. ff. h. t.* si autem ex Lege querela haec esset, dubium non est, quin ea Lex definiisset quoque, quibus competeteret. — 5°. Quia si alicui Legi haec actio originem suam deberet, procul omni dubio mentionem illius Legis fecisset **VALERIUS MAXIMUS** *L. 7. cap. 7.* ubi ex professo agit de testamentis, querelâ inofficiosi rescissis. — 6°. Quia exhereditatione notati *Jure Civili* testamenta parentum non turbant. *L. 8. pr. ff. de bon. poss. contr. tabb.* — 7°. Denique, quia querela datur etiam emancipatis, *L. 23. ff. h. t.* qui ex *Jure Civili* scripto non veniunt. §. 3. *Inst. de exher. lib.* — Conf. J. à COSTA in *Comment. ad pr. Inst. de inoff. test.* NOODT in *Comm. ad h. t.* (*Oper. tom. 2. pag. 116.*) BYNKERSHOEK *Obs. Jur. Rom. Lib. 2. cap. 12.* & J. G. HEINECCIUSS in *Opusc. Var. Syll. Exerc. 7. de levi notae maculâ* §. 10—13. pag. 277. & seqq. — Quam antiqua vero sit inofficiosi querela, vix certo definiri posse videtur. Liberâ adhuc Repùblicâ eam jam institutâ consuevisse, patet ex **VALERIO MAXIMO** *Lib. 7. cap. 7. Ex. 2.* & ex **CICERONE** *Orat. 1. in Verr. c. 42.* qui Anno U. C. 683. illius meminit. Quin jam Anno U. C. 542. hanc querelam Romanis haud incognitam fuisse, ex eodem **VALERIO MAXIMO** *d. l. Ex. 5.* colligi potest. Porro testamentorum, sub Augusto querelâ inofficiosi rescissorum, exempla habet **VALERIUS MAXIMUS** *d. l. Ex. 3 & 4.* Sat ergo antiqua, & ex ipsâ liberâ Repùblicâ reliqua inofficiosi querela esse videtur. Hæc autem, moribus primum ex solo bono & aequo constituta querela, deinde Legibus & Constitutionibus Imperatorum confirmata fuit, ut id varia eorum rescripta in *h. t. ff. & C.* obvia testantur, adeo ut jam jure scripto & certo continetur.

*Quicquid ejus rei sit &c.]* Cum querela nihil aliud sit, quam quædam hereditatis peti-  
tio ab intestato, *L. 20. L. 21. §. 2. ff. L. 34. C. h. t. L. 3. C. de her. pet. omnes* (exceptis suis & ipso iure heredibus, *L. 7. ff. h. t. ob continua-  
tionem videlicet dominii. L. 11. ff. de lib. & posth.) necesse prius habebant, ve-  
l ut ab intestato delatam sibi hereditatem adire,  
vel bonorum possessionem *Unde liberi*, vel *Unde legiti-  
mi*, vel *Unde cognati*, litis ordinandæ gratiâ, accipere. *L. 6. §. ult. L. 8. pr. ff. L. 2. C. h. t.* atque ita adversus testamentum querelam movere; per quam si obtinerent, tunc demum hereditas bonorumve possessio stabili-  
jure ad eos pertinebat. *L. 8. §. 16. ff. eod. & cum re dicebatur esse*, i. e. cum effectu *L. 25. C. h. t.* **ULPIANUS** in *Fragm. tit. 28. §. 13.* si succumberent, illa *sine re*, i. e. sine ef-  
fectu erat. *L. 19. ff. de bon. poss. contr. tabb.* **ULPIANUS** *d. l.* Sic emancipatis ab intestato dabatur bonorum possessio *Unde liberi*, litis de inofficio ordinandæ gratiâ; & liberis in*

adoptivâ familiâ constitutis bonorum possessio  
*Unde cognati*, si nempe à naturali patre nec  
liberi alii, neque agnati essent relicti. §. 13.  
*Inst. de hered. quæ ab int. §. 3. Inst. de suc-  
cess. cognat. L. 1. §. 4. ff. unde cogn. L. 2.  
§. 9. ff. ad SCt. Tertull. quâ acceptâ, que-  
rela movebatur. *L. 6. pr. ff. h. t.* — Conf.  
J. CUJACIUS *Observ. Lib. 18. cap. 23. in fin.*  
& in *Paratitl. C. ad h. t.* **DONELLUS** *Comm.*  
*Lib. 19. cap. 6. G. REGIUS evart. Lib. 1. cap.*  
17. (in OTTONIS *Thef. tom. 2. col. 1483.*)  
J. AVERANIUS *Interpr. Jur. Lib. 1. cap. 8.*  
A. SCHULTING in *Exercit. ad VALERII MAX-  
IMI L. 7. cap. 7 de testamentis rescissis*; (sub-  
jecta *Thef. Controv. pag. 552. seqq. ac Edit.*  
**VAL. MAX.** à TORRENIO *paratæ pag. 902,*  
903, & 908.) — Hac autem litis ordi-  
nandæ gratiâ bonorum possessione agnitâ, ac  
querelâ institutâ, non conveniunt Interpretes,  
quænam sit hujus querelæ natura & effectus.  
Multi, ut **WESENBECHIUS** *ad h. t. ff. n. 4 &*  
5. **H. DE COCCEJI** *Exercit. Curios. tom. I.*  
*Disp. 82. Sect. 4. pag. 1229. seqq. & S. DE*  
*COCCHEJI in Jur. Controv. ad h. t. quæst. 1 & 2.*  
E. OTTO in *Comm. ad pr. Inst. h. t. n. 6.* ex-  
istimant, querelam inofficiosi non esse petitio-  
nem hereditatis, sed remedium aliud, quo  
testamentum rescinditur, ut viam sibi aperiat  
actor ad hereditatem deinde ab intestato pe-  
tendam; usque adeo, ut querelam proprie-  
te actionem quidem arbitrentur esse, sed re-  
medium quoddam extraordinarium, quo quis,  
de inofficio testamento querelam ad Magi-  
stratus deferens, illudque rescindi postulans,  
officium eorum duntaxat implorat. Alii con-  
tra, ut **CUJACIUS** in *Paratitl. ad h. t. ff. & C.*  
NOODT in *Comm. ad h. t. ff.* (*Oper. tom. 2.*  
pag. 123.) **VINNIUS** *Sel. Quæst. Lib. 1. cap.*  
19. **L. VAN DE POLL** de *Exhæred.* *cap. 81.*  
§. 18. & seqq. SCHULTING *Thef. controv. Dec.*  
15. *th. 6. & ad PAULI Sent. Lib. 4. tit. 5.*  
§. 4. Z. HUBER *de Casib. encl. pag. 57. &*  
*seq. TOULLIEU in Collectan. Diff. 5. pag. 223.*  
& seq. negant, eam à petitione hereditatis  
quidquam differre, rati, uno eodemque judi-  
cio, unâ actione, & rescindi testamentum  
tanquam inofficium, & peti hereditatem ab  
intestato. Hanc postremam sententiam sequi-  
tur Auctor, eaque verior videtur. Rationes  
præcipuas Auctor jam adduxit. Addamus  
tantum duas sequentes. (α). Querela inoffi-  
ciosæ donationis introducta est, non modo  
ad exemplum, verum etiam ad similitudinem  
querelæ inofficiosi testamenti, ita ut actionis  
utriusque vel una causa, vel similis æstimanda  
fit. *L. 9. C. de inoff. donat.* **DONELLUS**  
*Comm. Lib. 19. cap. 11.* atqui querelâ inoffi-  
ciosæ donationis diminuitur quod donatum  
est, proinde revocantur & repetuntur bona,  
idque instar querelæ inofficiosi testamenti. *L. 8.*  
*pr. C. eod.* ergo per querelam inofficiosi te-  
stamenti petuntur quoque bona hereditaria.*

(3) Questuri de inofficio testamento, si modo non sint sui heredes, litis ordinandæ gratiâ debent vel adire hereditatem, velut ab intestato sibi delatam, vel agnoscere intestati bonorum possessionem *Unde liberi*, vel *Unde legitimi*, vel *Unde cognati*. L. 6. §. ult. L. 7. L. 8. pr. ff. h. t. Si vero querela inofficiosa non esset petitio hereditatis, nihil opus foret questuro, ad ordinandam hanc litem, aditione hereditatis, vel agnitione bonorum possessionis; nam si querela tantum esset remedium præparatorium, non institueretur ab auctore tanquam hærede, jure tituloque hæredis, nec indigeret ille litis ordinandæ gratiâ iis rebus, quæ pertinent tantummodo ad acquirendum jus titulunque hæredis.

## §. 5.

*Liberis, in quorum quoque gratiam &c.]* Jam à primis antiquæ jurisprudentiae incunabulis, liberi omnino omnes, in patriâ agentes potestate, legitimi patrum fuere hæredes. A. WIELING *Lect. Jur. Civil. Lib. 2. cap. 23.* BYNKERSHOEK *Observ. Lib. 2. cap. 1.* Dulcissimum quippe & grande mortalitatis solatum parentibus existimatum fuit, liberos post se superstites relinquere, quos sui loco in bona sua substituerent; adeo ut pater, qui suâ manu filium heredem scriperat, *dulci officio functus* dicatur. L. 1. C. de hī qui sibi adscrib. in *testam.* & in *jurisjurandi* formulam abierit: *Ita mihi contingat hærede filio mori.* QUINTILIANUS *Inst. Orator. Lib. 9. cap. 2. pag. 796.* (Edit. BURMANNI) Add. BYNKERSHOEK *Observ. Lib. 1. cap. 19.*

*Ac adoptatis, quoties &c.]* Jure veteri, cum filius adoptatus indistincte in adoptivi patris transiret potestatem, videtur illi contra hujus testamentum querela competuisse. arg. L. 1. ff. §. 8. *Inst. de adopt.* §. 4. *Inst. de exhered. lib.* L. 29. §. 3. ff. h. t. GELLIUS *Noct. Att. Lib. 5. cap. 19.* non vero adversus testamentum patris naturalis, nam huic erat extraneus. §. 4. *Inst. de exhered. lib.* Jure novo vero multum interest, utrum filius familiæ ab aliquo adscendentium adoptatus sit, an vero ab extraneo quopiam: illo enim causa ipsi adversus patris adoptivi testamentum querela competit, hoc casu non item. §. 14. *Inst. de hered. quæ ab intest.* §. 8. *Inst. quib. mod. jus pat. pot. solv.* §. 2. *Inst. & L. 10. C. de adopt.* in qua L. 10. JUSTINIANUS decidit controversiam inter veteres JCtos agitatam, an filio adoptivo, & in adoptivâ familiâ tempore mortis patris naturalis deprehenso, competitor actio de inofficio contrario naturalis patris testamentum; id quod quidam negabant, alii affirmabant: quâ de re vid. E. MERRILLUS *Observ. Lib. 3. cap. 35.* & ad L. *Decis. Justin. cap. 14.*

*Contra matris quidem &c.]* Mater enim spu-

rios haud facit, quia semper certa est. L. 5. ff. de *in jus voc.* A. MATTHÆUS *in Paroem. Belg. Jct. par. 1.*

*At non contra patris testamentum.]* Censent quidem CUIACIUS ad Nov. 18. §. sequitur *secunda:* & ZOESIUS *in Comm. ad h. t. ff. §. 10.* liberis naturalibus exheredatis adverſus testamentum patris querelam competere, si ipsis hereditatis paternæ sextans non sit relictus; nixi Novella 89. cap. 12. §. 4. ubi Imperator filium naturalem patri ab intestato succedere vult in sextantem, si defint uxor liberique legitimi, quem vel solus habeat, vel una cum matre concubinâ in capita dividat. Sed errare videntur; licet enim naturalibus ex d. Nov. ab intestato tali in casu duas uncias debeat, nusquam tamen patri necessitatem impositam legimus instituendi vel exhaeredandi liberos naturales, & nusquam horum intuitu testamentum ob præteritionem nullum, aut ob exhaerationem inofficium, neque consequenter remedio querelæ locus esse dicitur. A. FABER *in Cod. Lib. 5. tit. 16. def. 3.* L. VAN DE POLL *de exhered. cap. 42. §. 14.* Z. HUBER *de casib. enucl. pag. 356. seq.*

## §. 6.

*Quod si liberi &c.]* Verba L. 31. pr. ff. h. t. (qnæ desumpta est ex PAULI libro singulari de Septemviralibus judiciis. Ita legit Codex Florentinus, eamque lectionem defendit J. L. E. PUTMAN *Interpr. & Observ. cap. 25. pag. 117.* quamvis alii legere malint Centumviralibus. SCHULTING *ad PAULI Sent. Lib. 4. tit. 5. §. 1. in jurispr. antejust. pag. 394.* J. A. BACHII *Hist. Jur. Rom. Lib. 3. cap. 2. §. 32. pag. 492.*) ita sonant: „*Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit, aut non possit accusare: an sequens admittatur, videndum est, & placuit posse: ut fiat successioni locus.*” Præbuit ista Lex occasionem quæstioni, utrum in querelâ inofficioi testamenti, exemplo successorii Edicti, tantum linea lineæ, an vero etiam gradus gradui succedat? Duos diversos casus hæc quæstio supponit. — *Primus est.* Aliquis silentio præteritis vel exheredatis adscendentibus, & descendebus vel primi vel ulterioris gradus exheredatis, extraneum in suo testamento scripsit heredem. Hoc casu ad querelam inofficioi movendam admittuntur primo loco descendentes; qui si eam instituere nolunt, vel etiam nequeunt, quoniam vel justè exheredati, vel etiam tempore exclusi sunt, queritur an in eorum locum ad querelam inofficioi movendam admittantur defuncti testatoris adscendentibus, in testamento silentio præteriti, vel injuste exheredati, & temporis, intra quod movenda est querela, lapsu nondum exclusi? Ad hanc quæstionem omnes fere Interpretes, ut Auctor in h. §. NOODT *in Comm. ad h. t. (Oper. tom. 2. pag. 128.*

128, col. 2.) WISSENBACH in *Disput. ad ff. Disp. 17. th. 5.* BOCKELMAN in *Comm. ad h. t. pag. 223.* COCCEJUS in *Jur. Contr. ad h. t. quæst. 17.* VINNIUS *Sel. Quæst. Lib. 1. cap. 20.* aliique, affirmando respondent, & sane non sine gravissimis causis: affirmativam etenim huic quæsito quadrare responcionem liquido fatis constat ex *L. 14. ff. h. t.* ubi proponitur *casus*, quo quis filium emancipavit, ne-pote ex eo in potestate retento. Emancipatus ille suscepso post emancipationem adhuc alio filio, utroque filio exheredato, & patre præterito decepsit. Hocce in casu primo loco ad querelam inofficiosi movendam admittuntur duo illi defuncti testatoris filii, iis vero querelam non instituentibus, vel in judicio succumbentibus, ad querelam admittitur defuncti testatoris pater, atque ejus intentio, quæ antea in suspenso erat, impletur. Cujus decisionis ratio redditur in *L. 15. pr. ff. h. t. & L. 7. §. 1. ff. unde lib.* ibi etenim, parentibus turbato mortalitatis ordine pie esse relinquendum, & miseriæ intuitu parentes ad liberorum bona vocari, docetur. Dissidentium autem objectionibus solide satisfecit VINNIUS in *Sel. Quæst. d. l.* — Secundus casus est. Aliquis, descendantibus primi & ultiorum graduum exheredatis, extraneum in suo testamento scripsit heredem. Hoc casu, si primi gradus descendentes inofficiosi querelam movere nolunt, vel nequeunt, quoniam fortassis tempore exclusi, aut juste exhereditati sunt, an ad eam ex propriâ personâ movendam admittantur ultiorum graduum descendentes queritur? Ad hanc quæstionem omnes non idem respondent. Interpretes: quam plurimi etenim, ut BACHOVIVS in *not. ad TREUTL. vol. 1. disp. 13. th. 5.* COCCEJUS in *Jure Controv. ad h. t. quæst. 17.* ZOESIUS in *Comm. ad h. t. ff. n. 64.* BOCKELMAN eod. pag. 223. & ipse Auctor noster in *h. §. in cau proposito ultiorum graduum descendantibus denegandam esse inofficiosi querelam contendunt. Alii vero, ut H. DONELLUS Comm. Jur. Civ. Lib. 19. cap. 7. NOODT in Comm. ad h. t. (Oper. tom. 2. pag. 128. col. 2.) & VINNIUS Sel. Quæst. Lib. 1. cap. 20. ad hanc quæstionem affirmando respondent, & ultiorum graduum descendantibus in casu proposito inofficiosi querelam competere judicant. Eaque posterior opinio juri nostro convenientissima videtur. In *L. enim 31. pr. ff. h. t.* totidem verbis docetur, ad accusationem sequentem admitti, si is, qui ad accusationem admittitur, nolit aut non possit accusare. Dissidentes quidem volunt, hic per τὸ sequens intelligendam esse lineam sequentem, non vero etiam gradum sequentem; verum quo minus id statuendum videatur facit, quod τὸ sequens magis proprie nepotem, in casu quo filius querelam movere nolit vel non possit, quam adscendentem, in casu quo descendente-*

tes querelam movere nolint vel non possint, significare videtur. arg. *L. 51. ff. de hered. petit. L. 15. ff. de SCto Silan. L. 42. §. 2. ff. de bon. libert. & L. 4. §. 1. ff. de honor. poss. contr. tab.* cui accedit, quod in dubio, quale ad summum hic adesset, semper ea, quæ benignior est, arripienda sit interpretatio. *L. 3. ff. de his quæ in test. del.* benignior autem in casu nostro certissime illa est interpretatio, quæ ulterioribus favet descendantibus, quorum æque, quam quidem primi gradus descendantium intuitu, inofficiosum esse potest testamentum, quippe in *L. 15. ff. h. t.* liberis pie relinquendum esse docetur; liberorum autem appellatione etiam ulteriores venire descendantes nemo negabit. *L. 220. ff. de V. S.* Firmissimum præterea hæc opinio habere videtur præsidium in *L. 3. §. 5. in fin. ff. de bon. poss. contr. tab.* in hac quippe eum, qui de inofficio cognitus est, non minus merita nepotis, quam patris ejus perpendere debere delicta docetur, unde, nepotem ex propriâ personâ querelam habiturum in casu, quo pater ejus juste exheredatus est, haud obscure liquet. — Præcipua autem difficultas, quæ huic opinioni obmovetur, est in *L. 34. C. h. t.* ubi nepotem in casu, quo pater ejus exheredatus deliberante herede scripto mortuus est, omni adjutorio destitui docetur; dum nepos ille ē nostrâ sententiâ hoc casu non omni omnino adjutorio destitui, sed querelam inofficiosi ē propriâ personâ habere deberet. Sed respondendum. JUSTINIANUS Imperator in *d. L. 34. C. h. t.* inculcat unice, veterum quorundam JCtorum sententiam fuisse, nepotem in casu ibi proposito omni omnino destitui remedio; non vero ibi docet eam quorundam Prudentum opinionem quoque in Foro Romano obtinuisse; imo ē contra aliquide ex jure nostro novimus, eam veterum nonnullorum JCtorum, quæ hic exhibetur, opinionem jam diu ante JUSTINIANI tempora, saltem à tempore JCti PAULI, fuisse damnatam, & usū Fori Romani contrariam obtinuisse eorum sententiam, qui hoc casu nepotem non omni omnino destitui adjutorio, sed inofficiosi querelam ex propriâ personâ habere contendeant; id quod evidenter apparet, si modo cum *h. L. 34. Cod. jungamus L. 31. pr. ff. eod.* ibique verbum placuit occurrere attendamus. Quod verbum placuit in jure haud raro, ut hanc vel illam sententiam post longam disputationem usu fori obtinuisse indicetur, adhiberi satis notum est. (Conf. BYNKERSHOEK Obs. Jur. Rom. Lib. 5. cap. 7.) Insuper ad *h. L. 34. Cod. observandum*, JUSTINIANUM ibi veterum illam quorundam JCtorum rejicere sententiam, & nepoti in casu proposito querelam inofficiosi ex personâ defuncti patris movendam, et si ejus pater querelâ non præparatâ decepsit, concedere: Ex eo autem, nepoti ex propriâ per-

sonâ in proposito casu instituendam non competere querelam, quasi illa querelæ ex defuncti patris personâ movendæ concessio tum supervacua & nullius prorsus foret utilitatis, minime liquet: nam licet ex propriâ personâ movenda nepoti competit querela, haud raro tamen eum ex personâ patris ob transmissam ad se querelam agere posse, summæ profecto utilitatis esse potest: puta si ex justâ quidem causâ præteritus fit nepos, pater autem imerito & sine justâ causâ exheredatus. Ex propriâ autem personâ movenda querela interim suam quoque retinet utilitatem, in casu scil. quo melius faciliusque de suâ, quam quidem defuncti patris pietate docere poterit nepos. Conf. DONELLUS, & VINNIUS locis antea cit.

## §. 8.

*Ut ait SENECA &c.]* Similia occurunt apud OVIDIUM *Heroid.* Ep. 1. vñ. 101. PLAUTUM in *Afin.* Act. 1. Sc. 1. vñ. 1. MARTIALEM Lib. 7. Epigr. 95. vñ. 8. QUINTILIANUM *Declam.* Lib. 6. cap. 3. PLINIUM in *Panegyr.* cap. 38. §. 5. AUSONIUM in *Epitaph.* her. carm. 37. vñ. 6. aliosque. Conf. E. MERRILLIUS *Observ.* Lib. 3. cap. 27. E. OTTO in *Papiniano Cap.* 16. n. 10. pag. 400. seq. — Miratur quidem VINNIUS in *Comm. ad §. 1.* *Inst. h. t.* parentibus datam fuisse querelam, cum jure veteri parentes demum post fratres ad successionem ab intestato admissi fuerint, arg. pr. *Inst. quib. non est perm. fac. test.* verum huic dubio satisfecit TOULLIEU in *Collectan. Diff.* 5. pag. 230. & seqq.

## §. 9.

*Fratres ac sorores &c.]* Ut jus fratum ratione querelæ penitus cognoscatur, videntur prius de jure, quod ante CONSTANTINUM obtinuit, deinde de jure novo, ex illius Imperatoris constitutione orto. — Jam pridem ante CONSTANTINI ætatem id fratribus datum fuit, ut à fratribus præteriti querelam inofficiose movere possent; auctor enim est VALERIUS MAXIMUS, (qui trecentos minimum annos ante CONSTANTINUM vixit) Lib. 7. cap. 8. ex. 4. Pompejum Reginum, cum à fratre præteritus esset, Romam venisse ad testamenti iniquitatem coarguendam; postea tamen, mutato consilio, cineres fratris quietos esse passum fuisse. Nec minus ULPIANUS in L. 1. & L. 24. ff. h. t. indicat fratribus suo ævo licuisse adversus fraterna testamenta de inofficiose agere. Sed an olim querela fratribus indistincte competiit, sine respectu utrum persona turpis, an honesta hæres esset scripta? Ita sentiunt J. VAN DE WATER *Observ.* *Jur. Rom.* Lib. 1. cap. 12. J. N. HERTIUS in *Dissert. de fratribus germani querelâ inofficiose adversus quoscunque.* (*Opus-*

*cul. vol. 2. tom. 3. pag. 58. seqq.)* & BYNKERSHOEK *Observ. Jur. Rom.* Lib. 5. cap. 5. & hic quidem ob loca VALERII MAXIMI Lib. 7. cap. 7. ex. 5. & cap. 8. ex. 4. sed, cum ex eodem scriptore d. l. cap. 7. ex. 6. & seq. constet, jam olim præcipue à Centumviris quæsitum fuisse in hac causâ, utrum persona humilis, vel turpitudine insignis propinquus esset prælata, huic sententiæ vix videtur adsentendum. Neque obstant duo illa loca, quibus BYNKERSHOEK d. l. nititur: nam, quod ad primum locum attinet, quid prohibet fingere, turpem personam ibi institutam fuisse, cum nihil hic definiat VALERIUS? alioquin merito negaveris cum SCHULTINGO *ad Valerii d. l.* quod ad fratres, à testatore peccatum fuisse. Alter autem VALERII locus tantum abest, ut obstat, ut pro contrariâ sententiâ potius militet: nam VALERIUS, ut ostendat, Pompejum Reginum optimo jure, si voluisset, fratris tabulas querelâ impugnare potuisse, hæc addit: „erant ab eo instituti hæredes, neque sanguine patrio pares, neque proximi, sed & alieni & humiles: ut non solum flagitosum silentium, sed etiam prælatio contumeliosa videri posset.” — Postea vero non tam de vilitate heredum, quam eorundem statu quæsitum videtur, adeo ut fratres præteriti cum effectu de inofficiose disputare non potuerint, nisi quis vel servilis conditionis, vel extraneus, sive non municeps hæres fuisse scriptus. L. 24. L. 31. §. 1. ff. h. t. J. GOTHFREDUS *ad L. 1. Cod. Theod. de inoff. testam.* HEINECCIUS in *Opusc. var. syll. Exerc. 7. §. 14. pag. 286. seq.* Disserit J. H. BOEHMER *Exercit. ad ff. tom. 2. Exerc. 37. §. 7. pag. 789.* — Ita jure veteri. Jus novum exhibet L. 27. C. h. t. cum qua tamen omnino conferendæ sunt L. 1. & L. 3. *Cod. Theod. de inoff. test.* ex quibus apparet d. L. 27. à TRIBONIANO fuisse interpolatam. 1º enim CONSTANTINUS de solis fratribus loquitur; TRIBONIANUS etiam *sorores* adjicit. 2º ille tum demum fratribus germanis hanc querelam concedit, si tales scripti sint hæredes, quibus detestabilis turpitudinis notæ inustæ sunt; hic *infamiae & levis notæ maculam* addit. 3º ille fratres germanos, durante duntaxat *agnatione*, hac querelâ agere posse fancit; hic ipsis eam indulget, *durante agnatione, vel non.* 4º Denique, quod hic de liberto ingrato, & servo hærede necessario instituto d. L. 27. adjicit, in illius constitutione non apparet, sed ex aliâ CONSTANTINI epistolâ, quæ exstat in L. 3. C. *Theod. de inoff. testam.* decerpta est; in qua quod CONSTANTINUS de omnibus in universum libertis sanxerat, TRIBONIANUS rursus in d. L. 27. ad folios ingratos libertos refert. Conf. HEINECCIUS d. l. §. 6. pag. 272. seq. BOEHMER d. l. §. 14. pag. 798. seq. — Cæterum ad h. L. 27. C. h. t. obiter adhuc notandum ul-

ultima h. L. verba sana non videri; quid enim hoc (*liberti, perperam & non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsecuti,*) aliud est, nisi plane contraria uno quasi spiritu de iisdem libertis proferre? Igitur J. GUTHIERIUS de off. dom. aug. Lib. 1. cap. 37. sub fin. p. 233. seqq. *beneficia exponit maleficia*, ut in L. 46. pr. ff. de furt. L. 40. §. 1. ff. de damn. inf. Add. J. CANNEGIETER in not. ad Coll. L. L. Mos. & Rom. pag. 205 & 206. — J. à COSTA ad §. 1. Inst. h. t. & C. A. DUKEK de Latin. Veter. Fctor. pag. 374. particulam non è præcedentibus *atque novis* repetendam putant, ut sensus sit: *& non adsecuti patronum suum maximis beneficiis.* Add. J. E. PUTMAN Interpr. & Observ. Cap. 29. pag. 142. seqq. — Duas adhuc alias conjecturas proposuit C. LE LEU DE WILHEM in Differt. Inaug. quasdam Juris Civilis observationes continente (Lugd. Bat. 1772.) Cap. 6. vel legendum pro *maximis* putant *minimis*, vel retentâ receptâ lectio verba illa, *maximisque beneficis suum patronum adsecuti significare*, tunc querelam fratri consanguineo competere, si liberti fuerint instituti, qui *maximis obsequiis & beneficiis hereditatem patroni captarunt*, & sic quasi heredipetas egerunt.

*Atque ipsi fratres &c.]* Si frater præteritus eadem, qua heres institutus, turpitudine laborat, ipsi querela non est indulgenda. 1º. quia ex L. 11. & L. 19. C. h. t. patet, infamiam juris aut facti à querelâ excludere eos, quibus cæteroquin competeteret. 2º. quia paria delicta mutuâ pensatione dissolvuntur. L. 39. ff. sol. matr. L. 7. ff. de act. rer. amor. cur enim frater improbet hæredis instituti mores, quos ipsemet flagitiose vivendo probavit? L. 47. ff. sol. matr. Add. DONELLUS Comm. Lib. 6. cap. 15. §. quarta. L. VAN DE POLL de exhered. cap. 63. §. 25. COCEJUS in Jur. Contr. ad h. t. quæst. 12.

## §. 10.

*Aliud dicendum &c.]* Auctoris sententiam etiam tuentur U. HUBER in Prælect. ad Inst. h. t. n. 4. & ad ff. h. t. n. 3. HEINECCIUS loc. supra laud. §. 32. pag. 308. seqq. Sed ab eo dissentient BOCKELMAN ad h. t. ff. n. 5. SCHULTING Thes. Controv. Dec. 15. §. 8. Z. HUBER de Casib. enucl. pag. 59. & seqq.

## §. 11.

*Neque quicquam per jus novum &c.]* Quamvis fatus certum sit, secundum L. 27. C. h. t. fratribus & sororibus uterinis querelam non competere, dantur tamen multi Interpretes, ab Auctore nostro dissentientes, qui existimant, cum JUSTINIANUS in Nov. 118. cap. 4. omnino velit, in omnibus successionibus differentiam, quæ jure veteri inter agnatos &

cognatos intercesserat, vacare, jure novissimo non minus uterinis, quam germanis aut consanguineis fratribus eam concedendam esse. VINNIUS ad §. 1. Inst. h. t. n. 5. HEINECCIUS in Elem. ff. h. t. §. 51. E. OTTO in Comm. ad §. 1. Inst. h. t. n. 4. U. HUBER in Prælect. ad h. t. ff. n. 8. J. H. BOEHMER Exerc. ad ff. tom. 2. Exerc. 37. §. 23. & seqq. pag. 810—816. ita ut post Nov. 118. cap. 3. querela inofficiosi etiam competenter præfunctorum fratum germanorum filii. TOULIEU in Collectan. diff. 5. pag. 237. BOEHMER d. l. §. 25. n. 3. pag. 813.

## §. 13.

*Sic ut nec legata, nec libertates &c.]* Maxime impere hic obstat videtur L. 28. ff. h. t. ubi libertates & legata præstanta dicuntur. Putant quidem CUJACIUS Observ. Lib. 10. cap. 22. in princ. CONSTANTINÆUS Subtil. Enodat. Lib. 2. cap. 13. (in OTTONIS Thes. tom. 4. col. 578.) O. AURELIUS in dispunct. ad Merill. disp. 11. (in OTTONIS Thes. tom. 3. col. 721. seqq.) NOODT in Comm. ad h. t. ff. Oper. tom. 2. pag. 131. filium in d. L. 28. non egisse querelâ inofficiosi testamenti, sed Imp. HADRIANUM supplicasse, ut ex tacitâ matris voluntate hereditatem ejus obtineret: quo casu, dicunt illi, testamentum non revertitur, immo pro valido habetur, sed per Principale beneficium ex voluntate testatrix perspicuâ is, qui inter mortuos à testante censebatur, tanquam priori loco institutus, atque haeres in tabulis scriptus ei quasi substitutus habetur. Attamen cum E. MERILLIO Variant. ex Cujac. Lib. 1. cap. 11. & U. HUBER in Eunom. Rom. ad d. L. 28. reverius videtur, filium hunc revera egisse querelâ testamenti inofficiosi; quia 1º. in L. 27. §. ult. ff. h. t. ULPIANUS aperte scribit: *de testamento matris, quæ existimans perire filium, alium heredem instituit, de inofficio queri potest.* — 2º. quia filius præteritus à matre ad successionem ejus citra inofficiosi querelam adspirare non potest. L. 15. C. eod. — 3º. quia, si in d. L. 28. filius querelâ non egisset, non fatis commode, nec convenienter scopo suo PAULUS subjecisset: *nam, cum inofficium testamentum arguitur, nihil ex eo testamento vallet.* — Sed quomodo igitur difficultas h. L. erit superanda? Respondemus HADRIANUM in h. L., volente id æquitate ultro evidenti, ita adversus communis juris regulas constituisse, ideoque cognitione Principis ejusque decreto opus fuisse, ut libertates & legata præstantur, quæ jure ordinario præstari non poterant. Unde & ipse PAULUS in h. L. illud tanquam novum & extraordinarium annotavit. — Aliam responcionem, non vero ita simplicem, ad h. L. exhibet Auctor in h. t. n. 17.

Cæ-

Cæterum inter effectus querelæ etiam hic notari meretur, quod filius exheredatus, qui querelâ obtinuit, post rescissum testamentum hæreditate abstinere nequeat. arg. L. 14. ff. de bonor. poss. J. AVERANIUS Interpr. Jur. Lib. 1. cap. 8. §. 7. & seq.

## §. 14.

*Ut institutis &c.] Conf. A. VINNIUS Sel. Quæst. Lib. 2. cap. 29.*

*Contra vero in Hollandiæ &c.] Conf. Decis. & Resol. vanden Hore van Holland No. 156 & 328. pag. 92 & 173.*

## §. 15.

*Et licet permisum sit avo &c.] Quamvis indistincte hic doceat Auctor, uti & VAN SOMEREN in Tract. de repræsent. cap. 6. n. 20 & 22. Trebellianicæ detractionem nepotibus prohiberi posse, alii tamen ad hanc quæstionem distinguendo respondent, & hanc doctrinam solo in casu admittunt, quo parentibus legitima est relicta, & in reliquam bonorum partem nepotes cum fideicommissi onere instituti vel substituti sunt. Minime vero hanc prohibitionem valere putant, liberis primi gradus præmortuis, ac nepotibus jure representationis succendentibus. Conf. T. BOEL in not. ad LOENII Decis. Cas. 85. pag. 541. & seqq. ubi & à Supremâ Curiâ 22. Decembris 1707. ita judicatum refert.*

## §. 19.

*Quæ fisco cedunt &c.] Exceptio est, si substitutum habens de inofficio egerit, nec obtinuerit, tunc enim non ad filium, sed ad substitutum hereditas pertinebit. PAULUS Rec. Sent. Lib. 4. tit. 5. n. 10. in Jurispr. Antejust. SCHULTINGII pag. 399.*

## §. 20.

*Si quis alio jure possit &c.] Proinde 1°. non datur querela suis præteritis, quia tum testamentum ipso jure nullum est, tam quod ad legata, quam quod ad heredis institutionem. L. 1. L. 17. ff. de inj. rupt. irr. L. 30. ff. de lib. & posth. HEINECCIUS in var. Opusc. syll. Exerc. 7. §. 9. pag. 275. SCHULTING in Diff. ad VAL. MAX. Lib. 7. cap. 7. ex. 1. etiam jure novissimo post Nov. 115. cap. 3. & Auth. ex causâ C. de lib. præter. uti recte censem VNNIUS sel. quæst. Lib. 2. cap. 20. ZOESIUS ad tit. ff. de lib. & posth. §. 32. WISSENBACH ad Inst. disp. 19. th. 2. & in Syll. Err. Irner. th. 26. Z. HUBER Differt. part. 2. diff. 7. cap. 2. §. 3. — 2°. Removentur à querelâ adrogati impuberis, cum habeant quartam ex constitutione D. Pii. L. 8. §. 15. ff.*

h. t. L. 1. §. 21. ff. de collat. L. 10. §. 6. ff. de vulg. & pup. subst. §. 3. Inst. L. 22. §. 1. ff. L. 2. C. de adopt. J. à COSTA ad d. §. 3. Inst. & si quid in fraudem ejus quartæ alienatum fuerit, illud per quasi Calvianam, vel Favianam actionem revocare possint. L. ult. ff. si quid in fraud. patr. Neque hic audiendus est VNNIUS ad §. 3. Inst. de adopt. n. 3. scribens, ante D. Pii constitutionem non minus adrogato impuberi, quam cæteris querelam competuisse: nam toto errat coelo, cum ante D. Pii tempora adrogatio impuberis admissa non fuerit. SCHULTING in Enarr. ad tit. ff. de adopt. n. 10. — 3°. Non competit querela posthumis à patre præteritis, eo quod testamentum agnascendo rumpunt. L. 3. pr. ff. de inj. rupt. irr. L. 10. L. 12. ff. de lib. & posth. §. 1. Inst. de exher. lib. §. 2. Inst. h. t. — 4°. Denegatur illa emancipatis præteritis, vel non rite exhaeredatis, L. 3. §. 2. ff. de bon. poss. contr. tab. §. 12. Inst. de hered. quæ ab int. quia habent bonorum possessionem contra tabulas. L. 23. pr. ff. h. t. §. 3. Inst. de exhered. lib.

*Lapso quoque quinquennio &c.] Spatium, intra quod querela movenda erat, sicut initio biennium. PLINIUS Epist. Lib. 5. Ep. 1. J. VAN DE WATER Obsrv. Jur. Rom. Lib. 1. cap. 11. pag. 60. quod deinde (incertum quonam tempore) auctoritate Prudentum in quinquennium fuit mutatum, postquam diversorum Imp. constitutionibus sanctum fuerat, de statu defunctorum post quinquennium haud amplius quærendum esse. Primus omnium (CALISTRATUS ait in L. 4. ff. ne de stat. defunct.) D. NERVA edicto retuit post quinquennium mortis cujusque de statu quæri. Sed NERVÆ eâ in re jam præiverat TITUS, teste SUETONIO, in vita ejus cap. 8. De MARCO, præter MARCIANUM in L. 1. ff. eod. idem testatur CAPITOLINUS in Marc. Cap. 10. De statu etiam defunctorum intra quinquennium quæri ius sit. Conf. J. L. E. PUTMAN Advers. Jur. Lib. 1. cap. 6. pag. 111. seqq.*

## §. 21.

*Si militis testamentum sit, &c.] An ea, quæ de militis testamento hic docet Auctor, per Nov. 115. cap. 3. pr. & cap. 4. pr. multata sint, disputatur inter Interpretes. — DUARENUS ad h. t. ff. cap. ult. §. quarta putat hodie, post d. Nov. 115. indistincte militum, sive patrumfamilias, sive filiorumfamilias, testamenta querelæ inofficioi subjace-re. — Contrariam sententiam fovent DONELLUS Comment. Lib. 19. Cap. 5. §. an hoc & seqq. ZOESIUS ad h. t. ff. §. 30. & seqq. & COCEJUS in Jur. Controv. ad h. t. ff. quæst. 19. querelam nempe æque post d. Nov. ac ante eam, cessare, tam in peculio castrensi & quasi castrensi, quam in testamento patrisfa-*

mi-

milias militis. — Alii denique, ut VNNIUS ad §. 6. *Inst. de exher. liber. n. 1.* WISSEN-  
BACH ad L. ult. C. h.t. HUBER in *Prælect.*  
ad h.t. *Inst. §. 13.* & NOODT in *Comm.* ad  
h.t. (*Oper. tom. 2. pag. 137.*) mediâ quodam-  
modo viâ electâ, existimant, etiam post d.  
Nov. 115. querelam inofficioi cessare in testa-  
mento militis, actu scil. stipendia merentis,  
sive paterfamilias sit, sive filiusfamilias, si  
ex privilegio militari factum sit. — Licet  
autem testamentum militare querelæ non sub-  
jaceat, liberis tamen militum, tali testamen-  
to præteritis aut exheredatis, portio Legiti-  
ma, per conditionem ex lege petenda, dene-  
ganda non videtur. arg. *Auth. Presbyteros C.*  
*de Episc. & Cler. L. 30. pr. L. 32. C. h.t.*  
*Nov. 18. cap. 1.*

## §. 23.

*Erroneum namque est &c.*] Utrum, si ex-  
heredatio sine elogio, (i.e. contra præceptum  
JUSTINIANI in Nov. 115. Cap. 3. pr. & Cap. 4.  
pr. nullâ ingratitudinis adscriptâ causâ,) fac-  
ta sit, testamentum, quod ad heredis institu-  
tionem attinet, ipso jure nullum sit, an re-  
scindendum per querelam inofficioi, anceps  
controversia est. Multi, inter quos BACHO-  
VIUS ad pr. *Inst. h.t. n. 5.* & ad TREUTLE-  
RUM vol. 1. *disp. 13. th. 1.* Litt. F. THOMA-  
SIUS ad HUBERI *Prælect. tit. Inst. de exher.*  
*liber. §. 2.* COCCEJUS in *Jur. Contr. ad h.t.*  
*quaest. 7.* & E. OTTO ad §. 3. *Inst. h.t.* sibi  
persuasum habent, testamentum, quo talis con-  
tinetur exheredatio, ipso jure quod ad here-  
dis institutionem nullum esse. E contrario  
CUJACIUS ad Nov. 18. DONELLUS *Comment.*  
*Lib. 6. cap. 13.* & *Lib. 19. cap. 4.* §. post-  
quam. VNNIUS ad pr. I. h.t. n. 3. & seqq.  
U. HUBER in *Prælect. ad h.t. Inst. n. 13.* &  
seq. NOODT in *Comm. ad h.t.* (*Oper. tom. 2.*  
*pag. 126.*) Z. HUBER *Dissert. tom. 2. Diff. 7.*  
*Cap. 8. §. 9. in fin.* cum Auctore nostro cen-  
tent, per inofficioi querelam rescindendum  
esse, quantum ad heredis institutionem atti-  
net, ejusmodi testamentum, idque valere ip-  
so jure, donec rescindatur.

## §. 24.

*In fratribus tres &c.*] Ita vulgo D. D. sed  
omnino per errorem; nam Nov. 115. cap. 3  
& 4. in qua ex professo de justis exhaeredan-  
di causis agitur, solummodo de liberis &  
parentibus loquitur, de fratribus autem ne  
quidem addit. Nec quicquam præsidii peten-  
dum ē Nov. 22. cap. 47. cum illa agat de cau-  
sis, propter quas frater ingratus à successio-  
ne ab intestato in lucra nuptialia, in qua cum  
matre concurrevit, excludi potest; non de ju-  
stis fratrem exhaeredandi causis.

*Que tamen omnes &c.*] Vehemens est di-  
sputatio inter Interpretes, an præter quatuor.  
Tom. III.

decim, & octo ingratitudinis causas, à JUS-  
TINIANO nominatim in Nov. 115. cap. 3 & 4.  
expressas, aliae similes, vel expressis graviore  
sint admittendæ? Simpliciter illud affirmant  
A. MATTHÆUS ad pr. *Inst. h.t.* VNNIUS  
eod. n. 2. BYNKERSHOEK *Obs. Jur. Rom.*  
*Lib. 5. cap. 5.* uti & Auctor noster in h. §.  
Contra simpliciter id negant PEREZIUS ad t.  
C. de lib. præter. ZOESIUS ad tit. ff. de lib.  
& posth. n. 13. & seqq. WISSENBACH ad *Inst.*  
*Disp. 24. th. 8.* NOODT in *Comm. ad h. t.*  
(*Oper. tom. 2. pag. 126.*) Videtur autem in  
hac parte media sententia eligenda, quam se-  
quuntur U. HUBER in *Prælect. ad tit. Inst.*  
*de lib. exher. n. 10.* & seqq. & ad tit. *Inst. de*  
*inoff. test. n. 17.* E. OTTO in *Comm. ad §. 5.*  
*Inst. de lib. exher. n. 6.* COCCEJUS in *Jure*  
*Contr. ad h. t. quaest. 13.* nimirum, causas il-  
las ita esse accipiendas, ut neque excludan-  
tur, quæ sub mente & ratione legis continen-  
tur; neque etiam admittantur aliae diversi ge-  
neris, licet æque graves sint, vel graviore. Voluit enim Imperator emendare licentiam  
juris antiqui, quo prorsus arbitraria causarum  
dijudicatio erat. Certum est itaque non va-  
lere consequentiam ad similia & majora, si  
toto genere diversa sint. Nec tamen ullo  
modo existimandum, eā fuisse mente JUSTI-  
NIANUM, ut rem absurdissimam, sanæque ra-  
tioni & humanitati prorsus contrariam statue-  
ret: parenti scil. licere filium exhaeredare cer-  
tâ de causâ non valde gravi, verum si multo  
adversus eum atrocius peccasset filius, idem  
non licere. Si patrem carcere clausum filius  
fidejussione liberare cunctetur, exhaeredandus  
erit: at si ipse eum in carcerem per injuriam  
compegerit, id non licebit? Si patrem testari  
prohibuerit, exhaeredari meretur: si compu-  
lerit & coegerit ad suam libidinem testari,  
non poterit? Ejusmodi interpretationem, non  
extensivam, sed declarativam, præcludere ju-  
ris ratio non finit.

## §. 25.

*Quin imo constitutum &c.*] Conf. LYBRECHTS  
*Reden. Vert. over 't Notaris Amt 2. D. Byl.*  
*P. pag. 473.* ubi exhibit sententiam Curiæ  
Brabantinæ 29. Martii 1751. qua testamen-  
tum parentum Pontificiorum, qui unum ex  
liberis, Reformatorum sacris addictum, non  
adjectâ ratione, pro legitimâ instituerant, in-  
officium atque invalidum declaratum fuit.  
Add. P. BORT Nagel. *Werk. pag. 156.*

## §. 26.

*Circa quam tamen &c.*] Conf. ANTWOORDEN  
op de 30. Regtsgel. Vragen uit DE GROOT'S  
Inleid. pag. 96. seqq. & quæ ibi notavit H.  
VAN WYN.

*Aut quod pejus, si nupta, &c.*] Inter justas  
exhaerationis causas etiam esse adulterium,  
judi-

Q

judicarunt Scabini Amstelædamenses 16. Januarii 1749. in de zaake van Paulus Benelle n. u. contra Pieter Schout Muilman, C. S. quam fententiam confirmavit Curia Hollandiæ 10. Martii 1750. & Suprema Curia 22. Decemb. 1751.

## §. 28.

*Adhæc inter &c.]* Qualis injuria ad exheredandum requiratur, disquirit LEYSER med. ad ff. tom. 6. spec. 357. med. 1, 2, & 3. pag. 41. seq.

## §. 31.

*Intercesserit conciliatio.]* Dissentit LEYSER d. l. med. 8. pag. 46. — Cæterum queritur, an filius furiosus, ob facinus, ante furorem in patrem commissum, possit efficaciter, & sine metu querelæ exheredari? Affirmatio videtur respondendum, nec furorem supervenientem patri adimere jus exheredandi semel quæsitum. L. 27. C. de Episc. aud. L. ult. §. 5. C. de curat. fur. L. VAN DE POLL de exher. cap. 86. §. 30. Dissentit TOULLIEU in Collectan. pag. 369. seq.

## §. 32.

*Sed cum jure novo &c.]* Cum post Nov. 115. cap. 3 & 4. legata, solâ hæredis institutione rescissâ, suam retineant firmitatem, non amplius exhaeredatum ex legati agnitione aut petitione perdere querelæ movendæ jus, si ipsi exhaeredato legatum datum sit, si alii, cui exhaeredatus hæres est, sibi persuasum habent Auctor noster in h. §. & E. OTTO in Comment. ad §. 4. Inst. h. t. verum hæc sententia probanda non videtur: nam exhaeredatus legatum ab hærede scripto petendo utique agnoscit illum, non se hæredem esse, (legatum enim à solo hærede præstatur. L. 1. §. 2. ff. quod legat. VINNIUS ad §. 1. Inst. de legat. n. 4.) ideoque eadem operâ, qua hoc agnoscit, defuncti quoque judicium comprobare, & querelam à se removere intelligitur. arg. L. 23. §. 1. & L. 32. pr. ff. h. t. semel autem probatum dein reprobare in alterius injuriam nemo potest. L. 9. ff. de neg. gest. L. 75. ff. de R. J.

## §. 44.

*Si legitima relicta fuerit.]* An lege, & quamnam lege introducta & constituta sit portio legitima, magni nominis JCti sese ignorare ingenue fatentur. WISSENBACH ad Inst. Disp. 23. th. 3. HUBER in Prælect. ad Inst. h. t. n. 8. — CUJACIUS Obsrv. Lib. 3. cap. 8. eam ad D. Marcum Philosophum refert; sed ipse postmodum in not. ad PAULI Sent. Lib. 3. tit. 8. §. 3. sibi nondum satis liquere faslus est, num hæc portio sit ex Lege Falcidiâ, an ex Lege Gliciâ, an vero ex constitutio-

ne D. Marci. Et sane portionem legitimam ipso D. Marco antiquiore esse patet ex PLINIO Epist. Lib. 5. Ep. 1. (J. VAN DE WATER Obsrv. Jur. Rom. Lib. 1. cap. 11. pag. 62.) Dein rursus idem CUJACIUS Obs. Lib. 14. cap. 14. portionem hanc ad Legem Gliciam referri posse conjicit. — DUARENUS ad h. t. ff. cap. 17. sub fin. aliisque portionem legitimam ex Lege Falcidiâ descendere statuunt. — Non vero improbabilis videtur sententia existimantium, portionem legitimam eodem tempore eodemque jure, quo querela inofficioi testamenti, scilicet non certâ aliquâ lege, sed moribus & consuetudine introductam esse: Cum enim moribus introductum esset, ut liberi injuste exhaeredati eo colore, quasi non sanæ mentis fuisset testator, parentum testamenta, tanquam inofficioa, rescindere possent, simul quoque eodem tempore, ad inverecundam illam accusationem excludendam, exceptio invaluisse videtur, si non jam aliqua portio ex bonis defuncti ad querentem pervenisset. — Eodem modo etiam, quando & qua constitutione legitimæ portionis modus definitus sit, non una est eruditorum sententia. — CUJACIUS ad Nov. 18. Lege Gliciâ portionis legitimæ quantitatem ad modum quadrantis primum constitutam esse autumat. —

A. WIELING Lect. Jur. Civ. Lib. 2. cap. 23. pag. 206. & seq. quartam legitimæ ab intestato portionis Voconia primum Lege fuisse definitam conjicit. — Sed verisimilior videatur sententia eorum, qui censem, portionis legitimæ quantitatem primum incertam & in Centumvirorum arbitrio positam fuisse, postmodum vero, cum lata esset Lex Falcidia, eaque cautum esset, ut supra dodrantem testator legatis erogare non posset, quarta pars apud heredes salva maneret, pr. Inst. de Leg. Falc. ad exemplum quartæ Legis Falcidiæ, per interpretationem JCtorum, sensim post Augusti tempora receptum fuisse, ut ad excludendam querelam pars quarta portionis ab intestato debite sufficeret. PAULUS Sent. Lib. 4. tit. 5. §. 5 & 6. L. 8. §. 3. & 9. ff. h. t. L. 21. C. fam. ercisc. junct L. 8. pr. C. h. t. Conf. J. à COSTA ad Decret. Lib. 3. tit. 26. NOODT in Comm. ad h. t. (Oper. tom. 2. pag. 133.) SCHULTING ad PAULI sent. Lib. 3. tit. 8. §. 3. in Jurispr. Antejust. pag. 381. E. OTTO in præf. tom. 5. Thes. Jur. pag. 32.

*Magis bonorum, quam hereditatis.]* In hac quæstione potius distinguendum videtur, utrum filius hæres institutus sit vel in ipsa legitimâ, vel ex parte aliquâ hereditatis; an vero ipsi relicta sit titulo singulari, vel filius institutus sit in re certâ, alio ei cohærede fine parte adjuncto. Priore casu hereditatis, posteriore bonorum portio rectius appellatur. VINNIUS sel. quæst. Lib. 1. cap. 22. SCHULTING Thes. Contr. Dec. 16. §. 7. COCEJUS in Jur. Controv. ad h. t. quæst. 31.

## §. 46.

## DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

123

§. 46.

*Quod augmentum &c.] Conf. WISSENBACH ad Inst. disp. 24. th. 17. COCEJUS in Jür. Contr. ad h. t. quæst. 28. NOODT in Comm. ad h. t. (Oper. tom. 2. pag. 131.) SCHULTING Thes. Contr. dec. 16. §. 9.*

§. 47.

*Sed si præteritis &c.] Conf. T. BOEL in not. ad LOENII Decis. Cas. 85. pag. 540. seq. ubi Auctoris sententiam variorum auctoritatis, & sententiæ Supremæ Curiæ 29. Nov. 1675. confirmat. Add. LYBRECHTS Red. Vert. over 't Not. Ampt. 1. D. 28. hoofdst. n. 14. pag. 455.*

§. 49 & 50.

*An autem numerum &c.] In legitimæ quantitate computandâ liberos juste exhaeredatos non connumerandos esse docet Auctor in h. §. & cum eo negant PEREZIUS ad h. t. C. §. 40. WISSENBACH ad h. t. ff. n. 11. BOCKELMAN eod. n. 8. C. CHIFLETIUS de portion. legit. cap. 7. in OTTONIS Thes. tom. 5. col. 730. Z. HUBER de Casib. encl. pag. 111. & Obs. rer. jud. part. 1. pag. 316. sed rectius alii affirmando respondent: etenim (1.) portio legitima est portio portionis ab intestato debitæ. L. 3. §. 8. ff. h. t. ac proinde secundum successionem ab intestato, perinde ac si nullum testamentum factum esset, consideranda secundum numerum personarum, quibus haereditas ex lege ab intestato debetur. (2.) JUSTINIANUS in computatione legitimæ numerum liberorum attendendum voluit. Nov. 18. cap. 1. Nov. 39. cap. 1. atqui exhaeredati non desinunt utique esse liberi. A. VINNERIUS sel. quæst. Lib. 1. cap. 21. BACHOVIIUS ad TREUTLERUM vol. 1. disp. 13. th. 15. HUBER in Praelect. ad h. t. ff. n. 14. NOODT in Comm. ad h. t. (Oper. tom. 2. pag. 133.)*

§. 51.

*Quæ mortis tempore invenitur.] Limitatur hæc regula in casu, quo pater immensam donationem in aliquem vel aliquos ex liberis contulit; tunc enim spectanda sunt bona, quæ pater habuit, antequam donationem in filium vel filios, illâ honoratos, conferret. Nov. 92. cap. 1. auth. unde & C. h. t. CUJACIUS ad d. Nov. 92. idque locum habet, quamvis titulo venditionis ejusmodi donatio facta esset. LEYSER medit. ad ff. tom. 2. spec. 91. med. 1. & 2.*

§. 56.

*Varia tamen sunt &c.] An ex haereditate deducendum sit doarium, pactis antenuupti-*

libus constitutum, priusquam ratio portionis legitimæ ineatur? disquirit BYNKERSHOEK quæst. jur. priv. Lib. 2. cap. 7. qui ad hanc quæstionem affirmando respondendum putat, & doaria, ante nuptias mutuo pacto promissa, non tanquam meram liberalitatem, sed magis tanquam æs alienum considerat. Refert etiam à Supremâ Curiâ ita fuisse judicatum 2. Novemb. 1712. & 12. Maij 1718. Non tamen hæc opinio difficultate caret. Cum enim doarium jure nostro non debetur, nisi soluto omni ære alieno: (J. VAN DER EYCK Handy. van Zuidholland pag. 191. Handvest van Jacob, Grave tot Hoorn, aan de stad Woudrichem, & het Land van Altena van 18. December 1476. art. 53. Costumen van Middelburg Rubr. 12. art. 13. ROZEBOOM Costum. van Amsterdam cap. 42. art. 4.) ideoque totidem verbis appellatur een gewin van de vrouwen op de goederen van haare mans; (Placaat 4. Octob. 1540. art. 6. & 17.) item een gaave; (Placaat van de Staten van Holland van 24. Januarij 1755. art. 4.) cum e contrario Liberorum Legitima non tantum debitum naturale appellatur, L. 36. §. 2. C. h. t. Nov. 1. in præf. cap. 2. verum etiam pro ære alieno habetur, L. 8. §. 15. ff. h. t. nihil miramur, contrariam sententiam super hac quæstione ab aliis præferri.

§. 63:

*Liberam — ab omni onere.] Ex eo, quod nullo gravamine legitima fit oneranda, sequitur testatorem prædiis suis certum pretium in fraudem legitimæ statuere non posse. Solent saepe parentes in testamento bona sua certo pretio æstimare. Et standum est utique huic æstimationi à liberis. Quod si tamen illa in fraudem legitimæ tendat, nulla est, sicut & cætera legitimæ gravamina. arg. L. 6. C. h. t. LYYSER medit. ad ff. tom. 2. spec. 92. med. 2. pag. 227. eo scil. cum effectu, ut & illa prædia ad legitimæ quantitatem definendam publice distrahanter, vel saltem eorum taxatio fiat; uti judicavit Hollandiæ Curia 29. Januarii 1727. vid. LYBRECHTS Red. Vert. over 't Not. Ampt. 1. D. 28. hoofdst. n. 4. pag. 445. seq. qui tamen recte addit, ejusmodi distractionem vel taxationem non esse in præjudicium ejus, cui prædium, certo pretio æstimat, relictum est, si forte majori pretio vendatur, nec etiam in præjudicium cæterorum haeredum, si forte pluris à testatore æstimat, quam pretium venditionis apparat. — Similiter testator heredi in fraudem legitimæ editionem inventarii ac juratae specificationis remittere nequit. arg. L. 32. C. h. t. LEYSER d. 1. med. 3. pag. 228. sed è contrario notandum, quamvis pater in testamento Executores nominaverit, nihilominus inventarium ab iis confidetur.*

Q 2

ciendum esse præsentibus ac concurrentibus liberis, quibus legitima relictæ fuit. LYBRECHTS *d. l. n. 2. pag. 443.* — Tandem etiam ex hoc eodem fundamento tradunt Pragmatici, sumptus ad conficiendum inventarium, distractionem bonorum, aut eorum divisionem impensos, vel & salario Executorum Legitimam minime diminuere, sed ex reliquâ hereditatis parte solvi debere. LYBRECHTS *d. l. n. 4. ubi & à Curia Hollandiæ 20. Junii 1709. ita judicatum refert.*

*Rectius tamen sentire videntur &c.]* Quoniam admodum probabile non est, Compilatores Codicis in eodem titulo duas posuisse leges, quarum una alteram abrogaret, Auctoris nostri solutio (*L. scil. 12. C. h. t. per L. 32. C. eod.* esse abrogatam) aliis displicuit, qui difficultatem hoc modo tollendam putant; ALEXANDRUM Imperatorem in *d. L. 12.* solummodo secundum ea, quæ ipsi proponerentur, respondisse *de inofficio queri non posse.* Et sane, cum in casu *d. L.* fideicommissum mutuum bonâ mente adjectum omnino appareat; cum præterea puella, cujus curatores ipsum consulebant, fratrem & matres cohæredes habebat; mirandum non est, Imperatorem in specie sibi propositâ, odioso querelæ remedio locum esse non voluisse. Sed hoc non impedit, quo minus Imperator, consultus de aliâ quæstione, an nimis filia legitima ab onere fideicommissi citra querelam liberari posset? forsan longe aliter fuisset responsurus.

## §. 64.

*Nisi testamento nominatim &c.]* Conf. U. HUBER in *Prælect. ad h. t. ff. n. 16.*

## §. 66.

*Secundo legitimam &c.]* De portione legi-

timâ titulo institutionis relinquendâ ex professo agit TOULLIEU in *Collectan. Diff. 9. pag. 283—299.*

## §. 67.

*Et hinc quoque est &c.]* Nobilis est quæstio, utrum condicione ex Lege, quæ ad supplementum ejus, quod portioni legitimæ deest, competit, triginta annis, instar aliarum actionum personalium, an vero quinquennio, instar ipsius querelæ inofficiosi, præscribatur? Maxima pars Interpretum cum Auctore nostro præscriptionem triginta annorum admittit. (Conf. J. L. E. PUTMAN *Interpr. & Observ. Cap. 30. pag. 148. seqq.*) Alii vero, uti CUIJACIUS *Consult. 60.* HUBER in *Prælect. ad h. t. ff. §. 20.* NOODT in *Comm. ad h. t. ff. (Oper. tom. 2. pag. 135.)* J. VOORDA *Elect. Cap. 11.* hanc condicitionem ex lege eodem tempore, quo ipsa inofficiosi querela, hoc est quinquennio, extingui existimant: his præsertim moti rationibus, 1°. quod condicitione, ad supplementum legitimæ competens, querelæ inofficiosi surrogata, *L. 30. C. h. t. procul dubio ejus sapit naturaliter. arg. pr. Inst. de perp. & temp. action. V. G. FORSTERI Observ. succisiv. Lib. 2. cap. 15. in OTTONIS Thes. tom. 2. col. 937.* — 2°. quod JUSTINIANUS in *L. 34. C. h. t. diserte dicit, ab hac condicione ex lege (quam hic querelam appellat eodem modo ac in *L. 35. C. eod.*) repellere eum, qui quinquennium tacuit.* — Et hæc posterior tentativa nobis quoque videtur probabilior.

## §. 69.

*Neque hanc actionem &c.]* Conf. S. VAN LEEUWEN *Pract. der Notar. 2. Deel. pag. 185. seqq.*

## T I T U L U S III.

*De hereditatis petitione.*

## §. 1.

**M**IXTA.] De quæstione, an dentur actiones mixtae, infra agit Auctor *ad tit. ff. fin. regund. n. 4.* — Interim de hereditatis petitione, tanquam actione mixta, conf. BOCKELMAN *ad h. t. ff. n. 3.* SCHULTING *Thes. contr. dec. 17. th. 2.*

## §. 5.

*Contra quam statuendum &c.]* Dissentit

LEYSER *med. ad ff. tom. 2. spec. 98. med. 8. & 9.*

## §. 8.

*Quod si hi, qui vere &c.]* Conf. DONELLUS *Comm. Jur. Civ. Lib. 19. cap. 12.*

## §. 10.

*Plane, si quis emtiois &c.]* Hereditatis venditor procul dubio hereditatis petitione tenetur, *L. 20. §. 17. L. 25. ff. h. t. non vero*

vero emptor directo, cum nec pro herede, nec pro possessore possideat, quod hic requiritur. L. 9. & seqq. ff. h. t. Utili tamen hereditatis petitione poterit conveniri, ut emptor universitatis. L. 13. §. 4, & seqq.

ff. h. t. — Attamen in L. 2. C. h. t. dicitur, *emptorem singularum rerum jure conveniri*, i. e. speciali in rem actione. Nodum hunc adeo difficultem judicavit WISSENBACH in *Exercit. ad ff. disp. 17. n. 17.* ut nesciat, an quisquam adhuc eum solverit feliciter. Simplicissima autem videtur explicatio BACHOVII *ad TREUTL. part. 1. disp. 14. th. 4.* STRUVII *Syntagm. Exerc. 10. n. 50.* & SCHULTINGII *Thef. contr. dec. 17. th. 5.* existimantium illa verba nihil aliud significare, quam utilem hanc hereditatis petitionem, adversus hereditatis emptorem competentem, ex merâ æquitate, & ne pluribus judiciis vexaretur, habere naturam & effectus rei vindicationis, adeoque ipsius non ita duram esse conditionem, ac possessoris hereditatis, qui & fructuum usuras praestare tenetur. L. 40. §. 1. L. 51. §. 1. ff. h. t. — Alii vero putant in h. L. nullam esse questionem de hereditatis petitione, sive directâ sive utili, eamque intelligendam non de emptore *hereditatis*, sed de emptore *honorum*, i. e. rerum singularium, qui & igi-

tur *singularum rerum jure*, i. e. rei vindicatione, conveniendum est.

## §. 15.

*Tempore rei judicatae &c.]* Ad concilium L. 25. §. 7. ff. h. t. cum L. 36. §. 4. ff. eod. nonnulli Interpretes distinguunt inter possessorem hereditatis, qui à principio bona fide possedit quidem, sed tamen postea sine justâ causâ judicium subiit; & eum, qui de justâ causâ litigavit. Illum teneri putant in id, quo locupletior fuit tempore litis contentatae, quamvis postea desierit esse locupletior; coque referunt d. L. 25. §. 7. Hunc vero non teneri, nisi in quantum locupletior fuit tempore rei judicatae, secundum d. L. 36. §. 4. Conf. SCHULTING *Thef. Controv. Dec. 17. th. 7.* BYNKERSHOEK *Observ. Jur. Rom. Lib. 8. cap. 12.* LEYSER *Medit. ad ff. tom. 2. spec. 94. th. 3.*

## §. 23.

*Non tamen actio &c.]* An ei, qui non possidet, actio aliqua jure prodita sit, qua consequatur impensas in rem alienam factas? disquirit A. VINNIUS *Sel. Quæst. Lib. 1. cap. 24.*

## T I T U L U S IV.

*Si pars hereditatis petatur.*

## §. 3.

*„Horatios.”* Inspici ea de re possunt BYNKERSHOEK *Obs. Jur. Rom. Lib. 3. cap. 8.* E. OTTO in *Jurisprud. Symbol. Exerc. 2. cap. 15.* pag. 218. seqq. H. NOORDKERK *Observ. Cap. 5.* pag. 103. & 104.

L. **A**NTIQUI 3. ff. h. t.] De verâ h. L. lectione maxime laborarunt viri eruditi: præsertim de periodo: „sed & tregeminos senatores cinctos yidimus

## T I T U L U S V.

*De possessoriâ hereditatis petitione.*

## T I T U L U S VI.

*De fideicommissariâ hereditatis petitione.*

# LIBER SEXTUS.

## T I T U L U S I.

*De Rei Vindicatione.*

§. 4.



ON tamen sufficerit &c.] Dissentient BACHOVIUS in *Tract. de Action. Disp. 2.* & th. 13. BOCKELMAN in *Comm. ad h. t. ff. n. 2.* Auctoris tamen sententia juris civilis rationi magis convenit.

§. 7.

Ut tamen hic penitus &c.] Conf. quæ hac de re notavimus in *de Regtsgel. Observ. over de Inleid. van de GROOT* 2. D. Obs. 27. & 28. — Et de aurifabris notari meretur 't Placaat van de Staten van Holland en Westvriesland van 3. Decemb. 1661. art. 51. (GR. PL. BOEK 2. D. fol. 2775.) ubi inveniuntur hæc verba: „Noch sullen alle Gout ende Sil-  
„versmeden, Juweliers, Kramers, ofte an-  
„dere, alle wercken ofte parceelen van Gout  
„ofte Silver; item alle Geftanten ofte dier-  
„gelyke koopmanschappen, als sy naemaels by  
„koop ofte andersints verkrygen sullen, gehou-  
„den wesen acht geheele achter een volgende  
„werkdagen, terftont naer den inkoop van dien  
„te stellen, hangen ofte voor te doen ter ven-  
„steren uit, in haere Giolen, Winkels ofte  
„Kramen, openbaerlick op 't oog van een yeder,  
„al eer sy dat veranderen, verteeren, ofte  
„verbreeken mogen, omme in cas dat het ver-  
„loren ofte gestooken goet waere, 't selve by  
„den geenen die 't verloren ofte ontdragen  
„was, met den Heer te mogen aenvaarden,  
„mits aen den kooper syn verleyde penningen  
„restituerende, indien daer voor betaelt heeft  
„de behoorlyke waerde: ende het selve goet  
„acht dagen in voegen als vooren heeft uitge-  
„hangen, 't welk beide hy, des verzocht synde,  
„gehouden sal zyn by eede te yerklaeren, in 't  
„bywesen van den Deecken ende Gesworens,  
„in handen van de Weth, op poene van vier  
„Nederlantsche goude Ducaten, soo in 't wyt-  
„hangen ofte voordoen in voegen als vooren ge-  
„breckig zyn, ende voorts ter correctie ende  
„discretie van den Heer.”

§. 14. & 15.

Si tamen emptor &c.] Re venditâ & tradidâ, si solutio non sequatur, an venditori competat vindicatio? queritur. Juris Romani regula hæc est: *quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione.* vid. L. 19. ff. de contr. empt. — Idem quoque variis Legibus patriis statutum est. Si emptor paratâ pecuniâ promissâ non tamen solverit, venditor rem venditam illico (binnen der vorscher daet) arresto detinere potest. Keuren van Zeeland van 1495. Cap. 2. art. 34. — Eodem fere modo loquitur *de Keure van den Lande van Voorne van 1519.* art. 51. — Lugduni Batavorum, mercibus præsenti pretio venditis, pretio non soluto merces vindicare licet, modo intra quatuordecim dies venditor pretium exegerit. *Keure der stad Leyden van 13. Septemb. 1659.* apud F. VAN MIERIS Handv. van Leyden pag. 251. — Amstelodami magna turba testium testata, ibi consuetudinem esse, ne venditor, qui in diem vendidit, in re venditâ, quamvis adhuc in emptoris bonis exstante, aliis præferatur, idque etiam obtinere, licet emptor paulo post venditionem, biduum forte vel triduum, ad *αποιπαν* perveniat. *Handv. van Amsterdam* 2. D. pag. 504. & 505. — Si vero paratâ pecuniâ venditum erat, nec fides de pretio habita, rem venditam, atque si vendita non esset, venditori recipere integrum esse, 5. Febr. 1530. Amsterdammenses statuerunt. *Handv. van Amsterdam* d. l. pag. 502. Ne vero ea res nimium vergeget in necem aliorum, Amsterdammenses 31. Januarii 1658. — 10. Febr. 1682. — & 18. Septemb 1697. prudenter statuerunt, venditorem, qui paratâ pecuniâ rem vendidit & tradidit, intra sex hebdomadas pretium exigere debere, ne hoc neglecto vindicatione caderet, atque ita haberetur, ac si in diem vendidisset, & fidem habuisset de pretio. *Handv. van Amsterdam* d. l. pag. 503. & 504. — Utrum vero, etiamsi fides habita fit

fit de pretio vindicationi locus sit, si emptor, cum emeret, *circopias* suæ non ignarus, quæ brevi post palam facta erat, venditorem deceperit? queritur. Vulgo ita creditur: sed hanc opinionem admittendam non esse, nec aliam auctoritatē habere, quam particulare statutum Antverpiense, (*Costam. van Antwerpen Tit. 58. §. 7.*) nec etiam rerum judicatarum auctoritate firmari, exponit BYNkershoek *Quæst. Jur. Priv. Lib. 3. Cap. 15.*

## §. 21.

*Quemadmodum &c.]* In L. 54. ff. de Jur. dot. JCtus GAJUS hanc regulam tradit: „*Res quæ ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur.*“ Sed in L. 12. C. eod. dicitur: „*Ex pecunia dotali fundus à marito tuo comparatus, non tibi queritur, cum neque maritus uxori actionem empti possit acquirere: at dotis tantum actio tibi competit.*“ Ut haec Leges concilientur, nonnulli putant Interpretes, d. L. 54. intelligendam esse de casu, quo mulier ipsa, vel alius ejus mandato rem comparavit. A. MERENDA *Controv. Jur. Lib. 3. cap. 2. n. 14.* — NOODT vero in *Comm. ad tit. ff. de jur. dot.* (*Oper. tom. 2. pag. 392.*) GAIJ verba in L. 54. usum querere existimat in privilegio, quod mulier dotis nomine habet inter mariti creditores, cum non est solvendo; v. g. mulier marito dedit dotem: is fisco vel reipublicæ debet: non est solvendo. Mulieri competit privilegium ante ejus creditores personales. L. 74. ff. de Jur. dot. L. 17. §. 1. L. 18. L. 19. ff. de reb. auct. jud. possid. Id explorati juris est in ipsis rebus marito in dotem datis. Tantum dubitatur de rebus à marito ex dotali pecunia comparatis: quoniam haec non sunt dotales. Igitur retinentibus juris regulam non fruetur privilegio mulier. Sed placuit GAJO favore dotis adversus rigorem juris, res ex pecunia dotali comparatas perinde accipere, ac si dotales essent. Conf. L. 22. §. ult. ff. solut. matr.

## §. 31.

*Manu militari &c.]* Nonnullos Interpretes, in primis A. FABRUM *Conject. Lib. 16. cap. 17. & de Error. Pragm. dec. 18. err.*

5. & dec. 92. err. 9. irritavit, quod in L. 68. ff. h. t. manum militarem, alienam à judiciis, ad transferendam possessionem impetraverit, seu permiserit JCtus; contra regulam L. 1. C. de off. milit. jud. ubi vetant Impp. ne omnino unquam in negotiis privatorum vel tuitio militaris vel executio tribuatur. Eo usque igitur progressus est FABER, ut h. L. 68. Emblema Tribonianii esse existimaverit. Eum vero refutavit BYNkershoek *Obser. Jur. Rom. Lib. 3. c. 14.* qui, praeunte J. GOTHOFREDO ad L. un. C. Th. de off. milit. jud. observat, manum militarem in h. L. 68. non esse militum, qui sacramento merent, sed ministrorum, & ipsius judicis civilem cohortem, armatam tamen, quo ea, quæ judex jussit, prompte exsequuntur. Quare in h. L. 68. post manum militarem putat interpretationis loco addi, officio judicis, i. e. Officialibus judicis, ejusmodi puta manu militari, quæ constat apparitoribus, seu officialibus judicis. Igitur manus militaris, quæ constat ejusmodi officialibus, eadem erit, quæ manus ministrorum vocatur in L. 1. §. 2. ff. si ventr. nom. mul. atque civilis apparitio in L. 10. C. de Episc. & Cler. — Quamvis autem ita interpretetur h. L. 68. non tamen eā utitur sententiā BYNkershoek, nullum omnino militis esse usum, quoconque res procedat, in causis civilibus & privatis: ceteroquin cuncta judicia solā damnatorum contumaciā eludi possent: quamvis tamen, militari auxilio adhibito res magis vergat ad vi-gorem disciplinæ publicæ, neque tam privata amplius causa sit, quam publica. — Conf. porro U. HUBER in *Eunom. Rom. ad d. L. 68. ff. h. t. pag. 311—317. & in Praelect. ad h. t. ff. n. 13.* — Cæterum verba sine ullâ taxatione, quæ in sequenti h. L. periodo occurront, pro glossmate non sunt habenda, ut voluit D. HERALDUS Obser. cap. 26. (*in OTTONIS Thes. tom. 2. col. 1344.*) certi enim juris est, dolo interveniente, in litem jurari ab adversario *in infinitum*, h. e. non definitum, non definita veritate pretii, neque ratione habitâ quanti ea res constet adversario, adeoque sine ullâ rei taxatione. L. 2. §. 1. ff. de in lit. jur. L. ult. §. 1. ff. de appell. J. CANNEGISTER ad Coll. L. L. Mosaic. & Roman. tit. 6. pag. 215. b.

## T I T U L U S II.

*De Publicand in rem actione.*

§. 2.

**A**CTIONIS hujus fundamentum &c.] Actio Publiciana non descendit ex jure possessionis: possessionem enim non esse speciem juris in re supra notavimus ad tit. ff. de inoff. testam. §. 2. Non igitur est remedium possessorum, sed petitorum, L. 7. §. 6. ff. h. t. fundamentum habens in dominio facto, sive Prætorio. Qui enim rem bonâ fide justo titulo traditam à non domino accepit, eum Prætor fingit dominum esse, quamvis non sit, quemadmodum in §. 4. Inst. de action. dicitur eum usucipisse, quum non usuceperit. Neque iniqua erat hæc fiction, quia non fingebat Prætor eum jus dominii veri usucapione exclusisse, sed tantum ratione tertii, qui vel nullo vel infirmiore jure poslidebat, aut dolo malo possidere desierat, actorem in eâ causâ esse, quasi usuceperit.

§. 3.

Cum autem hac actione &c.] Vero rei domino, qui possessione ejus excidit, non dari actionem Publicianam tenet WISSENBACH in Exercit. ad ff. disp. 18. th. 23. sed contraaria sententia longe est probabilius; datur enim hæc actio ei, qui bonâ fide & justo titulo rem fuit consecutus, quod adhuc fortius obtinet in vero domino. L. ult. ff. h. t.—Præterea non infrequens est in jure nostro, competere electionem actionis ei, qui de jure, quod habet, diffidit. L. 1. §. 4. ff. quod legat. — Accedit argumentum ex L. 66. pr. ff. de eviſt. ubi promittit casus, quo vendor promittit admonuerit actione Publicianâ experiri, emptor vero id non fecerit, & docetur damnum inde natum emptori nocere.—Denique non potest possessor conventus prohibere, ne actor instituat actionem Publicianam, ceteroquin enim causâ caderet, & ostenderet se dominum non esse.

§. 4.

Similiter nec interest &c.] Gravissima quaestio est, an ad instituendam Publicianam actionem necessaria sit bona fides eo tempore, quo quis illâ actione experitur? Negat Auctor noster; sed magis illorum subscribendum sententiæ, qui in Publicianâ bonam fidem illo tempore, quo actio instituitur, necessariam ducunt. A. WIELING in not. ad usum indicis

Pand. LABITTI pag. 96. Quamvis enim ad usucaptionem non requiratur bona fides continua, ratio tamen plane non est eadem. Unica ratio, quare usucaptioni mala fides superveniens non noceat, hæc est, quod nemo causam possessionis sibi ipse mutare possit, id est, si quis possessionem ex certâ causâ bonâ fide acquisiverit, eamque continuaverit nullo intercedente facto alieno, non desinit ex eadem causâ possidere, licet mala fides ipsi superveniat. L. 40. §. 2. ff. de acq. vel amitt. poss. Ratio autem hæc cessat in Publicianâ actione. Illâ novam actor recuperare studet possessionem. Non mirum proinde est Prætorem hic exegisse bonam fidem, plane uti bona fides continua requiritur, si agatur de fructibus percipiendis, L. 48. §. 1. ff. de acq. rer. dom. eadem nempe ratione; nam hic quoque non datur factum aliquod continuum & non interruptum, sed quælibet perceptio in se spectanda est. — Accedit manifesta Legum auctoritas. — ULPIANUS, postquam in

L. 7. §. 16. ff. h. t. docuerat, ut Publiciana competit, concurrere debere, ut & bona fide quis enerit, & ei res empta eo nomine sit tradita; in §. 17. subjungit. „JULIANUS Lib. 7. Digestorum scribit traditionem rei emptæ oportere bonâ fide fieri: ideoque si sciens alienam possessionem apprehendit, Publicianâ eum experiri non posse; quia usucapere non poterit. Nec quisquam putet hoc nos existimare, sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, ut quis possit Publicianâ experiri: sed OPORTERE ET TUNC BONA FIDE EMPTOREM ESSE.” Quæ postrema verba nihil aliud significant, quam eo tempore, quo quis Publicianâ experitur, requiri ut sit in bonâ fide. Referunt quidem nonnulli τὸ τunc ad traditionem; sed quis non videt ineptiam hujus explicationis. Traditio sane non est actus, qui longum requirit temporis intervallum, ut inter ejus initium & consummationem supervenire mala fides ordinario queat. Præterea illud constat, nisi d. L. ultima verba ad tempus, quo quis experitur hac actione, quorū evidenter respiciunt, referantur, bis idem non tantum dicere JCTUM, (quoniam in prioribus verbis eandem rem proposuerat) sed idem quoque dicere per modum oppositionis, non sufficit—SED oportet, — quod nemo sibi facile persuaserit. — Aliud & non minus evidens argumentum invenitur in L. 11. §. 3. ff. h. t. ubi sic scriptum est: „Interdum tamen, licet „fur-

„furtiva mater distracta non sit, sed donata  
„ignoranti mihi & apud me conceperit, & pe-  
„pererit, competit mihi in partu Publiciana, ut  
„JULIANUS ait: SI MODO EO TEMPORE,  
„QUO EXPERIAR, FURTIVAM MATREM  
„IGNOREM.” Ut eluderent dissentientes vim  
hujus argumenti, ad emendationem tanquam ul-  
timum resugium plerique omnes progressi sunt,  
sequuti CUJACIUM, qui in *Comm. ad L. 4.*  
*ff. de usurp. & usucap. pro quo experiar legi*  
*jubet quo & pariat*, ut sic cum ULPIANO con-  
spiraret doctrina JULIANI, qui hic testis ci-  
tatur, in *L. 33. pr. ff. de usurp. & usuc. sed,*  
si inspiciamus verba *d. L. 33. pr. videbimus*,  
ne verbum quidem de Publicianâ locutum JU-  
LIANUM, sed tantum de usucapione. Condi-  
tio vero, quam in §. 3. d. *L. 11.* addit ULP-  
IANUS, quidem ad Publicianam requiritur,  
sed non item ad usucapionem. Servanda igi-  
tur est lectio, quam non modo Codex Flo-  
rentinus exhibet, sed Græci quoque in Basili-  
ca retulerunt, bonam fidem requirentes & rati-  
onem. vid. LEUNCLAVIUS *Notat. Lib. 2. n. 24.*  
in OTTONIS *Thes. tom. 3. col. 1508.* — Conf.  
D. G. VAN DER KEESSEL in *Dissert. Inaug.*  
*de usucapione partus & foetus rei furtivæ, Cap.*  
*ult. §. 15. & 16. in Thesauro Dissert. Jurid.*  
qui *Bremæ prodit 1769. tom. 2. vol. 1. pag.*  
*258. seqq.*

## §. 5.

*Quod si à furioso &c.]* Si quis à furioso,  
quem furere ignorabat, rem alienam bonâ fide  
emerit, haec res proprie non potest usucapi,  
quia justo titulo caret, sed contrarium tamen  
hac in parte fuit receptum. Conf. B. CHE-  
SIUS *Interpr. Lib. 2. cap. 39. in Jurispr.*  
*Rom. & Att. tom. 2. col. 533. seq.* Hinc  
autem oritur quæstio, an talis emptor habeat  
actionem Publicianam? Ad hanc quæstionem  
ULPIANUS in *L. 7. §. 2. ff. h. t.* affirmant  
do respondet, sed contrarium diserte docet  
JCtus PAULUS in *L. 2. §. 16. ff. pro empt.*

Harum Legum conciliatio revera est difficil-  
lima. — J. CUJACIUS in *Comm. ad d. L. 2.*  
§. 16. quem sequitur POTHIER in *Pand. Ju-  
stin. ad tit. ff. pro empt. tom. 3. pag. 153.*  
in eâ delet verba, nec *Publiciana*, & utitur  
auctoritate CONSTANTINI cujusdam Græci Interpre-  
tis, apud quem illa verba non reperiuntur, sed CUJACIUS, hac de re ab adver-  
fariis suis notatus, postea mutavit sententiam,  
& excogitavit distinctionem inter jus strictum  
& æquitatem, quam proposuit in *Obser. Lib. 16. cap. 29. in fine.* — D. GOTHO-  
FREDUS in *not. ad L. 7. §. 2. ff. h. t. &*  
*LYCLAMA Membran. Lib. 1. eccl. 20.* referunt  
*d. L. 7. ad casum, quo rem alienam, d. L. 2.*  
vero, quo rem propriam furiosus vendiderit;  
sed, præterquam quod hujus distinctionis in  
*d. d. L. L. nullum exstet indicium, illa sen-*  
*tentia hac premitur difficultate, quod in d.*  
*L. 2. mentio fiat actionis de evictione, quam*  
*locum habere in casu, quo res aliena fuit ven-*  
*dicta, notum est.* — Alii Interpretæ, secuti  
ACCURSIUM, putant *d. L. 7.* pertinere ad  
speciem, quo contra tertium, *d. L. 2.* vero,  
quo contra ipsum furiosum hæc actio institui-  
tur: M. A. GALVANUS *Dissert. de usufr.*  
*Cap. 34. pag. 547. seq.* & hæc sententia non  
foret spernenda, si modo vestigium in Lege  
exstaret. — Fortasse autem non improba-  
bilis est eorum sententia, qui statuunt ipsos  
JCtos hac de re diffensisse, & PAULUM in  
*d. L. 2.* stricte adhæsisse regulis interpreta-  
tionis, illud, quod contra juris rationem re-  
ceptum est, (uti in hoc casu usucapionem rei  
alienæ, à furioso emptæ) non esse producen-  
dum ad consequentias, *L. 14. ff. de legib.*  
ULPIANUM vero in *d. L. 7. ab usucapione*  
ad actionem Publicianam argumentum sum-  
pissime. Vid. NOONT in *Comm. ad h. t. (Oper.*  
*tom. 2. pag. 160. col. 2.)* & SCHULTING  
*Thes. contr. dec. 19. th. 7.* qui ULPIANI sen-  
tentiam, tanquam humaniorem, sequendam  
addit.

## T I T U L U S III.

*Si ager vestigialis, id est, emphyteuti-  
carius petatur.*

## §. 3.

*ERRONEUM proinde &c.]* Contractum  
emphyteuticarum non à ZENONE in-  
ventum, sed apud vetustissimas gentes  
cognitum fuisse probat SCHULTING *Thes.*  
*Contr. dec. 71. th. 1.* — In priscis tamen  
Germanorum Legibus & monumentis nullum  
*Tom. III.*

latus rei exstare vestigium tradit LEYSER  
*med. ad ff. tom. 2. spec. 102. med. 1.*

*Et quanyis &c.]* An, ut valeat contrac-  
tus emphyteuticus, in eo scriptura desideretur  
quæreritur. Et cum Auctore nostro magis  
putandum, emphyteusin etiam sine scripturâ  
contrahi. Primo, quia hic contractus procul  
dubio est bona fidei; in quo, ut refert PAU-  
LUS

LUS Lib. 2. *Sentent. tit. 17. §. 14.* scripturæ solemnitas nusquam est recepta. — Accedit, quod in L. 3. C. de jur. emphyt. nihil nocet amissio instrumenti emphyteutici: igitur nec nocebit ejus omissio: eo minus, quia ibi, si amissum dicatur, non opus est amissionem probari, sed sufficit probari consensum de contractâ emphyteusi. — Postremo posita in §. 3. *Inst. de locat. cond.* est summa L. 1. C. de jur. emph. sed nulla ibi scripturæ mentio; certo indicio, emphyteusis consensu vel sine scripturâ perfici. NOODT in *Comm. ad tit. ff. loc. cond.* (*Oper. tom. 2. pag. 336. col. 2.*) Duas autem hujus Regulae exceptiones non immerito statuant Interpretes: 1º. quando pacta fiunt, quæ ab ordinariâ contractus naturâ recedunt: quo referenda videtur L. 1. C. de jur. emphyt. J. D'AVEZAN de Contract. Lib. 1. Cap. 18. in MEERMANNI *Thes.* tom. 4. pag. 39. — 2º. quando emphyteusis est ecclesiastica, quæ instrumentum requirit. Nov. 120. cap. 5. & 6.

Quod vero ad mores hodiernos attinet, vehementer dubitamus, an non ex analogiâ Juris Hollandici dicendum sit scripturam in emphyteusi esse de essentiâ contractus; non tantum quia emphyteusis apud nos non constituitur nisi soluto vectigali, quadragesima dicto, (*den veertigsten penning*) LYBRECHTS Red. *Vert. over 't Not. Amt 2. D. 22. hooftst. n. 7.* sed etiam propter summam similitudinem, quam emphyteusis habet cum locazione conductione, quæ Hollandorum jure scripturam sigillatam omnino requirit. *Ordonn. op 't klein Zegel van 30. Septemb. 1744. art. 61.* Non tantam igitur reprehensionem mereri videtur S. VAN LEEUWEN, ac visum fuit Auctori nostro in fine h. §.

## §. 14.

*Et intra annum &c.*] Alioquin enim emphyteusis pro extinctâ habendam esse, judicavit Hollandiae Curia 4. Febr. 1526. vid. *Sentent. van den Hoog. & Prov. Raad No. 83. pag. 295.*

## §. 21.

*Simile de inundatione &c.*] Non obstante tamen inundatione vel incendio canon est solvendus, si speciali pacto ita convenerit. Exemplum adfert ZURCK in Cod. Bat. voce Erf-pacht §. 6. n. 7. ejusmodi emphyteuseos, quæ appellat erfagt, uitgegeven ten vloede en brande.

## §. 25.

*Non etiam donatio &c.*] Conf. LEYSER med. ad ff. tom. 2. spec. 105. med. 3. pag. 323.

## §. 26.

*Ac apud nos in Hollandia &c.*] Multis Hollandiae locis moris esse, ut alienatâ emphyteusi, Domino, si non retrahat, duplex canon persolvatur, ex antiquis patriis Legibus apparat. *Handvest by Graaf Willem den II. aan Delft gegeven in den Jaare 1246. art. 58.* (M. Z. BOXHORN *Toneel van Holland pag. 139. col. 1.*) *Handvest van Willem Roomsch Koning aan Alkmaar van den Jaare 1254. art. 49.* (MIERIS *Chart. Boek. 1. D. pag. 285.*) *Handvest by Graaf Floris aan Medenblik verleend 25. Maart 1288. art. 49.* (MIERIS d. l. pag. 481.) item aan Monnikendam eod. dat. (MIERIS d. l. pag. 491.) *Handvest by Graaf Jan den I. aan de stede Beverwyk gegeven den 11. November 1298. Art. 55.* (MIERIS d. l. pag. 602.) *Handvest by Graaf Willem den V. aan Enkhuyzen gegeven den 16. Maart 1355. Art. 49.* (MIERIS d. l. 2. D. pag. 830.) — Similiter in emphyteufibus publicis, quæ à Principe (*de Graaffelykheid*) concessæ sunt, Quæstoribus duplicatus canon solvendus est, re emphyteuticariâ per venditionem, successionem, donationem, aliumve titulum in alium translatâ, ut emphyteusis in nomen novi emphyteutæ transferatur, nobis voor 't recht van inschrywing of overboeking. Vid. *Placaaten van de Staten van Holland van den 31. October 1620. en 27. September 1658.* (GR. PL. BOEK 1. D. fol. 1492. & 2. D. fol. 2522.) — Quid autem obtineat in illis locis, ubi de alienatione emphyteuseos Legibus nihil caatum reperitur, aliquatenus dubium videri potest. Hoc casu dimidium canonem domino solvendum esse vulgo traditur. S. VAN LEEUWEN in *not. op de Costum. van Rhynland Art. 40. pag. 196.* Satius itaque est, contractui emphyteuseos speciale pactum hac de re inserere; cuiusmodi exemplum occurrit apud BYNKERSHOEK *Quæst. Jur. Priv. Lib. 2. cap. 4. pag. 336.* de stipulatione, ut pro singularis alienationibus domino præstaretur unus canon.

## §. 36.

*Quin imo moribus &c.*] Conf. *Regtsgel. Observ. over DE GROOT's Inleid. 4. D. Obs. 31.*

## §. 42. &amp; 43.

*Remissio fit — tacite, veluti si dominus &c.*] Si canon in seculari emphyteusi intra triennium perfolitus non sit, dominoque jus expellendi emphyteutam sit partum, hic si simpliciter exegerit canonem, vel solutionem canonis admiserit, in dubio magis videtur præsumendus jure caducitatis uti non voluisse: nisi

nisi forte circumstantiae facti aliud velint, vel dominus protestando jus suum servarit. Illud autem de civili emphyteusi tantum accipiendum est, non de ecclesiastica, ex qua expelli potest emphyteuta, & insuper canon præteriti temporis exigi. Nov. 120. cap. 8. SCHULTING *Thes. Controv. dec. 72. th. 4.* Conf. A. MERENDA *Controv. Jur. Lib. 16. cap. 16. & Lib. 24. cap. 10.* LEYSERUS *Medit. ad ff. tom. 2. spec. 103. med. 6. pag. 309.*

## §. 51.

*De ed scil. repulsione &c.]* Emphyteutam à prædio emphyteuticario propter caducitatem emphyteuseos non nisi auctoritate judicis expelli posse, confirmatur sententiâ Curiae Hollandiae 20. Decemb. 1615. cuius mentio occurrat apud S. VAN LEEUWEN in not. ad PECK. van 't hand opleggen 28. D. n. 13. pag. 390. *Decis. en Resol. van den Hove van Holland No. 110.*



# LIBER SEPTIMUS.

## TITULUS I.

*De Usufructu, & quemadmodum quis utatur fruatur.*

### §. 1.

- L. **AEVIA** 44. ff. de manum.  
test.] Ad explicandam h.  
L. conf. G. MAJANSIUS  
Disput. Jur. tom. 2. Disp.  
41. n. 20. pag. 130.  
seq.



### §. 3.

*Et à D. D. recte &c.]* Divisio ususfructus, tanquam genus considerati, in causalem & formalem non est accurata; quod enim dominus rei suæ fructus percipiat, id non facit jure ususfructus, sed jure proprietatis. Apparet hoc in actione confessoriâ, in quam venit ususfructus, non omnis, sed à dominio separatus. Datur certe hæc actio ei, qui potest dicere suum esse rei usumfructum, non ei qui potest rem suam dicere: nam, ut ULPIANUS ait in L. 5. ff. si ususfr. pet. uti frui jus sibi esse, intendere potest solus, qui habet usumfructum; dominus autem non habet; quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet, nec enim potest ei suus fundus servire; cum de suo, non de alieno jure quemque agere oportet.— Idem quoque placet PAULO in L. 25. ff. de V. S. sic scribenti: „Recte dicimus, eum „fundum totum nostrum esse, etiam cum usus „fructus alienus est: quia ususfructus non do „minii, sed servitutis pars sit: nec falso dici „totum meum esse cujus non potest ulla pars „dici alterius esse.” — Add. L. 16. §. 1. ff. famil. ercisc. — Attamen PAULUS in L. 4. ff. h. t. dicit: *Ususfructus in multis casibus pars dominii est.* Minime vero his verbis voluit, usumfructum, si intra artis auctoritatem subsistamus, esse dominii partem: sed id tantum significat, usumfructum aliquando domino similem esse, vel dominii loco haberi. Illustrari hoc potest exemplo legati, quod occurrit apud PAPINIANUM in L. 76. §. 2. ff. de legat. 2. Legatus est à testatore fundus, cuius ususfructus erat apud heredem scriptum. Queritur utrum legatario debeat nuda fundi proprietas, an solida? JCtus, secutus

defuncti voluntatem, qui exerciturus liberalitatem erga legatarium, non videtur voluisse, ad eum venire inane fundi nomen sine utilitate ejus naturali, putat in hoc articulo perinde habendum esse usumfructum, ac si esset dominii portio, quamvis alias ex arte juris non sit, eaque ratione heredem legatario obligari ad traditionem solidæ proprietatis fundi, nec posse ex causa fructus, qui ejus erat, retinere emolumumentum. — Add. L. 66. §. 6. ff. cod. L. 6. ff. de usufr. ear. rer. L. 19. ff. de usu & usufr. leg. — Similiter in stipulationibus, cæterisque contractibus, in quibus explicandis sequimur quod actum est, (L. 34. ff. de R. J.) cum verisimile est, contrahentes promissio fundo, non ad nudam intendisse proprietatem sine utilitate fructuum, optimâ ratione interpretamur, quod illi voluere, usumfructum esse instar partis fundi, sive haberi loco dominii, licet juris subtilitate non sit. L. 58. ff. de V. O. L. 66. ff. de contr. empt. Conf. NOODT de usufr. Lib. 1. cap. 2.

### §. 5.

*Qua ratione &c.]* Conf. NOODT de usufr. Lib. 2. cap. 5.

### §. 8.

*Quod si Titio &c.]* Allegatam L. 19. ff. de usu & usufr. leg. ex professo explicavit H. BRENKMAN in Diatr. de Euremat. cap. 9. pag. 184—202. — Non immerito autem dubitavit Auctor noster, an JCti decisio in h. L. quippe quæ nimiâ juris subtilitate nititur, neque nostro sermoni convenire videatur, moribus hodiernis recepta censeri possit. Conf. J. N. HERTIUS Comment. & Opuscul. vol. 1. tom. 3. pag. 92. Dissentit U. HUBER in Prælect. ad tit. Inst. de usufr. n. 2.

### §. 12.

*Quod si testator &c.]* Si quis Titium in omnium bonorum usufructu heredem instituerit, & adjeicerit, se post Titii obitum instituere Mævium heredem, putat Auctor, secundum probabilem testatoris intentionem, tempus mor-

mortis heredis fructuarii non esse adjectum, ut moretur additionem pure faciendam ab heredibus postea vocatis, sed ne hi usumfructum percipient, quamdiu superest fructuarius. E contrario vero tenet Z. HUBER *Observ. judic. tom. I. Obs. 58.* hoc easu fructuarium statim esse heredem solum, eoque mortuo, alterum, si vivat, fideicommissi petitionem habiturum. In casu itaque, quo non nulli ex his, qui post mortem heredis, ex usufructu omnium bonorum instituti, vocabantur, ante heredem fructuarium mortui fuerant, jus successionis ad ejus liberos vel heredes transmissum non fuisse, saepius judicavit Frisiae Curia. — Add. Z. HUBER *d. I. Obs. 92. & de Casib. enucleat. quest. 8. & 9.*

## §. 14.

*In omnis generis rebus &c.]* Usumfructum jure civili constitui in corporibus nulla est dubitario, *L. 2. ff. h. t.* sine discrimine, utrum sint mobilia, ut navis, *L. 12. §. 1. ff. h. t.* an fere moventia, ut servus & iumentum, an immobilia, ut aedes aut fundus, *L. 3. §. 1. ff. h. t.* utrum utilitas praesens sit, an futura, *L. 55. ff. h. t.* PAULUS *Sentent. Lib. 3. tit. 6. §. 18.* — Non magis refert utrum fructuario lucrum redditumve adferat corpus, an oblectationem; est enim haec animi fructus. Sic statuae & imaginis ususfructus meminit MARCIANUS in *L. 41. ff. h. t.* & numismatum veterum POMPONIUS in *L. 28. ff. eod.* Quod non est restringendum ad illa numismata, quibus pro gemmis uti solent homines ad pilei aut vestis ornatum, ut putant F. CONNANUS *Comm. Jur. Civ. Lib. 4. cap. I. n. 2.* & H. DONELLUS *Comm. Jur. Lib. 10. cap. 3. in fin.* sed generaliter intelligendum de omnibus numismatibus, quorum usus est animi oblectatio ex earum collectione & contemplatione. Apparet itaque amoenitatem fructuarii corporis ejus fructui comparari; ideoque & nonnunquam usumfructum dari posse eorum corporum, praediorum puta, in quae plus impenditur, quam de iis acquiritur. *L. 19. ff. de servit.* *L. 12. §. 3. L. 41. §. 1. ff. h. t.* Conf. NOODT *de usufr. Lib. I. Cap. 4.*

## §. 20.

*Nec consentiente fructuario &c.]* Ad questionem, utrum proprietarius non solus, sed consensu fructuarii, servitutem fundo imponere possit? negando Auctor respondet, & ut videtur recte, propter aperta ULPIANI verba in *L. 15. §. ult. in fin. ff. h. t.* „Proprietatis dominus, ne quidem consentiente fructuario, servitutem imponere potest.” Hujus tamen legis doctrinam multi veteres ac recentiores JCTi iniquitatis damnant, vel saltem

impenetrabilis subtilitatis, ideoque ad textus mutationem recurrent. — P. BUSIUS *ad d. L. 15. & A. PINELLUS loc. ab Auct. cit.* ita legunt: *Proprietatis dominus non consentiente quidem fructuario, servitutem imponere non potest;* ut sensus sit: proprietatis dominus, dissentiente quidem fructuario, servitutem fundo imponere nequit. Sed vix est, ut talem correctionem patiatur *L. 17. ff. h. t.* quæ *L. 15.* ut inscriptio docet, cohæret, & in qua causus specialis traditur, quo proprietario licet, consentiente fructuario, locum religiosum faceare, atque ita prædio fructuario necessarium se pulchro servitutem imponere. Est haec igitur exceptio, quæ firmat regulam in casibus non exceptis, quæque frustra allegaretur, si vulgo, ac ex jure communi, proprietario liceret ex fructuarii consensu servitutem fundo puro constituere. Ita hanc Busii & PINELLI sententiam confutarunt Auctor in *h. §. & J. STEKIUS Vindic. Leg. anticrit. cap. 5.* (in OTTONIS *Thef. tom. I. col. 512. & seq.*) — Adsentitur fere illorum sententiae U. HUBER in *Eunom. Rom. ad d. L. 15.* pro ne quidem legens *non nisi*; cui PINELLI sententiae refutatione jam satisfactum est. — Alii pro ne quidem substituunt *si quidem*; sed illa mutatio non bene descendit ad litteram ejusdem & sequentis textus. HUBER *ad tit. ff. de servit. n. 8.* — C. VAN ECK in *Princ. Jur. ad h. t. ff. n. 25.* ut negativa positio affirmativa fieret, pro nequidem legit *equidem*: verum illam correctionem non ferre sequentes textus, monuit BYNKERSHOEK *Observ. Jur. Rom. Lib. I. cap. II.* qui idcirco vocabula transponit, & in *L. 17. ff. h. t.* pro *autem* legit *item.* Attamen & sic PAULI exceptio interjecta in *L. 16.* forsan molesta erit. — B. H. REINOLDUS *Varior. cap. 16.* audacius integrum versiculum novum PAULO affingit: *Proprietatis dominus fundo servitutem fructuario invito imponere non potest:* id. quod refelli non est necesse, cum sua sponte cadat.

Aliis vero haec criticorum correctio displacevit, iisque, servata omnium Codicum perpetuâ lectione, *L. 15. §. ult. L. 16. & L. 17. pr. ff. h. t.* conciliare tentarunt. Præunte CONNANO *Comment. Jur. Civ. Lib. 4. cap. 3. §. 13.* hoc fecerunt A. WIELING *Leet. Jur. Civ. Lib. I. cap. 8. & J. VOORDA E/eet. cap. 10.* Verba, *ne quidem consentiente fructuario*, considerant velut parenthesi inclusa, & affirmativam, non negativam, Legis explicacionem reddunt; vocabulum vero *nisi* in *L. 16.* exponunt per *duntaxat*, vel *sed*: ut sensus sit: „Potest proprietatis dominus, vel non consentiente fructuario, servitutem imponere, sed talem, qua fructuarii conditio non fiat deterior.” Ita illi. Sensum vero JCTi tribendum, quem vel prima textus lectio respuit, nobis persuasum habere non possumus.

Quemadmodum autem in lectione ac inter-

interpretatione harum Legum maxime variant Interpretes, ita & hi, qui negativam Auctoris sententiam amplectuntur, de investigandâ hujus juris verâ ac justâ ratione non minus laborant. Fateor omnino, juris quadam subtilitate hanc opinionem niti, sed non tali, quæ rationem & notissimas juris regulas offendere. Optime autem ratiocinari videtur Auctor noster, dum hanc rationem proponit. Nemo servitutem imponere potest, nisi qui pleno jure dominus est arg. L. 1. comm. præd. Hinc nudo proprietario servitutis imponendæ potestas asseri nequit, quoties ea fructuario damnoſa foret. Nec fructuarii consensus hic quidquam conferre potest, quoniam omnis servitutis impositio est alienationis species, quæ fructuario est denegata. — Nec dicendum proprietarium & usufructuarium coniunctim plenum habere dominium, & id quod proprietario deest, suppleri consensu fructuarii: illud enim ex juris ratione verum non est, quia usufructarius re non utatur jure dominii, sed jure servitutis. Deberet igitur usufructarius jus suum cedere domino proprietatis, qui acquisito pleno dominio tum demum imponendæ servitutis facultatem haberet. Hanc vero ipsi tribuere nequit consensus fructuarii, quamdiu is usumfructum suum retineat. — Conf. porro J. GOTHOFREDUS *Animadvers.* Cap. 5. in OTTONIS *Thes.* tom. 3. col. 276. G. A. STRUVIUS *Syntagm. Jur. Civ. Exerc.* 12. §. 19. G. NOODT *de usurfr.* Lib. 1. Cap. 15. — Aliam adhuc rationem adfert TOULLIEU *Collectan. Diff.* II. pag. 320. & seqq. ex eo scil. quod non sufficiat nuda proprietas ad imponendam servitutem, usufructui officientem, se qui dicit, nihil hic per fructuarii consensum mutari posse, adeoque eam nec consentiente quidem fructuario imponi posse; idque ob hanc regulam: *Quoties actus aliquis defectu facultatis in agente laborat, is nequit, licet ille, cuius interest illum non valere, consentiat, ullo modo convalescere.* Sic v. g. filiusfamilias testari non potest, licet pater hoc ipsi concedat. pr. f. quib. non est perm. fac. test. L. 6. ff. qui test. fac. poss. Sic etiamsi filius præteritus in suam præteritionem consentiat, attamen non valet jure civili testamentum patris. L. 17. ff. *de inj. rupt. irr. fact. test.*

## §. 23.

*Etsi de alluvione &c.]* Cum juris sit certissimi, ad ipsum fundum alluvionis incrementum necessario pertinere, dominoque fundi cedere, probabile non est PAULUM in *Sent. loc. al.* à cæteris JCtis dissensisse; sed magis est, ut verbum *fundum* ibi deleamus, cum NOODTIO *de usurfr.* Lib. 1. cap. 6. in fin. vel pro *fundum* legamus *fundi*, cum SCHULTINGIO in not. ad d. l. PAULI.

## §. 24.

*Meralla autem &c.]* Conf. NOODT *de usurfr.* Lib. 1. cap. 6. & LEYSER *Medit.* ad ff. tom. 2. spec. 106. med. 6. & 7. pag. 333. seqq.

## §. 26.

*Partum quidem ancillæ &c.]* An partus ancillæ ad fructuarium pertineret, vetus fuit quæſtio, inquit ULPIANUS, & notat BRUTI sententiam obtinuisse, ne pertineret. Hunc sequitur & PAULUS *Sentent.* Lib. 3. tit. 6. §. 20. A. BRUTO dissentiebant SCÆVOLA & MANILIUS, ut observat CICERO *de fin. bon. & mal.* Lib. 1. cap. 12. Sed quænam fuit BRUTI sententiæ ratio? ULPIANUS in d. L. 68. hanc reddit: *neque in fructu hominis homo esse potest.* Similiter GAJUS in L. 28. §. 1. ff. *de usurfr.* ait: *absurdum videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratiâ comparaverit.* — ULPIANUS vero in L. 27. pr. ff. *de hered.* petit. dicit, ancillarum partus, & partuum partus augere hereditatem, quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillæ ejus rei causâ comparantur, ut pariant. — Neutram rationem sufficere putat BYNKERSHOEK *Observ. Jur. Rom.* Lib. 5. cap. 7. qui igitur aliam suppeditat, scil. quoniam servus ob solas operas est in fructu, nec partus operas præstare potest, ideo partum non esse in fructu.

## §. 32.

*Neque dubium, quin &c.]* Secundum juris communis regulas, si nemo nominatus est, qui rem fructuarium administrat, rei possessio & administratio ipsi usufructuario competit, L. 60. §. 1. ff. h. t. qui idcirco tenetur cavere se usurum fruiturum boni viri arbitratu, & se finito usufructu restituturum, quod ex re exstabit. L. 1. pr. ff. *usufr.* quemadm. cav. Sape tamen accidit, ut si quis testamento in usufructu instituatur, vel usufructus alicui legetur, testator simul nominet administratorem rei fructuariæ. Quod tamen, ut usufructuario possidendi & administrandi facultas adimatur, claris ac expressis verbis fieri oportet: nec ex eo, quod quis *Executor testamentarius* nominatus sit, recte deducitur, huic etiam, bonorum divisione factâ, portio- nis vel rei fructuariæ administrationem com- petere, nisi hoc nominatim testator adje- cit: ea enim inter *Executorem*, & *Admini- stratorem* intercedit differentia, ut illius offi- cio finito, hujus demum officium incipiat. LYBRECHTS *Reden. Vert. over 't Not. Amt.* I. D. 30. hooftst. n. 4.

## §. 33.

## §. 33.

*Novum opus nunciare &c.] Conf. NOODT  
de usufr. Lib. 2. cap. 15.*

## §. 36.

*Modicam quoque refectionem &c.] Hoc non tantum juri communi convenit, (Vid. responsa duo notabilia, anno 1652. super ultimis voluntatibus Principum Arausionium Frederici Henrici & Gulielmi II. data, in de Holl. Conf. 6. D. conf. 23. & 24. pag. 382. seqq.) sed & variis Hollandiae statutis confirmatur. Keuren van Schoonhoven van den Jaare 1557. Tit. yan huwel. voorw. Art. 6. by VAN BERKUM Beschr. der gem. Stad pag. 242. — Keuren van Oudewater van 1605. Art. 152. — Statuten van Vianen en Ameiden Rubr. I. art. II. — Ordonnantie voor de Vierschaar te Gouda van den jaare 1633. pag. 60. — Costumen van Vlissingen Cap. 17. Art. I.*

## §. 38.

*Non tamen — fructibus haud proportionata.] Usufructarius onera omnia ordinaria & extraordinaria, quin & tributa bellica ferre debet. L. 7. §. 2. L. 27. §. 3. ff. h. t. Addunt tamen limitationem D. D. nisi immodica sint onera fructumque excedant. Sed nova circa hanc limitationem oritur disputatio; utrum in*

computatione excessus fructus ejus tantum anni, quo onera soluta fuerunt, an redditus omnium, per quos usufructus duravit, annorum in rationes sint referendi. Ad posteriorem sententiam accedit LEYSER Medit. ad ff. tom. 2. spec. 106. med. 3. pag. 330. putans, tunc saltem sublevandum esse usufructuarium, quin multitudine onerum & tributorum totus usufructus inutilis redditur, non si unius saltem anni fructus absorbeantur. Nam tributorum solutio est fructuum onus, atque adeo proprietario, qui nihil omnino percepit, tamdiu, quamdiu aliquod ex praeteritis saltem annis emolumentum penes usufructuarium supereft, imponi nequit. Accedit deinde argumentum à minore ad majus, à conductore scil. qui mercedem pro fructibus solvit, ad usufructuarium, qui gratis eos percipere solet. Atque conductor ubertatem præteriorum vel sequentium annorum cum sterilitate unius compensare debet. L. 8. C. c. 3. X. de locat. & cond.

*Quod neque vicefima &c.] Conf. LYBRECHTS Red. Vert. over 't Not. Ampt. 1. D. 27. hooftst. n. 16. pag. 430.*

## §. 40.

*Quibus consentaneum est, &c.] Conf. LEYSER Medit. ad ff. tom. 2. spec. 106. med. 2. pag. 329.*

## T I T U L U S II.

*De usufructu accrescendo.*

## §. 2.

*ESTQUE hæc proprie &c.] Obscurissima sa-  
ne est L. 10. ff. h. t. in cuius Legis casu  
singendo maxime variant Interpretes.  
Explicationem CUJACII & FABRI jam nota-*

vit Auctor. Aliæ expositiones videri possunt apud B. CHESIUM Interpr. Jur. Lib. 2. cap. 14. in Jurispr. Rom. & Att. tom. 2. col. 420. seqq. & apud H. à SUERIN in Libr. sing. de usufr. accresc. in OTTONIS Thes. tom. 4. col. 116.

## T I T U L U S III.

*Quando dies usufructus legati cedat.*

## §. 1.

*PROTINUS à morte testatoris &c.] Ita &  
jure veteri, quod jus reduxit JUSTI-  
NIANUS, ne heredes legatariorum, ante  
apertas tabulas aditamve hereditatem extinc-*

torum, legatis privarentur. L. un. §. 5. C. de caduc. toll. Ante JUSTINIANUM ex Lege Juliâ & Papiâ legatorum plerorumque dies cedebat à momento apertarum tabularum. Conf. J. G. HEINECCIU in Comm. ad L. Jul. & Pap. Lib. 3. cap. 2. — Cæterum

de

de ratione, cur in legato usufructu dies cedat ab aditâ hereditate, cum cæteroquin in legatis ita juris est, ut dies cedat à morte

testatoris, vid. U. HUBER in *Prælect. ad h. t.* ff. num. 2. & 3.

## TITULUS IV.

*Quibus modis ususfructus vel usus amittitur.*

## §. 1.

**S**i collegio vel civitati &c.] Conf. H. GROTIUS de jur. bell. ac pac. Lib. 2. cap. 4. §. 7. NOODT de *Usufr.* Lib. 2. cap. 6. — Exemplum legati ususfructus, civitati relicti, superiori seculo existit in oppido Schagen, & memoratur apud J. VAN DEN BERG Nederl. *Adv. Boek 2. D. conf. 146. pag. 376. seq.*

## §. 2.

*Ita sane JULIANO placuit &c.]* Sententiam JULIANI in L. 17. ff. h. t. ad juris civilis rationem & regulas exactam esse, probat HUBER in *Prælect. ad h. t. n. 2.* & in *Eunom. Rom. ad d. L.* ubi simul ex aliis legibus contra JULIANUM petita argumenta diluit. Sed non pauci, quos inter & Auctor noster, adeo ab omni aequitate remotam hanc JULIANI doctrinam contendunt, ut pronuntient, si species ejusmodi incidat, contrariam sententiam amplectendam esse. Alii vero (uti J. C. RUCKER in *Observat. cap. 4. §. 5. n. 1. pag. 136. seqq.*) vehementer dubitant, an in æqui bonique ratione investigandâ & constituendâ calculos bene subduxerint, qui sic sentiunt. Etenim, si fructuarius, cum ab herede proprietatem emeret, sciebat, eam Titio sub conditione legatam esse, sibi imputare debet, quod proprio facto usumfructum cum proprietate confudit & extinxit: aequitas naturalis non postulat, ejus damni rationem haberi, quod quis ex suâ culpâ sentit. L. 203. ff. de R. f. Sed quid si ignorabat alii sub conditione legatam esse proprietatem, eamque adeo bonâ fide emit, tanquam perpetuo jure suam futuram? Etiam hoc casu iniquum foret hujus damni reparationem peti à Titio, cuius nulla omnino argui potest culpa; & qui nunc ex ipsâ testatoris voluntate fundum pleno jure habere censeri debet. Potuit enim defunctus quam voluit rei suae legem dicere, atque, eo ipso quod detracto usufructu proprietatem Titio sub conditione legavit, hoc voluit, ut existente conditione Titius fundum pleno jure haberet, quam primum ususfructus ad legatarium pertinere desisset. Nihil itaque in æqui bonique regulas peccat JULIANUS, cum in propositâ specie

Titio plenum jus in fundo tribuit. Et quamvis iniquum sit fructuarium in damno herere, hæc tamen difficultas non tangit sententiam JULIANI, qui de solius Titii jure disputation: illam vero questionem, an aut quomodo fructuario succurri debeat, adeo non tractat, ut ne quidem inter scientem & ignorantem usufructuarium distinguat, quæ tamen distinctione, si fructuarii causa in disceptationem veniret, prætermitti vix posset. Ex quibus illud quoque sequi videtur, non admodum probabilem esse sententiam HUBERI, qui in *Eunom. Rom. ad h. L.* statuit, JULIANUM accipiendo esse de fructuario, qui proprietatem, sciens eam alii sub conditione legatam esse, emit: nam si ignorans emerit, usumfructum ei officio judicis restituendum esse putat, per L. 16. & 17. ff. de *contr. empt.* Primum enim generalia sunt JULIANI verba, nec quicquam habent, quod ad illam distinctionem ducat, & ad solum scientem fructuarium ea restringere cogat: deinde nec aequitatis ratio patitur, usumfructum Titio adimi, & pristino fructuario, quia proprietatem ignorans emit, restitui. Pristinus fructuarius sic juvari debet, ut id fiat absque tertii injuriâ. Atque iniquum fuerit, Titio, quocum nullum negotium gestum est, & cui nec ullâ aliâ ratione quidquam potest imputari, jus suum detrahi, ut alienam fructuarii, in id quod emit non satis inquirentis, imprudentiam; & heredis, emptorem suum non monentis, culpm luat: potius contra heredem, tanquam auctorem suum, à quo deceptus est, ad id quod sua interest ex empto agere debet fructuarius: nec aliud doceatur in d. L. 16. & 17. ff. de *contr. empt.* ad quam HUBERUS provocat.

## §. 3.

*Extraneo facta cessio &c.]* Cum de effectu translationis usufructus, per fructuarium in alium quam dominum proprietatis factæ, queritur, statum questionis ante omnia penetrare oportet: maxima est enim differentia inter usumfructum, & jus percipiendi fructus rei fructuariae; nam conductor rei fructuariae habet jus percipiendi ejus fructus, & tamen non est fructuarius; posse autem rem à fructuario locari, clari juris est. L. 9. §. 2. ff.

*locat. L. 12. §. 2. ff. de usufr. L. 7. §. 10. ff. comm. divid.* Quamvis igitur fructuarius etiam aliis concedere possit jus percipiendi fructus titulo locationis, venditionis, aut donationis; non potest tamen ususfructus alterius à fructuario concedi, ut in eum jus ipsum transeat. A. MERENDA *Controv. Jur. Lib. 7. cap. 50. & Lib. 14. Cap. 10.* Sed quid si tamen fecerit? In §. 3. *Inst. de usufr.* Imperator ait: *cedendo extraneo nihil agitur.* At vero in L. 66. *ff. de jur. dot.* ICtus docet, *si extraneo cedatur, id est, ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum.* Distinguunt vulgo D. D. inter cessionem in jure factam, & cessionem simplicem. Cessione in jure facta, cedens id quod coram Prætore solemniter cessit retinere non potest, cum id ab eo debeat abire; & quoniam ad alterum transire nequit, intereat ususfructus necesse est. Et hoc referunt d. L. 66. De simplici vero cessione, quæ sublato Jure Quiritario hodie obtinet, (*L. un. C. de nud. jur. quirit. toll.*) intelligunt d. §. 3. *Inst. de usufr.* Conf. SCHULTING *ad PAULI Sent. Lib. 3. tit. 6. §. 32. not. 73. & ad ULPIANI Fragm. tit. 19. §. 11. not. 39. in Jurispr. Ante-Just. pag. 363. & 624.* NOODT *de usufr. Lib. 2. cap. 10.* — Longe aliter vero de hac materia sentit J. VAN DE WATER *Observ. Jur. Rom. Lib. 3. cap. 11.* Putat ille non repugnare Jurisprudentie Romanæ usufructuarium posse ipsum jus utendi fruendi in alium transferre. Si simpliciter usumfructum alterius concessit fructuario, distinguit inter venditionem ususfructus & donationem. Usufructarius vendens simpliciter usumfructum videtur nudam facultatem fructus percipiendi absque jure usufructuario competente vendidisse. Hinc usufructarius, quamvis emptor non natatur usufructu per tempus legibus definitum, ideo non amittit jus ususfructus. L. 38. L. 39. *ff. de usufr.* Usufructarius vero donans usumfructum, non tantum facultatem nudam fructus percipiendi, sed ipsum quoque jus semper transtulisse censetur. Hinc usufructu non utente donatario intra spatum legitimum, usumfructum fructuario amittit, nec retinere potest. L. 40. *ff. eod.* Quin imo & in ususfructus venditione id agi potest, ut ipsum jus in emptorem transeat, quod satis luculenter innui videtur in L. 8. §. 2. *ff. de peric. & comm. rei vend.* §. 1. *Inst. de usu & habit.* Quemadmodum igitur proprietarius, non obstante usufructu ad alterum pertinente, jus suæ proprietatis interim in alium transferre potest, L. 17. §. 2. *ff. de usufr.* L. 19. *ff. h. t. ita & usufructuarium deterioris conditionis esse non oportet, modo tamen, jus suum in alium transferendo, domino præjudicium non adferat.* Hinc moriente usufructuario, ille cui ususfructus da-

tus erat, eo cadit, & ususfructus redit ad proprietarium. d. L. 8. §. 2. — Existimat porro VAN DE WATER, non differre cessionem à venditione, sic ut usufructuarius jure suo ususfructus cedere possit cuicunque extraneo. Hinc ULPIANUS *Fragm. tit. 19. §. 11.* totidem verbis ait: *in jure cedi posse usumfructum:* quæ verba multo magis de cessione, ab usufructuario in gratiam tertii facta, quam de eâ quæ domino fit, accipienda sunt. — Attamen *cedendo extraneo nihil agi*, dicit JUSTINIANUS in §. 3. *Inst. de usufr.* Hanc difficultatem ita tollit VAN DE WATER. Propositum fuit Justiniano in d. §. 3. tradere modos, quibus ususfructus finitur, & ad proprietatem revertitur. Praemissis morte, duabus capitibus diminutionibus, & abusu, subjungit consolidationem, seu ususfructus cum proprietate confusione, quæ fit duobus modis, vel si ususfructus domino proprietatis cedatur ab usufructuario; vel si usufructuarius proprietatem rei acquisiverit. An igitur etiam finitur ususfructus, & proprietario acquiritur, si ususfructus ab usufructuario *extraneo cedatur?* nequaquam: *nihil agitur*, i. e. nulla potest hic locum habere consolidatio, nec ususfructus per illam cessionem confunditur cum proprietate; sic ut verba illa, *nihil agitur*, ad proprietarium sint restringenda, & de eo intelligenda. At multum agitur respectu extranei, qui usumfructum ex cessione adipisci potest, ut patet ex §. 1. *Inst. de usu & habit.* de eo tamen nihil definit JUSTINIANUS in d. §. 3. — Sed quid respondet ad L. 66. *ff. de jur. dot.* ubi cessione facta extraneo usumfructum reverti ad proprietarium dcitur? Putat h. L. non continere regulam generalem, quæ definit, nullum usumfructum ab usufructuario cedi posse extraneo, sed verba ejus referenda ad speciem illic tractatam, scil. usumfructum in dotem marito datum. Specialis in hac causa ratio est, quare cesso, à marito fructuario facta, non valeat. Durante matrimonio non potest maritus cedere usufructu; neque mulieri, neque alii cuilibet. Non cuivis extraneo, quia sic eluderetur finis dotis à proprietario datae, ut eâ nempe sustinerentur onera matrimonii. Non potest mulieri stante matrimonio usufructu gratis cedere, quia illa cesso mera foret donatione, quæ inter virum & uxorem est prohibita. Soluto vero matrimonio facultatem quoque non habebit usufructu cedendi extraneo; quoniam ex naturâ dotis, dissoluto matrimonio, dos est restituenda suo domino. Species igitur, à POMPONIO in d. L. 66. proposita, hæc est, an maritus usumfructum dotalem, rupto conjugio, extraneo cedere queat? negat hoc POMPONIUS, nam dirempto matrimonio ususfructus dotalis reversurus erit ad dominum proprietatis, eique à marito restitui debet; neque quicquam in contrarium maritus effi-

efficere potest; sic ut ex mente POMPONII ususfructus dotalis ad dominum proprietatis redeat, non vi malæ factæ cessionis in gratiam extranei, ut puniretur juris ignorantia, ac supina negligentia cedentis; sed ex naturâ dotis, quæ soluto matrimonio non potest restituvi extraneo. Et, licet proprietarius dotem sibi reddi non fuerit stipulatus, ut verosimile est in specie agitatâ accidisse, tamen maritus mulieri dotali usufructu cedere nequit, quia illa pro extraneâ habetur personâ, cui dos restitui non potest.

Cæterum hoc loco notare adhuc debemus, in nonnullis patriis Legibus prohiberi, ne usumfructum fructuarius extraneo cedat. Vid. Keuren van Oudewater van 1605. art. 152. vf.

„En die aldusdanigen gebruik verkregen heeft,  
„en mach 't zelve niet overgeven dan den ey-  
„genaer, ofte by syn consent eenen ande-  
„ren.” — Add. Costumen van Vlissingen  
cap. 17. art. 3. vf. „Item een tochtenaer of  
„tochtenerſſe en mag niemand zyn tocht trans-  
„porteeren anders, dan den eygenaer, maer  
„wel 't goed, in tochte beseten, verhuuren  
„voor zyn leven, ten ware anders was gecon-  
„ditioneert.”

#### §. 4.

In Hollandiâ judicatum &c.] Conf. Decis. & Resol. van den Hove van Holland No. 74. & No. 100. pag. 38. & 54.

#### §. 5.

Plane, si certus &c.] Usumfructum non utendo per modum extingui, à multis traditum est. Sed minus recte. Si enim fructuarius re fructuariâ utatur aliter, quam eâ uti solet paterfamilias, non per modum uti dici

poteſt: PAULUS Sent. Lib. 3. tit. 6. §. 27. L. 9. §. ult. ff. de usufr. L. 15. §. 1. & 3. ff. eod. & tamen hoc abusu non statim tollitur usuſfructus. L. 27. ff. de noxal. action. verum committitur stipulatio, qua cavit fructuarius se usurum fruiturum boni viri arbitratu. L. 1. §. 5. ff. usufr. quemadm. cav. Nec obſtat §. 3. Inst. de usufr. ubi usuſfructus finiri dicitur non utendo per modum & tempus. Hoc enim folummodo indigitat, usumfructum non utendo amitti: non quidem per tempus anni aut biennii, ſicut olim jus erat: ſed modum temporis novâ Lege à JUSTINIANO definiti. Verba itaque per modum & tempus ſignificant per modum temporis: figurâ loquendi non inuifitâ. Sic canit VIRGILIUS Aeneid. Lib. 3. vf. 223.

In riuimus ferro, & Divos ipſumque vocamus  
In partem prædamque Jovem. — —

quæ verba in partem prædamque ſignificant in partem prædæ. — Atque hæc interpretatio eo magis eft admittenda, quia in d. §. 3. ad dit Imperator, quæ omnia noſtra ſtatuit Constitutio; respiciens ad L. 16. C. de usufr. verum in h. L. nihil occurrit de amiffione usuſfructus non utendo per modum, ſed tantum de tempore fit mentio. Conf. NOODT de usufr. Lib. 2. cap. 9.

#### §. 9. & 10.

Quod si res &c.] Quatenus mutatione formæ rei fructuarie intereat usuſfructus? Quatenus restitutâ re, aut formâ priore reducâ, reviviscat? disquirunt NOODT de Usufruct. Lib. 2. Cap. 11. J. AVERANIUS Interpr. Jur. Lib. 5. cap. 26.

## T I T U L U S V.

### De usufructu earum rerum, quæ uſit consumuntur.

#### §. 1.

SENATUSCONSULTO &c.] Quando factum fit id SCtum, non liquet. Sane non illud adscendit ad tempora CICERONIS, cuius tempore, uti ex Topic. cap. 5. patet, corporum tantum, non item quantitatum & jurium erat usuſfructus. Quum vero illud jam interpretati ſint Maffurius Sabinus, Nerva & Caslius, & Proculus, uti colligi potest ex L. 5. §. 1. L. 3. ff. h. t. quos omnes ſub Tiberio floruisse conſtat: hoc quoque, vel certe Auguſto imperante, SCtum factum eſſe oportet. NOODT de usufr. Lib. 1. cap. 26. SCHULTING ad ULPIANI Fragm. tit. 24. §. 27. n. 71. in Jurispr. Antejust. pag. 658.

#### §. 3.

Ita in nominibus &c.] De usufructu nominum vid. NOODT de Usufr. Lib. 1. cap. 22. LEYSER Medit. ad ff. tom. 2. ſpec. 106. med. 5. pag. 332.

#### §. 4.

De reſtimentis &c.] Decantata eſt controver-

versia, utrum vestimentorum verus, an quasi sit ususfructus? quasi usumfructum existimat Auctor in h. §. Contraria tamen opinio magis invaluit, & firmioribus niti videtur argumentis. In §. 2. *Inst. de usufr.* quidem inter res, in quibus quasi ususfructus locum habet, etiam memorantur *vestimenta*, sed ipsa natura vestimentorum ostendit haec admittere verum usumfructum: nam utendo non consumuntur, non perit ipsa eorum substantia, uti res sese habet in vino, oleo, frumento; sed si hodie vestimento usus fuerim, crastino die adhuc eodem modo uti possum, cum substantia salva sit. Hanc veritatem, ipsa rei indole subnixam, nulla Legislatoris auctoritas evertere potest. L. 188. §. 1. ff. *de R. J.* Itaque d. §. 2. *Inst. de usufr.* manifestum in hac parte contineat errorem, sive culpae cuidam Compilatorum, sive alii cuicunque causae adscribendum. Quod eo magis erit agnoscendum, quia ratio, cur vestimenta ibi dicantur in quasi

usufructu esse, petita est ex naturali ratione, adeoque ex natura horum vestimentorum plane ac de ceteris rebus fungibilibus ibidem adseritur: nam haec res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum. Jam naturali rationi hanc doctrinam, quod ad vestimenta attinet, contrariam esse, dicta & sui quemque oculi docent. Accedit, quod ex aliis legibus constet, usufructuarium vestimentorum defungi posse, finito hoc jure, restituendo vestimenta, licet detrita, L. 9. §. 3. ff. *usufr. quem. cav.* & cavere debere se boni viri arbitratu usurum, L. 15. §. 4. ff. *de usufr.* & vestem ipsam restituturum, d. L. 9. §. 3. quae omnia convenient vero usufructui, L. 13. pr. ff. *de usufr.* L. 1. pr. ff. *usufr. quem. cav.* non quasi usufructui, L. 7. ff. h. t. — Conf. NOODT *Probab. Lib. 2. cap. 4.* & *de usufr. Lib. 1. cap. 21.* A. ROTGERSII *Apodict. Demonstrat.* vol. 1. *Lib. 2. pag. 609—692.*

## T I T U L U S VI.

*Si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.*

### §. 2.

**A**DVERSUS — *possessorem.*] Sed quid, si possidere desit? absolvendus est, modo sine dolo & culpa desierit possidere. L. 68. ff. *de rei vind.* Attamen PAULUS in L. ult. ff. h. t. inquit: *qui de usufructu judicium accepit, si desierit possidere sine dolo, absolvetur.* Sed id sic accipendum; quasi dicat PAULUS, reum, si desierit possidere sine dolo malo, absolvit: nisi arguatur aliqua ejus culpa: nam hoc convenit aequitati judicis, jubentis restitui. Et in corporalis rei vindicatione, quam hac in parte imitatur confessoria, idem sic scribit PAULUS L. 27. §. 1. ff. *de rei vind.* „*Quod si litis contestationis tempore possedit, cum autem res judicatur, sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor.*“ Et tamen ait ULPIANUS L. 15. §. 3. ff. *eod.* teneri possessorem non modo si possessionem amiserit dolo malo, sed etiam si culpa. NOODT *de Usufruct.* Lib. 2. cap. 14. §. 3.

*Quibus verbis &c.]* Quis sit unus ille ca-

fus, quo is, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, ut ait IMP. in fin. §. 2. ff. *de action.* multi quæsiverunt Interpretes. Eum latere putant, vel in L. 8. §. 13. ff. *de inoff. test.* vel in L. 15. ff. *de nov. op. nunc.* vel in L. 18. ff. *de probat.* vel in L. 9. ff. *de rei vind.* vel in L. 27. ff. *de solut.* Conf. J. DOUJATII *Dissert. sive Excurs. ad d. §. in THEOPHILI Inst. Edit.* G. O. REITZII tom. 2. pag. 1222. seqq. — Aliis haec difficultas tanta visa fuit, ut pro *sane uno casu* legant, *sane non uno casu.* — Plerique vero existimant, JUSTINIANUM in d. §. cum ad latiores Digestorum libros nos remittit, respicere ad *titulos ff. si usufr. pet. & si serv. vind.* ut sensus sit: *sane hoc uno casu*, qui ante erat propositus, & maxime si actor, in quasi possessione libertatis fundi constitutus, eum, qui servitutem injuriæ petit, negatoriæ repellit. L. pen. §. ult. ff. h. t. L. 2. L. 4. §. 7. L. 6. §. 1. ff. *si serv. vind.* Conf. J. RICCIUS *Vindic. Jur. cap. 15.* in OTTONIS *Thes.* tom. 2. col. 792. seqq. NOODT *de usufruct.* Lib. 2. cap. 14.

## T I T U L U S VII.

*De operis servorum.*

## T I T U L U S VIII.

*De usu & habitatione,*

§. 3.

**M**INUS tamen est in usu &c.] Tenuerunt admodum emolumenitum ejus, cui usus debebatur, angustâ interpretatione, efficiebant ex prudentibus antiquissimi. Sequentes aliquantulum ab illo rigore recesserunt, ducem secuti SCÆVOLAM, qui primus admisit, ut mulieri, cui usus ædium relictus esset, eas cum marito inhabitare liceret. L. 4. §. 1. ff. h. t. Alii rursus aliud usuarium concesserunt, ita ut brevi multo amplior, atque olim fuerat, usus evaserit; neque tamen inter omnes juris auctores conveniebat, quibus terminis circumscribendus esset: quidam enim plus in eo juris statuebant quam alii. Luculentum hujus rei exemplum est in L. 12. §. 1. ff. h. t. ubi de eo, cui usus villæ relictus est, agitur. Non levem vero difficultatem creat, quomodo NERVA JCtus in h. L. cum usuario horti, pomorum, oleorum & florum usum concedat, eidem foliorum usum abneget. Nonnullorum conjecturas recensuit OTTO in præfat. tom. 2. Thes. Jur. præmissa pag. 11. Ipse vero existimat, NERVAM ideo foliorum usum villæ usuario dene-

gasse, quia de foliis tantum loquitur, quæ magis erant usui pecorum, quam hominum, & ad boves hyeme pascendos arboribus eximebantur. Sed non omni incommodo hæc solutione vacua est: si enim ideo NERVA negaverit, usuarium villæ foliis uti posse, quod potius boum atque hominum usui inserviant, cur non idem de stramentis affirmat, quæ tamen in usu esse diserte tradit. Non sine ratione itaque suspicatur G. D'ARNAUD Var. Conject. Lib. 1. cap. 15. verba JCti interpolata esse, eumque aliud de foliis, atque hodie ei tribuitur, sensisse. Confirmat hoc Basiliorum scriptorum auctoritas, qui foliorum mentionem facientes, ea diserte usuario concedunt.

§. 6.

*Sed tamen locare &c.]* Inquiline, cui præter usum ab ædium Domino legata fuit earundem habitatio gratuita, quoad vixerit, non cogi eas inhabitare post mortem testatoris, verum ipsi licere totam domum aliis locare, à Frisia Curiā decisum refert Z. HUBER Observ. rer. judic. tom. 2. obf. 32.

## T I T U L U S IX.

*Usufructuarius quemadmodum caveat.*

§. 3.

**D**ATIS fidejussoribus.] Non immerito igitur conjicit NOODT de Usufr. Lib. 1. cap. 18. Prætorem in ipsis Edicti verbis *satisfactionis* mentionem fecisse.

§. 3.

*Quod si idoneos &c.]* Jubet Prætor fructuum satisdare, & si non satisdet, negat, se ei daturum esse actionem. Justissime, si possit satisdare fructuarius. Sed quid, si non

possit? Placet Auctoris sententia, putantis hoc casu arbitrio judicis relinquendum, utrum alia cautionis specie securitas praestari possit: ne à petitione liberalitatis fructuario factæ arceatur propterea, quod ei desit satisdandifacultas. Convenit hæc opinio juris analogiæ, & usui fori: quamvis ex Edicti rigore dicendum videatur fructuario, etsi ideo non satisdet, quod non inveniat fidejussorem qui pro eo promittat, denegandam esse ex Edicto actionem: nam districte ait Prætor in L. 13. ff. de usufr. si non satisdabit, actionem ei non dabo. — Nec obstat, quod nulla impos-

possibilium est obligatio. Impossibile enim tantum dicitur, quod naturâ impleri nequit, aut jure impeditur. Hoc vero de hac cautione dici non potest, quæ licet sit difficillima, impossibilis tamen sensu juridico nunquam est. arg. L. 137. §. 4. ff. de verb. oblig. L. 4. §. 1. ff. de statulib. Conf. NOODT de Usufr. Lib. 1. cap. 19.

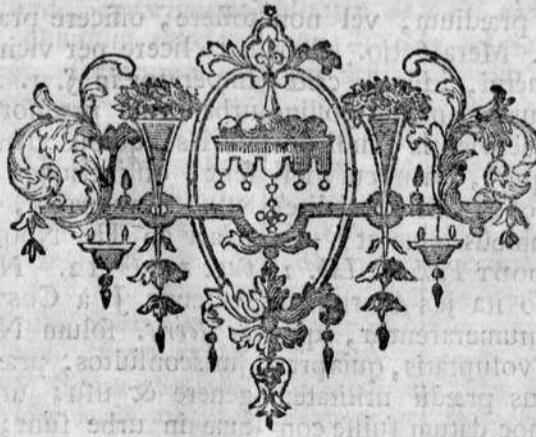
## §. 9.

*Sed & dubium vix esse potest, &c.]* An fructuariæ cautionis remissio possit fieri pactio-ne heredis, aut alterius domini, usumfru-ctum tradentis? quæritur. Affirmat Auctor. Negat vero NOODT de Usufr. Lib. 1. cap. 19. quoniam talis pactio est adversus Leges, & adversus formam, usufructui à Prætore da-tam: nempe ne fructuarius in re fructuariâ graffetur cum injuria proprietarii. Negat au-tem Prætor in L. 7. §. 7. ff. de paſt. se servaturum pacta adversus leges facta. — Nec objicienda est L. 46. ff. de paſt. quam & Auctor allegat: illa enim agit de cautione legatorum servandorum gratiâ, quæ sicut à testatore heredi in testamento, ita & ab ipso legatario remitti potest. Hunc enim à suo jure suâ voluntate recedere licet, ubi non in-tercedit res publica. Sed ab eâ re non valet argumentum ad remissionem cautionis fructua-riæ; quia putavit Prætor, hanc spectare ad rem publicam, nec circa eam facta unquam est similis alicujus Principis interpretatio.

Imo vetuit Imp. ALEXANDER in L. 7. C. ut

*in poff. legat. ab unâ ad alteram argumentan-do fieri collectionem.*

*Idque non modo quantum &c.]* Recte Auctor de utraque cautionis fructuariæ parte, tam quæ de utendo fruendo boni viri arbitratu concepta est, quam qua de re finito usufructu restituendâ cavetur, remissionem à testatore fieri posse negat. Non tamen necesse est, ut decisionem L. pen. C. ut in poff. legat. ad solam primam cautionis partem restringamus. Quamvis enim de *satisfactione*, ut boni viri arbitratu is, cui *usufructus relicitus est*, utatur fruatur, tantum meminerit Imperator, nihil tamen absurdum est, integrum cautionis formulam primis ejus verbis indigitari. Plura ejusmodi exempla in jure occurrunt. Hoc modo ULPIANUS in L. ult. ff. h. t. inquit: „Si vasorum ipsorum *usufructus relicitus sit*, non erit cautio Senatusconsulti necessaria, sed illa sola, Boni viri arbitratu usurum fruiturum.” ULPIANUS significat, reliquo vasorum usufructu, non desiderari cautionem quasi *usufructus* Senatusconsulto inventam: sed sufficere illam, cujus initium est, Boni viri arbitratu usurum fruiturum; quæ est cautio veri *usufructus*. — Simile exemplum oc-currat in L. 13. ff. de usufr. — Quin imo ipse Imperator ALEXANDER hanc formulam primis designat ejus verbis in L. 4. C. de usufr. sic rescribens: „*Usufructu constituto consequens est ut satisfatio boni viri arbitratu præbeatur ab eo, ad quem id commodum perve-nit, quod nullam laſionem ex usu proprietati ad-feret*” Conf. NOODT de Usufr. Lib. 1. Cap. 19.



## LIBER OCTAVUS.

## T I T U L U S I.

## De Servitutibus.

§. 1.

**S**IMILITER, cum &c.] Verba L. 8. ff. h. t. hæc sunt: *Ut pomum decerpere liceat, & ut spatiari, & ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest.* Hic locus doctissimum quemque Interpretem adeo turbavit, ut alii propter eum negaverint, jura pomi decerpendi, itemque coenandi & spatiandi in alieno, prædiorum servitutibus annumerari: alii ea ne personarum quidem servitutibus accenserí voluerint. G. FORNERIUS *selection. Lib. 2. cap. 28.* in OTTONIS *Theſ. tom. 2. col. 78.* J. CUJACIUS *Obſerv. Lib. 22. cap. 35. & Lib. 24. cap. 22.* M. LYCKLAMA *Membr. Lib. 7. ecl. 44. pag. 357.* J. D'AVEZAN *de ſerv. part. 3. cap. 12.* in MEERMANNI *Theſ. tom. 4. pag. 153.* — Rurſus ali volunt, hanc effe PAULI ſententiam: *ut pomum decerpere, ut spatiari, ut coenare in alieno liceat, servitus imponi non potest, si conſtituatur ab aliquo, qui non ſit fervientis prædii dominus, aut si concedatur alicui, qui non habeat prædiūm, vel non habeat prædiūm vicinum.* Mera fictio. Cum enim commune eſt viæ, atri, itineri, cæterisque omnibus servitutibus, ut neque poſſint ab alio concedi, quam à fervientis fundi domino, neque ab alio acquiri, quam cui viciūm prædiūm eſt, quid opus fuit ſpecialiter in hiſ exprimi, quod omnibus inhæret? — Probabilius exiſtimat NOODT *Probab. Lib. 1. cap. 2.* quamvis ab initio ita juſ fuerit, ut ea servitutibus non annumerarentur, quæ tantum haberent cauſam voluptatis, quia prædia prædiis propter ipſius prædii utilitatem fervirent, deinde tamen hoc datum fuſſe conſuetudini, ut ne minus ad voluptatem conſtitui poſſit servitus, quam ad uſum prædii: adeoque hanc rem perinde habendam eſſe, ac fi PAULUS ſcripſiſſet hoc modo; *ut pomum decerpere, ut spatiari, ut coenare in alieno liceat, servitus quidem imponi non potest:* attamen, ſi imponatur, utilis erit impositio; hoc enim juſe utimur. — U. HUBER in *Eunom. Rom. ad d. L. 8. & in Prælect. adh. t. ff. n. 6.* doctrinam JCTi in h. L. ex eo defen-

dendam censet, quod juris auctores pro ſervitutibus prædiorum agnoscere noluerint ac tuſ mere voluptuarios, in hominum imagine, non in reali qualitate, vel civili utilitate prædiorum conſistentes. — Simpliciflma autem, ac veriſimillima eſt Auctoris interpretatione, quam & ſequitur A. WIELING *Lect. Jur. Civ. Lib. 1. cap. 17. pag. 58.* generale ſcil. nomen *servitus* hic accipiendo de ſervitute prædiali, quam recte negat PAULUS ita conſtitui poſſe, ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut coenare in alieno; quia hæc omnia personali tantum facto, non juſe prædiali conſentur. Nec infrequens eſt in juſe noſtro, ut ſervitus prædialis *ut ſervitus* ſimpliciter nuncupetur. Vid. L. 7. ff. h. t. L. 6. L. 24. ff. *de ſerv. præd. ruſt. L. 2. §. 1. & 2. ff. ſi ſerv. vind.* §. 3. *de ſerv. præd. ruſt. L. 2. ff. ſi ſerv. vind.*

*Sic ut non locus, ſed uſus &c.] L. 2. ff. de ſerv. præd. ruſt.* ſummis ingeniis crucem poſſuit, quoniam NERATIUS inter ruſticorum prædiorum ſervitutes recenſet, licere altius tollere, officere prætorio vicini, cloacam habere licere per vicini domum, &c. quas ipſe Imperator in §. 1. *Inſtit. de ſervit.* docet, ad urbanorum prædiorum ſervitutes pertinere. Varias, quibus hanc litem componere poſſent, diſtinctions excogitaverunt GOVEANUS, LABITTUS, LYCKLAMA, HUBERUS, relati ab H. NOORDKERK *Obſerv. cap. 1. pag. 11. & 12.* Non improbabilis vero eſt ſententia J. à COSTA in *not. ad §. 1. Inſtit. de ſervit.* ſolum NERATIUM, inter omnes Juriconsultos, prædia diſtinxiſſe loco, non genere & uſu; urbanaque vocaſſe omnia, quæ in urbe ſunt; ruſtica, quæ ruri: ſed, exploſa NERATII ſententiā, receptum fuſſe, regulariter prædia urbana & ruſtica non diſtingui loco, ſed uſu & qualitate; omniaque urbana eſſe, quæ habitandi cauſa facta ſunt, ubicumque ſint, five in urbe, five extra urbem, in vicis, villisque. L. 166. ff. *de V. S.* *Sciendum tamen &c.] Conf. A. WIELING Lect. Jur. Civ. Lib. 2. cap. 1. in fin.*

## T I T U L U S II.

*De servitutibus prædiorum urbanorum.*

§. 1.

**S**ED & facere tenetur &c.] Servitutem oneris ferendi plerique *anomalam* vocant, quia prædium serviens contra naturam servitutum columnam reficere, & aliquid facere deberet. An ita recte sentiant, dubitat HEINECCIUS in *Elem. Inst. tit. de servit.* §. 401. & in *not. ad VINNII Comm. Inst. d. t.* §. 1. putans parietem non aliter à domino reficiendum esse, nisi hujusmodi pactum intercesserit; de quo casu & manifeste loquitur PAULUS in *L. 33. ff. h. t.* ubi alter ab altero fuerat stipulatus: *Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit.* — Add. E. OTTO in *vita Servii Sulpitii cap. 6. §. 2. p. 73 & 74.*

§. 3.

**Quo pertinent meniana &c.]** Moeniana erant projecta, spectandi causâ facta, in quibus infesterent spectatores. Reliqua projecta, quæ vel in tectis, vel in quacumque ædium parte, vel prospiciendi vel stillicidii avertendi causâ fiunt, à suggrediendo *suggrundia* vocabantur. HEINECCIUS in *Elem. Inst. ad tit. de servit.* §. 403. E. OTTO *de tut. viari. part. 3. cap. 5. p. 483.*

§. 5, 6 &amp; 7.

**De servitate altius tollendi &c.]** In quo consistat servitus altius tollendi, diversimode explicuerunt Interpretes. Omnium maxime nobis placet vulgaris opinio, servitutem altius tollendi esse *jus*, quo quis pati cogitur, ut vicinus ædes suas altius tollat, quam per statutum licet. — Omnes aut jure nostro ædificamus, aut jure servitutis. *Juro nostro* duobus casibus. Primo, si nulla certa mensura, intra quam ædificandum, à Lege præscripta est: tunc enim naturaliter, & jure libertatis rei suæ unicuique quodvis in suo facere licet, etiam cum incommodo vicini. Secundo, si Lex imposuit quidem altitudinem ædibus, vel vetus ædium forma observanda est, sed ædificantes intra modum statutum ædificant, aut veteris formæ rationem habent: liberum enim cuique est ædes suas etiam cum vicini incommodo usque ad formam veterem, statuamve altitudinem erigere, vel si eo usque ædificare nolit, intra illum modum depresso- res ædes habere. *L. 11. pr. ff. h. t. L. 1. C. de serv. & aqua.* Duobus igitur hisce casibus *jus altius tollendi ex merâ libertate for-*

*titur effectum, & actione negatoriâ vindicatur.* At *servitutis jure* altius tollimus, si Principum Edicto, & jure publico certa quædam altitudo ædificiis imposita est, quam invito vicino egredi non licet. *L. 5. ff. h. t.* Jus altius tollendi itaque hoc casu præsupponit Legem, Edictum, vel Constitutiones Principum, adeo ut is, qui altius ædificare cupiebat, quam Leges permittebant, necessario à vicino pactionibus vel stipulationibus facultatem illam inter vivos impetrare deberet, §. 4. *Inst. de servit. præd. vel etiam testamento.* *L. 16. ff. comm. præd.* Et profecto, quoniam hæ leges vicinorum gratiâ ferebantur, dubitandum non est, quin vicini de hujusmodi legibus pacisci, ac juri pro se introducto renunciare, aliorumque jus augere potuerint: de jure enim privato contra jus publicum pacisci licet, *L. 1. §. 10. ff. de nov. op. nunc junct. L. 7. §. 14. ff. de pac.* non ut refragemur juri publico, aut id ipsum immutare velimus, sed ut ejus beneficio non utamur, dum jus pro nobis introductum remittimus, quod cuique licet. *L. 41. ff. de minor.* *L. 29. C. de pac.* Atque hoc sensu ait ULPIANUS in *L. 31. ff. eod. „pacisci contra Edictum & dillum Curulum omnino licet.“* Sed de jure publico, quod directo publicam utilitatem concernit, contra jus publicum pacisci minime licet. *L. 38. ff. de pac.* *L. 27. L. 45. §. 1. ff. de R. J.* Vid. P. FABER add. *L. 27. NOODT de pac. cap. 16. VINNIUS de pac. cap. 18.* Hæ ædificiorum leges autem publicam utilitatem per consequencias promovebant, quatenus publice intererat incendia ac ruinas evitari, & liberum aërem ubique vagari. At vicinorum res hic in primis agebatur, ne periculo exponerentur. *L. 11. §. 1. ff. h. t. L. 12. §. 1. & 4. C. de ædif. priv.* quando igitur vicinus pactione vel stipulatione vicino concessit superare receptam ædificandi consuetudinem, tunc is, cui hoc concessum est, ædes suas *jure servitutis* altius tollit: omnis enim servitus altius tollendi simul etiam continet jus *luminibus officiendi* ad boni viri arbitrium reductum: & sic hæc duo uno quasi spiritu junguntur, in *L. 2. & 4. ff. h. t. L. 2. ff. de serv. præd. rust. L. 26. ff. de damn. inf.* *Jus* itaque altius tollendi respectu ejus, cuius ædibus id ex pactione vicini impositum est, *jus impositum est*, quod facit servitutem in alieno, unde & *jus* vocatur in §. 2. *Inst. de action.* *L. 21. ff. h. t. L. 26. ff. de except. rei judic.* respectu vero ejus, qui vicinium ali-

tius

tius tollere permittit, onus est, quo jus ejus prædii minuitur, dum alterius augetur, & nominatim servitus dicitur in L. 1 & 2. ff. h. t. L. 2. ff. de serv. præd. rust. L. 7. §. 1. ff. comm. præd. §. 2. Inst. de action. — Quod autem ad Auctoris opinionem attinet, servitutem altius tollendi esse jus, quo vicinus suis sumptibus vicini ædes in utilitatem domus suæ evehere potest, non leve incommodeum hanc premit, quod scil. dominus prædii dominantis tunc confessoriam actionem instituere non potuisset hac formulâ: *Ajo mihi jus esse ædes MEAS altius tollendi.* §. 2. Inst. de action.

§. 9.

*Luminum servitus &c.] Conf. de hac fer-*

vitutis specie Z. HUBER de Cas. Encl. Quest. 14. cap. 1. pag. 273. seqq.

## TITULUS §. 13.

*Qua de causâ moribus nostris &c.] Conf. Regtsgel. Observ. over DE GROOT's Inleid. 2. D. Obs. 50.*

§. 16.

*Qua ratione neque fenestram &c.] Variis Hollandiae urbium statutis hoc confirmatur in de Regtsgel. Observ. over DE GROOT's Inleid. 3. D. Obs. 50.*

## TITULUS III.

*De servitutibus prædiorum rusticorum.*

§. 1.

**A**UT etiam sella, vel lecticā vehi.] Lectica apud veteres non à jumentis portabatur, sed à servis, eorum cervicibus imposita. SENECA Epist. 49 & 111. & de Benefic. Lib. 3. cap. 4. Sella quoque gestatoria à servis portabatur eodem modo. CLAUDIANUS in 4. Consul. Honorii. JUVENALIS Satyr. 9. Quam ob rem cum neque lectica, neque sella à jumentis veheretur, sed servorum humeris portaretur, recte dixit JCtus in L. 7. ff. h. t. eum, qui sellâ aut lecticâ vehitur, ire, non agere: recteque constitutum est, eum qui iter habet, posse lecticâ, sellâve ferri: hic enim neque jumentum agit, neque vehiculum. Quare & ad sepulcrum iter constitui solebat, non actus. L. 14. §. 1. ff. de servit. Mortui enim ferto, & sandapilâ efferebantur, cui simillima erat lectica. Servi autem, qui lecticam, aut sellam ferebant, vocabantur *lecticarii*. Ampliores & laxiores lecticæ ab octo servis portabantur, & Octophorum dicebatur haec lectica. L. 8. §. ult. ff. de legat. 1. Aliquando ferebatur à sex servis, & dicebatur *Hexaphorum*, plerunque à quatuor: sella etiam à duobus, nam multo brevior erat. Conf. J. AVERANIUS Interpr. Jur. Lib. I. cap. 30.

§. 3.

*Continetque via &c.] Satis constat, iter absolvi solâ facultate eundi, ambulandi, sed plus esse in actu, hunc enim qui habet, posse agere vel jumentum vel vehiculum. Quid*

vero via habeat præcipuum præter iter & actum, non ita constat. Eundi & ambulandi facultas est ex itinere, agendi ex actu. Utrumque habet, qui actum habet, nec, ut videtur, quicquam amplius, qui habet viam. Unde F. CONNANUS Comm. Jur. Civ. Lib. 4. cap. 11. eo fere devenit, ut actum à viâ non distinguendum existimaverit. Magis tamen videtur dicendum, viam latius patere, quam actum: idque ipsa actus definitio satis ostendit. Quum lex ait, *actum esse jus AGENDI vel jumentum vel vehiculum*, utique eâdem significatione eam vocem ad *vehiculum* referit, atque ad *jumentum*. Agit autem *jumenta* bulbus, cum ante se propellit, ipse pone sequens. Igitur, si eâdem notione id verbum referamus ad *vehiculum*, de eo vehiculo sermo erit, quod poterit agi, propelli, protrudi: *currum trusatilem* vulgo vocant. Æque commoda est vox *ducendi*, qua utuntur quoque JCti, cum, in describendo actu, id genus vehiculi exprimunt: L. 7. pr. & L. 13. ff. h. t. nam *ducere vehiculum*, ex proprietate verbi, nihil est aliud, quam manu trahere; seu attrahere & adducere: quod rursus *currum manualem*, sive *traham* notat. Itaque, qui habet iter, potest ire, ambulare, pedes, eques, nihil interest. Idem potest, qui habet actum, sed & præterea agere armenta, & uti vehiculis manualibus. Qui viam habet, præter hæc, potest curribus adhibere equos, boves, & ut libuerit, uti omnigenâ vectio- ne. — Confirmatur hoc quam maxime ex latitudine actus & viæ invicem comparatâ. Viæ latitudo, ex XII. Tabb. octo pedum est in porrectum, sedecim in anfractum. Actus lati-

latitudo ad minimum erat pedum quatuor. Quomodo vero vehiculum, ab equis bobus que tractum, potuerit agitari spatio quatuor pedum, nemo dixerit. Conf. BYNKERSHOEK Observ. Jur. Rom. Lib. 4. cap. 7.

§. 10.

*Pecoris pascendi &c.] De jure pascendi ex professo agit LEYSER Medit. ad ff. tom. 2. specim. 108. pag. 342. & seqq.*

## T I T U L U S IV.

*Communia prædiorum, iam urbanorum, quam rusticorum.*

§. 1.

**E**T nostris moribus &c.] Conf. LYBRECHTS Reden. Vert. over 't Notaris Amt 1. D. pag. 11.

§. 3.

*Usucaptionem quod attinet &c.] De usucapione servitutum memorabilia sunt verba PAULI in L. 4 §. ult. ff. de usurp. & usuc. „Libertatem, inquit servitutum usucapi posse, verius est: quia eam usucaptionem sustulit Lex Scribonia, quæ servitutem constituebat; non etiam eam, quæ libertatem præstat sublatâ servitute. Itaque, si, cum tibi servitutem deberem, ne mihi (puta) liceret altius ædificare, & per statutum tempus altius ædificatum habuero: sublata erit servitus.“ Hanc legem ex professo interpretatus est E. OTTO in *Dissert. Jur. Publ. & Priv. Dissert. 8. pag. 389. & seqq.* Summam ejus breviter enarrabimus. A servitutis incommodo & molestiâ si ædes & prædia liberantur, ut uni domino libere & ultro quasi præstent omnia, tum libertas servitutum enasci dicitur. Libertas ergo servitutum est immunitas à servitutibus: ut fundus servitutem debet. L. 90. ff. de V. S. L. 6. §. 3. ff. h. t. L. 8. ff. de act. empt. L. 20. §. 1. ff. de acq. rer. dom. — Variis autem modis naturalis illa prædiorum libertas restituitur, quos inter haud postremus est Usucatio: quæ hic nihil aliud est, quam exercitium facti alicuius continuum, & servituti contrarium: quando nimis is, cui servitus debetur, per constitutum tempus, servitute non utitur; is vero, qui servitutem debet, in suo aliquid positum habet, quo servitus constituta impediatur; tum enim hic possessione prædii & usu haud limitato, libertatem fundi sui recipit, in præmium diligentiae & negligentiae poenam. Incorporalia quidem, quia tradi & possideri non possunt, usucaptionem veram & ordinariam non admittunt. L. 43. §. 1. ff. de A. R. D. Quemadmodum vero, contra legum subtilitatem, utilita-*

tis & litium inter vicinos minuendarum causâ, hoc jure utebantur Romani, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possent, cum ædificiis, tanquam accessoriæ possent: L. 10. §. 1. ff. de usurpat. sic libertatis natura non in tantum obstat, quo minus usucaperetur: licet enim res incorporalis sit, perinde tamen ac dominium, rem corporalem, prædium scil. serviens, pro objecto habet. Deinde maximus libertatis naturalis favor hoc suadebat, ejusque exercitium & usus, per quietam possessionem ejus, quod ad impediendam servitutem positum vel ædificatum erat, satis declaratus. Istius enim rei usus pro possessione à Prudentibus fuit habitus, ejusque colore pariter ac bonæ fidei praetextu, deinceps ab Auctoribus Mediae Jurisprudentialiæ introducta est usucatio libertatis, ac post Legem Scriboniam facilius retenta: quia non alia ad eam usucaptionem possellio necessaria videbatur; dum sufficiebat fundum possedisse liberum omni servitute, ejusque indicium adfuisse: dubium autem non est quin fundus possideri possit. Vid. L. 32. §. 1. ff. de serv. præd. urb. Et quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? inquit CELSUS in L. 86. ff. de V. S. junct. L. 12. ff. quemadm. serv. amitt. Haæ fere rationes movebant PAULUM, ut pronuntiaret, verius esse libertatem servitutum usucapi posse. — Requisita autem hujus usucaptionis ad quatuor capita fatis commode revocari possunt. — 1º. ut nemo servitute sit usus. — 2º. per tempus definitum. — Is vero qui servitutem debet 3º. interim rem possederit bonâ fide, tanquam liberam; — & denique 4º. positum quid habuerit, quo servitus impediatur. Hoc postremum est palmarium hujus usucaptionis requisitum: veluti si tigni immittendi servitutem ædes Titii Cajo debent, & Cajus exemerit tignum, hic ita demum jus suum amittit, si Titius foramen, unde exentum est tignum, obturavit, & per tempus statutum ita habuit; alioquin si nihil novi fecit, integrum jus Cajo permanet, nec enim Titius dici potest libertatem ædium suarum usucasse,

T

pissime,

Tom. III.

pisse, qui jus suum nullo contrario facto interpellavit. L. 6. ff. de serv. præd. urb. L. 18. §. ult. ff. quemadmodum serv. amitt. vel, ut PAULI exemplo utamur: Fac, me tibi debere servitutem altius non tollendi, servitus non erit sublata hoc solo, quod tu per decennium non ædificaveris, verum ita demum, si ipse contra ædificaverim, & per legitimum tempus ædificium habuerim. Non autem sufficit aliquid factum esse, nisi id omnem simul servitutis usum tollat: v. g. si plura essent foramina, & unum duntaxat clausum sit, tota servitus retinebitur tanquam individua. L. 18. ff. de serv. præd. rust. Dein id, quod ponitur, immotum sit oportet, & continuam habeat possessionem, ut paries, ædificium, & aliquid ejusmodi. Si mobile erit, nihil proderit ad libertatis usucaptionem. Ut si quis v. g. arborem in suo plantatam habuit, ex adverso lumen à vicino præcluſorum; non ideo libertas adversus servitutem lumen usucpta erit, secundum Q. MUTHI doctrinam. Et recte. *Quia non ita in suo statu & loco manet arbor, quemadmodum paries, propter naturalem motum arboris.* L. 7. ff. de serv. præd. urb. quæ verba cum CUCACIO Obser. Lib. 27. cap. 14. & BALDUINO in Scævolis, in Jurisp. Rom. & Att. tom. 1. pag. 555. ad vegetationem crescentis arboris referenda videntur: ea enim facit, ut quotidie nova velut arbor sit, & quæ olim luminibus non officiebat, nunc statu mutato officiat. — Ita in usucapione libertatis ad tollendam servitutem juris fuit. Sed an in constituenda servitute usucapio vel præscriptio usu venit? Tempora hic distinguamus, ac quætionem à primis initii repetamus. In Lege XII. Tabb. cautum erat: *Uſus auctoritas fundi biennium, cæterarum rerum omnium annuus uſus eſto.* Cum autem nullam Decemviri rerum incorporalium, ut servitutum, habuerunt rationem, quia fundamentum usucaptionis possebant in usu, sive possessione; satis liquet, servitutem à non domino constitutam, vel ultro tentatam, cum fundo, vel sine fundo, per Leges Decemvirales, usu acquiri non potuisse. — Tum vero humanior ætas media succedit: quippe JCti posteriores, ad Augusti usque imperium, magis utilitate communi, quam verborum potestate, negotia moderabantur, multaque legum capita in melius & æquius producebant. Et sicut usucapio rerum corporalium bono publico introducta erat, ut dominia rerum essent certa, sic & Reipublicæ intererat, jura rerum in incerto non fluctuare. Possessionis igitur fictione, & translatione quadam, biennialis usucapio fuit admissa, exemplo rerum immobilium, auctore PAULO Sent. Lib. 1. tit. 17. §. 2. *Servitus hauriendæ aquæ vel deducendæ biennio omitta intercidit, & biennio usurpata recipitur.* Nec in servitutibus urbanis tantum,

sed & quam maxime in rusticis. CICERO in Orat. pro Cæcina Cap. 26. — Hæc ita obtinuerunt, ad Augusti usque vel Tiberii tempora, quorum sub imperio Lex Scribonia eam usucaptionem sustulit, quæ servitutem constituebat, inquit PAULUS in d. L. 4. §. ult. Dupl. hujus Legis (de cuius auctore vid. H. NOORDKERK de Lege Petroni pag. 90.) rationem adferit PAULUS, unam SABINI, alteram suam: *quia, inquit, incorporales sunt servitutes, vel ideo, quia tales sunt, ut non habeant certam continuamque possessionem,* in L. 14. ff. de servit. Utramque rationem inadæquatam multi putant Interpretes. Conf. J. VAN DE WATER Obser. Lib. 2. cap. 18. qui tandem concludit, JCtum aut veram revocati juris veteris rationem ignorasse, aut ei, quæ Scriboniæ Legi occasionem dedit, consulto substituisse alias, quæ & servitutum & usucaptionis indoli accommodatores videbantur. Et sane, omnibus rite expensis, vera Legis Scriboniæ causa temporis brevitas fuisse videtur. Iniquum enim visum fuit, dominis ignorantibus, fundos & ædes spatio biennii servituti aliorum subjici: istis præsertim temporibus turbulentis, ubi inter tot bella civilia patrifamilias rebus suis invigilare non licet, & mediæ quoque in pace negligentia colonorum inquinitorumque, dominis absensibus plerumque, & rebus urbanis addictis, sic poterat esse damnosa. Placuit ergo revocare strictam XII. Tabb. rationem, & efficerre, ne servitutes in posterum à civibus Romanis usucapi possent. — In locum tamen sublatæ usucaptionis, mox humanitas Prætoris temporis diuturni præscriptionem introduxit. Sedem habet hæc præscriptio in L. 10. ff. si serv. vind. cuius hæc sunt verba: „*Si quis diuturno usu, & longa quasi possessione, jus aquæ ducendæ natus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario possedisse.*” Ad hanc præscriptionem omnia Pandectarum loca referenda sunt, in quibus dicitur, servitutes ex usu temporis acquiri. JCti tamen timide & verenter de eâ loquuntur, tanquam longius recedente à ratione juris; unde nuspiam præscriptionis vocabulo, sed patientiæ, & aliis ejusmodi vocibus eam designarunt. L. 11. §. 1. ff. de Public. in rem act. L. 1. §. ult. ff. de serv. præd. rust. — Hæc præscriptionis hujus fuerunt fata, usque ad JUSTINIANUM, qui plenius præscriptioni extraordinariæ superaddidit ordinariam; hoc effectu, ut decem annis inter præsentes, viginti inter absentes servitus acquiri possit. Quum enim in L. ult. C. de præscr. long. temp. multa constituisset circa præscriptionem longi temporis, tandem in fine subiicit: *Eadem observando & si res non soli sint, sed incorporales,*

rales, quæ in jure consistunt, veluti ususfructus, & ceteræ servitutes. In hac autem præscriptione titulo & bonâ fide omnino opus est. Scientia tamen veri domini, neque in ordinariâ, neque in extraordinariâ præscriptione, necessaria videtur: non in hac, quia L. 10. ff. si serv. vind. nihil aliud, quam usum diuturni temporis exigit: nec in illâ, quia d. L. ult. C. scientiam vel ignorantiam non attendi docet, illis verbis: Nulla scientia vel ignorantia expectanda. Vid. Auctor in h. t. n. 4. Z. HUBER in *Dissert. Jurid. & Philol. Diff. ult. cap. 4. §. 3.* & *Observ. rer. judic. tom. 1. obs. 13.* — Sit igitur conclusio, jure novissimo tribus modis servitutes per præscriptionem acquiri (1.) modo illo extraordinario, si quis fundo alieno utitur non vi, non clam, non precario. (2.) Præscriptione ordinariâ longi temporis, si bona fides & justus titulus adfint. (3.) Triginta annorum possessione, si à non domino accepit & titulo destituitur præscribens.

## §. 6.

*Si quis tamen &c.]* Servitutum præscriptione alio atque alio modo in statutis Hollandiae Civitatum definitur. In urbe Oudewater præscriptio decem annorum inter præsentes, & viginti inter absentes locum habet. *Keuren van Oudewater van 24. April 1605. art 147.* — Idem invenimus in *de Keure op 't Stuk van de erfscheidingen en servituten te Haarlem van 5. Sept. 1708. art. 9.* — In aliis urbibus jus servitutis sine titulo non acquiritur, nisi immemoriali præscriptione. *Keure op de erf-scheiding te Schoonhoven van 6. December 1644. art. 14.* in *VAN BERKUM Beschryv. van gem. stad pag. 293.* *Ordonn. op de erfscheid. te Vlissingen van 12. Maart 1638. art. 10.* *Keure op de erfscheiding te Rotterdam van 10. April 1654. art. 15.* (G. P. B. 4. D. fol. 487. & seqq.) *en van 25. Maart 1719. art. 120 & 121.* — Hagæ Comitum etiam aliquando ad præscribendam servitutem immemorialis possesso videtur necessaria. *Costume van 's Gravenhage van 24. Aug. 1584. by CRETSER pag. 8. art. 14.* — Dordraci nullæ servitutes solâ possessione, justo titulo destitutâ, acquiruntur. *Keure op de erfscheiding te Dordrecht van 2. Octob. 1725. art. 127.* LOENIUS Decis. en *Observ. Caf. 125.*

## §. 7.

*De cætero argumentum &c.]* Interpretes ad L. 1. ff. de usu & usufr. leg. vehementer laborant in explicandis illis PAULI verbis, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit. Sed evanescit difficultas, si cum Auctore nostro observemus, PAULO sermonem esse de usufructu servitutis, quæ constituta non est: servitus

enim, quamdiu constituta non est, nusquam in rerum naturâ existit, ut ea neque iis rebus, quæ ex bonis, sive in patrimonio nostro, neque iis, quæ extra bona sive extra patrimonium nostrum esse dicuntur, adnumerari queat: nulla enim est. SCHULTING ad CAJI Inst. Lib. 2. tit. 1. §. 1. not. 6. in *Jurispr. Antejust. pag. 70.* & in *Enarr. ad tit. ff. de rer. divis. n. 2.* J. C. RUCKER *Observ. Cap. 4. §. 3. n. 3. pag. 134 & 135.*

## UTI T. §. 13.

*Adhæc illud obtinet &c.]* Quemadmodum accipiendo fit, quod saepiuscule legitur in jure nostro, servitutem prædii non posse prædii necessitatem excedere? disquirit NOODT *Probab. Lib. 1. cap. 3.* ubi & exponit obscurum AFRICANT locum in L. 33. §. 1. ff. de servit. præd. rufi. Casus legis hic esto. Mævius ex. gr. jure servitutis, quod pacto, vel stipulatione, vel alio quovis modo sibi acquisiverat, per Caji, Titii & Sempronii fundos aquæ rivum in suum prædium duxerat. Quæritur, an eorum uni vel alii etiam vicino haustum aquæ ex eo concedere possit? utrumque negat JCtus, nisi pacto vel stipulatione hoc specialiter concessum ipsi fuerit, ab eo intellige, in cuius fundo aqua nascitur. At his intervenientibus, fieri solere & posse dicit; non obstantibus regulis, quod nullum prædium sibi servire possit, cum servitus sit in re alienâ. Qua ratione dominis fundorum aquæ haustum concedere non potest. Et quod servitutis fructus constitui nequeat. Quo ipso tam dominis fundorum quam alteri concedere prohibetur. Cum autem hæ regulæ semper locum habeant, nec unquam vim suam perdant, hinc consequitur, nunquam ex strictâ & merâ juris ratione talem concessionem valere, etiamsi pactum vel stipulatio de eo subsecuta fuerit, sed ex aequitate tantum Prætoriâ sustineri, ita ut contra eum, qui se obligavit, actio personalis detur.

## §. 17.

*Sed nec valere &c.]* Quid sit servitus foraminis pavimenti proluendi causâ, cuius mentio fit in L. 28. ff. de serv. præd. urb. non satis est expeditum. Nonnulli putant foramen intelligi in pariete dominantis, per quod fordes eluantur in vicini solum aut vicum. Verum cur hæc non æque possit esse servitus, quam est servitus cædendi & provolvendi lapides, aliquid ponendi in alieno, vel tugurium habendi, nullâ videtur ratione constare. Quid etiam aliud est servitus rivi aut cloacæ, quam jus aquam fordesque nostræ familiae in alterius rivum aut cloacam projiciendi? — Alii igitur foramen intellegunt in pariete serviente, ac ponunt fon-

tem aut flumen in ædibus vicini, ex quo in manuali exercitio consistit. — Nec ob-  
michi liceat per foramen & tubum in ipsius vicini pariete, aquam educere mei pavimenti proluendi gratiâ. Si hoc jus ita exerceatur, ut in eum locum, ubi foramen est, aqua identidem manibus ingerenda sit, negat PAU-

lus, eam esse servitutem, cujus omnis usus in immittendi servitus, ad quam manu opus est, constitui poslit: L. 8. §. 5. ff. si serv. vind. nam ad fumum immittendum manus quidem dominantis, sed nulla servientium requiritur. Conf. U. HUBER in Prælect. ad h. t. n. 6. & 7.

## T I T U L U S V.

*Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.*

§. 1.

**Q**UOD vult Ulpianus &c.] Fructuarium habere vindicationem servitutis prædio fructuario debitæ, non suo sed procuratorio nomine, eodem modo,

quo id obtinet in novi operis nunciatione, recte docet Auctor. Conf. de hac quæstione NOODT de Usufr. Lib. 2. cap. 15. Oper. tom. 1. pag. 393. & seq. U. HUBER in Prælect. ad tit. ff. si usufr. pet. n. 2.

## T I T U L U S VI.

*Quemadmodum servitudes amittuntur.*

§. 3.

**Q**UOD si cesset iterum confusio &c.] Conf. U. HUBER in Prælect. ad h. t. n. 1.

§. 10.

Cæterum si divisus &c.] In L. 6. §. 1. ff. h. t. duplex quæstio proponitur. — Prima haec est. Fundo nostro per vicini prædium via debetur. Illâ viâ si ego usus fuero: tu autem toto eo tempore quo servitus non utendo extinguitur, ire agere cessaveris: quæstionis est, an jus tuum amiseris? Distinguendum, sitne fundus, cui via debetur, regionibus divisus an indivisus. Si indivisus, individua sociorum causa est, & unius servitus ita alterius innexa servituti, ut unus utendo, toti fundo, adeoque etiam socio, qui usus non est, viam retineat. L. 5. L. 6. pr. L. 10. pr. ff. h. t. nec possit unus non utendo amittere jus suum, nisi & alter suum jus pariter amittat. Si vero divisus est fundus inter socios regionibus, perinde est, atque si ab initio duobus fundis debita via fuisset: sunt enim jam duo fundi, d. L. 6. §. 1. ff. h. t. quorum cuilibet servitus debetur ab alterius fundi jure distincta & separata. L. 16. ff. h. t. L. 23. §. ult. ff. de serv. præd. rust. arg. L. 15. ff. comm. præd. itaque sibi quisque dominorum servitutem usurpat, h. e. usu

retinet. L. 8. §. 1. L. 16. ff. h. t. sibi non utendo deperdit: nec, ut ante, ita porro post divisionem in conservandâ vel amittendâ servitute causæ eorum fundorum miscentur. — Nec dicendum, injuriam fieri vicino, si divisione à sociis institutâ jus viæ, quod antea uni tantum fundo debebatur, duobus incipiat deberi: nam ut ait CELSUS in d. L. 6. §. 1. „nec fit ulla injuria ei, cuius fundus servit, immo si quo melior: quoniam alter dominorum utendo sibi, non toti fundo proficit.” Hæc verba, immo si quo melior, obscura sunt, ac diversimode ab Interpretibus mutata: retineri tamen possunt, ac ita supplenda: immo si quo modo melior fieri potest ejus causa, fiat ea melior. Plures id genus locutiones vid. apud J. PERIZONIUM in not. ad SANCTII Minerv. Lib. 3. cap. 14. n. 7. — Secunda quæstio. E contrario, si per nostrum fundum vicino via debeatur: isque per meam partem ierit egerit: tuam partem ingressus non fuerit: an liberaverit partem tuam, per quam non ivit? Si indivisus est fundus, qui servit, vicinus per partem viæ eundo totum jus usurpat; uti PAULUS docet L. 8. §. 1. ff. h. t. & CELSUS in d. L. 6. illis verbis: tunc manet idem jus servitutis quod fundo indiviso fuerat; nec aut usu detineri, aut non utendo deperire, nisi tota via poterit. — Sed si fundus, qui servit, regionibus divisus est, plusculum dubitationis [i. e. deliberationis, seu con-

con-

considerationis. v. CICERO *de Offic.* Lib. 1. cap. 3. pro *Cæcin.* cap. 2. & 13. GAJUS L. 56. ff. *de usfr.* Ea res habet, nec unâ distinctione explicanda. Nam aut certus ac finitus viæ locus est, aut ita constitutum est jus viæ, ut per quamlibet partem fundi ire agere liceat. Et si certus viæ locus sit, refert, utrum per longitudinem an per latitudinem viæ fundus fuerit divisus. Si per longitudinem viæ fundus divisus est, ait CELSUS in d. L. 6. *eadem omnia servanda erunt, quæ (servarentur) si initio constituendæ ejus servitutis similiter hic duo fundi fuissent.* Sed quid sibi volunt ista verba? J. CUJACIUS in *Comm. ad h. t. ff.* DONELLUS *Comm. Jur. Civ. Lib. 11. cap. ult.* hoc ita interpretantur, totam viam in propositâ specie retineri: esse enim unam servitutem, etiam si à duobus debeatur post divisionem; nam & unam esse, si ab initio per duos fundos constituta fuerit. L. 18. ff. *de serv. præd. rust.* Sed si hæc vera sunt, sequeretur, nihil referre, quod ad viam attinet, utrum fundus per longitudinem an per latitudinem viæ divisus sit. Ipse CUJACIUS *Obser. Lib. 14. cap. 11.* in alia abit, & putat, non usurpare in proposito utramque viam, qui alterâ tantum utitur: divisionem enim, quæ per viæ longitudinem instituitur, duas vias facere, nam & duobus fundis diversorum dominorum duas vias injungi: quod autem in d. L. 18. ULPIANUS ait, unam esse viam, et si per plures fundos imponatur, id de pluribus unius domini fundis accipi oportere. Tenent hæc eadem CONNANUS *Comm. Jur. Civ. Lib. 4. cap. 12. n. 2.* R. BACHOVIVS *ad TREUTL. vol. 1. disp. 17. th. 18.* A. FABER *Conject. Lib. 19. cap. 14.* & in *Ratio-*  
*nal. ad d. L. 6. & ad d. L. 18.* — Videatur autem tota hæc quæstio facti esse, atque ex eo pendere, quo modo servitus ab initio constituatur. Etenim si duobus prædiis sic injuncta est via, ut in altero solo consistere non possit; quia non consummatur, hoc est, exitum non habet, nisi post secundum prædium: una erit per utrumque fundum via, una servitus; quæ semper tota retinetur, quacunque viæ parte usus sit is, qui servitutem constitutam habet. Atque hoc referendæ L. 18. ff. *de serv. præd. rust.* L. 8. §. 1. ff. *h. t.* Nec interest, utrum fundi servientes ejusdem an diversorum dominorum tempore constitutæ servitutis fuerint, d. d. L. L. aut etiam postea esse coeperint; cum dominii translatio non possit quidquam mutare quod ad servitutem, quam non dominus, sed ipsum prædium debet. arg. L. 19. ff. quib. mod. us. am. L. 67. ff. *de contr. empt.* L. 20.

§. 1. ff. *de acq. rer. dom.* Si vero ita per duos fundos imposita via est, ut in alterutro solo consistere queat, velut si in anfractu suo viam publicam tangit: nihil impedit, quo minus tanquam duæ viæ considerari possint; haud fecus ac si per duos fundos, quos publica via disternat, constituta esset viæ servitus: L. ult. ff. *de serv. præd. rust.* poteritque ergo in hac specie alterius fundi servitus usu retineri, alterius non utendo deperire. Ex quo simul intelligitur, quam ob rem CELSUS in d. L. 6. §. 1. fundum per longitudinem viæ divisum distinxerit & separaverit ab eo, quem per latitudinem ejus socii diviserrunt: quamvis enim per viæ longitudinem divisione factâ contingere possit, ut alter fundus non utendo liberetur, & alter servus maneat, hoc tamen nunquam fiet, ubi via per confinium utriusque fundi decurrit, & latitudine suâ utrumque fundum apprehendit; quoniam unum hoc adeoque individuum viæ jus est. L. 9. §. 1. ff. *si serv. vind.* L. 2. L. 8. §. 1. ff. *h. t.* & hæc CELSUS docet illo vers. *Si vero per latitudinem &c.* — Ita si certus ac finitus viæ locus sit. Finge vero ita constitutum esse jus viæ, ut per quamlibet partem fundi ire agere liceat: finge etiam, id vel subinde mutare nihil prohibere, esseque fundum inter socios sic regionibus divisum, ut vel per unum ex eâ divisione fundum eundo agendo ad prædium dominans possit perveniri: quæstionis est, si is, cui ea servitus debetur, per unum duntaxat fundum ierit egerit, an liberaverit alterum fundum, per quem non ivit. Ait CELSUS, si post divisionem per utrumque fundum æque iri atque agi possit, perinde observari debere atque si ab initio duobus fundis duæ servitutes injunctæ fuissent: alteram itaque retineri, alteram non utendo posse deperiri. Scilicet divisio fundi in certas regiones duos fundos facit. L. 6. §. 1. ff. *comm. præd. arg.* L. 60. pr. ff. *de V. S.* neque tamen efficere potest, quo deinceps minus per quamlibet utriusque fundi partem ire agere, ac subinde viam mutare liceat. Et vero non una videri servitus potest, quæ jam per duos fundos ita debetur, ut non in confinio utriusque fundi tanquam certo ac finito loco adstricta hæreat, sed tam per unum, quam per alterum fundum libere dirigi & exerceri possit. Ita fit, ut in proposito perinde observetur, atque si ab initio duobus fundis duæ servitutes injunctæ fuissent, ut altera retineri, altera non utendo possit deperire. — Conf. J. G. C. RUCKER in *Differ. ad L. 6. §. 1. ff. h. t.* quæ exstat in *Theſ. Differ.* (qui *Bremæ* prodiit anno 1768.) vol. 1. pag. 261. seqq.

# LIBER NONUS.

## TITULUS I.

*Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.*

§. 1.



AMNUM vel ab animalibus &c.]

An ex principiis juris naturalis dominus teneatur ad reparationem damni ab animali illati, queritur. Affirmandum hoc videtur cum PUFFENDORFIO de Jur. Nat. & Gent. Lib. 3. cap. 1. §. 6. ubi egregie dicit: „Adeoque cum antea, rebus adhuc in communione primævæ constitutis, mihi facultas fuerit, ubi ab aliquo animali lœsus fuissim, quacunque ratione ab illo damni mei reparationem querendi; ea facultas per divisa rerum dominia mihi præclusa non intelligitur. Et cum dominus ex illo animali lucrum capiat, ego vero damnum ex eodem senserim, reparatio autem damni longe sit favorabilior, quam lucri adquisitio, adparet recte à domino animalis postulari, ut damnum ab eo datum ipse reparet, aut si tanti non sit ipsi animal, illud noxæ dedat.” — Attamen H. GROTIUS de Jur. Bell. ac Pac. Lib. 2. cap. 17. §. 21. hanc naturalem domini obligationem, qua aut ad damni ab animalibus suis alteri illati reparationem, aut noxæ dedicationem teneatur, prorsus negavit, eamque ex solo Jure Civili repetendam esse contendit. Illud quoque notandum est, inquit, ut mancipium aut animal, quod damnum aut pauperiem fecit, noxæ dedatur, itidem ex Jure Civili esse. Nam dominus, qui in culpâ non est, naturâ ad nihil tenetur: ut nec is, cuius navis sine ipsis culpâ navi alterius damnum dedit. At vero, quamvis injuria, proprie sic dicta, ab animali rationis experie fieri non possit, non ideo tamen dominus animalium plane exculpam est, quippe qui debuisset ita eadem custodire, ne alteri damnum dare possent. Adhæc dominus vitium animalis scivisse præsumendum est; & dum tamen nihilominus id retinet, factum animalis approbasse existimat. Ergo damnum etiam alteri inde illatum refarcire tenetur, prout optime censuit U. HUBER in Eunom. Rom. ad L. 1. pr. ff. h. t. qui præterea observavit, nihil esse, de quo dominus quadrupedis, et si culpâ vacuus, conqueratur, quia dedendo animal defungi potest.

Nec dominia, (ut recte afferit E. OTTO in not. ad PUFENDORF de Off. hom. & civ. Lib. 1. cap. 6. §. 11. n. 3.) in præjudicium socialitatis sunt introducta, majorque reparandæ lœsionis, quam dominii favor est. — Ratio autem BARBEYRACII dans ses notes sur le Droit de la Guerre & de la Paix par GROTIUS Liv. 2. ch. 17. §. 21. qua inter animal brutum, utpote ratione destitutum, & mancipium distinxit, hanc materiam non multum illustrat; nam licet animal rationis, ideoque & juris, obligationis, injuriæque expers, in sensu morali non sit obnoxium poenæ, non tamen inde sequitur, ut dominus animalis, qui omne lucrum ex animali capit, à damni ab eodem aliis illati reparatione fit absolvendus; præfertim cum aliquando imo sæpius culpa domini in custodiendo animali negligenter concurrat. — Nec comparatio inter navim & animal GROTII sententiam satis firmare videtur, cum navis tempestate in mari acta non sit amplius in nautarum potestate, nec naves extruantur hunc in finem, ut in portu custodiantur, sed ut per mare transvehantur ventique & tempestatis periculo expositæ. Dominus igitur navis in præjudicium socialitatis, cujus vinculo genus humanum inter se colligatur, faceret, si navim suam ita custodire vellet & deberet, ut impulsu tempestatis nunquam alterius navi damnum dare posset; sic enim semper in portu retinenda esset, qua vero nimis anxiâ cautione omnia inter gentes commercia, invito jure naturæ, cessarent. Diversa igitur est ratio & finis dominii navium, quam animalium, qui finis quoque quodammodo dominorum obligationes circumscribit, circa quas semper etiam resipiendum est, quid in domini potestate sit, ne quemquam ultra id, quod fieri potest, obligatum esse censeamus. Et id eximie perspexit UPLIANUS in L. 29. §. 2, 3, 4, & 5. ff. ad Leg. Aquil. de qua videri possunt U. HUBER in Eunom. Rom. ad d. L. 29. & BYNKERSHOEK Obsery. Jur. Rom. Lib. 4. cap. 16—18.

*Si enim id evenerit &c.] Conf. A. SCHULTING in not. ad PAULI Sent. Lib. 1. tit. 15. §. 1. n. 4. in Jurispr. Antejust. pag. 253.*

§. 3.

## §. 3.

*Cæterum deprehensum &c.]* Romani quidem concesserunt actionem *de pastu*, quando pecora in alieno fundo alienas fruges absumperunt; at facultatem tamen, pecus alienum in suo agro deprehensum includendi, non tribuerunt, quin potius jus includendi pecus alienum expresse denegarunt. Ita recte Auctor ob L. 39. §. 1. ff. ad Leg. Aquil. — Dissentient tamen G. FELTMAN de inclus. animal Cap. 2. Sect. 14. & 15. in ejus Oper. tom. 6. S. COCCEJUS in Jur. Controv. ad h. t. ff. quæst. 2. — Medium viam ingreditur LEYSER Medit. ad ff. tom. 2. spec. 91. med. 1. pag. 368. putans jus Romanum hanc inclusionem regulariter prohibere, sed tamen eam permittere, si is, qui damnum patitur, aliâ ratione restitutionem ejus consequi non possit: v. g. si dominum pecoris, quod damnum dedit, ignoret, vel si is de fugâ suspectus, aut in aliam remotiorem Provinciam, in quam persecutio difficilis, abire paratus sit. arg. L. 25. ff. ad L. Jul. de adult. L. 10. §. 6. ff. quæ in fraud. cred.

*Sed moribus nostris &c.]* Inclusio animalium, in agro nostro depascentium, originem habet in antiquis Germanorum Legibus. In Legibus Salicis, Alamannorum, & Ripuariorum, ac in Speculo Saxonico, jam ejus mentio occurrit. Quod ad Hollandiam attinet, in antiquissimis Privilegiis memoratur, ac primum quidem in 't Handvest van Graaf Jan van Henegouwen aan die van Zuidholland gegeven den 9. Juny 1303. — Plura de hujus juris origine videri possunt apud C. H. TROTZ in Jure Agrar. Foed. Belg. Vol. 1. Dissert. 3. Cap. 3. §. 22—46. pag. 561. & seqq. De Regtsgel. Observ. over DE GROOT's Inleid. 4. D. Obs. 47.

## §. 5.

*Eidem actioni &c.]* Actio quadrupedaria locum tantum habet, quoties quadrupes contra naturam suam proprio motu damnum dedit, ideoque si equus DOLORE concitatus calce petie-

rit, cessare hanc actionem, scripsit ULPIANUS in L. 1. §. 7. ff. h. t. Mendam in his verbis adesse putat H. CANNEGIETER in Comm. ad Fragm. vet. Jurispr. pag. 106. ita ut pro vocabulo dolore legendum sit dolone, cuius varias significaciones ibi exposuit. Sic dolones, observante J. CANNEGIETER ad ULPIANI Fragm. pag. 139. etiam denotant flagellâ, bacula, aut quoque ligneas vaginas, inter quas latet pugio sub baculi specie. Ita etiam ALFENUS in L. 52. §. 1. ff. ad Leg. Aquil. inquit: *Ille flagello, quod in manu habebat, in quo DOLOR [leg. DOLON] inerat, verberare tabernarium coeparat.* — Add. VIRGILIUS Æneid. Lib. 7. vs. 664. SUETONIUS in Claud. Lib. 5. cap. 13. — Atque secundum hasce vocabuli significaciones mens ULPIANI fuisse: si quis equum dolone, i. e. pugione pupigerit, aut flagello, ferreis clavis inserto, cæciderit, & equus inde concitus calce petierit, & sic damnum dederit, cessare tunc hanc actionem quadrupedariam de pauperie noxalem. Ratio satis patet, quod equus suo jure uti videatur, si contra ejusmodi impetus se defenderit.

## §. 6.

*De cuius damno Lege Pesulania &c.]* De hac Lege Pesulanâ variae sunt eruditorum opiniones. J. CUJACIUS in not. ad PAULI Rec. Sent. Lib. 1. tit. 15. n. 1. testatur, in antiquissimâ editione legi Pesolonia: subsistuit autem huic lectioni Solonia, intelligens Solonis legem, qui, teste PLUTARCHO in vita Solonis cap. 40. judicium constituerat, ut verba audiunt, θλάβης διην των τετραπόδων, ob pauperiem à quadrupede factam. — Auctor noster legit Colonia; de qua tamen in historia juris nihil reperitur. — SCHULTING ad d. l. PAULI n. 8. in Jurispr. Antejust pag. 253. retinet lectionem Pesulania, quem HEINECCIUS Antiq. Rom. Lib. 4. tit. 9. n. 2. sequitur, statuens, Legem Pesulaniam plebiscitum quoddam esse, quo canes in numerum pecudum recepti sunt ratione actionis quadrupedariæ.

## T I T U L U S II.

## Ad Legem Aquiliam.

## §. 1.

**L**EGEM Aquiliam &c.] De hujus Legis Auctore vid. NOODT ad Leg. Aquil. cap. 1. E. OTTO in Comm. ad pr. Inst. h. t.

*Tria quondam &c.]* An non plura capita fuerint, dubitat NOODT d. l. quoniam Imperator JUSTINIANUS in §. 4. Inst. de noxal. act. meminit actionis noxalis propter damnum in-

injuriā datum ex Lege Aquiliā. — Etiam prodidit Gajus *L. 2. §. 1. ff. h. t.* caput de inficiatione. — Adhæc meminit ULPIANUS in *L. 5. §. 2. ff. de serv. corr. capit. ex eadem Lege de actione servi corrupti.*

## §. 5.

*Altero capite &c.] Secundum caput Legis Aquiliæ in desuetudinem abiit, ut ULPIANUS ait in *L. 27. §. 4. ff. h. t.* Quid autem hoc comprehensum fuerit, valde est incertum. — CUJACIUS in *Parat. ad ff. & c. h. t.* illud egisse putat de quolibet alio damno dato, et si res nostra non sit læsa, sed utilitas intercepta: ex PLINIO *Hist. Natur. Lib. 9. cap. 59.* qui hanc actionem *damni formulam appellavit.* — M. FREHERUS *παρεπώνων Lib. 2. cap. 3.* in OTTONIS *Thef. tom. 1. col. 907.* & seq. de quadrupede, quæ pauperiem fecit, sicut enim Aquilius in primo capite de pecude occisiā, ita capite secundo eum de pecude occidente edixisse, quam utramque materiam etiam PAULUS *Lib. 23. ad Edictum,* & ULPIANUS *Lib. 18.* tractarunt. — C. CHIFLETIUS in *Disquis. de secundo capite Legis Aquiliæ in OTTONIS Thef. tom. 5. col. 873. seqq.* ad servum corruptum retulit. — J. CONSTANTINÆS *subtil. Enodat. Lib. 1. cap. 6.* in OTTONIS *Thef. tom. 4. col. 492.* existimat capite secundo Legis Aquiliæ cautum fuisse, ut damnum, à servis datum, etiam ab insciis dominis, in solidum sarciretur, nec liberarentur domini servorum in noxam deditione. — NOODT *ad Leg. Aquil. cap. 13.* ignorantiam hujus rei profitetur. — BYNKERSHOEK *Observ. Jur. Rom. Lib. 1. cap. 13.* conjicit id capitulum egisse de dejectis & effusis, & argumenta non improbabilia petit ex *L. 31. ff. h. t.* & *L. 5. §. 4. ff. de his, qui effud. vel dej. Add. E. OTTO de tut. viar. part. 3. cap. 5. pag. 486.* & J. G. HEINECCIUS in *Antiq. Rom. ad h. t. Inst. n. 9.**

## §. 6.

*Et omni cætero damno &c.] Ait tertium Legis Aquiliæ caput: Si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit. — Primum, si usserit: ut si servo meo facem objicerit & eum adusserit, *L. 27. §. 6. ff. h. t.* item si arbustum meum vel villam meam incenderit, *d. L. 27. §. 7.* quod sæpe contigit, vel lasciviā, vel imprudentiā, facientium noctu iter ad lumina. OVIDIUS *Metam. Lib. 1. fab. 9.* VARRO *de re rust. Lib. 1. cap. 14.* — Idem est, si quid fregerit: ut si ædificii mei forens confregerit vel refregerit, *d. L. 27. §. 31.* v. g. injuria causā, *L. 53. ff. de furt.* aut per libidinem, *L. 39. ff. eod.* aut per lasciviam, aut expilandi causā, quod solent*

nocturni vagatores. JUVENALIS *sat. 3. v. 302.* SUETONIUS in *Nerone cap. 26.* — Item qui ruperit, Lege Aquiliā tenetur: ut si servum vulneraverit vel virgis, vel loris, vel pugnis, vel telo, vel quo alio, ut ei corpus scinderet, vel tumorem faceret, *d. L. 27. §. 17.* vel si mulierem pugno, vel equam iactu, percusserit; & mulier, vel equa, ejecerit, *d. L. 27. §. 22.* i. e. abortum fecerit, *L. 39. ff. eod.* Idem, si navem perforaverit: nam & hic, quasi ruperit, tenetur, *d. L. 27. §. 24.* Idem, si maritus uxori margaritas extricatas, (i. e. solutas) dedisset in usu; eaque infcio vel invito viro perforasset, ut pertusis in linea uteretur, *d. L. 27. §. 30.* — Cæterum verbum, ruperit, omnes veteres fere sic intellexerunt, corruperit; sub eoque & fracta, & collisa, & effusa, & quoquo modo perempta, aut deteriora facta, complexi sunt. *d. L. 27. §. 16. ff. h. t. §. 13. Inst. eod.* — Sed quid, si confumpserit v. g. alienum vimnum aut frumentum? proprie non dicetur rupisse: i. e. ea corrupisse, aut deteriora fecisse: quippe quia ea adhibuit ad eum usum, ad quem naturaliter sunt inventa: quod non est corrumpere aut deteriorius facere. Non igitur tenetur directā actione Legis Aquiliæ, sed tenetur actione utili, *L. 30. §. 2. ff. h. t.* quam producit publica utilitas ex sententiā Legis, eo pergentis, ne quod alteri per alterum damnum injuriā inferatur. Idem dicendum est, si glans ex arbore tuā cadat in meum fundum, eamque immisso pecore ego depascam: nam neque hic competit tibi legitima actio damni injuriā dati: quia nec glans proprie dicitur corrumphi aut deterior fieri pastu & consumptione, ad quam à naturā comparata est. Nihilominus quia iniquum foret, legis angustias tibi prodesse cum injuriā meā, etiam eo porrígenda videtur severitas juris per actionem in factum, *L. 4. §. 3. ff. de præscr. verb. i. e. per utilem actionem:* nam hanc indigitant Impp. in *L. ult. C. h. t. his verbis: „De his, quæ per injuriam depasta contendis, ex sententiā Legis Aquiliæ agere minime prohiberis.“* — Rupisse porro tantum intelligitur, qui simul damnum dedit. Proinde si ruperit, sed rem aut pretiosiorem, aut nullo pretio viliorum, deterioremve fecerit, hoc capite non tenetur: idque ULPIANUS indicat in *L. 7. §. 17. ff. h. t.* cum ait, Legem Aquiliā ruptiones non quascunque perfœqui, sed has, quæ damnum dant, & servum ruptione viliorum, deterioremve faciunt. Exemplum elegans est in *d. L. 27. §. 23.* Si quis alienum puerum castraverit: quamvis enim sic puerum ruperit, tamen Aquilia cessat: quia libidini visum, hominis integri aut castrati pretium non vera bonitate, sed usu cenfere, itaque castratum, et si propter vitium excise virilitatis naturā vilior deteriorque sit, tamen propter formam molitiemque effeminitati sexus longe

longe pretiosiorem, quam hominem integrum habere. QUINTILIANUS *Inst. Orat. Lib. 5. cap. 12.* Plane si servus castratus pretio non quidem sit deterior factus, verum sumptus in ejus salutem & sanitatem facti sunt, quia in haec quoque videtur damnum datum, ideo Lege Aquiliā agi poterit. *d. L. 27. §. 17.* — Conf. NOODT ad Leg. Aquil. cap. 15.

## §. 9.

*Quod si unus &c.]* De conciliandā *L. 51. pr. ff. h. t.* cum *L. 11. §. 8. h. t.* multum laborarunt Interpretes. Communis est solutio, quam refert Author noster, distinguendo, utrum vulnus adeo fuerit lethale, ut servus certo certius fuisset peritus, ad quem casum referunt *d. L. 51.* an vero hoc ita certum non fuerit, quo pertinere dicunt *d. L. 11. Conf. J. SUAREZ Comm. ad Leg. Aquil. Lib. 1. cap. 3. sect. 3. in MEERMANNI Thes. tom. 2. pag. 42.* A. MATTHÆUS de Crimin. ad Lib. 48. D. tit. 5. cap. 3. n. 18. pag. 497. Z. HUBER *Diffr. Jurid. & Philol. tom. 2. pag. 27.* & seqq. — Haec tamen non placent NOODTIO ad Leg. Aquil. cap. 10. qui censet questionem à JULIANO in *d. L. 51.* infeliciter definiti, ejusque sententiam neque rationi amicam, neque usu receptam esse; quin imo postea ipsi JULIANO displicuisse. *L. 15. §. 1. ff. h. t.*

## §. 11.

*Vel ULPIANUS ex mente Stoicorum &c.]* Ex Stoicorum præceptis explicandum est, quod ULPIANUS in *L. 9. §. 7. ff. de pecul.* ait: *Licet etiam servis naturaliter in suum corpus sèire.* Jure enim civili mori cuivis licebat, si vivere disperceret, nec unquam hoc punitum, aut improbatum est, nisi quis ob criminis metum se occiderit, aut cum alterius injuriā hoc fecerit. *L. 3. ff. de bon. eor. qui ante sent. mort. sibi consci. Mortem autem voluntariam ideo probarunt Stoici, quod vitam inter adiutoria collocarent, corpusque non partem hominis, sed tantum instrumentum ejus existimarent. M. ANTONINUS de rebus suis *Lib. 9. §. 1.* SENECA Epist. 12. & 53. de ira *Lib. 3. cap. 15.* PLINIUS Hist. Nat. *Lib. 28. cap. 2.* — Conf. P. GAUDENTIUS *Jurid. Exposit. Lib. 1. cap. 24.* in OTTONIS Thes. tom. 3. col. 362. C. A. FABROTTUS *Exercit. 5.* in OTTONIS Thes. tom. 3. col. 1187. J. CUJACIUS *Obser. Lib. 26. cap. 40.* E. MERILLIUS *Obser. Lib. 1. cap. 23.* & BYNKERSHOEK *Obser. Jur. Rom. Lib. 4. cap. 4.* qui ex professo defendit avtoxειπταν, in se spectatam, Jure Romano nec illicitam fuisse, nec punitam. — Neque sibi repugnat ULPIANUS, quod naturaliter servis in corpus suum sèire licere statuat, & Tom. III.*

tamen in *L. 23. §. 3. ff. de Edil. Edict.* malum servum eum esse statuat, qui in corpus suum sèiat: si modo consideremus, servum cum libero haud esse comparandum, & ob lominium, cui est subjectus, nihil posse suscipere, quod domini sui jura laderet. Ex hac folâ ratione servus iste manus dicitur, non vero ex eo, quod αυτοχειπταν illicitam judicaverit. E contrario Stoicæ Philosophiae præcepta ubivis in jure nostro super hac re apparent: eademque principia fovet PAPINIANUS, ubi in *L. 3. pr. ff. de bon. eor. qui ante sent.* expresse statuit eorum, qui rei criminis non postulati manus sibi intulerint, bona fisco non vindicari: atque haec verba addit: *Non enim facti sceleritatem esse obnoxiam, sed conscientiae metum.* — Pro sceleritatem non nulli (ut H. GROTIUS in *Flor. Spars. ad h. l.*) legunt celoritatem. — Alii (ut BYNKERSHOEK *Obser. Lib. 4. cap. 4.* & E. OTTO in *Papin. cap. 9.*) referunt haec verba ad crimen, cuius metu quis manus sibi infert. — Sed adsentendum potius J. CUJACIO ad *L. 6. §. 7. ff. de injust. rupt.* quum PAPINIANUM sceleritatem ipsi propriidio tribuere persuasum habet; nihilo tamen minus Stoam ejus verba redolere videntur, quod publicationem bonorum autochiri, qui criminis haud sit postulatus, locum habere negat. — Ita NERATIUS PRISCUS quoque Stoicum se præbet, quum in *L. 11. §. 3. ff. de his, qui not. inf.* inter eos quidem, qui haud lugendi sint, illos, qui manus sibi intulerunt, refert; sed non sine causa haec notabilia addit verba: *non tædio vitæ, sed maled conscientia.* — PAULUS in *L. 43. §. 4. ff. de Edil. Edict.* eodem respicit, quum ait: *Mortis conscientiae causâ sibi facit, qui propter nequitiam, malosque mores, flagitiumve aliquod admissum, mortem sibi consciere voluit, non si, dolorem corporis non sustinendo, id fecerit.* Hujus vero distinctionis sine dubio rationem habet, ubi idem JCtus *Recept. Sentent. Lib. 5. tit. 12. §. 1.* in SCHULTINGII *Jurispr. Antejust.* pag. 476. regulam quidem de bonis ejus, qui sibi ob aliquod admissum flagitium mortem consiceret, tradit; sed addit: *quod si id tædio vitæ; aut pudore æris alieni; vel valetudinis alijcujus impatientia hoc admisit, non inquietabuntur; sed ordinariae successioni relinquuntur.* — Neque minus MARCIANUS prospexit iis, qui vitâ ex tædio se privarent. *L. 3. §. 4. & 6. ff. de bon. eor. qui ante sent.* — Conf. C. H. ECKHARD in *Hermen. Jur. Lib. 1. cap. 4. §. 138.* ibique C. F. WALCHIUS in *not. pag. 231. & seqq.* Quamvis autem haec omnia ardori, quo JCti Stoicorum præcepta defenderent, tribuere debeamus, ea tamen Christianæ Religionis principiis, ac Jurisprudentiæ naturalis fundamentis minime convenient. Ex his Thesin ponimus sequentem. *Αυτοχειπταν est illici-*

*licita*, & nonnullis tantummodo casibus excusari potest. — Homo enim, qui voluntate suâ facit, ne existat, ( $\alpha$ ) *irreligiosus* est in Deum, vitæ suæ dominum, atque in providentiam & bonitatem ejus nefarie incurrit, qui, stimulo nos conservandi tam alte infixo, voluntatem suam & obligationem, corporis & animi unionem conservandi, nobis impositam, abunde declaravit. ( $\beta$ ) Agit *injuste* contra familiam & Rempublicam, cui vitam & spiritum suum debet. ( $\gamma$ ) Idem agit *inhonesto*, quia vitam non fugit, sed malum, quod eam vel comitatur, vel quod, spe lucri frustratus, eam comitari putat; ideoque effeminata animi mollitie se occidit, quod secundum affectus vitiosos vivere non potest. ( $\delta$ ) Agit *indecore*, dum aliis præbet scandalum, quod ante tempus à statione discedit, & carnificis officio in se ipse fungitur. ( $\epsilon$ ) Idem quoque à posteriore firmat consensus morationis populorum, apud quos de se statuere semper turpe fuit, præcipue si quis, conscientiâ criminis, & imminentis supplicii metu, violentas sibi manus intulisset; ejus enim cadaver infsepultum abjiciebatur, nec heredem habebat, nec lugebatur, nec in parentationibus nominabatur. — Sunt tamen causi, in quibus indulgentia naturalis *avtoχειρα* non plane improbare videtur, qui ad tres classes redigi possunt. — I. *Licita* est, vel potius non est *avtoχειρα* eorum, ( $\alpha$ ) qui eligunt probabilem vitæ brevioris terminum, atque aliis inserviendo citius consumuntur: nam effectus ille laboris non adeo est certus, & sufficit eruditis vitam suam decreto divino esse terminatam; licet omnino contra officium faciant, qui immoderatis lucubrationibus valitudini noxam inferunt. ( $\beta$ ) Milites, obsides, nautæ, medici, & quotquot se periculo incendii, pestis vel diluvii non temere, sed ex officii necessitate objiciunt, peccare haud sunt censendi. Nec ( $\gamma$ ) qui capitale supplicium promeriti, judicis sententiâ, carnificis ministerium subire jubentur. — II. *Excusandi* sunt ( $\alpha$ ) qui mortem cum cruciatu intolerabili, certitudine morali sibi imminente, præveniunt. ( $\beta$ ) Qui ob patriæ salutem, sive jussi, sive ultro, se navimque suam, una cum hostibus, perdunt. ( $\gamma$ ) Qui in furore & melancholiâ summâ sibi manus inferunt, quia deficit cognitio boni & voluntas. — III. *Dubii generis* sunt, ( $\alpha$ ) virgines, quæ mortem sumferunt, ne violarentur. ( $\beta$ ) Qui, ne in opprobrium Dei viverent, fata sibi properarunt. ( $\gamma$ ) Beatæ martyres, quæ spe melioris vitæ, in pyram sponte insiluerunt, vel bestiis, aquis, gladiis se ultro objecerunt. — Conf. E. OTTO in notis ad PUFENDORF de Off. hom. & civ. Lib. I. cap. 5. n. 9. tom. I. pag. 193. seq. (Edit. 1769.) & J. DUMAS Traité du suicide, ou du meur-

tre volontaire de soi-même (Amst. 1773. in 8vo.)

### §. 12.

*In hæredes laudentis &c.]* Actionem ex Lege Aquiliâ non dari in heredem, certum est. Sed quænam est hujus rei ratio? In §. 9. Inst. h. t. dicitur, quia hæc actio *poenalis* est. Attamen in §. 19. Inst. de action. docetur hanc actionem esse *mixtam*, partim rei persecutoriam, partim poenalem. Ex d. §. 19. supplendus videtur §. 9. J. h. t. ubi fortasse hæc actio dicitur *poenalis*, non ut negaretur eam esse rei persecutoriam, sed quia potissima ratio, cur hæc actio non detur adversus heredem, in eo est, quod sit *poenalis*. §. 1. Inst. de perp. & temp. act. — Conf. HUBER in Eunom. Rom. ad L. 23. §. 8. ff. h. t.

### §. 15.

*Ad primam classem &c.]* In L. 5. §. ult. ff. h. t. casum propont ULPIANUS de fute, qui discentis pueri cervicem formâ calcei tam vehementer percusserat, ut *oculus ei perfunderetur*. In eadem hypothesi idem JCtus in L. 13. §. 4. ff. locat. alio verbo usus est, ut *ei oculus effunderetur*. Quicquid autem hic mutandum censem viri docti, retinenda est lectorio, & improprie *effundere oculum*, pro eluscere, visu orbare, JCtus dixisse videtur. (E. OTTO in Præfat. tom. 2. Thes. præmissa pag. 18. NOODT ad Leg. Aquil. cap. 6.) Et quamvis primâ fronte mirum videri posset, percussione cervicis oculum effundi, experientiâ tamen constat, aliquando oculorum caliginein, ob lapidis in occipite iectum, ortam fuisse. E. OTTO d. l. Cujus rei ratio in promptu est, quia nempe oculi lumen suum amittunt, si nervus opticus & tunica retina resolvuntur, quæ resolutio per commotionem cerebri, vel vulnus capitis facile efficitur. Conf. A. C. CELSUS de medic. Lib. 8. cap. 4. H. D. GAUBII Inst. Pathol. Medic. §. 714. & 715. PERCIVAL POT van de Hoofdwonden pag. 101. & passim.

*Gubernatorem quoque &c.]* Si navis navidamnum dederit, Jure Romano merum jus sequi placuit, & animadvertisendum, dolo, culpâ an casu datum sit. Si dolo, vel culpâ, resarcendum est ab eo, qui dedit; si casu, fato imputandum, negatâ omni restituzione. L. 29. §. 2. 3. & 4. ff. h. t. BYNKERSHOEK Observ. Jur. Rom. Lib. 4. cap. 16. & 17. — De dolo & culpâ, si probari possit, eandem jurisprudentiam adhuc sequimur, sed quum facile quis ignoret, aut probare nequeat, quid alter in aliâ nave possit facere vel non facere, facile accidebat, ne ulla damni fieret restitutio, ut nec siebat, si casus fortuitus damno causam dedisset. Ut ab eo jure recederetur, sola utilitas efficit, ac

ac utile erit ipsas Leges nauticas eā de re consuluisse , five Wisbuyceses , five patrias , universo Belgio communes , (Ordonn. van Keizer Karel op 't stuk van de Zeeregten , van 19. July 1551. in 't Gr. PL. BOEK I. D. fol. 783. & Placaat van Koning Philips op 't stuk der Zeevaart van 31. Octob. 1563. ibid. fol. 796.) five Frificas , i. e. Provinciæ vicinæ , ex aliis fere descriptas . (HAMERSTER Stat. van Friesland 1 B. Tit. 25. van Schepen , die elkanderen beschadigen . 1. D. pag. 435. & seqq.) Hæ autem de damno navium ita statuunt . Si navis navigans alteri , (Wisb. Zeer. §. 71.) jacenti , (ibid. §. 27. Ordonn. van K. Karel §. 48. Plac. van Kon. Philips tit. 5. §. 3. Stat. van Friesl. d. l. §. 3.) naviganti , (Wisb. Zeer. §. 48. Ordonn. van K. Karel §. 46. Plac. van Kon. Philips Tit. 5. §. 1. Stat. van Friesl. d. l. §. 1.) vel ruptis vinculis soluta navis navi stanti ligatae (Wisb. Zeer. §. 49. Ordonn. van K. Karel §. 47. Plac. van Kon. Philips tit. 5. §. 2. Stat. van Friesl. d. l. §. 2.) fine culpâ damnum dederit , commune est omnibus : si culpa intercesserit , qui culpm fecerit , damnum lueret . — Sed si in anchoris stans ligatae navis alteri similiter stanti vel ligatae non ruptis finibus , sed solo attritu damnum dederit , quid dicemus ? Si culpa dantis intercedat , damnum passus id repetit . (Wisb. Zeer. §. 29. Plac. van Kon. Philips Tit. 5. §. 5. Stat. van Friesl. d. l. §. 3.) Si vero nulla culpa vel sit , vel argui possit ? XXX. Mercatores Amstelodamenses 5. Oct. & 2. Nov. 1649. responderunt , hoc pro calamitate reputandum , nec actionem ad resarcendum damnum dari . (VAN ALPHEN Papeg. 2. D. pag. 36—40.) Sed meliori forsitan fundamento dicimus damnum sine culpâ etiam attritu datum , esse communicandum , ex Jure Nautico , quo utimur , quodque sine ulla distinctione omne damnum , mutuâ impulsione navibus datum , commune esse jubet . — Quod autem ad damni , sine culpâ dati , & ab utroque ferendi , explicationem attinet , apud Pragmaticos , hilarioris olim famæ , scribitur , damnum navium sine culpâ datum communicari ex Legibus nauticis , damnum vero bonorum ex sola consuetudine , rebus judicatis confirmatâ . (Bell. Jurid. Cas. 49. Adrysen &c. over 't beschadigen van Binnelands - varende Schepen pag. 15. & seqq.) Sed minus recte . Quemadmodum enim , cum Jus Civile in L. 29. §. 2, 3. & 4. ff. h. t. simpliciter loquitur de damno , quod culpâ nautarum datum est , resarcendo , hoc utique intelligendum sit tam de damno navium , quam mercium , ita etiam recta interpretandi ratio non patitur , ne , quamvis Leges Wisbuyceses , ac Caroli V , & Philippi II. Leges fere simpliciter loquantur de navibus , idem etiam porriganus ad bona , quæ iis na-

vibus vehuntur . — Conf. BYNKERSHOEK Quæst. Jur. Priv. Lib. 4. cap. 18.

Porro queritur , ad quas naves bona que illæ de damno communicando Leges Nauticæ pertineant ? Vulgo distingunt inter naves marinas (Zeevaarders) & naves fluviales , Binnelandsvaarders ) & ajunt in illis damna navium & bonorum communicari , in his solarum navium . (Adrysen &c. over 't beschadigen van Binnelands-varende Schepen .) Sed non sat firmis rationibus haec distinctio nititur . Magis dicendum in utroque casu idem juris esse . Sola utilitatis ratio damni communicationem suasit & extorsit , eaque ratio generalis est , ideoque porrigenda ad ea , quæ tendunt ad eandem utilitatem . L. 13. ff. de legib. Et multum abest , ut Leges nauticæ , quæ de damno communicando agunt , id restrin-gant ad naves maritimas . Vid. Ordonn. van K. Karel §. 46, 47 & 48. Plac. van Koning Philips Tit. 5. §. 1, 2 & 3. Stat. van Friesl. d. l. §. 1, 2 & 3. quæ loquuntur van Scheppen , binnen of buiten 's Lands zeilende , legende , of komende , quod non aliter intelligendum , quam de buiten- en binnenlands vaarders : hæc enim interpretari , atque si sermo esset de solis navibus marinis , forte navigantibus binnen de eerste , tweede , en derde ton , videtur esse leges calumniari & verba captare . — Accipienda igitur omnis navis , five marina , five fluvialis , five in aliquo stagno naviget , five schedia fit , ut in exercitoria ULPIANUS ait in L. 1. §. 6. ff. de exerc. act. Atque ita etiam olim Causidici Amsterdammenses responderunt 20. Jann. & 23. Febr. 1641. & 17. April. 1643. (Holl. Conf. 2. D. Conf. 27.) quorum postremus ait se XL annorum experientia compertum habere , Amstelodami , in damno navium , inter marinas & fluviales nunquam fuisse distinctum . — Cæterum hæ Leges nauticæ etiam pertinere videntur ad naves pectorias , quæ in mari pescantur , ut capiant balenas vel haleces , Groenlands-vaarders , & Haring-buyzen , vulgo dictas . — Conf. BYNKERSHOEK Quæst. Jur. Priv. Lib. 4. cap. 19.

Alia quæstio est , an damni præstatio ultra navis rerumque pretium porrigi possit ? Justius autem videtur , ne res nostræ citra culpam nostram ultra earum pretium nobis noceant , ut ita liceat navem , quæ damnum dedit , & res , quæ superfunt , cedere utilitati eorum , qui damnum passi sunt . Atque ita judicio contradictorio Supremus Senatus judicavit 21. Decemb. 1629. (COREN Observ. 40.)

Sed quia illæ Leges nauticæ simpliciter loquantur de damno communicando , belle quæri potest , Geometrice an Arithmetice id computandum sit ? Solam rationem Arithmeticam videntur novisse in varijs judiciis , quæ apud Senatum Supremum acta & edita sunt .

(NEOSTADIUS *Decis.* 48. & 49. COREN *Obs.* 40. & 41.) Et tamen ratio Geometrica videtur esse aequior & melior, quia damnum, nullâ culpâ datum, tanquam factum, quod utrique evenit, considerandum, atque ita paribus auxiliis, prout cujusque opes sunt, propulsandum est. Qui ergo plus habet, plus periclitetur, qui minus, minus, pro opibus quisque suis, & ita nunquam depressæ navis semis totam salvam absumet, quanto enim pretiosior est depressa navis, tanto & plus de summâ, ex ejus computatione factâ, desumitur. — Ait etiam §. 27. L. L. *Wisbuc.* si navis altera alteri impacta efficerit, ut in alterâ dolia vini frangerentur, die schade zullen zy deelen na den prysie, dat daar wyn in beide schepen is. Ergo qui plus pretii in vino habuit, plus contribuet, sancit enim, resarcendum esse damnum secundum pretium vini, quod uterque in navi habuit, quæ proportio est Geometrica. — Præterea ait §. 68. d. d. L. L. si navis onusta aliam navem cum onere depresserit, ineundam esse pretii utriusque navis & onoris utriusque, antequam damnum hoc daretur, rationem, & ex conjunctâ utriusque navis pecuniâ navis damnum esse resarcendum, itemque onoris ex utriusque onoris pretio conjuncto, pond ponde gelyk, mark mark gelyk, quæ rursus mera est Geometrica computatio. — In jactu etiam, qui casu fit, ex ipsis Legibus nauticis, proportio Geometrica observatur, penning pennings-waarde, sive pennings-gelyk: (*Wisb. Zeer.* §. 38. *Plac. van Koning Philips Tit. 4. §. 6. Stat. van Friesl. d. l. §. 6.*) cur vero hanc non æque observabimus in damno navium, quod solo casu accidit, eadem quippe utrobique est ratio. — Conf. BYNKERSHOEK *Quæst. Jur. Priv. Lib. 4. cap. 20.*

De damno navium, sine culpâ dato, etiam adhuc aliæ agitantur quæstiones. — I. An merces navisque conjunctim mercium navisque damnum reparare teneantur, an separatim merces mercium, navisque navis? Unde duæ rursus nascuntur aliæ quæstiones, ut puta onusta navis navem vacuam depressit, an navis vacuae damnum quoque merces in navi, quæ damnum dedit, reparare teneantur? Vel vacua aliam cum onere obruit, an sola ea navis ad dimidium damni, & navi & mercibus dati, teneatur? Apud COREN *Observ. 41.* quædam Amsterdammensium & Rotterdamensium testium turbæ referuntur, quæ uno ore testatæ sunt, *eene gemeene Costuime te wezen, dat een geladen of ongeladen schip een ander geladen of ongeladen overzeilende, de halve schade, aan schip en goed toegebragt, gehouden is te dragen, al waren in het overzeilde schip geene goederen geweest, werden niettemin de halve schade over het behouden schip en goed omgeslagen.* Et sane fa-

tendum est, magnam eas rationem habere, nec esse, cur sola navis alterius navis, & solæ merces aliarum mercium damnum ferant. — Distincta nihilominus est actio contra navis merciumque, in salvâ navi superstitum, dominos. Si ergo merces jam exoneravit nauta, contra eum navisque dominum actio esse non videtur, nisi probetur & detrahatur, quantum contribuere debebant, quæ superfuerunt, & jam exonerata erant merces. — II. Si de bonorum contributio agatur, quomodo computandum pretium eorum, quæ perierunt, & quæ servata sunt? Hoc ita definiendum videri potest, ut si de contributione, jactu facto, ageretur: nihil enim interest, collisione navium, an jactu, merces perierint. In jactu autem consuetudo introduxit, dimidio itineris perfecto aestimanda bona, quanti in loco, quo destinaabantur, si nequum dimidio, quanti, ubi empta sunt, venire poterant. (*Il consolato del mare cap. 95. WeytSEN van Ayarye §. 22. VINNIUS in not. ad PECKIUM de re naut. pag. 220.*) Add. J. M. BARELS *Adyssen over den Koophandel en Zeevaart 1. D. Adv. 34. pag. 166.* — An Magistri nautarumque stipendia servatorum bonorum nomine habenda sint, ut contribuant? Affirmativa sententia prævaluit in servatâ navi. (COREN *Obs. 41.*) Sin vero periit, à nonnullis responsum est, magistri nautarumque navis, quæ dimidio itineris perfecto depressa erat, stipendia, quippe quæ ita jam debebantur, contributione esse farcienda. (*VAN DEN BERG Nederl. Adv. Boek 1. D. Conf. 244. quæst. 3. & 4.*) — An mutuum damnum resarcendum sit, si navis, quæ vel obruendo vel allidendo damnum dedit, acceperit quoque? Omnino distinguendum est, utrum mutua facta sit impulsio, & tunc navis, quæ depressit, & dimidium damni dati restituere tenetur, potest detrahere dimidium damni, quod ipsa deprimente acceperat: ut puta mea navis navigans tuam contra navigantem depressit, & ipsa quoque damnum accepit, ego tui damni dimidium feram, & tu mei. Contra vero, si mea tuam in anchorâ stantem, vel ligatam obruat, & mea quoque damnum patiatur, ego damni tibi dati dimidium feram, tu mei non etiam. Idque rationem habet manifestam, si enim contra navigantem deprimam, & ego tibi damnum dedi & tu mihi dedisti: aliter atque si jacentem navem obruam, tunc enim, quod patior damnum, mihi ipse dedi. Confirmat hoc ratiocinium de *Ordonn. van K. Karel §. 47. Plac. van Koning Philips Tit. 5. §. 2. Stat. van Friesl. d. l. §. 2.* quibus constitutum est, si navis ligata sine culpâ fluitare incipiat, & alii, itidem ligatae, damnum dederit, damnum, quod dedit, commune futurum, quod passa est, solam laturam. — Conf. BYNKERSHOEK *Quæst. Jur. Priv. Lib. 4. cap. 21.* Hac-

Hactenus autem egimus de damno absque culpâ dato; ubi vero alterutrius culpâ datum datum est, & ea culpa probari potest, ad Jus Romanum revertimus, ejus nempe solius esse damnum, cuius culpâ datum est. — Quid *culpæ* nomine veniat, difficile est definire, præcipue eā in re valet judicis arbitrium. Culpâ tamen damnum dedisse videtur, qui ne impediretur obstat: ut puta navis tua juxta meam, quæ fundo insistit, fluitat; & metus est, ne meæ impellatur, tu quidem cogi ne quis, ut navim tuam abducas, sed humane introductum, ut pati tenearis, navim tuam à me abduci, quod si id non patiaris, de damno, quod tua navis dabit, teneberis. (*Wisb. Zeer.* §. 39. *Plac. van Koning Philips Tit. 5. §. 5. Stat. van Friesl. d. I. §. 5.*) — Si navis ligata fluitare coeperit, & alteri, in anchoris stanti, impulsâ damnum acceperit, damnum suum ipsa fert, etiam si proclamaverit, ut navis, in anchoris stans, funes anchorarum vellat latius extendere, & navis ligata id noluerit. (*Ordonn. van K. Karel* §. 47. *Holl. Conf. 1. D. conf. 198. & Amsterd. 3. D. Conf. 16.*) — Culpa quoque consideranda est ejus qui damnum passus est, nam si noctu sit obrutus, cum neque ignem haberet, neque clamaret, ipse sibi damnum fecisse videtur: atque ita judicavit Senatus Supremus 23. Nov. 1720. — Est & culpæ species anchoram nullo supernatante indicio notasse. Quapropter, si eo quis damnum acceperit, tenetur in solidum, qui anchoram sine indicio habuit: (*Ordonn. van K. Karel* §. 49. *Plac. van Koning Philips Tit. 5. §. 4. Stat. van Friesl. d. I. §. 4.*) nisi sine culpâ indicium, quod additum fuit, cum anchorâ ejiceretur, unda abstulerit, neque adhuc novum indicium addere potuerit, tunc enim damnum commune est. *d. d. §. §.* — Ita, si alterutrius culpa locum habuerit. Sed quid, si utriusque culpâ damnum datum & acceptum sit? Damnum commune esse, censuit Curia Hollandiæ, & ita quoque, cum provocatum esset, Senatus Supremus. *NEOSTADIUS Supr. Cur. Decif. 49.* Sed verius videtur, utriusque culpâ damno dato, nullam invicem esse actionem, & suum quemque damnum ferre oportere. *L. 203. ff. de R. 3. L. 8. ff. de cond. ob turp. vel inj. caus. L. 3. ff. de damn. inf.* — Conf. BYNKERSHOEK *Quæst. Jur. Priv. Lib. 4. cap. 22.*

Tandem queritur, an actio de damno, culpâ dato, (quæ certe contra ipsum Magistrum in solidum competit,) etiam competit adversus exercitores navis, & an in solidum? Vix autem adfirmari posse videtur, si dolo vel culpâ magistri damnum datum sit, id ab exercitore esse resarcendum: ex facto enim magistri quidem tenetur exercitor, sed non ex alio facto, quam cui præpositus est. *L. 1. §. 12. ff. de excrc. act.* Omnis præpositio est ex mandato, sive expresso, sive tacito, & si

quid delinquit magister, dum id mandatum exsequitur, etiam exercitor tenetur. Ei autem mandatum non est aliorum naves dolo vel culpâ obruere, quod si fecerit, ipse damnum, quod dedit, luat, non exercitor. — Nec obstat, damno nullâ culpâ dato, de damni tamen dimidio ad usque navis pretium adversus exercitorem agi: nam jure singulari receptum est, ut damnum, nullius culpâ datum, tanquam fatum utriusque commune aestimetur, cætera juri communi relata sunt. — In Edictis tamen, quæ de pescatione halecariâ edita sunt, jure singulari constitutum est: „*die zyn mede visscher wetens en willens beschadigt, zal de schade beteren, zoo verre zyn goed strekt, en 't surplus te verhaalen aan de Reeders van de Schepen, daar hy by beschadigt is; en de Stuurman zal boven dien verbeuren zestig Guldens, en gepunieert werden ter arbitrage van de wet.*” (*Plac. van Koning Philips 9. Maart 1580. art. 21. in 't G. P. B. 1. D. fol. 689. Plac. van de Staten van Holland 19. April 1597. ibid. fol. 691.*) — Conf. BYNKERSHOEK *Quæst. Jur. Priv. Lib. 4. cap. 23.*

## §. 17.

*Tonsor eo in loco &c.*] Cædes culpâ facta, cui casus cohæret, injuriâ facta videtur. Illustratur illud exemplo *L. 11. pr. ff. h. t.* Tonsor sellam habuit eo in loco, in quo erat frequens transitus & pilæ lusus. Res olim Romæ usitata & solita. (*MARTIALIS Lib. 7. Epigr. 60. Vid. M. FREHERUS παρέπυω Lib. 1. cap. 8. in OTTONIS Thes. tom. 1. col. 870. seq.*) Huic tonsori, cum sellam posuerat in via publicâ, se tondendum præbuit servus: dum tondet, pilæ in tonsoris manu fortius impulsâ, servo gulam præcidit adjecto cultello. Quæritur, quid juris? Ait *MELA* eum teneri, penes quem culpa fuerit. Sed quis iste? *ULPIANUS* hoc paulo obscurius definit: primum ex *PROCULO* refert, si tonsor sellam eo habuit in loco, in quo aut ludi solet, aut frequens transitus est, tonsoris culpam videri: esse enim, quod ei imputetur, cum his, qui pilæ luserint ubi jus erat ludendi, nihil imputari possit. Sed mox subjicit: *Quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.* NOODT ad *Leg. Aquil. cap. 7.* in his verbis αὐτοῖς λαβει observat, ita tamen explicandam, ut priora legis verba veram decisionem continere putet, adeoque revera tonsorem hac Lege teneri. — Alii decisionem *ULPIANI* ita interpretantur, ac si dixerit, eam decisionem semper pendere à quæstione facti, utrum locus, quo quis se tonsori commisit, notabiliter fuerit periculosis, an secus. Si non, pro casu fortuito habenda est cædes aut vulnus: sin aliter, item distingendum; aut is, qui radebatur,

conscius loci & periculi, se tonsori commisit, & ipsi res imputatur, si cupiens inter radendum frui spectaculo improvisam acceperit plagam: aut ignarus fuit periculi, & tonsoris culpa erit. — Conf. S. SUAREZ in *Comm. ad Leg. Aquil. Lib. 1. cap. 2. Sect. 7.* in MEERMANNI *Thes. tom. 2. pag. 31. seq.* & U. HUBER in *Eunom. Rom. ad d. L. 11. pr. ff. h. t. pag. 408.*

## §. 18.

*Machinarius &c.]* Conf. BRISSONIUS de *Verb. Signif. voc. Machinarius: & VICAT in Vocabul. Jur. d. voce.*

## §. 22.

*Moderamen inculpatæ tutelæ.]* De hac materia dicemus infra ad tit. *ff. ad Leg. Corn. de fiscar. n. 11—13.*

*Unde cum tabernarius &c.]* Ad explicantam *L. 52. §. 1. ff. h. t. conf. NOODT ad Leg. Aquil. cap. 1. in Oper. tom. 1. pag. 143. col. 1.*

## §. 23.

*Medici.]* Medici olim non tantum dicti sunt, quos hodie hoc nomine appellamus, sed illi etiam, quos nunc chirurgos vocamus, & foeminæ adeo obstetricices inter medicos relatae sunt: E. MERILLIUS *Obser. Lib. 5. cap. 21.* A. MENAGIUS *Amoen. Jur. Civ. cap. 35.*

*Illi quoque &c.]* De damno, quod per ariæ culpam datum est, resarciendo, vid. *Regtsgel. Obser. over DE GROOT's Inleid. 2. D. Obs. 95.*

## §. 26.

*Doliorum cerevisiariorum &c.]* Add. *Plac. van de Staten van Zeeland 20. Maart 1660. (G. P. B. 4. D. fol. 1044.) — Plac. van de Staten van Holland 18. Juny 1706. (G. P. B. 5. D. fol. 1083.) — Plac. van de Staten Generaal 5. Maart 1707. (ibid. fol. 1084.)*

## §. 30.

*Potest autem &c.]* Concursus actionis ex Lege Aquiliâ & ex Lege Corneliâ est cumulativus, ita ut una alteram non tollat. §. 11. *Inst. h. t. L. 23. §. 9. ff. h. t.* Quin immo,

si prius actum sit judicio criminali ex Lege Corneliiâ, & in eo reus fit absolutus, potest tamen dein actor experiri judicio civili Legis Aquiliæ, quia in eo de dolo, in hoc vero etiam de culpâ agitur. Aliud tamen videtur dicendum, si prius ex Lege Aquiliâ actum sit, in eoque judicio actor siccubuerit; tunc enim non potest institui actio criminalis ex Lege Corneliiâ, propter *L. 4. ff. de publ. jud.* Conf. U. HUBER in *Eunom. Rom. ad d. L. 23. §. 9. pag. 411. seq.*

## §. 31.

*Quod & vult &c.]* Verba *L. 34. §. ult. ff. de O. & A.* hæc sunt. „*Et quidem post Legis Aquiliæ actionem utique commodati finietur: post commodati, an Aquiliæ remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est, remanere, quia simplo accedit, & simplo subducto locum non habet.*” Verissimum est, si hæc verba ita retineamus, ipsum PAULUM secum pugnare, sibique non constare, & rationem esse contrariam dicto. In duas itaque diversas partes abeunt Interpretes; vel pro remanere legunt non remanere; vel pro locum non habet legunt locum habet. Utraque conjectura suas habet rationes, quas exposuit J. AVERANIUS *Interpr. Jur. Lib. 2. cap. 28. n. 49. tom. 1. pag. 682.* & *Lib. 3. cap. 15. tom. 2. pag. 257. seqq.* — Attamen nullâ emendatione opus esse, sed unius parenthesis ope omnem motum componi posse, censuit F. RYGERBOS *Obser. Jur. Rom. cap. 1.* Ita legit ac distinguit. „*Et quidem post Legis Aquiliæ actionem utique commodati finietur: post commodati, an Aquiliæ remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur (sed verius est remanere) quia simplo accedit, & simplo subducto locum non habet.*” Hoc modo postrema illa periodus non decidendi, verum dubitandi continebit rationem, neque ideo ad verba: *sed verius est remanere*, ut creditum est hactenus, verum ad antecedentia: *post commodati, an Aquiliæ remaneat &c.* pertinet; ac sic omnis quæ hic à PAULO tradidit, doctrina examissim conspirabit cum eâ, quæ ULPIANUM habet auctorem in *L. 7. §. 1. ff. commod.* & *L. 2. §. 3. ff. de priv. del.* imo cum eâ, quam alibi ipse PAULUS inculcat, in *L. 41. §. 1. ff. de O. & A. L. 1. ff. arb. furt. cœf.* & *L. 1. ff. de vi bon. rapt.*

## T I T U L U S III.

*De his, qui effuderint vel dejecerint.*

§. I.

**N**ON privatum modo, sed & publice interest &c.] Quanta hujus Edicti de dejectis, effusis, & periculose positis, fuerit utilitas & necessitas, nemo non videt; quia publice utile est sine metu & periculo per plateas commeari. Sed magis utilitas illa apparebit, si in memoriam revoemus I. multitudinem hominum in Urbe Româ. In universum quatuor hominum milliones in hac urbe, & circa eam fuisse censent eruditî; nec ultra fidem, si numerum civium, peregrinorum, militum & servorum cogitemus. Vid. POMPONIUS in L. 2. §. 9. ff. de O. J. SENECA ad Helviam matrem cap. 6. & de ira Lib. 2. cap. 7. LUCANUS Phars. Lib. 1. vñ. 511. — II. Cum illâ multitudine hominum si comparamus plateas, non admundum latas, quantum periculi ex dejectis vel effusis turbæ imminuerit videmus. (CICERO Agrar. II. c. 35. SENECA Controv. Lib. 2. cap. 9. TACITUS Annal. Lib. 15. cap. 38.) NERO autem cum Urbem maximâ ex parte, ante necem suam, instauraret, vias publicas direxit ac laxavit, neglectâ prioris etatis serie ac formâ; (TACITUS d. l. c. 43.) verum ne hæc quidem patula viarum multitudo copiam hominum assidue defluentium capere potuit. (SENECA de clem. Lib. 1. cap. 6. JUVENALIS sat. 3. vñ. 236. & sat. 6. vñ. 78.) Sed & quamvis latæ essent plateæ, tabernis tamen & pergulis institutorum, cauponum, tonsorum & lanionum angustiores reddebantur, donec DOMITIANUS ei rei modum imposuit. (MARTIALIS Lib. 7. Epigr. 60.) — III. His tertium momentum accedat ab altitudine ædificiorum petitum, ex quorum supremis coenaculis plebs Romana, testas fractas & rimosa vasa dejiciens, lapsu graviore cerebra transeuntium feriebat. Initio quidem, cum per Urbis laxitatem licebat, unius tantum contignationis erant ædificia, culmo horrentia & è stramine constructa: sed postquam area plana infinitam illam hominum frequentiam recipere non posset, ad auxilium altitudinis ædificiorum res ipsa coëgit devenire; itaque altitudines, crebris contignationibus coaxatae, summas coenaculorum utilitates & despectationes perfecerunt. (VITRUVIUS Lib. 2. cap. 8.) quod eo usque processit, ut variis Principum Edictis ædificiorum altitudo definita fuerit, (STRABO Lib. 5.

pag. 368. SEXTUS AURELIUS VICTOR Epit. cap. 13.) quæ tamen Edicta tacitam habuerunt exceptionem, si vicini, solida jaci fundamenta videntes, consentirent, ut modum excedere liceret, atque ita pactum vel stipulatio ædificanti suffragaretur, ut ZENO inquit in L. 12. §. 1. C. de ædif. priv. — Hoc amplius sciendum est, quod in partibus ædium superioribus, opifices plerumque & pauperes cum familiâ ex conducto habitariint, qui coenacularii idcirco in L. 11. §. 5. ff. de pign. act. sicut illi, qui domus totas conductas, quæstus gratiâ, per singula coenacula locabant, coenaculariam exercere dicebantur. L. 5. §. 1. ff. h. t. Coenacula vero sub ipsis tectis & tugulis erant altissima, ut scalis vel cochleis ad ea adscendi deberet. — IV. Augebatur periculum ob fuggrunda & protecta, extra domum supra plateam exorrecta, quorum caput secundum Edicti meminit, ut adeo satis ex his constet, munendum fuisse multitudinem per plateas Romanas diffluentem, adversus injurias, quæ ex alto imminebant. (JUVENALIS Sat. 3. vñ. 268.) — Conf. E. OTTO de tutel. viar. part. 3. cap. 5. pag. 476—484.

Ad historiam Edicti quod attinet, nemo dubitat, quin paterfamilias, qui ipse corpus solidum ut tegulam, lapidem, lignum dejecit ex ædibus suis, vel rem liquidam ipse effudit in eum locum, quo vulgo iter fit, vel consistitur, obligetur naturaliter ad damnum resarcendum, & lege civili insuper, ob crassam negligentiam, mulctari possit. Quid vero si habitantes cum eo uxor, filiusfamilias, hospes, cliens, libertus, aut servus dejecerint? Ipsi quidem dejicientes principaliiter ex facto suo tenentur, ut tamen patrifamilias damnum quoque imputari possit, quantum is tanquam familiæ suæ princeps, poterat & debebat actiones eorum, quos sub rectum recepit, moderari, ut ne civibus essent molestæ, vel securitatem viarum impeditarent. Sed quia rarius sciri potest, quis dejecerit aut effuderit, maxime si plures in eodem coenaculo habitent, vel si nocte dejectum sit, hinc utile visum fuit Prætori actionem poenalem proponere adversus ædium habitatores, hoc fundamento, quod ille obligatus sit quasi ex delicto, id est ex facto illicito, solâ culpâ admisso: peccasse enim quodammodo videtur ob id, quod homines petulant, incautos parumve providos in coenacula

cula recepit; L. 5. §. 5. ff. de O. & A. ideoque æquum est, ut suam suorumque culpam præstet. L. 6. §. 2. ff. h. t. Vid. GROTIUS de J. B. & P. Lib. 2. cap. 17. §. 6. & seq. PUFFENDORF de J. N. & G. Lib. 3. cap. 1. §. 6. E. OTTO d. l. pag. 484. seq.

## §. 3.

*Quod tamen fieret &c.]* ULPIANUS in L. 5. §. 4. ff. h. t. inquit: „Cum autem Legis Aquiliæ actione propter hoc quis condemnatus est, merito ei, qui ob hoc, quod hospes vel quis alius de coenaculo dejicit, in factum dandum esse LABEO dicit adversus dejectorem.” Legis Aquiliæ mentio quum hic offenderet Interpretes, alii interpretatione, emendatione alii medicinam quæsivere. — A. FABER in Rational. ad d. L. pro Legis Aquiliæ actione legit hac actione. — NOODT Probab. Lib. 1. cap. 10. (quem sequitur Auctor noster) pro his verbis reponit, *in factum actione.* — BYNKERSHOEK Obsrv. Lib. 1. cap. 13. caput secundum Legis Aquiliæ de dejectis & effusis egisse, & ULPIANUM, quia in veterum commentariis de dejectis & effusis actionem Legis Aquiliæ adscriptam viderit, id servasse autummat. — A. WIELING Lett. Jur. Civ. Lib. 1. cap. 13. distinctione rem expeditivisse sibi visus est. Ait autem, Prætorem dupli actionem læso in habitatorem dedisse, five ipse habitator, five alius quid effuderit vel dejecerit: cæterum si de ipsius facto habitatoris constet, electionem læso dari, utrum ex Edicto de dejectis & effusis, an ex Legis Aquiliæ capite tertio experiri malit, per L. 31. ff. ad Leg. Aquil. Secundum hanc igitur distinctionem verba ULPIANI in L. 5. §. 4. ff. h. t. capienda putat, statuens, ibi de utraque actione agi, Legis Aquiliæ ex facto proprio, & honoraria ex alieno: sed habitatorem, conventum hac posteriore, regressum contra dejectorem habere, institutâ vel in factum, vel locati actione. — J. L. E. PUTMAN Interpr. & Obsrv. cap. 26. hanc WIELINGII interpretationem, tanquam verbis & sensui legis contrarium, rejiciendam, ac in BYNKERSHOEKII interpretatione acquiescendum putat.

## §. 5.

*Nihil autem interest &c.]* PAULUS, hoc Edictum explicans, in L. 6. ff. h. t. ait: „Hoc Edictum non tantum ad civitates, & vicos, sed & ad vias, per quas vulgo iter fit, pertinet.” Nonnulli hic pro vias legunt vilas; sed sine ulla necessitate, & ex non perceptâ mente JCTI. Id enim voluit PAULUS, hoc Edictum non tantum locum habere, si quid dejectum vel effusum sit ex ædibus in aliquâ civitate vel vico exstructis, sed quo-

que si quid dejectum vel effusum sit ex ædibus, quæ extra civitates & vicos publicis viis adjacent: & sic apparent, PAULUM optime sententiam Edicti explicuisse; nam licet ædes extra civitates, & vicos sitæ sint, si tamen adjacent viis, per quas vulgo iter fit, tunc quoque non manet tutum iter commenantibus, si quid dejiciatur, aut effundatur. H. G. v. VRYHOFF Obsrv. Jur. Civ. Cap. 18. pag. 94. & seqq.

## §. 6.

*Quod si id, quod positum fuerat, ceciderit &c.]* De hoc casu ULPIANUS ait in L. 5. §. 12. ff. h. t. In eum competit actio, qui posuit, non in eum, qui habitaverit: quasi hæc actio non sufficiat; quia positum habuisse non utique videatur, qui posuit, nisi vel dominus fuit ædium, vel inhabitator. Non temere CUJACIUS Obsrv. Lib. 22. cap. 32. vitii hic aliquid hærere putat, quod non nisi trajectione verborum sanari possit, hoc modo: in eum competit actio, qui habitaverit, non in eum, qui posuit. Repugnat autem H. à SUERIN Repet. Lect. Jur. cap. 20. in OTTONIS Thes. tom. 4. col. 36. nec leves absurditates ex hac correctione exoriri causatur. Videamus. Species hæc est: Cajus habitat ædes, in quibus Titius, qui eas non habitat, posuit aut suspensus aliquid periculose; quod cadendo nocuit. Multum intererit, an Cajo sciente & paciente in fuggrundâ vel protecto aliquid positum fuerit, an ipso ignorantे vel sciente, sed in aliâ parte ædium, extra protectum. Si posterius supponas, hæc actio non sufficit, i. e. deficit: nec enim ea datur adversus Titium, qui posuit, quia non est dominus ædium, neque habitator; nec adversus Cajum, qui habitat, quia is neque posuit, neque positum habet, aut habuit, quum ignorarit, neque in fuggrundâ poni passus sit. Æquum vero visum, ut actio in factum in eum qui posuit, ad exemplum hujus actionis, detur, in qua judex æstimet, quantum ob eam rem præstari æquum sit: majore enim odio dignus est, qui occasionem damni dedit, quam habitator, inter quem & easum nullus hic est nexus. Hanc interpretationem tum voces positum habuerat, tum etiam duæ species frequentes firmare videntur; altera de pictore, qui clypeum vel tabulam, sed non in protecto, expositam habuit, & altera de amphorâ ex reticulo [i. e. fasciâ]. BYNKERSHOEK Obsrv. Rom. Lib. 5. cap. 17.] suspensa, quia & legitima Aquiliæ, & honoraria actio deficit. Quod si vero speciem cum CUJACIO ita concipias, ut Cajo sciente & in fuggrundâ positum fuerit, id quod decidit, trajectio verborum per se quidem non mala est, sed, præter Codicum fidem, ei refragantur tum verba, quasi hæc actio non suffi-

*sufficiat*, tum sequentia per *nam & conjuncta*. | pro dejecto haberi, in L. 1. §. 3. ff. eod. ve-  
Utique adversus inhabitatorem actio sufficiet | rum est, etiamsi habitator vel dominus aedium  
ex capite secundo Edicti, quo coeretur | suspendi non passus est, quod tamen requi-  
qui positum habuit, *sive nocuit id, quod po-* | ritur, ut dici possit eos positum habuisse.  
*situm erat, sive non nocuit. L. 5. §. 11. ff.* | Conf. E. OTTO de tut. viar. part. 3. cap. 5.  
*h. t. neque opus est ad mentem capitinis primi* | pag. 491. & seq.  
*confugiamus: nam quod dicitur suspensum*

## T I T U L U S IV.

*De noxalibus actionibus.*

## §. 6.

**I**MO, *quia bona &c.*] In L. 11. ff. h. t. docetur, bona fidei possessorem noxali judicio teneri, dominum non teneri. — *E contra in L. 27. §. 3. ff. ad Leg. Aquil.* UPIANUS ait, servi occidentis nomine dominum teneri, eum vero, cui bonâ fide servit, non teneri. — Vario modo hunc nondum solvere tentarunt Interpretes. — Cujacius in not. ad PAULI Rec. Sent. Lib. 2. tit. 31. §. 37. n. 88. distinguit, utrum servus fugitus ab alio possidetur, an non, si ab alio non possidetur, dominus noxali iudicio non tenetur, quia exhibendi ejus potestatem non habet. Quod si ab alio possidetur bona fide, dominus noxali actione tenetur, quia jam à possessore repetendi servi potestatem habet. — SCHULTINGIO tamen in not. ad d. l. PAULI haec non videntur posse sufficere ad solvendum ἐναντιοφανὲς inter haec loca. Ille autem non improbabilem censet solutionem Glossæ ad d. L. 27. §. 3. ut speciale quid obtineat in noxali actone ex Lege Aquiliæ, quæ forte actionem hanc dederit contra dominum servi occidentis.

## §. 10.

Ceterum olim filiisfamilias &c.] Jure veteri pater filiumfamilias vi dominii Quiritarii noxae dare poterat, & liberi hominis noxae dati fero adhuc sit mentio in L. 5. §. pen. ff. de O. & A. L. 3. §. 4. de lib. hom. exh. & Coll. Leg. Mos. tit. 2. §. 3. Vid. T. MARCIUS ad Leg. XII. Tabb. cap. 25. in OTTONIS Thes. tom. 4. col. 256. seq. Filius autem noxae datus non verus fiebat servus, sed magis factio serviebat, & in servitute erat constitutus; unde si noxam farciret, vel manu-

mitteretur, ingenuus erat, non libertinus. QUINTILIANUS Inst. Orat. Lib. 7. cap. 3. Cujacius Observ. Lib. 13. cap. 9. H. CANNEGIETER ad Fragm. Vet. Jurispr. pag. 75. seq.

Ac primo quidem &c.] Patremfamilias ex delicto famuli in expeditione negotii dominici commisso non obligari, convenit naturali rationi, quæ delictum alienum innocentis, et si is delicto illi, sine dolo tamen vel culpâ suâ, occasionem dederit, non imputat. Convenit etiam Juri Romano, uti ex L. 11. ff. de peric. & comm. rei vend. & L. 11. §. 2. ff. de publican. appetat. (Vid. LEYSER Medit. ad ff. tom. 2. spec. 113. med. 1.) Atque & in Legibus patriis fundamentum habet. (Regtsgel. Observ. over DE GROOT's Inleid. 1. D. Obs. 75.) — Saeppe tamen accedit, ut provinciali quadam vel municipali lege caueatur, dominum ex famuli, patrem ex filii facto obligatum fore. Exempla attulimus in de Regtsgel. Observ. d. l. De harum autem legum interpretatione memoratu dignum est, quod scribit H. GROTIUS in Apolog. Cap. 19. pag. 336. „Mos est (inquit) in edictis magistratum ponit, ut parentes ex facto filiorum, heri ex familiæ facto teneantur, etiam nullâ additâ exceptione, quo major legi fit reverentia: sed & ratio & jus commune docent, edicta talia vim suam ita demum obtinere; si scientia aut lata culpa intervernerit. Idem si opus esset evidenter posset probari exemplis Edictorum, quæ à concessu judicium Hollandiæ, aut ab oppidorum Magistratibus fiunt.”

Similiter, si filius &c.] Eandem quæstionem tractat Auctor ad tit. ff. de agn. & al. lib. n. 7. & ad tit. ad Leg. Jul. de adult. n. 6.

# LIBER DECIMUS.

## TITULUS I.

*Finium regundorum.*

§. 1.



1779.)

*Ege Manilia &c.]* Hanc Legem Mamiliam, vel, uti potius legendum videtur, *Mamiliam*, ex professo expofuit C. SAXE in *Difserit. ad Legem Mamiliam, finium regundorum.* (*Traj. ad Rhen.*

§. 2.

*Stricti juris &c.]* Auctor in h. §. putat hanc actionem esse stricti juris. — *Coccejus in Jur. Controv. ad h. t. quæst. 3.* existimat esse bonæ fidei. — Sed melior videatur sententia *Cujacii in Recit. ad h. t. & A. Fabri de Error. Pragm. Dec. 94. Err. 1.* qui hanc actionem arbitrariam esse censem.

§. 4.

*Mixtam hanc &c.]* Conf. *Noodt Probab. Lib. 1. cap. 12. & in Comm. ad h. t. ff. (Oper. tom. 2. pag. 184.)* SCHULTING *Theſ. Contr. Dec. 27. n. 1. & 2. U. Huber in Prælect. ad tit. Inst. de action. n. 22.*

§. 9.

*Spatium quinque pedum &c.]* Latitudo quinque pedum, quæ inter duos agros confines erat relinquenda, Lege Mamiliæ præscripta fuit. Nec ejus Legis usus cum civitate liberâ intercidit, sed diutissime postea, etiam sub Imperatoribus, valuit. Ad illam sane quinque pedum limitis mensuram referri debet Lex Agraria, quam C. Julius Cæsar tulit *adversos eos, qui terminos statutos extra suum GRADUM finesve moverint dolo malo.* *L. 3. ff. de term. mot.* — Sic etiam in *L. 3. Cod. Theod. h. t. CONSTANTINUS* finali controversiæ arbitrum non denegat, *cum intra QUINQUE PEDES locum esse conſtiterit.* — Add. *L. 4. Cod. Theod. eod. coll. cum L. 5. Cod. Fuf. eod.* — Quamdiu vero duraverit

quinque pedalis viæ mensura, silentibus hac de re libris, nemo dixerit. *HEINECCIUSS Hist. Jur. Lib. 1. cap. 3. §. 101.* putat, quum *JUSTINIANUS præscriptionem tricennalem limitaris itineris in usum revocasset, L. 3. C. h. t. factum fuisse, ut spatium quinque pedum sensim plane aboleretur, & fines fierent lineares.*

*Qua ratione &c.]* Apud nos agri cujusque fines ad fossæ intermediae medietatem credi extensas, variis Hollandiæ Statutis confirmavimus in *de Regtsgel. Obſerv. over DE GROOT's Inleid. 3. D. Obſ. 86.*

§. 11.

*Cessat hæc actio &c.]* Quamvis regula generalis fit, actionem finium regundorum extinguiri spatio triginta annorum, à tempore finium turbatorum: *L. ult. C. h. t. hoc tamen non impedit, quo minus, si duo pluresve agri, quorum termini sunt confusi, communiter & pro indiviso possideantur, etiam post triginta annos hæc actio institui queat, non ad rem ipsam, aut præstationes personales petendas, sed ad divisionem agrorum confusorum faciendam: juri enim à communione recedendi non præscribitur ullo tempore.* *arg. L. 14. §. 2. ff. comm. divid. L. ult. C. eod.* Ratio est in utilitate publicâ: quia nempe ad inventa est usucapio, ut litium aliquis esset finis, ideo non debuit contra finem & indolem suam id operari, ut cives in communione, controversiarum, rixarum & litium nutriculâ & fonte inexhausto, detinerentur. *L. 77. §. 20. ff. de legat. 2. Conf. P. LE TOULLIEU Coll. tan. Diff. 3. n. 49. pag. 136.*

§. 12.

*De cetero, quanto spatio &c.]* Ad *L. ult. ff. h. t. conf. G. d'ARNAUD var. Conject. Lib. 2. cap. 4. & J. LEUNCLAVIUS Notat. Lib. 2. cap. 34. in OTTONIS Theſ. tom. 3. col. 1511. seq.*

## T I T U L U S II.

*Familiae erciscundæ.*

## §. I.

**E**RCISCERE familiam &c.] Vocabulum *familiae* varias habet significationes. *L.* 195. *ff. de V. S.* Propria vero & originaria est, si sumitur pro corpore servorum, ut in *d. L.* §. 4. Verum postea latius diffusus fuit hic significatus, ut etiam pro toto corpore bonorum ad unum patremfamilias pertinentium venerit. *d. l. Erciscere* autem nihil aliud est, quam *dividere*. Phrasis illa *familiam erciscere* jam antiquissimis temporibus, imo ipsis Decemviris in Lege XII. *Tabb.* fuit usitata. Maximopere vero inter se altercati sunt Eruditi de origine hujus vocis. Verisimilius autem videtur, *erciscere* proprie esse id quod in unum cumulum collatum est scindere: descendit enim ab inusitato *ercere*, quod in composito *coercere* adhuc usurpamus, nam ita *FESTUS erctum à coercendo dederit*, id est in unum cogendo; tum vero cum omnia collata sunt, tota massa pro justis portionibus dividitur, inde *erctum, scissum, sciutum*, vel *citum*, patrimonium divisum: (*SERVIUS ad VIRGILIIU MÆneid. Lib. 8. v. 642.*) quam derivationem optime confirmat *CICERO de Orat. Lib. 1. cap. 56.* „*Idcirco qui, quibus verbis erctum cieri oporteat, nesciat, idem erciscundam familiæ causam agere non posse.*” Atque hinc *JCTi*, qui medii inter Proculeanos dissidentes eorum sententias dividendo componebant, *herciscundi* dicti fuerunt. Vid. *OTTO in prefat. ad tom. 3. Thes. pag. 32.* *MASCOVIUS de Sect. Jutorum pag. 123.*

## §. IO.

*Etsi enim &c.]* Ad *L. 37. ff. h. t.* quam *Auctor noster* satis exponit, conf. porro *J. ALTAMIRANUS ad Lib. 12. Quæst. Scævola Tract. 12. in MEERMANNI Thes. tom. 2. pag. 513. seq.* *NOODT in Comm. ad. h. t. in Oper. tom. 2. pag. 186.* *HUBER in Prælect. ad h. t. ff. n. 3.*

## §. II.

*Nihil autem refert &c.]* In *L. 2. ff. h. t.* ita est, „*Per familiæ erciscundæ actionem dividetur hereditas, sive ex testamento, sive ab intestatione, sive ex Lege XII. Tabularum, sive ex aliis, qua Lege deferatur hereditas.*” Cum sententia

hujus loci sit, per familiæ erciscundæ actionem dividi hereditatem, non tantum si illa deferatur ex Lege XII. *Tabb.*, verum etiam ex aliqua quacumque lege, omnino hic legendum *alia qua*, existimat *G. PAUW Observ. cap. 15. pag. 95.* — Hanc vero mutationem supervacuum censet *J. L. E. PUTMAN Interpr. & Observ. cap. 7. n. 3. pag. 32.* cum saepius verbum *aliquis* à veteribus pro *alius quis* usurpatum fuerit; cuius rei exemplum est in *L. 6. §. 7. ff. de acq. vel omitt. her.*

## §. 20.

*Quantum vero temporis spatium &c.]* In definitione temporis, quo absens mortui loco habendus fit, variant Hollandie Statuta. — Sedecim annorum decursum desiderant *de Weeskeuren van den Hage van 31. Aug. 1513. Art. 15. van Amsterdam van den 27. January 1563. Art. 44. van Dordrecht 24. Nov. 1639. Art. 64. & van Wasenaar van 1. Mey 1606. Art. 87 & 88.* — Aliæ Leges post sedecim annorum absentiam fructus quidem heredibus concedunt, bona vero non nisi post absentiam viginti quinque annorum, præstitâ utroque casu idoneâ cautione. *Weeskeuren van Delft van 12. Maart 1593. Art. 22. van Vlaardingen van 23. Nov. 1613. Art. 70. & van Uitgeest van 28. July 1634. Art. 14.* — Rursus aliæ loquuntur de absentia duodecim annorum, quibus elapsis divisionem inter heredes permittunt, modo idonea realis præstetur cautio. *Weeskeuren van Enkhuizen van 13. Octob. 1616. tit. 10. Art. 10. van Alkmaar van 16. Decemb. 1615. tit. 10. Art. 10. van Wormer van 30. Sept. 1661. tit. 10. art. 10. & van de Zype van 15. April 1694. tit. 10. art. 10.* — Tandem viginti annorum mentionem faciunt *de Weeskeuren van Leyden Art. 36. & octodecim annorum absentiam desiderant de Weeskeuren van Schiedam Art. 64.*

## §. 35.

*Quod si inter &c.]* Inæqualitas in hereditatis divisione triplici modo accidere potest. I. ubi læsio contigit enormis. — II. si minor sit in divisione læsio, sine dolo facta. — III. Si inæqualis hereditatis divisio dolo malo peracta sit. — Videamus de singulis.

*Ad I.* Quoniam *L. 2. C. de resc. vend.* ad hereditatis quæritur, distinguendum non esse alia quoque bonæ fidei negotia, quibus cum exemptione venditione intercedit affinitas, extendenda sit, inter quæ hereditatis est divisio, quam vicem exemptionis obtainere placuit, *L. 1. C. comm. utr. jud.* etiam ad hereditatis divisionem *h. L.* pertinere, nemo facile negaverit. Eum autem in hereditatis divisione enormiter læsum dicimus, cui adsignata portio, eamque constituentes res hereditariae non continent dimidiam partem ejus, quam habere debebat; habitâ, in computandâ inæqualitate, ejus pretii ratione, quod res hereditariae tempore institutæ divisionis habuerunt. — Cum vero duplex sit hereditatis divisio, judicialis scil. & extrajudicialis, disquirendum omnino, an in judiciali æque ac in extrajudiciali *d. L. 2.* sit usus? De posteriori dubitare non licet: Sed de judiciali varie sentiunt Eruditi, quorum alii affirmant, *d. L. 2.* ad negotia in judicio celebrata, & proinde etiam ad judiciale hereditatis divisionem pertinere; alii vero è contrario illud negant. Posterior sententia probabilius jurisque analogiae convenientior videtur. Ob intercedentem enim, litis dirimendâ gratiâ, judicis auctoritatem, post elapsa fatalia appellatio-*nis*, divisio hereditatis in rem judicatam transiit; res autem judicata, cum pro veritate habeatur, irrevocabilis est; siquidem *judex*, uti *JCTus* ait in *L. 55. ff. de re judic.* qui *semel vel pluris vel minoris condemnaverit, amplius corrigere sententiam non potest*; *semel enim male seu bene officio suo functus est*: & quemadmodum in *L. 56. ff. eod.* dicitur, *post rem judicatam nihil queritur*: imo solutio ex re judicatâ, et si indebita facta, non repetitur. *L. 1. C. de cond. indeb.* Unde argumentari licebit, si *judex* sententiam suam corrigere nequit; si *post rem judicatam nihil queritur*; si denique solutionis ex re judicatâ, et si indebita factæ, nulla est repetitio; non potest non frustra etiam quæri de læsione, quæ in divisione hereditatis judiciali contigit: quum, post factas à judice mutuas adjudicationes & condemnations, in rem judicatam transferit *familia divisio*. — Quod magis adhuc confirmatur per *L. 36. ff. h. t. & L. 65. §. 2. ff. ad SCtum Trebell.* ex quibus legibus evidenter patet, quanta rei judicata vis & auctoritas à Romanis sit attributa; adeo ut publice interesse dixerint, rem judicatam indeleibilem habere auctoritatem. — Hæc quamvis certa videantur, inter *JCTos* tamen controversa sunt. Dantur enim viri famæ celebritate conspicui, qui contrariaam amplexi fuerunt sententiam. Inter hos præcipue eminent *H. DE COCEJI Exercit Curios. tom. 2. disp. 5. pag. 80. & seqq.* uti & Auctor noster in *h. §.* — Hic licet remedium *d. L. 2.* adversus exemptionem judiciale non concedendum sentiat; (*ad tit. ff. de rescind. vend. n. 16.*) ubi de divisione tamen

hereditatis quæritur, utrum in judicio an extra judicium peracta fuerit divisio, quia æque judice præsente, ac eodem non exhibito, læsio enormis contingere possit; quam emendare æquum bonæque fidei judiciis conveniens est: *arg. L. 11. C. de præd. & al. reb. min. L. 16. C. de resc. vend. L. 2. C. de fide & jure hast. fisc.* — Respondemus rete omnino Auctorem contendisse læsionem etiam judice præsente contingere posse, verum idem æque de exemptione, atque de divisione, judiciali videatur dicendum: qua ergo ratione diversum quid in divisione, quam in exemptione statui possit, nondum perspicimus. Præterea nec inficias imus, æquum esse bonaque fidei judiciis conveniens, ut læsio enormis corrigatur: sed quemadmodum non defunt casus, quibus hæc correctio deneganda est, (uti si ei specialiter renuntiatum, vel actio præscriptione sublata sit,) ita & læsionem, quamvis enormem, sententiâ judicis contingentem, emendari posse negamus. — Neque contrarium nos sentire faciunt *L. L.* ab Auctore adductæ: siquidem *L. 11. C. de præd. & al. reb. tantum* pertinet ad minores, quos, si laesi neque ipso jure muniti sint, restitui posse etiam contra sententiam judicis, constat extit. *C. si adv. rem. jud. L. 16. §. ult. L. 29. §. 1. & L. 42. ff. de minor.* A minoribus autem ad maiores invitâ plane Themide concludi, quis ignorat? — Altera *L. 16. C. de resc. vend.* pertinet ad casum, quo dolus malus intervenit: quem hic exsulare supponimus. — In tertîâ denique *L. 2. C. de fid. & jur. hast.* agitur de casu, quo, solemnibus hastarum omissis, venditio gratiœ facta doloque res gesta est. Quæ ergo non magis nostram attingit quæstionem. — Hinc forsitan multum falleremur, si Auctorem ideo leges has allegasse affirmemus, ut probet fraudes æque judicialia, ac ea quæ extra judicium peraguntur, negotia ingredi posse: quod minime negamus, sed nihil facit ad nostram quæstionem, in qua dolum molum abesse supponimus.

*Ad II.* Si in hereditatis divisione læsio absque dolo contigit, & enormi minor est, videtur illa divisio, utpote bona fide peracta, rescindi non posse, siquidem, uti notissimum est, negotium bona fide initum alterutrâ parte invitâ dissolvi nequeat, *L. 5. C. de O. & A.* quum bona fides illud sustineat, neque ob læsionem, quæ contigit, dolo statim sit locus, *L. 10. C. de resc. vend.* qui è contrario, ut juris regula est, adesse non præsumitur, verum ex indiciis perspicuis probandus, *L. 6. C. de dol. mal.* — Dissentient tamen plurimi. — *A. FABER de Error. Pragmat. Dec. 8. Err. 1. n. 23. & seqq.* distinguit inter casum, quo divisionem inæqualem dolo carentem traditio subsecuta est:

est: & quo nondum facta est traditio. Priori in specie negat, ullam laesiois emendationem fieri posse, ne quidem si laesio sit immo-  
dica, quia nulla actio bonæ fidei supereft, quæ institui possit ad correctionem laesiois impetrandam. Posteriori vero casu, quo traditio rerum divisarum nondum eft fecuta, existimat utilem fore actionem communi dividendo, ad laesiois sine dolo factam corri-  
gendarum, et si laesio illa non sit enormis. —

A. MERENDA *Controv. Jur. Lib. 1. cap. 37.* §. 3. eatenus consentit cum FABRO, quod probet divisionem quamlibet inaequalem, etiam si infra dimidium contigerit laesio, traditio-  
ne nondum perfectam, rescindendam esse; sed & idem de casu, quo divisionem rerum traditio subsecuta eft, affirmandum esse putat. — H. COCEJUS in *Exerc. Curios. d. l. Sect. 2. §. 5. seqq.* S. COCEJUS in *Jur. Controv. ad h. t. quæst. 7.* J. H. BOEHMER *Introd. in Jus Digest. ad h. t. n. 12.* distin-  
gui volunt, utrum laesio contingat ex aestima-  
tione rerum divisarum, & tunc non aliam at-  
tendi, nisi ultra dimidium fuerit; *L. 1. C. comm. utr. jud. an circa ipsas res dividendas citra aestimationem?* & tunc quamcumque in-  
aequalitatem esse reputandam. *L. 3. C. eod.*

*Ad III.* Tandem videamus de inaequa-  
li hereditatis divisione, in qua alter ab altero  
dolo circumventus & laesus eft. — Eâ de-  
re exstat celebris Imperatorum DIOCLETIANI  
& MAXIMIANI constitutio in *L. 3. C. comm.*  
*jutr. ud.* quam multi Interpretes putant magis  
esse generalem, & ad divisiones absque  
dolo initas non minus referunt, quam ad dolos & fraudulenter factas. — Verba  
Legis haec sunt:

„Majoribus etiam, per fraudem vel dolum  
„vel perperam sine judicio factis divisionibus,  
„solet subveniri: quia in bona fidei judiciis  
„quod inaequaliter factum esse consliterit, in  
„melius reformabitur.”

In Codice autem Gregoriano ita legitur:  
„An divisio, quam jam factam esse proponis,  
„convelli debeat, Rector Provinçiae præsente  
„parte diversâ diligenter examinabit, & si  
„fraudibus eam non caruisse perspexerit, quan-  
„do etiam majoribus perperam factis divisioni-  
„bus soleat subveniri, quod improbum atque  
„inaequabiliter factum esse consliterit, in me-  
„lius reformabit.” Vid. SCHULTING in *Juri-  
rispr. Antejust. pag. 695.* & B. H. REINOL-  
DUS in *Opuscul. pag. 617.*

Doctrinam hujus Legis hanc solam esse pu-  
tamus, quod majoribus in divisionibus, fra-  
duleter sine judicio factis, subveniri soleat:  
ut adeo voces per fraudem vel dolum vel per-  
peram idem significant. Fundamentum hu-  
jus opinionis eft, ( $\alpha$ ) quia in Codice Grego-  
riano, vide à TRIBONIANO desumitum eft  
hoc Rescriptum, certissime ad solas fraudu-  
lenter factas divisiones, pertinet. ( $\beta$ ) Quia

vox *perperam* in Rescripto, uti in Codice Gregoriano exstat, notanter restringitur ad dolo factas divisiones. ( $\gamma$ ) Quia, sicuti vo-  
ces *dolus* & *fraus* idem notant, NOODT *de form. emend. dol. mal. cap. 7.* ita quoque *per-  
peram* diversum sensum in hoc Rescripto fun-  
dere non potest, siquidem eadem oratione conjunctæ fint. Et quamvis *perperam* dicatur illud, quod per errorem & imprudentiam fit, *L. 1. C. si maj. fact. alienat.* illud tamen quoque vel maxime *perperam* fit, quod dolo fit. *L. 2. C. de poen. jud. qui male judic.* ( $\delta$ ) Tandem non insimum pro hac opinione argumentum eft in ultimis Legis verbis: *quia in bona fidei judiciis, quod inaequaliter factum esse consliterit, in melius reformabitur.* Jam vero in bona fidei judiciis inaequalitatem absque dolo contingentem judicis officio corrigen-  
dam esse, nemo huc usque probavit. Con-  
trarium evincunt *L. 54. ff. de contrah. empt.* *L. 23. ff.* & *L. 21. C. locat.* *L. 79. ff. pro soc.* *L. 152. §. 2. ff. de R. f. L. 5. C. de resc. vend.* — Hinc concludimus, jus vetus mutare noluisse JUSTINIANUM, legem hanc aliter, quam in Codice Gregoriano exstat, exhibendo; & proinde de inaequalitate in divisione here-  
reditatis contingente sic videtur sentiendum;  
distinguendum scil. utrum divisio bona fide  
facta, an dolus in eâ commissus fit? in pri-  
ori non nisi enormis laesio corrigitur, in pos-  
teriori quelibet. Atque hoc sensu *h. L.* ac-  
ceperunt MATTHÆUS *de Auction. Lib. 1. cap.*  
*16. n. 40.* GIPHANIUS in *Comment. ad d. L.* WISSEMBACH *cod.* NOODT *d. l.* BOCKELMAN  
*ad h. t. ff. n. 8.* — Iterum tamen hic alii dissentunt. A. FABER *de Error. Pragmat. Dec.*  
*8. Err. 1. n. 17.* & seqq. putat hanc Le-  
gem tantum loqui de divisionibus, quæ per  
traditionem & dominii translationem nondum  
finem acceperunt: eamque restringit ad ca-  
funi, quo laesus judicio communi dividendo  
vel familiae erciscundæ convenitur: per quem  
tamen non tantum eum intelligit, qui per  
fraudem vel dolum circumventus eft, sed  
& qui inaequali citra fraudem factâ divisione  
laesus eft. — A. MERENDA *Controv. Jur.*  
*Lib. 1. cap. 37. §. 9. & 10.* existimat  
TRIBONIANUM studio *h. L.* verba aliter con-  
cepisse, ac in Codice Gregoriano extant, ut  
permitteret reformari factas divisiones, etiam  
si fraude carerent, dummodo inaequalitatem  
continerent. — H. COCEJUS in *Exerc. Cur.*  
*d. l. Sect. 2. §. 18.* cui adsentitur LEYSER  
*Medit. ad ff. tom. 2. spec. 117. med. 5. pag.*  
*424.* ex *h. l.* non demum laesiois ultra du-  
plum, verum omnem inaequalitatem indistinc-  
te corrigendam esse putat. — J. VOORDA  
*Elect. cap. 26.* dubitat, an genuina sint ver-  
ba, è fragmento Codicis Gregoriani supra  
allata; & si genuina sint, putat eos, qui con-  
fecere Codicem repetitæ pælectionis, ista  
verba mutasse ac reformasse datâ operâ. Hunc

tamen ex professo refutavit J. L. E. PUTMAN *Prob. Jur. Civ. cap. 7.* — Conferri porro de universâ hac materiâ meretur G. C. GEBAUER *Exercit. Academ. var. arg. Exerc. 14. de hercito cito ob inæqualitatem in melius reformando: vol. 1. pag. 381. seqq.*

## §. 36.

*Positâ vero &c.]* Quænam ejus petitio sit oporteat qui in hereditatis divisione se enor- miter læsum dicit, varie exponunt Interpre- tes. Placet autem eorum opinio, (Vid. A. FACHINEUS *Controv. jur. Lib. 2. cap. 18.* P. DE TOULLIEU in *Collectan Diff. 12. §. 13. & seqq.*) qui læsum simpliciter ad re- scindendum negotium, in quo læsio contigit, agere debere contendunt, concessâ tamen reo electione, utrum petitioni actoris fa- tisfacere, an vero pretium supplere malit. Cui opinioni convenienter cohæredi, ultra duplum læso, agendum est ad id, ut re- scindatur divisio, & reus hereditarias res si- bi adsignatas una cum iis, quæ auctori cesse- runt, iterum ex bono & æquo, judicis au- thoritate intercedente, dividi patiatur: quam tamen divisionis rescissionem evitare potest reus pretii iniquitatem corrigendo. *arg. L. 2. C. de resc. vend.* Eodem modo, quo res se habeat, si quis actione noxali, & quasi Serviana experitur, in quibus auctor unice

contendit, damnum datum resarcendum, & rem hypothecæ sibi obligatam, verum à reo possestam restituendam: concessâ tamen reo servum noxae dandi, & debitum, pro quo res obligata est, solvendi facultate. *L. 6. §. 1. ff. de re judic. L. 12. §. 1. ff. quib. mod. pign.* — Hinc probabilis non videtur sententia A. MERENDÆ *Controv. Jur. Lib. 1. cap. 42. §. 10. & seqq.* qui agendi ordinem plane convertit, dum ait agendum esse, ut quod deest justo pretio suppleatur, & si id nolit adversarius, contractus rescindatur. — Neque etiam recte sentire videntur G. A. STRUVIUS in *Syntagm. Exerc. 23. n. 87.* U. HUBER in *Prælect. ad tit. ff. de resc. vend. n. 8.* qui alternative agendum, & proin alternativam lædantis esse obligationem con- tendunt. Eorum autem fundamenta late exa- minavit P. DE TOULLIEU loc. *supra cit.*

## §. 43.

*In Hollandiâ definitum est &c.]* Add. *Ordonn. op 't middel van den XL. penning van 9. Mey 1744. Art. 10.* — Cæterum notandum tabellioni non licere in hereditatis divisione alicui ex heredibus adsignare quædam bona, quæ tributo viceimæ hereditatis subsunt, nisi ipsi appareat hoc tributum jam fuisse solu- tum. A. LYBRECHTS *Reden. vert. over 't Notaris-ampt 1. D. 15. Hoofdst. n. 9. pag. 203.*

## T I T U L U S III.

## Communi dividendo.

## §. 4.

**E**XCUTIENDUS videtur sensus Legis 20. *ff. h. t.*] Quid sit motus judicis, cuius meminit POMPONIUS in *L. 20. ff. h. t.* adeo dubium nonnullis visum fuit, ut ad mutationem textus confugerint. Sed latuit eos, hanc loquendi rationem aliis etiam juris nostri locis occurriere. *L. 19. §. 1. ff. de off. Præsid.* *L. 21. §. 3. ff. de testib.* *L. 10. C. de accus.* *L. 2. C. ad Sct. Turpil.* Motus ju- dicis autem est magistratus majoris indignatio & affectus animi. Nec mirandum, judicem tali indignatione seu motu affectum fuisse, ut villam dirui & arbusta succindi juberet: Erat enim solemnis ille Romanorum mos, ut coér- cendæ insignis reorum malitiaæ caufa inter- dum jussu magistratus non modo res minores frangerentur, sed aedes adeo diruerentur, fo- loque, delendæ etiam memoriae gratiâ, æqua- rentur. ULPIANUS in *L. 13. §. 8. ff. locat.* CICERO *de Orat. Lib. 3. in princ. VALER.*

MAX. *Lib. 6. cap. 3.* Conf. porro BYN- KERSHOEK *Obs. Jur. Rom. Lib. 5. cap. 14.* E. OTTO de *Adil. colon. & munic. cap. 13.* pag. 468. seq. J. L. E. PUTMAN *Advers. Jur. univ. Lib. 1. cap. 4. pag. 67. seqq.*

## §. 5.

*In arbore, quæ in confinio nata est &c.]* Conf. SCHULTING *Thes. Controv. dec. 30. th. 3.* & G. D' ARNAUD *Var. Conject. Lib. 11. cap. 2. pag. 17. & 18.*

## §. 8.

*Quod si — diffensus sit &c.]* Pendente ju- dicio communi dividendo, si partes de admini- stratione rerum communium non conve- niant, magistratus recte administratorem constituit. LEYSER *Medit. ad ff. tom. 2. spec. 119. med. 1. pag. 434. seq.*

TI-

# LIBER UNDECIMUS

## TITULUS IV.

*Ad exhibendum.*

### §. I. TITULUS I.

**Q**UORUM interest peculiariter.] An legendum pecuniariter, uti in vulgato ACCURSI exemplari? Sensui L. 13. ff. h. t. id conveniret, sed necessitas tamen non urget. Interesse enim *peculiariter* dicitur de eo, cuius interest ex propriâ & solidâ causâ, non ex generali prætextu ejus, quod intersit. NOODT in *Comm. ad h. t. Oper. tom. 2. pag. 191.* HUBER in *Prælect. ad h. t. n. 2.*

*Ut omnia noscat ac dicat argumenta &c.]* In L. 3. pr. ff. h. t. hanc Regulam traditam invenimus. „In hac actione actor omnia „nosse debet, & dicere argumenta rei de „qua agitur.” — BYNKERSHOEK in *Præfat. 4. prior. Obser. Libris præm. pag. 8.* pro di-

cere legit *discere*, &c. Sic sensum plane contrarium legi tribuit. Alii vero hanc mutationem non immerito rejiciunt: Præterquam enim, quod Codd. M. S. S. auctioritate non confirmetur: (GEBAUER in *not. ad h. L.*) verba Legis, ita mutata, invicem pugnarent. Actorem scil. in hac actione oportere ultro ex se nosse omnia rei de qua agitur argumenta; & interim debere à reo discere omnia, simul verum esse nequit. — Repugnat quoque primo juris principio, tēla non esse petenda ex domo adversarii. — Retentā denique Florentinā lectione, doctrina h. L. optime conspirat cum L. 6. ff. de *rei vind.* „Si in rem aliquis agat, debet designare rem, &c.” eademque æquitatis ratio postulat, ut qui ad exhibendum agit, & adversario, & judici edat ac designet, quid sibi exhiberi desiderat. Conf. NOODT in *Comm. ad h. t. Oper. tom. 2. pag. 191. col. 1.*



## LIBER UNDECIMUS.

## TITULUS I.

*De Interrogationibus in jure faciendis, & interrogatoriis actionibus.*

§. 1.



DQUE in jure &c.] Antiquissimis temporibus, quam primum de poenâ plus petitioonis Edicto Prætoris cautum esset, actor, ne male ageret, adversarium domi interrogabat, v. g. an heres esset, & pro qua parte, qui si ad interrogatum respondisset, actione interrogatoriâ conveniebatur. In his vero antiquis interrogationibus erant abusus quidam, defectusque maximus.— 1°. Quod laqueis infidiosarum interrogationum conabantur alios implicare, adeo ut interrogatus, qui ex semisse erat, teneretur ex asse. — 2°. Quod interrogati sape vel obscure vel subdole se dicerent heredes, idque institutâ adversus eos actione iterum negarent; vel faltem fatebantur quidem se se pronuntiasse heredes, sed addidisse, qua ex parte. — 3°. Maximus etiam sape erat abusus a parte ejus, qui proprio interrogari deberet, & actione institutâ convenientius erat, cuius exemplum occurrit apud SENECAE Epist. 48. — 4°. Quod ante Edictum nemo cogeretur respondere, adeoque nec actor in judicio jus suum tuto posset perfugi, dum ignoraret, an alter heres esset, & pro qua parte: & si vel respondisset, probatu saepissime difficile erat, quid rogatum, quid responsum fuisset, si interrogatus se respondisse negasset. — Hinc de interrogationibus in Albo Prætoris Edictum est propositum. — Conf. J. WYBO de Interrog. in jure Cap. 3.

Ad distinctionem eorum &c.] In L. 4. §. 1. ff. h. t. dicitur interrogationes fieri apud Magistratum Populi Romani, vel Praesides Provinciarum, vel ALIOS JUDICES. Per hos alios judices Auctor noster intelligit judices pedaneos, & putat olim duplices fuisse interrogationes: alias, quæ in jure ante litem contestatam, alias, quæ in judicio post eam fierent. Sed erronea est hæc opinio: nam apud judices pedaneos nunquam fuit interrogatum, quia jus solummodo constitui-

tur à Magistratu Populi Romani, Praesibus Provinciarum, aliisve judicibus; inter quos numerandi non sunt pedanei, quum illi tantummodo judicarent: adeoque numquam fieri apud eos, i. e. post litem contestatam, interrogatio potuit. — Aliam itaque conjecturam proponit J. WYBO d. l. Cap. 5. pag. 64. scil. voluisse ULPIANUM per alios judices indicare Proconsules: & sensum d. L. 4. hunc esse. Quum Prætor ait, qui in jure interrogatus responderit, accipendum est, quum interrogatio fit apud Magistratus Populi Romani. Nec apud illos solummodo; sed apud Provinciales quoque; apud Praesides in Provinciis Cæfareis, qui hic præponuntur, ac dein sequuntur Proconsules, qui à Senatu mittuntur; apud quos si interrogatio fiat, is locus etiam recte jus nuncupatur.

§. 2.

De cætero in rei vindicatione &c.] Quæstio est saepius agitata, num interrogationes in jure earumque formula locum habuerint in actionibus realibus? Affirmat HEINECCIUS Antiq. Roman. Lib. 4. tit. 6. §. 25. secutus SIGONIUM de judic. Lib. 1. cap. 21: sed negantium sententia videtur probabilior, prout late differuit J. WYBO d. l. cap. 8.

§. 3.

Aequissimus &c.] Conf. J. WYBO d. l. cap. 4.

§. 4.

Et quamvis &c.] Interrogationes, interrogatoriæque actiones tempore CALLISTRATI, ULPIANI, PAULI, PAPINIANI, cæterorumque JCTorum in usu fuisse constat. Quando vero sublatæ sint, satis certo definiri nequit. — A. FABER in Rational. ad L. 1. §. 1. ff. h. t. aliique existimarunt, postquam Imp. DIOCLETIANUS & MAXIMIANUS in L. 2. C. de pedan. Judic. constituerint, ut post litem contestatam Prætores & Praesides Provinciarum cogantur ipsi de facto cognoscere

scere & pronuntiare nec possent, ut olim, judices dare ac præterea formulis & imputationibus actionum sublatis per CONSTANTINUM, THEODOSIUM & VALENTINIANUM in L. 1. & L. 2. C. de form. & impetr. ac. subl. interrogatorias actiones in usu esse desisse. — Sed probabilius videtur eas in desuetudinem abiisse, postquam poena plus petitionis tempore, constitutione ZENONIS in L. 1. C. de plus petit. cæterarum vero plus petitionum, quae re, loco & causâ siebant, à JUSTINIANO in L. 2. C. eod. sublata & abrogata fuerit: ab eo enim tempore cessavit ratio, ob quam interrogations inventæ fuerant. — Conf. J. WYBO d. l. cap. 1. l. — Satis igitur apparet L. 1. §. 1. ff. h. t. à TRIBONIANO fuisse interpolatam. SCHULTING Thes. Contr. Dec. 31. th. 10. §. 9.

**Silentium &c.]** Vix ullum in omnium ore adeo frequens est proverbium, ac vulgarissimum illud: *Qui tacet, consentire videatur. An hoc autem ita verum, examinare non est indignum.* — Si rem naturaliter consideremus, *Silentium nihil aliud est, quam signi expressi, vel facti, quo homines præsentes mentis ideas cum aliis communicare solent, omissione, adeoque per se omni effectu ad voluntatem declarandam est destinatum;* signo enim voluntatis non exstante, non potest dari certa intentionis norma, neque ulla mentis actio huc potius quam illuc inclinantis appareret; & sic nullus unquam consensus, qui est duorum vel plurium circa unam rem voluntas, nasci potest, quamdui alterum alterius mens latet; consequenter nulla unquam conventionis, quæ consensu nititur, ex solo silentio originem capit. — Nec magis Jure Romano solum silentium quicquam operari videtur. Tacens nec affirmat, nec negat; coque sensu dicitur in L. 142. ff. de R. J. „*Qui tacet, non utique fateatur, sed tamen verum est ipsum non negare.*” — Nonnunquam tamen accidit, ut ex variis circumstantiis voluntas, nullo licet expresso signo vel facto positivo accendentibus, colligi posset, æque ac si expresse vel tacite factis declarata fuerit: sed in definiendis hisce circumstantiis Juris cum Naturalis tum Civilis cultores parum convenientiunt. — H. GROTIUS de Jur. Bell. ac Pac. Lib. 2. cap. 4. §. 5. affirmat quoque, non facta, cum debitis circumstantiis considerata, in moralibus sub factis venire, & statim subjicit; *sic qui præsens & sciens tacet, consentire videatur;* adeoque scientiam & præsentiam, tanquam circumstantias, ut ex silentio consensus colligi possit, necessarias considerat. — P. R. VITRIARIUS Inst. Jur. Nat. & Gent. Lib. 2. cap. 4. quæst. 5. eandem sententiam sequitur.

Tom. III.

Ulterius tamen circumstantias definit distinguendo nempe, præsentem & tacentem videri consentire, *si agatur de commode ipsius:* si vero agatur de tacentis præjudicio, tum demum ipsum consentire, *si prohibere possit.* — S. PUFENDORF de Jur. Nat. & Gent. Lib. 3. cap. 6. §. 2. & de Off. hom. & civ. Lib. 1. cap. 9. §. 9. affirmat quidem, aliquando silentium sine ullo signo positivo, certis modo cum circumstantiis consideratum, pro sufficienti consensus signo haberi posse; si nempe res ita sese habeat, ut omnia præsumptionem reddit admodum probabilem, nec ulla sit verisimilitudo in contrarium. Nullo autem modo determinat, *quales* hæ circumstantiæ esse debeant, & *quomodo* maxime probabiliter hoc præsumi possit. — J. BARBEYRAC in not. ad d. l. PUFENDORFI de O. H. & C. silentium requirit, quod videri debeat omissum ex proposito, tacentemque debuisse scire consequentias, quæ hinc ab altero deduci potuerint. — WOLFF Instit. du droit de la nat. & des gens §. 459. juris naturalis regulam sequentem ponit: *qui tacet quando poterat, & debebat loqui, consentire præsumitur:* & hanc ex eo concludit, quod talis unice tacere præsumatur ideo, quod velit idem quod alii, qui mentem sufficienter declarant. — Variis itaque modis Juris Naturalis scriptores regulas tradere, nec circumstantias satis definire, ex dictis appareat. Quod autem ad Jus Civile Romanum attinet, varia dantur exempla, in quibus ex silentio quis obligari dicitur, licet voluntatem nullo positivo signo declaraverit. Sic *consentire* dicitur, qui non dissentit. L. 1. C. de filiis fam. & quemadmodum pro iis pat. — *Silento conveniri* dicitur L. 51. ff. locat. — Non tamen magis in his circumstantiis determinandis hujus juris Interpretes convenientiunt. — BRONCKHORST, & WISSENBACH ad L. 142. ff. de R. J. pro regulâ tradunt: *tacentem videri confiteri, si factum sit tale, quod à tacente potuerit contradicendo impedi i:* ac porro distinguunt: *si actus tendat in utilitatem tacentis, quod tacens tunc pro consentiente habeatur;* *si autem actus ipsi præjudicet, non æque.* — SANDE, GOTHOREDUS & FABER ad d. L. 142. E. OTTO in not. ad PUFENDORF de O. H. & C. Lib. 1. cap. 9. §. 9. alio modo distinguendum putant: *si lex non expressum consensum, sed manifestum diffensum requirit, tacentem videri consentire;* *si autem voluntatem expressam intervenire jubeat, tacentem nolle censi.* — Alii denique, ut H. COCCEJUS in Exercit. Curios. tom. 1. Disp. 43. de Silencio, §. 11. ex scientiâ & præsentia, tanquam circumstantiis ad consensum probandum validis, tacentem pro consentiente habent, multasque leges allegant, in quibus scientia & præsentia requiri videntur. — Relicto autem harum omnium opinionum examine, ad rem ipsam determinandam hæc regula statui posse

Y

posse videtur. „*Ubi quis ad dissensum decla-  
„randum obligatus est, nisi veit haberi pro-  
„consentiente, tacendo obligatur.*” Duplici  
vero ratione ad dissentendum quis obligatus  
videtur, nisi silentio consentire velit; vel  
*ex pacto*, vel *sine pacto*. — *Ex pacto*; non  
tantum si inter paciscentes expresse convenerit  
se certis in casibus silentium pro consensu  
habituros; verum etiam si ex natura pacti,  
eiusque probabili fine, absque tali expressa  
declaratione, nihil aliud probabiliter collig-  
ere liceat, quam quod paciscentes silentio  
se ad quaedam obligare voluerint, quae na-  
turae pacti insunt eiusque fini probabili con-  
veniunt. Hinc varia Juris Romani loca egre-  
gie explicari posse videntur. Tale est respon-  
sum PAULI in L. 73. ff. de V. O. ubi qui  
Carthagini dari stipulatur, tacite tempus com-  
plecti videtur, quo illuc perveniri possit.  
Cum enim nemo ad impossibilia se obligare  
videatur, L. 185. ff. de R. J. ex natura  
pacti, & fine paciscentium probabili, silen-  
tio licet, hoc conventum videtur. Huc &  
referendum responsum NERATII in L. 3.  
§. 3. ff. de servit. præd. rust. cum dicit:  
*Qui habet hauustum, iter quoque habere videtur  
ad hauriendum.* Quid enim haustrum prodes-  
set, nisi iter ad fontem simul concedatur?  
Eodem modo, si quis mutuum dederit, licet  
non caverit, ut aequum bonum reddatur, non  
licebit debitori rem, ex eodem genere qui-  
dem, sed deteriorem reddere; nam, dicit  
POMPONIUS in L. 3. ff. de reb. cred. in con-  
trahendo quod agitur pro cauto habendum est: id  
autem agi intelligitur, ut ejusdem generis &  
eadem bonitate solvatur, qui datum est. Alia  
exempla vid. in L. 68. ff. de jur. dot. L. 15.  
C. de donat. ante nupt. — Sæpe etiam ex  
more civitatis recepto aliquid pacto inept,  
quod licet ex natura pacti directe non sequar-  
tur, eos tamen obstringit, qui secundum ci-  
vitatis leges & mores vivunt. Exemplum  
est in L. 4. ff. in quib. caus. pign. Eo jure,  
ait NERATIUS, utimur, ut, quæ in prædia  
urbana inducta & illata sunt, pignori esse cre-  
dantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis  
prædiis contra observatur, — Illustrè quoque  
exemplum est in communione bonorum, mor-  
ibus nostris inter conjuges receptâ. Si enim  
nuptiæ fiant, pactis dotalibus aut antenuptia-  
libus haud constitutis, videntur conjuges,  
tanquam ex natura nuptiarum contractarum,  
silentio consensisse in mores & consuetudi-  
nes, in regione, ubi societatem conjuga-  
lem instituunt, vigentes, quas contrahentes  
sciunt, vel faltem scire præsumuntur; adeo-  
que tanquam ex natura pacti in communio-  
ne consentiunt. — Neque hæc solum in  
pactis *expressis*, verum etiam in *tacitis* usu  
veniunt. Sic qui in futurum usuras accipit,  
tacite pactus videtur, ne intra id tempus for-  
tem petat. L. 57. pr. ff. de pact. Quod si

locatio conductio tacite sit continuata, etiam  
eadem, quæ in primâ locatione, pignora  
durare videntur. L. 13. §. 11. ff. & L. 16. C.  
locat. — Ita pacto expresso vel tacito tacens  
se obligat: aliquando etiam *sine pacto* silen-  
tio obligatur, quoties scil. ex natura negotii,  
quod agitur, ejusque probabili fine patet,  
tacentem, nisi silentio consentire voluisse,  
dissentire debuisse; tunc enim scivit, vel scire  
debuit, alterum, quocum res agitur, ex ip-  
suis silentio, secundum communes interpre-  
tandi regulas maxime probabiliter consensum  
colligere, adeoque, cum consensum suum  
non manifestaverit, silentio in rem, quæ agi-  
tur, consensisse videtur. — Duplici autem  
modo tacens hoc casu ex silentio obligari  
potest; vel *negative*, jus suum remittendo;  
vel *positive*, ad aliquid dandum, faciendum,  
vel præstandum. — *Negativæ* obligationis  
exemplum præbet responsum PAULI in L. 8.  
pr. ff. quemadm. serv. amitt. „*Si stillicidii im-  
mittendi jus habeam in aream tuam, & perni-  
sero jus tibi ed ared ædificandi, stillicidii im-  
mittendi jus amitto. Et similiter si per tuum fun-  
dum via mihi debeatur, & permisero tibi, in  
eo loco, per quem via mihi deberur, aliquid  
facere, amitto jus vice.*” — Add. L. 17.  
§. 1. ff. de usur. — *Positivæ* obligationis  
exemplum est in L. 2. C. si alien. res pign.  
ubi IMPPI. SEVERUS & ANTONINUS prescri-  
bunt; si alius prædia vel hortos obliget,  
quos tuos esse probaveris, hinc tibi jus eripi  
non posse: aliud, si sciens hoc agi, in frau-  
dem creditoris ignorantis dissimulaveris. —  
Similiter in L. 4. §. ult. ff. de fidejuss. tut.  
fidejussores, à tutoribus nominati, si patian-  
tur nomina sua in acta publica referri, ex  
æquitate dicuntur teneri, aequo ac si stipula-  
tio intercesserit. — In L. 12. ff. de sponsal.  
filia, quæ patris voluntati non repugnat,  
consentit in sponsalia. — Dominus tacens  
tenetur ex contractu servi. L. 1. §. 3. ff. de  
tribut. atq. quæ lex quoque maxime opinio-  
nem nostram confirmat; namque non opus  
est, ex ULPIANI sententiâ, ut dominus vo-  
luerit servum negotiari, non enim, inquit,  
velle debet dominus, sed non nolle, si igitur  
scit & non protestatur, & contradicit, tenebi-  
tur actione tributorid. — Tandem etiam no-  
tandum, nonnunquam ob rationes peculiares  
silentio effectus tribui, qui ex naturalibus  
interpretationis regulis minime sequuntur,  
adeoque nec ad alios casus extendi debent.  
Sic in favorem fisci L. 8. C. de remiss. pign.  
statuit, creditorem pignoratum, si patia-  
tur pignus à fisco distrahi, teneri aequo ac si  
consensisset; additâ ratione: nam *fiscalis hastæ  
fides facile convelli non debet*; quum cætero-  
quin creditor non teneatur, ubi rem, sibi  
pignori obligatam, sciens venire passus sit.  
L. 8. §. 15. ff. quib. mod. pign. — Simili-  
ter, in favorem libertatis, creditor tacendo

con

consentire dicitur in manumissionem servi pignoris nomine obligati. *L. 1. C. de remiss. pign. coll. L. 7. pr. in fin. ff. de dol. mal.*

Imo dominus in favorem piæ cause etiam contra voluntatem obligari dicitur. *Auth. Adscriptios C. de Episc. & Cler.*

## TITULUS II.

### *De quibus rebus ad eundem judicem eatur.*

*§. 1.*

**N**e dividatur &c.] Quid de causæ continentali non dividendâ ex Juris Romani regulis statuendum sit, vulgus Interpretum male exponit. Verissima est thesis, quam de hac re proponit SCHULTING *Thes. Controv. Dec. 32. th. 2. Nusquam Jure Civili cautum est, quod aliquis ab causæ continentaliam subjiciatur judici incompetenti, quod ne quidem fit inter consortes ejusdem litis.* Hanc autem materiam ex professo ac erudite interpretatus est J. A. BACHIUS in *Opuscul. ad Hist. & Jurispr. spectant. Disp. 7. pag. 260. & seqq.* ubi diversa actionum genera, quæ hic in censum venire possent, percurrit. — Breviter videamus. — In causis, quibus unâ ex causâ unus vel plures à pluribus eandem rem petunt, personarum continentaliam ponunt quidam: vel cum plures res, sed in diversis magistratum territoriis sitas, unus ab altero petit, rerum continentaliam locat. Minus recte. Quod si judicio finium regundorum, vel familiæ erescundæ, vel communi dividendo, inter cæteros, qui buscum agebatur, esset unus, nullo modo, neque ex causâ domicilii, neque ex causâ rei sitæ de qua agebatur, neque denique ex hereditatis dividenda causâ, subjectus ei Magistratui, ad quem cæteri, sive cohæredes, sive socii, sive confines judicium instaurissent; vocari eo non poterat invitus, & vocanti impune non parebat. *L. ult. ff. de jurisd.* Atque hoc fundamento nititur decisione *L. 2. §. 4. ff. fam. ercisc. L. 17. C. eod.* — Nec obtant *L. 1. & L. 2. ff. h. t.* totus enim *hic tit.* pertinet ad judices datos, seu pedaneos; non ad magistratus, qui jurisdictionem & forum habent. SCHULTING *d. l. th. 1.* Id quod verba *d. d. L. L. eundem judicem sumere; ad eundem judicem mittere,* jam satis ostendunt. — Nec objicienda quoque *L. 11. §. 2. ff. de jurisd.* quippe quæ accipienda de remissione ad Præsidem Provinciae in casu, quo omnes sociorum partes, in unum summam collectæ, excedant jurisdictionem magistratus municipalis, quæ finita fuit, certaque summa statuta, ultra quam exerceri non posset. E. OTTO *de Aedil. Colon. & Municip. cap. 13.* — Similiter adversus plures tu-

tores agendum est in foro omnium competente, sive ex domicilio, sive ex administrationis gestæ causâ: nec conjunctio causæ efficeri potest, ut, si tutores eidem foro non subsint, ad unum superius, idemque omnibus commune vocandi sint; utque, quod fororum alias incompetens foret, ea de causâ fiat competens. — Objici hic solet *L. 5. C. arbitr. tut.* sed nullum in *h. L.* dissentientibus est præsidium, si consideremus, ad Præsidem Provintiae ideo pertinere tutelæ judicium, quia solus in hac re competens est, cum scil. magna fuerint pupilli facultates, quod in casu *h. L.* quo plures tutores fuissent dicuntur, omnino supponendum. *§. 3. & 4. Inst. de Attil. tut. L. 1. pr. §. 1. ff. de tut. dat.* — Quamvis porro causa liberalis, (ad quam provocant Dissidentes,) libertatis & status favore, multa habeat singularia, hoc tamen non ita se habet, ut, si adversus plures, dominii communionem ac societatem in hominem sibi vindicantes, eosdemque diversis foris subjectos adsertio fiat in libertatem, ad superiorum omnibusque iis communem Magistratum res agenda sit. — Si unius debiti plures debitores diversis sub jurisdictionibus sint, jure civili nullo modo propter conjunctionem causæ ad superius, omnibus commune, tribunal vocari trahiique possunt. Unde & *Nov. 99.* tantum in casu, quo omnes in eodem loco & foro sunt, eodem judicio omnium causas à judge competente cognosci, eademque sententiâ definiri jubet. — Quod autem attinet ad actiones, quibus pertinentur plures res, diversis sub jurisdictionibus sitæ, vulgo affirmant de his eodem judicio in tribunali superiori agi posse, sed nullâ ratione justâ, nullaque Lege hæc sententia nititur. Et cum omnes actiones, etiam in rem, in foro domicilii intendi possint, (*Noordt in Comm. ad tit. ff. de judic.*) plures res ab uno, etiam diversis in locis, diversis etiam in provinciis sitas, persequi licet in foro domicilii ejus, cum quo agendum est. — Frustra quoque allegatur; si ex eadem causâ, & accusatio criminis, & actio civilis de restitutione damni, locum habuerit, id obtinuisse, ut utraque causa, quasi conjuncta, apud eundem Magistratum agitari debuerit. Abhorret enim illud à consuetudine atque formâ judi-

ciorum Romanorum. — Revera autem causa continentia conspicitur in cognatione possessori & petitorii judicij. Idem iudex, sive magistratus, qui de possessione judicavit, etiam judicare debet de proprietate; idque non tantum, si uterque & petitor & is, quocum agitur, ejusdem fori sint, aut si is, quocum de possessione litem contestatam habuit petitor, judicis sententiâ nactus sit possessionem; verum etiam si is qui egit possessor pronuntiatus est, nec tamen ejusdem fori sit, ac deinde velit contra eum de proprietate actionem intendere hic, qui in possessorio judicio vietus est. Quamvis enim generalis sit regula auctorem sequi debere forum Rei, hoc tamen non impedit, quo minus lis proprietatis persequenda sit in eodem judicio, in quo possessionis causa est finita, etiamsi is, qui vicit in possessorio, & contra quem de proprietate agendum est, alteri foro subdit. Semper hic una tantum causa est, una lis, in qua duæ quæstiones, quarum altera ex priore proficiuntur. Nam finis & exitus judicij de possessione, principium est judicij de proprietate. L. 35. ff. de acq. vel amit. poss. Coeptum etiam jam per litem de possessione totum est judicium: ubi autem acceptum, ibi etiam finem accipere debet. L. 30. ff. de judic. Accedit & hoc, quod, qui de possessione cognovit, facilius de proprietate cognoscere potest, cum causam jam ex aliquâ parte didicerit. Inde etiam Dio-

CLETIANUS & MAXIMIANUS in L. 13. C. de rei vind. rescribunt, ordinarii juris esse, ut, iudicata possessionis lite, causa etiam proprietatis ab eodem iudice decidatur. — Add. L. un. C. Theod. L. 10. C. Just. de Judic. — Tandem causæ continentia cernitur in eo, ubi duæ quæstiones ita sunt invicem nexæ, ut altera alteri præjudicium faciat, & adeo ad principalem judicandam, nisi alterâ ante disceptatâ, perveniri non possit; vel illâ iudicata, simul quoque de hac præjudicatum sit. Atque haec duæ quæstiones profecto non nisi unam causam faciunt. L. 3. C. de judic. L. 1. & 2. C. de ord. jud.

§. 3. non iudic.

*Similiter, si plures &c.]* Quum anno 1736. casus exstitit, ut plures assicuratores, diversis in locis domicilium habentes, uno eodemque iudicio apud Hollandiae Curiam conventi fuerant, atque ea de re Magistratus Amstelædamensis quæstionem ad Ordines detulerat, Ordines Resol. 12. Julii 1736. (G. P. B. 6. D. pag. 643.) quidem decreverunt, causam, de qua ibi agebatur, apud Curiam manufaram; sed in futurum clausulam prorogatæ jurisdictionis Collegii Maritimi, instrumento assicurationis insertam, hanc vim habituram, ne causæ ab illo Collegio ad Curiam transferri possent.

### TITULUS III.

#### *De servo corrupto.*

§. I.

**A**UT ei quid persuadendo &c.] TAURELLIUS pariter, atque HALOANDER in L. 1. §. 3. ff. h. t. ita exhibent verba: „Persuadere autem est plus quam compelli atque cogi sibi parere.” — HOTOMANNUS restituendum esse censuit: Persuadere est plus, quam suadere. Persuaderi enim est compelli atque cogi sibi parere. Sed minus violenta & audax est haec mutatio. — Similiter tamen NOODT in Comm. ad h. t. nec quidquam mutavit, nisi palliva, quæ HOTOMANNUS scripserat, persuaderi, compelli, cogi, in activa persuadere, compellere, cogere. — Debet quidem, ut videtur, legi, aut persuaderi, aut, si persuadere serves, compellere, atque cogere. Sed tamen probabile est, ULPIANUM ita scripsisse, ut vulgo legimus. Nam Edicti verba interpretaturus, invenerat persuadere; mutato tantum tempore, explicat quid sit persuadere. Et quamvis concinne magis etiam subjecisset, compellere atque cogere pro com-

pelli &c. tamen similiter in L. 12. §. 1. ff. rat. rem hab. ait ULPIANUS. Rem HABERI ratam, hoc est, COMPROBARE AGNOSCEREQUE, quod actum est &c. — In L. 6. §. 7. ff. de edend. ita: EDI autem est vel DICTARE, vel TRADERE libellum, vel codicem PROFERRE: scilicet edi, & ratam rem haberi ipse Prætor scripserat. Quare, si, uti fas est, subaudiamus, compelli atque cogi [ab aliquo] sibi parere, omnia sunt plana & recta. — Cæterum recte ait JCTUS, persuadere PLUS esse, quam compellere & cogere. Qui enim compellit & cogit servum, ideo non statim corrumpit animum servi; at qui dolo malo persuadet, urgetque variis exhortationibus, argumentis, commodis, & sollicitat servum ad aliquid improbe faciendum, is animum servi corrumpit. Plus igitur est, si servo persuaderis, ut sursum sponte faciat, quam si ei necem minaris, ni tibi tradat pecuniam, quam portat, domini sui vel alterius. — Conf. J. G. MARCKART Interpr. recept. Jur. Civ. Lib. 1. cap. 1.

Nec

*Nec contra corruptis heredes.]* De hac actione agens ait ULPIANUS in L. 13 pr. ff. h. t. *In heredem non dabitur, quia poenalis est.* Hæc ultima verba non sana videntur BYNkershoekio *Observ. Jur. Rom. Lib. 1. cap. 13.* & *Lib. 7. cap. 25.* ob duplum rationem: 1o. quia hoc loco actio de servo corrupto ab ULPIANO dicitur esse *poenalis*, cum tamen non sit mere *poenalis*, sed etiam rei persecutionem contineat, utpote tendens in duplum ex re & poena mixtum. 2o. Quia secundum hanc lectionem hæc actio in heredes non datur, ne quidem quatenus rei persecutoria est. Pro verbis itaque, *QUIA poenalis est*, legendum putat, *QUA poenalis est*: ut sensus sit, hanc actionem quidem dari in heredes, quatenus rei persecutoria est, sed quatenus est *poenalis*, in eos non dari. — Lectionem tamen communem adversus BYNkershoek defendit H. G. VAN VRYHOFF *Observ. Jur. Civ. cap. 4.* quoniam hæc actio, licet à parte actoris mixta, id est partim rei persecutoria, & partim *poenalis* sit, tamen mere est *poenalis*, & nullo modo rei persecutoria à parte Rei. Nam quicquid reus solvit, id

solvit in poenam delicti sui, licet inde nihil ad se pervenerit. Actiones autem, quæ à parte Rei mere *poenales* sunt, nunquam in heredes dantur. Sic actio, quæ datur contra eum, qui dolo malo fecit, quo minus quis se judicio fisteret, non datur in heredes, L. 1. §. ult. ff. *de eo per quem fact. erit, quo min. quis se in jud. sis.* quia illa mere *poenalis* est à parte Rei, qui nihil ex sua improbitate acquisivit, licet à parte actoris, qui tantum agit ad id, quod sua interest, sit rei persecutoria. L. 3. ff. *eod.* — Similia exempla sunt in actione contra mensorem, qui dolo falsum modum dixit: item in actione in factum, quæ datur adversus eum, qui sciens se tutorem non esse, tamen per dolum pupillo auctor fit, quasi tutor esset: aliisque, à parte Rei mere *poenibus*. — Add. SCHULTING *Thes. Controv. Dec. 33. th. 4.*

## §. 5.

*Est & actio utilis &c.]* Exemplum occurrit apud LEYSERUM *Medit. ad ff. tom. 2. spec. 124. med. 1—6.*

## T I T U L U S IV.

*De Fugitivis.*

## §. 4.

**S**i ad barbaros &c.] Fugitivi ad barbaros transeuntes deprehensi pede amputato debilitari jubentur, L. 3. C. h. t. ut qua corporis parte peccassent, eadem & mulctarentur. De quo more puniendi veterum vid. J. CUJACIUS *Observ. Lib. 7. cap.*

13. & AE. MENAGIUS *Amoen. Jur. Civ. cap. 32.*

## §. 5.

*Ditta hactenus &c.]* De servis, è Coloniis clam aufugientibus, vid. *Placaat van de Staten Generaal 23. Mey 1776. in de Nederl. Jaarb. van 1776. pag. 506.*

## T I T U L U S V.

*De Aleatoribus.*

## §. 1.

**L**UDI &c.] Ad universam hanc de aleatoribus materiam conferri mereatur P. PANTOJA DE AIALA in *Comment. in tit. D. & C. de Aleatoribus*, in OTTONIS *Thes. tom. 4. col. 905—1152.*

## §. 6.

*Hodiernis tamen moribus &c.]* Circa aleæ lufsum ex antiquo Jure Hollandico tria sunt notanda. — 1o. Aleæ lufus generaliter olim

in Hollandiâ prohibitus fuit. Quod ex variis privilegiis & antiquis statutis appetet, quæ exstant apud MIERIS *Chart. Boek 3 D. pag. 293, 294. & 477. Handy. van Amsterdam 1. D. pag. 115. col. a. & 2. D. pag. 506. col. a. Handy. van Alkmaar pag. 76. col. a.* Idem quoque in Zeelandiâ obtinuit. *Keuren van Zeeland van 1496. cap. 3. art. 28.* Nec desunt etiam Leges hujus ac superioris seculi, quibus contra aleæ lufum prospeatum fuit. *Placaat van den Hove van Holland van 27. April 1723. — 18. January 1732. — & 10. Maart 1749. Keuren van 's Hage van*

22. Decemb. 1704. *Keuren van de Beverwyk*  
Art. 18. — 20. Nemo majorem pecuniam  
summam ludendo amittere potuit, quam lu-  
dens revera attulit, omnesque promissiones,  
quae ex hac causâ oriebantur, fuere inva-  
lidæ. *Keuren van Zeeland d. l.* *Keuren van*  
*Oudewater apud KINSCHOT Cap. 8. pag. 559.*  
*Keuren van Putten van 1587. Art. 25.* *Oude*  
*Keuren van Leiden van 1583. Art. 130. en*  
*de Nieuwe Keuren derzelve Stad van 1658.*  
Art. 144. ROSEBOOM *Recueil der Keuren van*  
*Amsterdam cap. 54. Art. 3.* — 3º. Comites  
aliquando privatis quibusdam personis alea  
lufum permiserunt. Exempla sunt apud MIE-  
RIS Chart. Boek 3. D. pag. 55, 106, & 107.  
J. DE RIEMER *Beschr. van 's Hage 2. D.*  
pag. 306. Quin & nonnullis civitatibus ejus-  
modi permisso concessa fuit. MIERIS Chart.  
Boek 3. D. pag. 183. seq. & pag. 630. &  
636. — Add. J. DE RIEMER d. l. pag.  
404. & seq.

## §. 8.

*Sponsionem &c.]* Quicquid de sponsionum  
validitate ex Jure Naturali ac Civili à non-  
nullis disputatum fuerit; quod ad mores no-  
stros attinet, recte dicimus cum BYNKERS-  
HOEK *Quæst. Jur. Priv. Lib. 2. cap. 6. pag.*  
251. „De sponsionibus, quas weddingen ap-  
„pellamus, jus dici raro solet, quia & qui-  
„busdam legibus prohibitum est, non ma-  
„gis ac de quolibet lusu.” — Conf. porro  
de *Regtsgel. Observ. over DE GROOT's Inleid.*  
2. D. Obs. 67.

## §. 10.

*Ollas fortunæ &c.]* Ollas fortunæ (*Lote-ryen*) erigere, in Hollandiâ sèpissime fuit in-  
clararunt.

terdictum. — Rex Philippus Placito 26. Au-  
gust. 1563. (G. P. B. 2. D. pag. 2990.) ve-  
tuit, ne istæ ollæ permitterentur, sive in  
paratâ pecunia, sive in rebus pretiosis, pre-  
mia confisterent; nisi ad recreandam plebem  
fierent, nec premia viginti quinque floren-  
rum summa excederent. — Ordines Hol-  
landiæ Plac. 24. Septemb. 1652. (G. P. B.  
1. D. pag. 466. seqq.) sortitiones, quæ tes-  
seris peraguntur, (*Trek- Lot- of Ryffel-kra-  
men*) sub mulctâ quingentorum florenorum  
prohibuerunt. — Dein Plac. 24. Decemb.  
1695. (G. P. B. 4. D. pag. 376.) statuerunt,  
quod privilegia ad ollas fortunæ erigendas in  
posterum non nisi ex gravissimis causis con-  
cederent; quodque nemini liceret harum ol-  
larum, extra Provintiam erectarum, partici-  
pem fieri. — Hoc Edictum vero Placito  
27. August. 1722. (G. P. B. 6. D. pag.  
843.) eatenus est mutatum, ut generaliter  
pro ollis fortunæ, sive in hac Provintiâ, sive  
extra eam erectis, sed ab Ordinibus non com-  
probatis, nummos colligere sub mulctâ mille  
florenorum vetitum fuerit. — Postea Pla-  
cito 21. Septemb. 1725. (G. P. B. 6. D.  
pag. 848.) Ordines hanc prohibitionem latius  
extenderunt, mulctam vero sexcentorum flo-  
renorum in transgressores statuerunt. —  
Hujus Placiti strictam observationem Resolut.  
26. Octob. 1741. (G. P. B. 7. D. pag.  
1123.) jussérunt Ordines; ac renovavit  
Curia Hollandiæ 26. Septemb. 1752. (Ne-  
derl. Jaarb. van 1752. pag. 998.) donec tan-  
dem Ordines Placito 14. Mey 1755. (Ne-  
derl. Jaarb. van 1755. pag. 341.) & nuper  
Placito 22. Octob. 1792. hoc Edictum iterum  
renovarunt, ac extensivâ interpretatione de-  
clararunt.

## T I T U L U S VI.

*Si mensur falsum modum dixerit.*

## §. 1.

**P**ERPETUA, quia initium &c.] *Hæc*  
*actio, inquit PAULUS in L. 4. ff.*  
*h. t. perpetua est: quia initium rei non*  
*à circumscriptione, sed à suscepto negotio origi-  
nem accepit.* Hæc ratio videtur non exactissima,  
& parum ad rem pertinere: quoniam  
palam est, hanc actionem ex suscepto nego-  
tio non nasci, sed ex circumscriptione. Ete-  
nim (1.) negotium suscepit, & nihil tam  
magis tenetur actione istâ, qui agrum ro-  
gante domino metitus est, sed non renun-  
vit modum. L. 1. §. ult. ff. h. t. (2.) Non  
datur ea actio in heredes, L. 3. §. pen. ff.

eo. in quos non posset non dari, si veni-  
ret ex negotio suscepto, atque adeo ex man-  
dato & contractu quodam. L. 12. L. 49. ff.  
de O. & A. (3) Servi nomine magis noxale  
judicium, quam de peculio competit. d. L.  
3. §. ult. Ex suscepso autem negotio, hoc  
est, ex contractu servi, licet versetur quo-  
que delictum, de peculio actio datur, non  
noxalis. d. L. 49. Quocirca aptior videtur illa  
ratio, quam suggerit ipse PAULUS in L. 35.  
pr. ff. de O. & A. quod contineat hæc actio  
rei perfecionem, nec contra jus civile de-  
tur. Conf. J. VOORDA Interpret. & Emend.  
cap. 10. pag. 31. & 32.

Ser-

*Servo mensore &c.] Conf. J. VOORDA Interpr. & Emend. Cap. 5. pag. 15. seqq.*

### §. 3.

*Ut proinde prius ex emto actio &c.] An venditor, qui falsa mensoris renunciatione inductus majorem rei venditae quantitatem indicat, ad hanc præstandam possit conveniri? queritur. Respondet LEYSER Medit. ad ff. tom. 2. spec. 128. pag. 484. seqq. non posse, nisi venditio ad mensuram facta sit, & pretium in singula jugera fuerit constitutum.*

*Si tamen dolo &c.] Conjecturam, in L. 5. pr. ff. h. t. pro liberetur legendum esse laederetur, quam hic refert Auctor, proposuit J. CUJACIUS Observ. Lib. 7. cap. 35. secundis F. ZOANNETTUM Restitution. cap. 6. in OTTONIS Thes. tom. 4. col. 650. — Attamen BYNKERSHOEK Observ. Jur. Rom. Lib. 3. cap. 15. quamvis ita non male, nec te-*

mere legi fateatur, lectionem tamen Florentinam defendi posse putat, legemque interpretatur hoc modo. Placuerat, venditorem intra certum tempus fundi modum adsignatum, adsignavit mensorem, qui fundum emptori admetiretur, emptor compellit mensorem, ille non metitur, nec modum renuntiat intra illud tempus; quod effluit interea: ex pacto convento liberatus est venditor. Ergo ad mensorem decurrit emptor, qui dolo traxit renunciationem, & agit de dolo, non ex Edicto, quia id propositum est de eo, qui falsum modum renuntiavit, non de eo, qui plane non renuntiavit. Fecit ille, ut venditor liberetur, quia mensorem emptori adsignavit, ipse enim per se mensurus non erat.

### §. 4.

*Præcipue Ædilium &c.] Conf. E. OTTO de Ædil. Colon. & Municip. Cap. 13. pag. 467.*

## T I T U L U S VII.

### *De religiosis, & sumtibus funerum, & ut fumus ducere liceat.*

#### §. 1.

**A**UT præcipua ejus pars &c.] In L. 44. ff. h. t. hoc invenimus PAULI responsum: *Mihi autem videtur illum religiosum esse, ubi quod est principale conditum est, id est, caput, cuius imago fit, inde cognoscimur.* Hæc postrema verba varii varie mutarunt. — H. à SUERIN Repet. Lect. Jur. Civ. Cap. 2. in OTTONIS Thes. tom. 4. col. 7. ex veteri codice reponit: *cuius imago fit, unde cognoscimur.* — Ita & BYNKERSHOEK Observ. Jur. Rom. Lib. 1. cap. 5. vel trajectâ particulâ: *unde cuius imago fit, cognoscimur, vel cognoscitur.* — M. FREHERUS παρεγγάν Lib. 1. cap. 23. in OTTONIS Thes. tom. 1. col. 893. maluit; *cuius imago fit, et unde cognoscimur.* — Cum hoc fere consentit E. OTTO in Prefat. Tom. 4. Thes. præmissâ, qui concisam PAULI orationem fatigis cohædere putat, si particulam & subintelligamus. — Eodem quoqueredit sententia J. VAN NISPEN in Differt. de sepulcro violato, cap. II. n. 2. (Lugd. Bat. 1723.) — J. G. MARCKART Interp. recept. Jur. Civ. Lib. 2. cap. 19. receptam lectionem tuetur, mutauit tantum vocabulo *cuius* in *hujus.* — J. CANNEGIETER ad ULPIANI Fragm. tit. II. §. 10. pag. 57. ita legendum statuit: *Cuius enim imago fit, inde cognoscimus.*

#### §. 2.

*Cenotaphium &c.] Cenotaphium, i. e. omne monumentum non solum in memoriam & honorem mortuorum, alibi sepultorum, sed etiam eorum, qui in prælio cæsi aut naufragio mersi, justâ sepulturâ privati fuerunt, quorumque corpora desiderantur, (J. GOTHOFREDUS Diatr. de Cenotaphio, in OTTONIS Thes. tom. 3. col. 330.) non esse locum religiosum, Divi Fratres rescripserunt. L. 7. ff. de divis. rer. & qual. Sed quomodo scribere potuit MARCIANUS in L. 6. §. ult. ff. eod. „Cenotaphium quoque magis placet locum, esse religiosum: sicut testis in ea re est VIRGILIUS:” disputant erudit. — Varias jam conjecturas examinavit GOTHOFREDUS in cit. Diatr. — HUBER in Prelect. ad tit. Inst. de rer. div. n. 10. putat MARCIANUM rescriptum D. D. Fratrum ignorasse, cum vixerit post Fratres Divos sub Alexandro Severo. — BYNKERSHOEK Observ. Jur. Rom. Lib. 1. cap. 5. eum non rescivisse hoc Rescriptum, conjicit; quod in infinitâ Rescriptorum ad privatos sæpe in causis privatis datorum, multitudine facile accidere poterat: quamvis ceteroquin ex L. 6. §. 1. eod appareat, Libros Institutum, ex quibus d. L. desumpta est, Fratribus Antonino & Vero jam Divis ab ipso scrip-*

scriptos fuisse. — Hanc vero ignorantiam valde improbabilem putat H. NOORDKERK *Obser. Decad. cap. 5. pag. 100.* qui itaque MARCIANUM contra D. D. Fratrum rescriptum opinionem suam dixisse existimat, idque ipsi licuisse, quum Rescripta tantum causae, cui data erant, jus constituebant, nec ob id judices aut jurisconsultos habebant obstrictos. — Multi porro ad hanc difficultatem respondent MARCIANUM in Libris suis Institutionum exhibuisse jus antiquum: SCHULTING *Thef. Controv. dec. 34. th. 4.* quare & J. VAN NISPER in *Diff. de sepulcro viol. Cap. 16. n. ult. in d. L. 6.* pro placet legendum suspicatur placebat. — In historiam hujus Rescripti accurate inquirit A. WIELING *Lect. Jur. Civ. Lib. 2. cap. 2.* Quum enim (teste JULIO CAPITOLINO in vita Marci cap. 13.) utroque imperante Antonino ingens Romæ graffata fuit pestilentia, ex qua sepulchorum inopia oriatur, rescripto suo constituisse Imperatores vindentur, ut ad levandam sepulchorum inopiam cenotaphia religiosa, imaginaria religione liberata, tanquam loca pura, novis destinari sepulturis absque ullo pollutionis metu possent. *L. 6. §. 1. ff. h. t.* Post illud Rescriptum censuit ULPIANUS cenotaphia religiosa amplius non videri, ac proinde emi, vendi, alienari promiscue posse. Contra vero MARCIANUS opinabatur, manere nihilominus cenotaphia loca religiosa, etiam post memoratum Rescriptum, utpote non alio fine imaginariae religioni ab Imperatoribus exempta, quam ut novis tantum sepulturis applicari, non vero in profanos converti usus possent: additâ ratione, quod cenotaphia ex Jure Pontificio, & secundum auctoritatem veterum, omnino loca fint vere religiosa, divini que juris; quæ proinde ob perpetuum religionis effectum aliis adhibere usibus salvâ majorum religione fas haud esset. — Memoranda tandem est conjectura SCHRODERT *Obser. Jur. Civ. Lib. 2. cap. 5.* quem sequitur N. C. VAN CLEEF in *Disquis. de eo quod exsequiarum ratione in jure obtinet pag. 8.* (Traj. ad Rhen. 1776.) qui in d. L. 6. pro magis legit multis, & putat MARCIANUM heic loci tantum proponere illorum sententiam, qui cenotaphia religioni inservire putabant, ipsum vero ita non sensisse.

### §. 5.

*Plerumque in templis haberi solita.]* Jam ab antiquissimis Romanorum temporibus prohibita fuit intra urbem sepultura. Romanis jam Numæ tempore Lex ejusmodi rogata est, vel saltem antiqua haec fuit consuetudo. J. KIRCHMANNUS *de funer. Roman. Lib. 2. cap. 20.* — Dein Lege XII. Tabb. cautum est: *Hominem mortuum in Urbe ne sepe-*

*lito neve urito.* (CICERO *de Legib. Lib. 2. cap. 23.*) — Hæc lex dein SCto, Dnilio Cof. A. U. 490. facta, renovata est. (SERVIUS ad VIRGILII Æneid. Lib. 2. vi. 206.) — Postea A. U. 645. SCto prohibitum est, ne cadavera eorum, qui in bello ceciderant, in Urbem transferrentur: idemque illud jus adhuc JCti PAULI aetate vivisse videtur. (PAULUS *Recept. Sentent. Lib. 1. tit. 21. §. 2. in SCHULTINGII Jurispr. Antejust. pag. 261.)* — Deinde HADRIANUS Imperator rescripto suo poenam statuit quadraginta aureorum contra eos, qui in civitate sepelivissent, quam fisco inferri jussit, & in Magistratus, qui eadem passi fuissent, & locum publicari jussit & corpus transferri. (*L. 3. §. 5. ff. de sepulcr. viol. & ad eam A. WIELING Lect. Jur. Civ. Lib. 2. cap. 9. n. 6.*) & illud non tantum vetum fuit in Urbe Româ, sed & dein ab Imperatoribus DiOCLETIANO & MAXIMIANO ad quævis Municipia extensum; ne Municipiorum jus pollueretur. *L. 12. C. h. t.* — Conf. qui progressum juris de hac re plenius exposuerunt, S. H. VAN IDSINGA *Var. Jur. Civ. Cap. 18. pag. 152. seqq.* H. NOORDKERK *Decad. Obser. cap. 5.* BOUCHAUD *Comment. sur la Loi des XII. Tables pag. 711. & seq.*

Quod autem ad Christianos attinet, non permisæ ipsis fuerunt extra civitates dormitoria publica, quamdiu sub persecutionis jugo gemuerunt. Coacti erant occultare suos, quantum possibile erat, & hac de causâ quandoque cryptas, more Romano, occulte effodiabant, sed sat spatiose. Martyres potissimum in iis sepeliebant, ut ibi memorias eorum celebrare possent. Hinc persecutionis tempore nonnunquam ibidem conveniebant, sarcorum administrandorum, & cultus divini peragendi causa. Amor autem eorum erga Martyrum exuvias, mosque adeundi illorum sepulcræ, atque natalem Martyrii celebrandi, occasionem præbuit, pace Ecclesiæ redditâ, corpora eorum intra moenia civitatum transferendi. Inde sepulcræ intra civitatem nonnunquam constituta. Privati etiam penes martyres sepeliri volebant. Sed huic pravæ consuetudini obviam ire, illamque abolere & jus pristinum iterum restituere voluit THEODOSIUS M. in *L. 6. C. Theod. de sepulc. viol.* omnem humationem intra moenia urbis interdicens: sed non diu illud duravit. Sæculo sexto ad finem vergente, major libertas intra templi muros sepeliendi irrepsit; ita ut passim in urbibus circa Ecclesiam, in porticu, sepulcræ exstruerentur, atriaque templorum coemeteria fierent. Quod etiam postea permanit. Sæculo nono in Concilio Moguntinensi I, anno 813. celebrato, sepultura in Ecclesiis prohibita fuit, exceptis Episcopis, Abbatibus, aut dignis Pres-

Presbyteris, aut fidelibus Laicis. Postea saeculo decimo jura antiqua de prohibitâ in templis sepulturâ iterum sunt renovata: idemque ius saeculo undecimo permanxit. Dein saeculo decimo tertio, anno nimurum 1292. in Synodo Cicestriensi constitutum, ut in Ecclesiis vel earum cancellis nullæ fierent sepulturæ indistincte ad cuiuslibet voluntariam corporum defunctorum electionem, ita quidem, ut villarum domini, patroni ecclesiarum, eorumque uxores, rectores & vicarii solummodo eximerentur. Atque sic constat tunc temporis ordinario prohibitam fuisse in templis sepulturam, dum communia fuerint coemeteria in atris, atque templorum porticu, sed & in ipsis Ecclesiis humarentur; cuius consuetudinis ratio non tantum in superstitione vanâ, sed & in avaritiâ clericorum quarenda est. Postquam enim clericî, qui dum reliquias sub altari asservabant, credulim inducerent populum, ut pulchrum judicaret sepeliri eo in loco, ubi sanctorum essent reliquia, pro concessâ ejusmodi sepulturâ magnam pecuniâ summam exigerent, (unde hodie adhuc illa sepulera, quæ in choro templi & prope altare, aut locum, in quo olim altare fuit, inveniuntur atque sita sunt, præ cæteris pretiosiora habentur,) res eo devenit, ut parochi omnem adhiberent diligentiam, quo magis coemeteria in suis erigerentur parochiis. — Atque sic paulatim increvit in urbe & templis cadaverum sepeliendorum mos, qui hodie adeo est vulgaris, ut nulla, ordinario saltem, extra civitatem, aut templo, aut extra eorum vicinia, cadavera humentur, sed omnia intra Ecclesiam, aut juxta ejus muros in coemeteriis, quæ hodie Kerkhoven audiunt, condantur. — Conf. J. H. BOEHMER in Exerc. ad Pand. tom. 2. exerc. 41. Cap. 1. §. 14. & seqq. pag. 1012 & seqq. A. PERRENOT in Differt. de prohibendâ in urbe & templis sepulturâ, cap. 2. (Traj. ad Rhen. 1748.) & N. C. VAN CLEEF in Disquis. supra laud. cap. 2. seet. 4. §. 6—9.

Cœterum quæstio est elegans, utrum cadaverum in templis sepeliendorum mos iustâ ratione defendi queat; an vero præstet, ut sepulcra extra urbes atque ecclesias in locis apertis, aëri & ventis expositis, atque à viventium hominum habitatione remotis, erigerentur, & in iis cadavera conderentur? Ad primam quæstionis partem negando, ad alteram affirmando respondendum esse, sequentes rationes evincunt. ( $\alpha$ ) Cum respiciamus ad causam finalem, ad quam templo sunt constructa, nemo non videt, quin illicita sit in templis sepultura; namque templo sunt constructa & destinata conventibus viventium ecclesiasticis, ad publicum atque religiosum erga Deum cultum exercendum, non utique eorum, qui vitâ defuncti sunt, quique nul-

lum amplius cum viventibus cultum aliquem religiosum præstare valent: quin contra cadavera in templis condita sapientiis, qui inter viventes adhuc enumerantur, quique cultum suum religiosum exercere atque præstare student, impedimento & damna sunt; inter omnes enim constat, effluvia cadaveribus exeuntia viventium sanitati maxime esse noxia, quæ noxa accrescit pro incremento putredinis ex effluviis redundantis, quæque fit efficacior in locis magis conclusis; halitus enim aëris impuri copiosior valetudini maxime nocet; quin experientia sapientiis exemplis docuit, ejusmodi effluvia cadaverum tristissimas reliquissime sequelas, imo sapienti contagionis dedisse causam. Exempla ejusmodi plurima referuntur in Comment. de rebus in scientia natur. & medic. geslis, vol. 3. pag. 474. seq. vol. 4. pag. 332. vol. 22. pag. 317. & in Suppl. vol. 2. pag. 652. UNZER de Arts 2. D. 1. st. 47. Vert. pag. 91. seqq. 2. D. 2. st. 77. Vert. pag. 199. seqq. 6. D. 2. st. 247. Vert. pag. 125. seqq. Add. LEYSER Medit. ad ff. tom. 2. spec. 129. med. 5 & 6. pag. 493. seqq. — ( $\beta$ ) Oriunda est hæc consuetudo ex causis omnimodo improbandis: ex superstitione enim causa hujus ritus maxime est repetenda, quasi fidem apposuisse nos Christianos, qui reformatam profitemur religionem, pudeat! nec enim est, quod credamus aliquid religionis esse in sepulcris ecclesiasticis; non est, quod credamus, intercessionem sanctorum defunctorum, prope quorum sepulcra ideo veteres Christiani sepeliri cupiebant, aliquid efficere valere ad nostram æternam procurandam salutem. — Conf. J. W. TE WATER Verhandeling over het begraven der Lyken in de Steden en Kerken, in de Verhandelingen van het Zeeuwsch Genootschap der Wetenschappen te Vlissingen 4. D. pag. 629. seqq. A. KLUIT Oratio de superstitionissimo juxta atque perniciofissimo in templis & urbibus sepeliundi ritu. (Mediob. 1776.)

## §. 8.

*Quæ funeraria &c.]* Quid sub impensâ funeris de jure contineatur, exponit J. VOORDA in Comm. ad Leg. Falcid. cap. 3. n. 13. pag. 166. seqq.

## §. 9.

*Cohæret &c.]* Actionem funerariam privilegium habere ante omne æs alienum, etiam quod sub hypothecâ vel pignore debetur, recte docet & probat Auтор: quicquid dissentiat NOODT in Comm. ad h. t. Oper. tom. 2. pag. 209. qui funerantem solis personalibus, non vero hypothecariis creditoribus præferri contendit; & ZOESIUS ad tit. ff. qui pot. in pign. n. 20. qui aliis eum tantum tacitis, non vero expressis hypothecis anteponi existimat.

## T I T U L U S VIII.

*De mortuo inferendo & sepulchro aedificando.*

## §. I.

**Q**UOD ipsum constare &c.] Miror, (inquit GAJUS in L. 9. ff. de relig.) quare constare videatur, neque heredi, neque in heredem dandam hanc actionem: nam, ut appareat, pecuniarie quantitatis ratio in eam deducitur: certe, perpetuo ea inter ipsos competit. Justam vero admirationis causam JCTum non habere putat Auctor in h. §. uti & A. FABER in Rational. ad d. L. 9. & J. GUTHRIUS de Jur. Man. Lib. 3. cap. 16. quia injuria infertur cadaveri ab eo, qui prohibet inferri, L. ult. C. de sepulc. viol. quodque haec actio comparata sit ad ulciscendam istam injuriam, similisque sit actioni injuriarum; jam vero quemadmodum injuriarum actio heredi non datur, §. 1. Inst. de perp. & temp. act. ita nec hanc in factum actionem illi competere. Sed vix dicendum, eum, qui alium inferre cada- ver vetat, semper injuriā afficere defunctum;

potuit enim prohibens justo errore esse ductus, & putavisse suum locum esse, vel usum-fructum ejus sibi competere, quibus casibus cum maligno injuriæ facienda animo & ipsa cessat injuria. Et si jam prohibens injuriæ reus sit, falluntur tamen, qui dicunt, hanc actionem comparatam esse ad ulciscendam injuriam istam: hæc enim actio non est penalis, sed rei persecutoria, neque odio Rei introducta ad coercendum ejus dolum, cum, ut hæc actio locum habeat, non desideratur dolus impudentis. His itaque perpensis, non immerito J. CUJACIUS Observ. Lib. 8. cap. 12. & NOODT in Comm. ad h. t. in Oper. tom. 2. pag. 211, opinati videntur, CAJUM non sine ratione mirari, rationem autem, cur actio non detur heredibus, nos latere, unde recte ex L. 20. ff. de Legib. dicere possumus: Non omnium, quæ à majoribus tradita sunt, ratio redi potest.



bile noir