





12669

27

1653, 30

53

19

COMMENTATIO

DE

SEPARATIONE:

Quam

Auctoritate & Decreto

Amplissimi Jureconsultorum Ordinis,

PRÆSIDE

WOLFGANG-ADAMO *Lauterbach*/

U. J. D. & Professore,

*Pro privilegiis Doctoralibus
in utroq; iure consequendis*

Ad diem Julii,

Publico examini subjicit

RUDOLPHUS *Hofst* / Chilonio
Hofstus.

TUBINGÆ,

Typis JOH. ALEXANDRI CELLI.

Anno MDCC LIII.



COMMENTATIO

DE PARATIONE

ANNO DOMINI 1714

IN REGIA UNIVERSITATE

PHILOSOPHICA

PROBATA

ET

RECEPTE



Reverendissimo & Illustri Viro,

DN. JOHANNI ADOLFO

**a KIELMANN, Cathedr. Hamburg. Ec-
clesiæ Præposito: Et Ser.^{mi} Ducis Slesvici-Hol-
satiæ &c. Consiliario intimo, Aulicoq;
Cancellario præclarissimè
merito:**

Patrono suo opt. max.

Nec non

Amplissimo & Primario Viro,

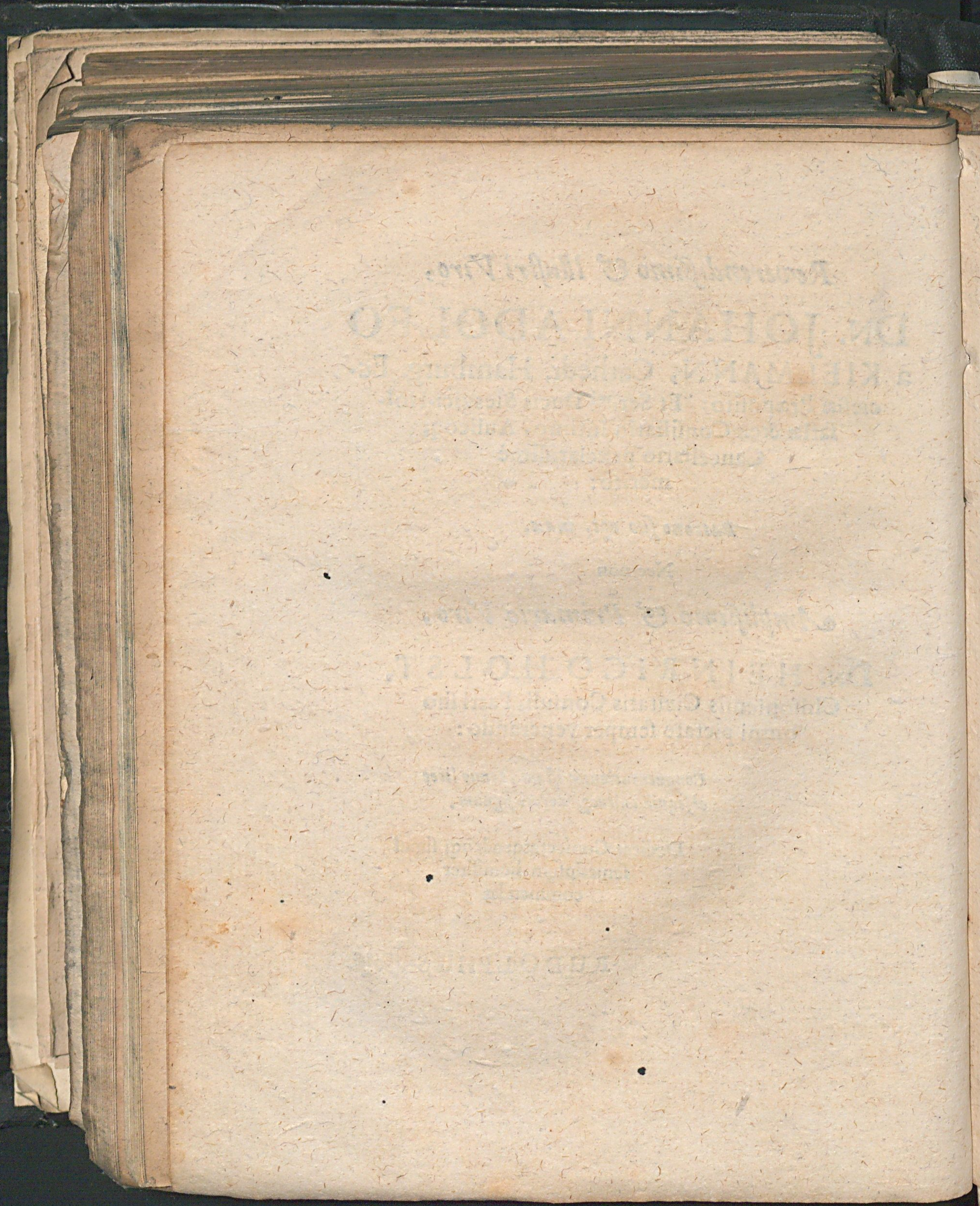
DN. HEINRICO HOLST,

**Chiloniensis Civitatis Consuli, Patri suo
omni pietate semper venerando:**

*Commentationem istam, tenue licet
obsequii cultusq; devoti signum,*

*Dedicat Consecratq; adeoq; simul
semetipsum humiliter
commendat*

RUDOLPHUS Holst.



os(s.)so

CUM DEO!

Commentatio

De

SEPARATIONE.



Uam frequens passim sit disputatio de Creditorum Prælatione, vel metacente, res ipsa loquitur. Præferuntur Creditores alii aliis, vel ex Beneficio Prætoris, jure Separationis; vel ex speciali prælationis jure. Hoc speciale jus uti varium, ita a multis affatim prorsus pertractatum est. Illud verò, SEPARATIONIS BENEFICIUM, præsentis disquisitionis argumentum esto.

CAPUT I.

De Separationis Definitione.

§. I.

SEdes hujus materiæ habetur in Libro XLII. Digest. Tit. VI. DE SEPARATIONIBUS. & in Libr. VII. Cod. Tit. LXXII. *De bonis autoritate Iudicis possidendis seu venundandis, & DE SEPARATIONIBUS BONORUM.* Agitur autem in *d. tit. ff. de Separat.* de diversis Separationis speciebus; præcipue de illa, quæ à creditoribus hereditariis peti & impetrari solet; & quam nos hîc imprimis contemplabimur.

§. II.

Nomen SEPARATIONIS verbale est, deductum à verbo SEPARO; quod de variis rebus prædicatur. Sic Ulpianus, *Iustitiam namque colimus, inquit, & boni & equi notitiam profitemur, æquum ab iniquo Separantes. l. 1. §. 1. ff. de Iustit. & Jur.* Unde ratione

A 3

tionē

tionem Objecti diversæ dantur Separationes: veluti Separatio fructuum, l. 13. in ff. Quib. mod. usufr. amitt. l. 25. §. 1. ff. de Usur. Separatio Conjugum, c. 2. & 3. X. de Divort. Separatio liberorum ab œconomia Patris &c. Dn. Carpz. part. 2. const. 10. def. 1. Wesenb. in π. ff. tit. de Adopt. n. 7. ad quarum differentiam hæc nostra vocatur Separatio bonorum, in rubr. C. de bon. auth. Iud. possid. & in l. 2. C. d. t. Remedium indemnitis, ac passim à Dd. Beneficium Separationis, Zas. in l. 3. num. 2. ff. de Separat.

§. III.

Est autem SEPARATIO, de qua hic sermo, nihil aliud, quàm AUXILIUM PRÆTORIS, QUO, POSTULANTIBUS CREDITORIBUS HEREDITARIIS, CAUSA COGNITA, BONA DEFUNCTI A PROPRIO HEREDIS PATRIMONIO EUM IN FINEM SEJUNGUNTUR, UT ILLIS EXINDE PRIMO OMNIUM SATISFIAT. Hæc Separationis descriptio ut melius intelligatur, casum, quem Ulpianus format, subjiciemus: *Debitorum quis Sejum habuit. Hic decessit. Heres ei extitit Titius. Hic non est solvendo. Patitur bonorum venditionem. Creditores Seji dicunt, bona Seji sufficere sibi, Creditores Titii contentos esse debere bonis Titii: & sic quasi duorum fieri bonorum venditionem. Fieri enim potest, ut Sejus quidem solvendo fuerit, potueritq; creditoribus suis vel ita semel, etsi non in æsem, in aliquid tamen satisfacere: admisis autem commixtisq; creditoribus Titii, minus sint consecuturi, quia ille non est solvendo, aut minus consequantur, quia plures sunt. Hic est igitur æquissimum, creditores Seji desiderantes separationem audiri: impetrareq; à Pratore, ut separatim quantum cujusq; creditoribus præstetur. l. 1. §. 1. ff. de Separat.*

CAPUT II.

De causa efficiente.

§. I.

HOc Separationis Remedium Originem trahit ex Jure Prætorio, ex Edicto Prætoris, docente Gordiano Imperatore, in l. 2.

in l. 2. ibi: Est Jurisdictionis tenor promptissimus, indemnitatis
 remedium Edicto Pratoris creditoribus hereditariis demonstratum.
 C. de bon. auth. Judic. possidend. Unde etiam illud in de-
 scriptione nostra Auxilium Prætoris appellavimus. Fuerunt
 quidem Prætores Magistratus juri dicundo, non condendo præpo-
 siti; Custodes Juris Civilis, non arbitri. Cicer. lib. 3. de LL. vide
 etiam Pancirol. lib. 2. thesaur. Var. lect. c. 12. Hinc credibile est,
 initio Prætores jure magistratus edicta tantum proposuisse de iis,
 quæ ad modum & formam Jurisdictionis & dicendi juris pertinere
 videbantur. Verum progressu temporis sensim, non obnitente
 Populo, hoc simul usurparunt, ut edicendo etiam jus constitue-
 rent; Bachov. in comm. ad 1. part. ff. rubr. de Edict. Prætor. num. 1.
 ita tamen, ut Edicta eorum minorem vim quam leges haberent;
 nec per directum abrogare jus constitutum ac receptum possent;
 l. non est. 12. §. 1. ff. de bonor. posses. l. cum sponsus. 12. §. si res 4. de
 Publ. in rem action. sed tantum adjuvare, supplere, vel corrigere,
 l. 7. §. 1. ff. de Inst. & Jur. hoc est, rigorem Juris Civilis mitigare,
 & casus generalitate verborum comprehensos ex æquitate subdu-
 cere, & pro comprehensis non habere; ac de iis, quæ legibus nec
 sancita nominatim nec vetita essent, ex bono & æquo aliquid sta-
 tuere, etiam præter rationem juris Civilis. Georg. Frantz. in Com-
 ment. de O. tit. 1. num. 44. Nec perpetua illorum potestas, sed
 annua tantum erat, & cum Prætorum officio extinguebatur. pr.
 Inst. de Perpet. & temp. action. Pancirol. lib. 1. Thesaur. var. lect.
 cap. 34. Unde Cicero, 3. in Verrem. Qui plurimum, inquit, edicto
 Prætoris tribuunt, legem annuam esse dicunt, cui adferant finem Ca-
 lende Ianuarie. Postea verò tacita quadam approbatione & assen-
 su Populi receptum videtur, ut edicta Prætorum ob æquitatem in-
 star legis & pro jure obtinerent, & secundum ea sequentes quoq;
 Prætores Jus dicerent. Deniq; publica Hadriani Imperatoris au-
 ctoritate Salvius Julianus confusa & dispersa Prætorum edicta colle-
 git, & incertum ordinem redegit; l. tanta. 2. §. sed quia. 18. C. de
 Veter. Jur. enucl. Quod opus Edictum perpetuum dictum est, &
 plenissimam juris vim accepit; adeo ut si ex eo aliquid decerneretur,
 quo minus id fieret, appellare non liceret. l. f. §. 1. ff. de appell.
 recipiend. Tandem Imperator Justinianus Edicta Prætorum in
 Corpus Juris retulit, & ex sua auctoritate valere jussit; ita tamen
 ut na-

ut naturam Juris Prætorii in præscriptione actionum & aliis partibus retineant. *Wesemb. in § Prætorum. n. 6. l. de I. N. G. & C. Frantz. in Comm. ff. tit. de Orig. Jur. n. 39.*

§. II.

Quo Auctore, quove tempore hoc Remedium introductum fit, certum nihil habemus. Nec verba hujus Edicti, quo illud propositum est, in jure nostro reperiuntur. Justinianum verò hoc quoque remedium Edicto Prætoris introductum approbasse, & sua sanctione confirmasse, testis est totus titulus, *ff. de Separationibus. & tit. C. de bonis auct. jād. possid.* Sunt quidem, qui existimant, post novam Justiniani constitutionem, quæ extat in *l. f. C. de lute delib. & Inventarii beneficium attulit, hoc Separationis Remedium supervacaneum esse. Verum etiam post introductum Inventarii beneficium, hoc nostrum Separationis auxilium adhuc utile & necessarium esse, verius est. Nam novo quoque jure in arbitrio est heredis, an cum Inventario, an verò sine illo, purè & simpliciter hereditatem adire velit. *d. l. f. §. 1. & §. 14. ibi: electionem si damus, vel nostram constitutionem eligere, & beneficium ejus sentire: vel si eam aspernandam existimaverit, &c. C. de lute deliber. Perez. in Cod. d. 1. num. 17.* Si itaq; heres obætatus hereditatem purè & simpliciter sine Inventario adeat, uti frequenter fieri solet, sine omni dubio bona defuncti cum ipso heredis Patrimonio confunduntur, & Chirographarii defuncti creditores, præter hoc Separationis remedium, aliud, quo sese contra heredis creditores defendere possint, habent nullum. Nec illud impedit ommissa Inventarii confectio; quæ heredi quidem nocere potest, sed hereditariis creditoribus, quoad hoc remedium vel minimè. Uno verbo, hoc casu, quo Inventarium non est conscriptum, quoad hoc auxilium nihil est innovatum. *Anton. Faber. de Error. pragm. decad. 2. error. 2. quem sequitur Hilliger. ad Donell. lib. 23. cap. 16. lit. D.* Unde etiam Dn. Benedictus Carpzovius, hoc remedium adhuc Chirographariis creditoribus saluberrimum esse scribit, *lib. 4. t. 2. Respons. 18. num. 2.* illudque cum reliquis suis Dnn. Collegis hereditariis creditoribus Anno 1634. & 1636. adjudicavit, prout apparet ex responsis, quæ ipse refert, *in Jurispr. forensi, part. 1. const. 28. def. 10. in f.* Hinc etiam Facultas Juridica Lipsiensis: *Seynd etliche Creditores, &c. eine separationem bonorum zusuchen Vorhabens / ob nun wol solche separation sonst im Recht zu lässig vnd vernünfftige Ursachen**

Ursachen hat/dennoch weil fünff Jahr verlossen/ et. apud Christoph.
Philipp. Richter. *de Iur. & Privil. Cred. disp. 2. pag. 47.*

§. III.

Cæterum si heres Inventarium ritè ac legitimè confecerit,
an eo quoque casu utile ac necessarium sit hoc Separationis auxi-
lium, majoris quæstionis est. Antonius Faber affirmativam propu-
gnat. *d. Decad. 2. error. 2.* ubi fere in f. scribit: *Itaq; si quando ad-
ita hodie sit hereditas locupletis debitoris ab herede, qui non sit solvendo,
& concurrant Chirographarii utriusq; creditores, æque necessarium erit
hereditariis auxilium Separationis atq; olim, & æque habebit locum li-
cet Inventarium factum proponatur.* Alii & quidem plurimi, nega-
tivam defendunt, dicentes, Inventarium impedire jurium & bono-
rum confusionem, *l. f. §. 9. Cod. de Iur. deliber.* & facto Inventario
bona & defuncti & heredis separata ac diversa manere; *Dn. Richter,
d. disp. 2. pag. 38.* ac proinde Separationem in separatis frustra desi-
derari. *Ioan. Petrus Surdus, decis. 310. num. 13. & seqq.* ubi num. 17.
scribit: *Cum ergo separatio à jure inducta sit, eo ipso, quo factum sit
inventarium, vel etiam impedita sit mixtio, non opus fuit separatione
actuali, ad effectum ut creditor hereditarius præferatur creditori heredis
in re hereditaria, & separatio legis non minus operari debet quam sepa-
ratio hominis. Hilliger ad Donell. libr. 23. cap. 16. lit. D. in f. Richter,
d. l. ubi simul testatur, ita sæpissimè à Jctis Jenensibus judicatum
esse.* Pro qua sententia etiam facit, quod heres, qui Inventarium
conscripsit, expressè jubeatur, creditoribus ex bonis hereditariis sa-
tisfacere, & quidem in quantum res substantiæ ad eum devolutæ va-
lent; *l. f. §. 4. C. de Iur. deliberand.* adeo ut respectu creditorum
hereditariorum heres neque damnum neque lucrum ex huiusmodi
hereditate sentire debeat. *d. l. f. §. 10.* Ex quo ipso sua sponte se-
quitur, concursum creditorum heredis, qui Inventarium confecit,
hereditariis creditoribus nihil nocere; nec ipsis, antequam æs alie-
num defuncti solutum fuerit, aliquid ex bonis hereditariis præsta-
ri posse: aliàs enim lucrum exinde sentiret heres, cujus creditores
hereditaria pecunia essent dimissi, contra *d. l. f.* dispositionem.
Ubicunq; autem heredis creditores hereditariis creditoribus præ-
judicare nequeunt, ibi supervacaneum est Separationis remedium;
quod eum in finem est introductum, ne concursus Creditorum
heredis faciat, quo minus suum recipiant hereditarii. Cessante enim
finali dispositionis causa, cessat ipsa dispositio.

Cau-

B



§. IV.

Causam, quæ Prætorem ad hoc Remediū introducendum interius movit, puto fuisse Studium Æquitatis; cujus studio-
 sissimi erant Prætores. *l. 1. in f. ff. Ex quib. causis major l. 1. ff. de
 const. pecun.* Causa exterius movens, fuit ipsa Æquitas, quæ
 hoc beneficium Separationis suavit. *l. 1. §. 1. ibi: est igitur acquisi-
 mum, Creditores Seji desiderantes Separationem audiri ff. h. t.* Et-
 enim Jure communi per hereditatis aditionem confusio induci-
 tur, una censetur heredis & defuncti persona, *Nov. 48. pr.* unum-
 que eorum patrimonium. Et hereditas ac omnia defuncti bona per
 hereditatis aditionem heredi acquiruntur, & cum ipsius patrimo-
 nio conjunguntur atq; confunduntur; ita ut hereditas, ex quo ad-
 ita est, desinat esse hereditas, & patrimonium fiat heredis; & non
 nisi ἀναφορικῶς, ac per relationem ad id, quod fuit, hereditas di-
 catur. *l. 10. §. 2. ff. de Vulg. & pupill. subst. Anton. Faber Iurispr. Pa-
 pin. tit. 6. quib. ex caus. manumitt. non licet. pr. V. Trent. vol. 1. disp.
 14. th. 1. l. D. in f. ibiq; Bach. & Hunn. Zaf. ad l. 1. num. 2. ff. h. t.*
 Hinc Creditores heredis proprii non minus juris habent circa bona,
 quæ defuncti fuerunt, atq; circa illa, quæ aliunde heres sibi qua-
 sivit; Ipsiq; in bonorum illorum distractione non solum cum he-
 reditariis creditoribus concurrunt, sed etiam, si debiti causa privi-
 legio aliquo nitatur, Chirographariis defuncti creditoribus præ-
 feruntur; unde fit, ut interdum Creditores defuncti, licet ipsius he-
 reditas solvendo fuerit, vel nihil vel minus pro debitis suis con-
 sequantur. *l. 1. §. 1. ff. h. t.* Cum verò satis iniquum sit, ex facto &
 persona heredis, & per illius creditores, deteriorem fieri heredi-
 tatorum conditionem, qui defuncti fidem secuti, & nihil nisi Pa-
 trimonium ejus intuiti sunt. *Vide l. 2. §. 2. ff. de V. O. l. 25. C. de
 Pact. l. 1. §. 2. ff. h. t. Dn. Bened. Carpzov. part. 1. Iurispr. Forens.
 const. 28. defn. 10. num. 5. ibi: Nam iniquissimum esset creditorum
 defuncti debitoris conditionem fieri deteriorem ex facto heredis.* Pro-
 inde æquissimum Prætori visum est, audiri eos Separationem bo-
 norum postulantes; ut quasi duorum bona vendantur; & defuncti
 heredisque creditoribus separatim tantum præstetur, quantum
 redigi possit ex cujusq; patrimonii venditione. *d. l. 1. §. 1. ff. h. t.*
 Ex quibus omnibus apparet, Prætorem hoc Remediū intro-
 duxisse jus civile corrigendo, non quidem directò per illius abroga-
 tionem

tionem, ac contrariam dispositionem; quod excedebat Prætoris potestatem: sed per indirectum. Nam, ne in prædicto casu bona separantur, jus Civile non prohibet; sed in genere tantum vult, ut bona defuncti & heredis conjungantur & confundantur; cui generali dispositioni hic casus ex æquitate subducitur, & pro non comprehenso habetur. Idem sentit Antonius Faber, dicens: *Sed cum eo casu summa juris ratio pugnaret cum æquitate, Prætor pro suo Imperio Corrigendum id putavit, & permittendum defuncti creditoribus separationem bonorum, ne iis noceret factum heredis cum quo non contraxerunt, & de quo in contrahendo ne per somnium quidem cogitarunt Decad. 2. Erro. 2.*

§. V.

At enim Prætor, sicuti alia, ita hoc quoque Separationis Beneficium Edicto suo non immediatè & ipso jure, nullo interposito officio concessit, sed mediante speciali DECRETO; quo in singulis causis illud indulgetur. *l. 1. pr. ff. h. t. ibi sciendum est separationem solere impetrari Decreto Prætoris.* Sumitur autem Decreti vocabulum in jure nostro variè; uti videre est apud *Specul. tit. de primo & secundo decreto §. 1. num. 1.* In hoc loco denotat sententiam, qua Prætor inter duas partes controversas, causâ cognitâ, pronunciat; & ab Edicto differt tanquã sententia judicis à dispositione legis. Edictum enim generale est, & quasi lex Prætoris, quam ipse proprio motu inconsultus, citra personæ aut certæ aliqujus causæ determinationem publicè proponebat, & quidem in alba tabula, quod album dicebatur, ut vult Theophilus, §. *pœnales. Inst. de Actionib.* aut in muro gypso dealbato, ut volunt *Dion. lib. 47. & 48. & Suidas, referente Pancirolo lib. 1. thesaur. variar. lectio. cap. 34.* Edicere namque nihil est aliud, quam prædicere aliquid in genere absque complexu rerum & personarum. *Frantzke in Comm. ff. de O. l. num. 33.* Decretum vero specialius est, quo illud, quod in edicto continetur, prævia causæ cognitione ad certa individua applicatur, & secundum edicti tenorem in singularibus causis emergentibus pronunciat.

§. VI.

Ulpianus, *in d. l. 1. pr. ff. h. t.* PRÆTORIS requirit Decretū: in seq. §. 14. verò PRÆSIDIS quoque admittit, ac reliquorum omnium

omnium excludit. *d. l. 1. §. 14. ibi: de his autem omnibus an admittenda separatio sit, nec ne, pratoris erit, vel praesidis notio, nullius alterius.* Hodie mutato Imperii statu, omnia, inquit Zasius *ad d. l. 1. §. 14. numer. 33.* confusa sunt circa officia iudicis. Hinc testatur Christoph. Philipp. Richter, *de Iur. & Privileg. Cred. disput. 2. pag. 47.* omnes Magistratus ordinarios, quibus inferior competit Jurisdictionis, *die Erbgerichte* / potestatem Separationem decernendi habere; quod etiam scribit Henricus Nahn *in notis ad Wesenb. π. ff. de Separat. in fin.* Ad hoc autem ut quis dicatur **JUDEX COMPETENS**, & ejus decreta tanquam iudicis competentis valeant ac subsistant, non sufficit, ut quis in genere habeat potestatem aliquid concedendi; sed insuper requiritur, ut causa in specie emergens illius Jurisdictioni vel ratione domicilii Rei, vel ratione contractus, vel alia ex causa sit subjecta: hinc quaeritur, si res hereditariae & ipsius heredis propriae diversis in locis sitae reperiantur, cujus loci Magistratus bonorum Separationem decernere debeat? Ego hoc in casu non ad locum rei sitae, sed magis ad locum domicilii respiciendum, & illius loci Judicem competentem esse arbitror. Nam quamvis Judex rei sitae etiam sit competens, & Reus in loco rei sitae forum sortiatur: attamen illud tantum procedit in Judiciis realibus; *l. 38. ff. de Iudic. l. 3. C. ubi in rem actio c. f. X. de For. comp. Frantz. k. in Comm. ff. tit. de Iudic. num. 27. Bachov. de Actio. disp. 1. th. 32. Lit. C.* quale non est hoc nostrum remedium. Praetor enim Edicto suo non certam aliquam introduxit actionem: sed totum hoc auxilium ex cognitione Praetoris pendet; adeoque expediendum erit in loco domicilii; qui generale & omnium Judiciorum commune forum est. *l. 2. C. de Iurisd. omni. l. 3. C. ubi in rem actio. Bachov. d. disp. 1. th. 31. Dn. Bened. Carpzov. Iurisp. forens. part. 1. const. 29. def. 19. num. 2. vid. Dn. Georg. Frantz. k. in Comm. ff. tit. de restitut. in integr. num. 35.* An vero domicilium defuncti, an heredis attendendum sit, expeditum non est. Certi quidem juris est, heredem in foro defuncti conveniendum esse; *l. 19. pr. l. 34. ff. de Iudic.* adeo ut ipse nec privilegio sibi competente sese excusare possit. *d. l. 19. pr.* sed cum defuncto, in cujus locum successit, & ratione fori eodem jure uti debeat *dd. ll. 177. d. R. l. l. 2. §. 2. ff. de V. O.* Hoc tamen non obstante, Separationem in loco domicilii heredis concedendam esse, mihi verius videtur. Nam praedicta

prædicta sententia, nimirum heredem in foro defuncti conveniendum esse, tunc demum procedit, si heres conveniatur, actionibus, quæ jam contra defunctum erant radicatae. Heres enim in foro defuncti ideo convenitur, quia ipse in jus defuncti successit, illumque repræsentat, contra quem ejus creditores jus quæsitum habuerunt illum in hoc vel illo loco conveniendi. *l. 34. ff. de Iudiciis.* Si itaque petitio aliqua contra ipsum defunctum radicata non fuerit, sed contra personam heredis cœperit, aliud dicendum erit. Etenim hoc in casu Creditor contra defunctum, nec ratione fori jus quæsitum habuit, nec heredem ex persona defuncti, sed ex propria ipsius persona convenire potest; proinde & illius forum sequi tenetur. Hinc etiam fideicommissi petitio apud proprium Fiduciarii judicem instituitur. *l. 50. §. 2. ff. de Iudic.* Eapropter quia & hoc remedium post mortem demum defuncti contra heredem ejusque creditores competere cœpit, etiam in proprio ipsius heredis foro illud petendum & decernendum erit. Hocque eo magis, quia hoc remedium versatur circa totum heredis patrimonium, & illud in duas dividit partes, ac quodammodo in sua principia resolvit.

§. VII

Cum igitur ad indulgendum Separationis auxilium, Magistratus Decreto opus sit, exinde sua sequitur sponte, illud expediri non posse per LIBELLUM, hoc est, de plano, per nudam libelli subscriptionem, citra causæ cognitionem. Generaliter enim scribit Ulpianus, *in l. 9. §. 1. ff. de Offic. Proconsul.* ubi Decretum necessarium est, per libellum id expediri non posse. Fallunt autem & falluntur, qui dicta verba non ad modum procedendi, sed ad delegandi potestatem referunt, & per libellum judicem delegatum intelligunt. Est enim libellus nihil aliud, quam supplex scheda Principi vel magistratui oblata, qua aliquid ab iis petitur, quamq; ipsi interdum statim etiam sine causæ cognitione subscribunt, & petitum nuda subscriptione indulgent. *Vid. l. 15. ff. de in jus Vocand. l. 3. & 5. C. comminat. epistol. program. Iacob Gothofred. & Ioan à Sand. ad l. 71. ff. de R. l.* Antequam itaq; Magistratus separationem indulgeat, ut diligens CAUSÆ COGNITIO præcedat, necesse est; quod ipsum expressè quoq; desiderat Gordianus Imperator, *in l. 2. C. de bon. auth. Iud. possid. ibi: ut quoties separationem,*

B ;

rationem,

rationem, causa cognita impetrent. Hinc etiam Ulpianus, in l. 1. §. 14. ff. h. t. De his autem omnibus, inquit, an admittenda separatio sit, Prætoris erit vel Præsidis notio. Quid autem in hac causæ cognitione observari & examinari debeat, ipse Ulpianus in dictis verbis indicat, dum dicit: de his autem omnibus &c. Quo pronomine relativo Ulpianus respicit ad ea, quæ in præcedentibus. §§. d. l. 1. proposuit; nim. an separationem postulantibus sint creditores Seji i. e. defuncti debitoris, an Titius heres non sit solvendo, an non creditores heredis fidem elegerint, illamq; novando vel alio modo secuti fuerint; an non bona ita confusa sint, ut commodè dividi nequeant; an hoc Remedium Separationis temporis præscriptione vel alio modo non extinctum sit, de quibus omnibus infra agam pluribus. Præterea ut hæc causæ cognitio legitimè fiat, etiam heres ejusq; creditores citari debent. l. 39. ff. de Adopt. l. 47. de Re Iud. Ioan à Sande ad. d. l. 71. ff. de R. I. vers. quæ causa cognitionem desiderant, hoc est, quæ utraq; parte presente vel audita vel saltem vocata disputari & examinari debent.

§. VIII.

Expeditur hæc causæ cognitio & decreti interpositio non Mercenario, quod districtè naturam actionis sequitur, sed NOBILI JUDICIS OFFICIO, quod per se stat & subsistit. Nulla enim hic subest obligatio, quæ actionem producat: sed æquitas tantum suadet Creditoribus hereditariis hoc in casu succurri, de qua supra §. IV. Quamvis verò Magistratus interdum hoc Nobile suum officium proprio motu interponat & exercent: regulariter tamen in Civilibus illud non nisi imploratus impertitur. Atque in hoc Separationis negotio PETITIONE CREDITORUM opus esse indicat Ulpianus, in l. 1. §. 1. ibi: est igitur æquissimum creditores Seji desiderantes Separationem audiri ff. h. t. ac expressè constituit Gordianus, in l. 2. ibi: ut quoties separationem bonorum postulant, causa cognita, impetrent. C. de Bon. auth. Iud. possidend. & Imp. Dioclet ac Maximian. in l. 7. ibi: separatione postulata. C. eod. & l. 6. inf. C. de Hered. Actionib. Hinc si alii petant separationem, alii non, tantum petentibus conceditur, reliqui verò heredis creditoribus connumerantur. l. 1. §. Quæsitum. 16. h. t. Wesenb. π ff. h. t. num. 4. & ibi Heinr. Hahn. Caspar. Manz. in patrocin. debitor. calam. bell. depaup. Decad. 3. quæst. 10. num. 62. Sibi enim

enim imputent, qui hoc remedium neglexerunt, & eo ipso sese illo indignos reddiderunt. *arg. l. 16. Ex quib. caus. major l. 24. ff. Qua in fraud. creditor.* Petendum itaq; est hoc Separationis auxilium, non quidem certa aliqua actione, quæ hîc prodita non est; sed Imploratione Nobilis judicis officii. *Bachov. in not. ad Treutl. vol. 2. disp. 24. §. 5. lit. H. Dn. Hein. Hahn. ad Wesenb. π. ff. h. t. num. 6. Gail. 2. de Pace Publ. cap. 16. num. 15. Specul. tit. de eo qui mittit in possess. caus. reiseruand. num. 14.* ubi formulam libelli, quomodo creditores Separationem petere debeant, refert.

§ IX.

Illud nihil interesse videtur, sive ipsi Creditores, sive illorum PROCURATORES hoc auxilium petant. Admittuntur enim in omnibus causis Procuratores, quæ specialiter non inveniuntur exceptæ. *arg. l. 43. §. 1. ff. de Procurat. Wesebec. π. ff. d. t. num. 5.* SPECIALE tamen MANDATUM hoc in negotio necessarium esse existimamus. *arg. l. 25. §. 1 ff. de Minorib.* Nam generalem Dd. tradunt regulam; Procuratorem in causis magni Præjudicii non admitti sine speciali mandato. *arg. l. 25. §. 5. de Acq. & Omitt. heredit. Dn. Benedict. Carpz. in Iurispr. forens. part. 1. constit. 17. defin. 43. in f. Antonin. Tessauro. decis. 155.* Hanc verò causam magni esse præjudicii, sequentia, imprimis §. 3. cap. 6. demonstrant. Etenim non rarò expedit Separationem omittere potius, quam petere. *Caspar. Manz. In Patrocinio debitor. Decad 3. quest. 10 num. 61.* exempli causa: si multi adessent creditores hereditarii hypothecarii vel privilegiarii, quibus res hereditariæ tantum sufficerent: heres verò multos quidem haberet creditores, sed tantum Chirographarios: hoc in casu creditoribus hereditariis Chirographariis expedit Separationem non postulare. Nam si ipsi quoque postularent Separationem, neque ex bonis heredis, *l. 1. §. 17. ff. h. t.* neque ex bonis defuncti, utpote per hypothecarios & Privilegiarios exclusi, aliquid consequerentur: Verùm si non petunt separationem, creditoribus heredis annumerantur. *l. 1. §. 16. ff. h. t.* & cum ipsis in bonis heredis pro rata admittuntur. Ex dictis hoc quoque colligimus, neminem Separationem petere posse, qui non habet liberam rerum suarum administrationem. Hinc excludimus Furiosos, mente captos, Prodigos, Pupillos & minores.

nores.

nores, qui sine Tutorum & Curatorum suorum autoritate & consensu similia expedire nequeunt, per Jura vulgata.

CAPUT III.

De Subjecto, sive Personis, quibus & contra quas Separatio concedatur.

§. I.

Beneficium Separationis de quo hic agitur, Edicto promittitur & Decreto Prætoris cõceditur CREDITORIBUS HEREDITARIIS, QUORUM CONDITIO PER HEREDITATIS ADITIONEM, EX FACTO ET PERSONA HEREDIS FACTA EST DETERIOR. l. 1. §. 1. & 2. vers. atqui adiit ff. h. t. l. 2. ibi: indemnitasq; remedium edicto Prætoris Creditoribus hereditariis demonstratum, ut quoties separationem bonorum postulant, causa cognita impetrent. C. de bon. auth. Judic. possid. Ut itaque quis hanc Separationem impetrare possit requiritur I. ut sit CREDITOR. dd. II. Creditoris autem vocabulum hoc in loco non in strictissima accipitur significatione, pro eo qui rem credidit fungibilem, ea lege, ut in genere restituatur: sed generaliter sumitur, ita ut omnes comprehendat, quibus ex quacunque causa aliquid ita debetur, ut exigi quandoque possit. Generaliter enim loquitur Imperator. in d. l. 2. C. de reb. auth. indic. possid. & Ulpianus in d. l. 1. §. 1. & t. t. ff. de Separationib. Generalia verò verba generaliter sunt accipienda; l. 1. §. 1. ff. de Legat. Præstand. & lege non distinguente, nec nostrum est distinguere. l. 8. ff. de publ. in rem act. Quoad hoc igitur remedium nihil interest, sive alicui aliquid debeat ex contractu, eoque vero & quasi, nominato vel innominato, principali vel accessorio, bonæ fidei vel stricti Juris; sive ex delicto, eoque vero vel quasi. Nam ex his causis omnibus creditores constitui, probat l. 16. §. 1. ff. qui & à quib. manumiss. ubi Paulus Jctus, Creditores appellantur, inquit, quibus quacung; ex causa actio competit, & Cajus, in l. 11. ff. de V. S. Creditorum appellatione, ait, non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur. De delicto, an illo quoque creditores constituentur, nonnulli dubitarunt. Sed illos etiam, quibus aliquid ex causa

causa delicti debetur, Creditores dici, textus specialis est, *in l. 12. ff. d. V. S. ibi: sed etsi ex delicto debeatur, mihi videtur posse creditoris loco accipi*, Etenim indubitati juris est, etiam ex delicto oriri efficacem obligationem, quæ constituit debitorem. Si autem debitor, utique & creditor erit; cum hæc sint relata, ut natura sua à se invicem separari non possint, quin uno posito semper ponatur & alterum. *Debitor non est, inquit Seneca, sine creditore, non magis quam maritus sine uxore, aut sine filio Pater. lib. 5. de benefic. cap. 7. in fin. Alber. Gentil. & Gædd. ad l. 12. de V. S.* Cæterum quoad hoc remedium ratione delicti termini habiles sunt præsupponendi. De hoc siquidem remedio demum quæritur post debitoris mortem: qua regulariter actiones ex delicto venientes extinguuntur, & creditores esse desinunt, ac propterea nec Separationem petere queunt. Creditores ergo ex delicto, Separationem tunc demum impetrabunt, si morte debitoris actio competens extincta non sit; quod quibus modis accidat aliis explicandum relinquo. Illud quoque nihil refert, siue aliquid debeatur civili, siue Prætorio Jure; siue actionis, siue jure persecutionis, quæ scilicet sine actionis jure, mero judicis officio expeditur: e. g. Professores, Advocati, Medici, Chirurghi, quamvis regulariter ad salaria & honoraria consequenda nullam habeant actionem; quia tamen ipsis persecutio competit, *l. 1. & tot. tit. ff. de Extraordin. persecut.* rectè quoque Creditores appellantur, & ad Separationis remedium admittuntur: *arg. d. l. 10. ff. de V. S. junct. l. 2. C. de bon. auth. judic. possid.* Præterea Creditorum appellatione etiam comprehendimus læsos minores, quibus in integrum restitutio competit. *arg. d. l. 10. ibi: vel extraordinario. ff. de V. S.*

§. II.

Porro sufficit, ut quis creditor dicatur & Separationem impetrare possit, si ipsi ita aliquid debeatur, ut quandoque exigi possit, etiamsi eo tempore, quo petitur Separatio, exigi possit nihil. Dicuntur namque creditores etiam quibus in diem vel sub conditione aliquid promissum est. *l. 10. ff. de V. S.* Differt quidem dies executionem, & conditio ipsam suspendit obligationem & actionem, *l. 213. de V. S. l. 13. §. 5. ff. de Pignorib.* ipso tamen jure etiam ante diem competit actio, *Frantz. Exerc. 10. quest. 2. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 27. th. 6. lit. C. pag. 857. & ad Wesemb. π. de V. O. num. 12. vers. stipulatio contrahitur, & pendente quoque conditione spes est*
C
debitum

debitum iri; vide omnino Valent. Riemer. de Contractib. tr. 1. cap. 7. §. 36. num. 9. Quod ipsum sufficit, ut quis inter creditores referatur. d. l. 10. de V. S. Hinc Ulpianus, qui stipulatus est sub conditione, inquit, placet etiam pendente conditione creditorem esse. l. 42. pr. ff. de O. & A. Johannes Gœddeus, ad l. 12. de V. S. num. 12. hanc assertionem restringit, ad conditiones certas, quæ certò aliquando eventuræ. Verùm illæ adjectiones, quæ omnino & certò exituræ sunt: ex. gr. si moriar, si in cœlum non ascenderit, non faciunt conditionem: sed illa potius in diem, hæc verò pura est promissio. §. 4. Inst. de V. O. l. 79. pr. ff. de cond. & demonstr. l. 9. §. 1. ff. de Novat. l. 7. §. 1. de V. O. arg. l. 16. Iunct. l. 18. ff. de condict. Indebit. Valentin. Riemer. d. §. 36. num. 2. & 4. Bach. ad Tr. v. 2. disp. 27. th. 6. Lit. D & E. Dissentit Gœddæus, ad l. 1. d. V. S. num. 17. Ulpianus autem, in l. 10. ff. de V. S. loquitur de vera conditionalis promissione, quæ puræ & in diem promissioni opponitur. Et illum quoque, cui sub vera & incerta conditione aliquid promissum est, creditorem dici, satis evidenter ostendit ipse Ulpianus, in l. 54. ff. de V. S. docens, eum quoque, qui non actionem, sed tantum spem actionis habet, creditorem conditionalem esse. Atqui cui sub vera & incerta conditione aliquid promissum est, ille non habet actionem, sed tantum spem actionis; Ergo ille quoque cui sub vera & incerta conditione aliquid promissum, conditionalis est creditor; Alber. Gentili. d. l. 54. ac per consequens Separationem impetrare potest. Licet enim conditionalis creditor actionem nondum habeat, nihilq; pendente exigere possit conditione: l. 213. de V. S. l. 12. §. 5. ff. de Pignor. tamen propter spem radicatam & quodammodo inchoatam obligationem, l. 26. ff. de Stipul. serv. vide Valent. Riemer. de Contractib. tr. 1. cap. 6. §. 36. num. 19. Georg Frantz. k. disput. de Obligationib. th. 33. canon. 2. num. 2. Bachov. ad Treutl. vol. 2. Disp. 27. th. 6. Lit. D & E. pag. 362. si heredem suspectum putet, ut securus reddatur, ab illo satisfactionem exigere, atque illa non præstita, missionem in possessionem l. 31. pr. §. 3. ff. de Reb. auth. Iudic. possidend. l. 6. ff. ex quib. caus. in possession. ac Separationem petere potest. Quæ omnia expressè tradit Papinianus, in l. 4. pr. ff. h. t. dicens: Creditorebus, qui (Vide explicationem Cujac. ad. h. l. 4. in f. lib. 12. Respons. Papin.) ex die vel sub conditione debentur, & propter hoc nondum pecuniam petere possunt, eque separatio dabitur, quoniam & ipsis cautione com-

tione communi (vide Cujac. d. l.) consuletur. Donell. lib. 23. cap. 16. lit. b. Gædd. ad l. 54. de V. S. in fin. C. I. A. h. t. de Separationib. §. 2. num. 5. Zasius ad d. l. 4. in fin. ubi addit, nihil interesse, num conditionales soli sint, sive cum puris creditoribus concurrant; quod etiam probat Richter d. tract. de Iure & Privil. Credit. Disput. 2. pag. 28.

§. III.

Dictum est præcedenti. §. I. hujus cap. 3. ad hoc, ut quis creditor dicatur, & Separationem impetret, requiri, ut ipsi ita aliquid debeatur, ut illud quandoque exigere possit. Quo ipso excluduntur illi, quibus quidem aliquid debetur, cujus tamen exactio est nulla: qualis est ille, cui natura tantum aliquid debetur. Hic enim quamvis de jure communi creditor rectè dicatur, jure tamen Civili, cum obligatio naturalis tantum actionem non producat Creditorum appellatione non venit, l. 10. ff. de V. S. ibi: quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum. Gædd. ad d. l. num. 7. Alber. Gentil. ad d. l. in fin. ac per consequens, Separationem consequi nequit. arg. d. l. 2. C. de Bon. auth. Iudic. possidend. l. 1. §. 2. & t. t. ff. de Separationib. Qui itaque beneficio promeruit, ut sibi gratia & remuneratio tantum debeatur, nec creditoris nomine, nec hoc Separationis beneficio gaudet. Quamvis enim fertiles agros, natura sic monente, imitari debeamus, qui multo plus afferunt, quam acceperunt: illa tamen remunerationis obligatio imperfecta est, nec tertio Jus dat, ad aliquid ab invito exigendum: turpeque est, ac liberalitati contrarium, pro beneficio pretium petere. Nec dignus judicatur ingratus, qui gratus esse cogatur. Senec. lib. 5. de Benefic. cap. 21. Exceptio est in l. 5. pr. ff. d. Auth. Tutor. Idem dicendum est de illo, cui quidem competit ipso jure actio; sed ejus debitori perpetua exceptio, qua actio illa perimitur atque eliditur. Dicitur enim Creditor, qui exceptione perpetua submoveri non potest. l. 55. ff. de V. S. sive cui aliquid debetur, sine ulla perpetuæ exceptionis remotione. l. 10. eod. Paria namque sunt, nullam habere actionem, aut talem habere, quæ exceptione perpetua infirmatur. l. 7. §. 8. ff. de Dolo malo. arg. l. 66. l. 112. de R. I. Ioan. à Sande ad l. 13. de Reg. Iur. Separationem ergo non impetrabunt, qui filiofamilias contra SCtum Macedonianum mutuam pecuniam dederunt; qui debitum pacto remisissent; quibus mulier intercedendo



cedendo sese obligavit; & similes, quibus perpetua obstat exceptio. *arg. d. l. 10. junct. l. 2. C. de Bon. auth. Iudic. possidend. t. t. ff. de Separationib.*

§. IV.

Præterea, ut quis hoc Separationis Remedium impetrare possit, requiritur II, ut sit Creditor HEREDITARIUS. *l. 2. C. de Bonis auth. Iud. possid. l. 5. ff. de Separat.* in cuius limine turpiter, inquit Cujacius, *ad d. l. 5. lib. 14. quest. Paul.* impingit Accursius, dum creditores hereditarios interpretatur esse proprios creditores heredis, quos Paulus separat à creditoribus hereditariis. Dicuntur autem Creditores hereditarii omnes, quorum obligatio ex voluntate & facto defuncti originem trahit. Nec enim illi tantum hereditariis annumerantur creditoribus, qui cum defuncto agere potuerunt; sed illi quoque, qui ex contractu defuncti cum herede agere possunt, licet cum defuncto non potuerint: ut, si quid defunctus se daturum promississet, cum moreretur, ea de re cum eo efficaciter nondum agi potuit, sed cum herede potest. Idem est, si quis fidejusserit pro defuncto mandante vel ignorante, & post mortem ejus solverit; hic agit cum herede, licet cum defuncto agere non potuerit, & pro hereditario creditore habetur. *l. 7. ff. de Reb. auth. jud. poss.* Sic etiam LEGATARIJ & FIDEICOMMISSARIJ defuncti, licet illorum obligatio à persona heredis incipiat, & ipse heres cum illis per hereditatis aditionem quasi contrahere videatur, atque sic ex suo quasi contractu illis obligetur. §. 5. *Inst. de Obl. qua ex quasi Contract. l. 40. ff. de O. & A.* tamen inter hereditarios creditores reputantur. *d. l. 40. de O. & A.* Illorum siquidem obligatio etiam suo modo originem trahit ex voluntate defuncti, unde Legatarii ex testamento agere, *l. 32. pr. de Legat. 1.* & ipsi heredes debitores testamento constitui dicuntur. *l. 9. pr. ff. de duob. reis*, proindeque ad hoc Separationis beneficium tanquam creditores hereditarii admittuntur; *l. 6. pr. ff. h. t. Cujac. ad d. l. 6. in lib. 46. Digestor. Salvii Iuliani*: Idque sive soli, sive cum creditoribus defuncti concurrant. *d. l. 6. pr.* Verum hic ordo servandus est, ut creditoribus defuncti prius satisfiat ex defuncti bonis, de quo infra. §. II. Cap. 6. Supra dictum est, etiam creditoribus in diem & sub conditione concedi hoc beneficium: An vero idem dicendum sit de Legatariis, quibus in diem vel sub conditione,

ditione aliquid relictum, quæstio est ab hoc loco haud aliena. Rem dubiam facit *l. 42. ff. de Obl. & Actionib.* ubi Ulpianus Legatarium, cui sub conditione legatum est, pendente conditione creditorem esse negat; & sic differentiam facit inter creditorem conditionalem ex contractu, & inter Legatarium conditionalem. Ratio differentiæ desumitur ex *§. 4. Inst. de Verb. Obl. & §. pen. Inst. de Inutil stipulat. juncta l. 4 l. 13. l. 22. pr. ff. Quand dies legat. ced.* & explicatur à Bachovio, *ad Treutl. vol. 2. disp. 27. th. 2. Lit. D. pag. mibi 821. & seq.* Hoc tamen non obstante, etiam conditionales Legatarios Separationem petere posse, expressè scribit Cujacius, *ad l. 4. ff. h. t. de Separationib. in lib. 12. Respons. Papin.* Et enim Legatarii in causa Separationis annumerantur creditoribus hereditariis & illorum loco habentur. *d. l. 40. π. de O. & A.* Et illis quoq; quibus sub conditione aliquid legatum est, pendente conditione cautio præstatur; *l. 1. & t. t. ff. ut in possess. Legator. vel fideicom. serv. caus. &c. Bachov. ad Treutl. volum. 2. Disp. 24. th. 2. l. a. vers. sive sub conditione in fine.* Quod ipsum causa est, propter quã creditoribus conditionalibus beneficium Separationis conceditur. *d. l. 4. ff. h. t.*

§. V.

Ea, quæ de Legatariis tradita sunt, etiam in Donatariis, quibus mortis causa res aliqua in genere donata est, procedere existimamus, moti *l. 37. ff. de mort. caus. donat. l. f. C. eod.* Secus verò est, si species mortis causa donata fuerit. Tunc enim statim à tempore mortis in donatarium transit rei mortis causa donatæ dominium, nunquam factum heredis. *l. 1. in fin. l. 2. ff. de Publ. in rem action. arg. l. 80. ff. de Legat. 2.* Unde ipse donatarius rem illam vindicare potest; nec Creditores heredis jus aliquod habent ad rem illam cum patrimonio heredis nunquam conjunctam, sed ipso jure ab illo separatam; proinde hoc in casu de Separationis remedio frustra disputatur. Quandoquocumq; enim res, quæ petitur, cum patrimonio heredis conjuncta & confusa non est, sed ipso jure ab illo separata; adeo ut creditores heredis ad rem illam nullum jus habeant, nec ex illa satisfactionem petere possint; tunc non locum habet Separationis beneficium; quod rei debitæ cum patrimonio heredis conjunctionem ac confusionem, damnumq; à concursu Creditorum heredis descendens præsupponit. *l. 1. §. 1. ff. h. t. l. 2.*

C. 3

C. h. t.

C. h. t. vid. preced. §. IV. cap. II. Quæ itaq; de Legatariis in præcedenti §. dicta sunt, etiam restringenda erunt ad terminos habiles; si nimirum res aliena, aut in genere aut conditionaliter legata sit, & ubi ex confuso heredis patrimonio solutio & præstatio facienda. Si verò res testatoris propria pure & in specie relicta sit, quia statim rectâ via ad legatarium transit, frustra quoq; de ejus Separatione agitur; ipso jure enim res legata separata est à patrimonio heredis, & Legatario vindicanti tanquam res propria statim est tradenda; adeo ut Creditores heredis huic legatario jure communi nihil noceant. Ipsi enim non ex alterius tertii, sed debitoris bonis exsolutionem petere valent. Hinc generaliter dicitur, res alienas inter bona debitoris repertas, dominis suis esse restituendas, etiamsi illius creditores nihil prorsus capiant. *l. 38. pr. ff. de Pecul. l. 1. C. de Privil. fisci. Nov. 91. cap. 1. Dn. Carpzov. part. 1. Jurispr. forens. Constit. 28. def. 13. & seqq.* adeo ut vindicantes Edictali processui dem Gaud. process, sese immiscere non teneantur. Hinc ultro quoq; fluit, si apud defunctum res aliena extiterit, & cum hereditate ejus ad heredem transierit, dominum quidem rem suam ab herede vindicare posse, sed non Separationem petere. Qui jure communi tutus est, ei hoc singulare indemnitas auxilium tribui nequit; *arg. l. 16. pr. ff. de Minorib. l. un. C. de Thesaur.* quod illis tantum conceditur, qui propter concursum creditorum heredis minus sunt consecuturi. *l. 1. §. 1. ff. h. t.*

§. VI.

Inter Creditores Hereditarios Dn. Christophorus Philippus Richter *d. tr. de Jure & Priv. Cred. Disp. 2. pag. 31.* refert etiam LIBEROS RATIONE LEGITIMÆ; quibus ipse contra heredem, ejusque creditores Separationis beneficium concedit, ac prælationem jure Separationis tribuit. Additis his rationibus: Legitima enim jure naturæ liberis debetur, ejusque ratione liberi Patris creditores dicuntur. Item ex bonis Paternis debetur, eorumque pars esse vocatur, &c. Ergo Liberi jure Separationis creditoribus heredis sunt præferendi. Atque ita etiam à Dnn. Jctis Jenensibus judicatum esse asserit. Ego hîc disputare nolo, an & quatenus liberi respectu Legitimæ patris creditores dicantur; Item an Legitima pars bonorum, an verò hereditatis sit: sed principalem quæstionem, an nimirum liberi ratione Legitimæ Beneficium Se-

um Separationis impetrare possint, & jure Separationis heredis creditoribus preferantur? paucis expendam. Dubiam autem Dn. Richteri sententiam facit, quod ipse docet in Decisionibus suis, *part. 1. dec. 40. num. 5. & seq. dec. 41. num. 16.* Legitimam Liberis nullo alio quàm honorabili Institutionis titulo relinqui posse. Si hoc verum, uti est verissimum; *Nov. 115. cap. 3. Frantz. Exerc. 6. quæst. 5 Dn. Benedictus Carpzov. Jurispr. forens. part. 3. const. 9. def. 1.* sequitur, quod liberi ratione Legitimæ coheredes sint. Inter coheredes autem ad hereditatem dividendam, & portiones hereditatis pro diviso consequendas datur actio familiæ erciscundæ: Separationis verò remedium inter coheredes respectu portionum hereditariarum locum habere, nusquam in jure legitur, & naturæ Separationis contrarium videtur. Ponamus casum: Titius filium suum in Legitima, Sempronium verò simpliciter heredem instituit. Uterque adit hereditatem; quam totam tamen possidet Sempronius, qui ære alieno gravatus solvendo non est. Quæritur, an Titius Officium Judicis pro consequendo Separationis beneficio implorare, illudque impetrare possit? Hoc in casu singulis suæ portiones ipso jure acquiruntur; & Titius pro triente, Sempronius pro besse statim à tempore mortis *l. 54. de A vel O. Hered. l. 138. l. 193. de Reg. Jur.* heres, hoc est, dominus fit; triensque cum Titii, bes cum Sempronii patrimonio conjungitur ac confunditur; minime verò triens cum Sempronii bonis; licet ab eo adhuc possideatur. Ex quo ipso sponte sequitur, Creditores Sempronii ad Titii trientem nullum jus habere, nec Titio quoad legitimam illam damno esse posse. Illi enim tanquam heredis creditores mittuntur in heredis bona, heredis bona vendunt, ac solutionem ex heredis bonis petunt; à quibus ipso jure legitima Titii portio est separata, & per consequens ante omnia tanquam aliena deducenda. *per ea qua tradit Dn. Carpz. in Jurispr. forens. part. 1. const. 28. def. 13 & seqq.* Cuicumque autem creditores heredis nocere nequeunt, ille non potest impetrare hoc indemnitatis remedium: *arg. l. 1. §. 1. ff. l. 2. & 7. C. h. t. vide precedent. §. IV.* frustra que illud desiderat, qui petit id, quod ipso jure à patrimonio Heredis separatum, nec cum illo unquam fuit conjunctum. Etsi enim Sempronius totam hereditatem possideat: Ipso tamen jure hereditas jam divisa, ac Titius Legitimæ suæ pro parte indivisa dominus est, bonaque

bonaque illa adhuc facta tantum, & non jure conjuncta sunt. Separatio verò non versatur circa ea, quæ facta tantum sunt conjuncta; sed requirit, ut bona jure, & ita confusa sint, ut omnes heredis creditores tanquam ad commune illius patrimonium jus habeant, & jure communi ex omnibus illis satisfactionem petere possint. *l. 1. §. 1. ff. de Separationib.* Neque contrarium reperitur in Responso Dnn. Jctorum Jenensium, quod refert Dn. Richter, & tale est: Wann Heinrichs von Halle Schulden alle abgetragen/ vnd der andern Kindern Gebührniß ihres Väterlichen Pflichttheils abgerechnet: So ist von den übrigen allodialten erwöhnter seiner Tochter das jenige / so ihr in Väterlichen Testament verordnet zu geben vnd ihres Bruders hinterlassenen Glaubigern vorzuziehen. His verbis nihil aliud dicitur, quàm quod defuncti ære alieno soluto, & computatis ac deductis liberorum Legitimis, legatum ante heredis creditores sit præstandum: computationem verò & Legitimarum deductionem mediante Separationis remedio fieri debere, in dicto responso non dicitur. Ex quibus omnibus nunc concludo: Liberi ratione Legitimæ omnibus coheredis creditoribus præferuntur, verum non jure Separationis, sed ratione juris in re, mediante familiæ eriscundæ judicio. Dominus Richter Authorem, qui ipsi adstipularetur, laudat nullum. Sed nos ipsius Domini Richteri Collegam consentientem habere gaudemus, Dn. Georg. Adamum Struvium, qui *Exercitat. ad ff. 36. §. 12.* tres facit ordines, quibus creditoribus concurrentibus solutio facienda est. Ad primum refert illos, qui Separationem impetrare possunt; ad secundum, qui ratione juris in re præferuntur. Coheredes autem, quales etiam sunt Liberi ratione Legitimæ non ad primum, sed *in sequenti. §. 19.* ad secundum ordinem refert; dicens: *Ratione juris hereditarii ante debitores admittitur heres in petendis rebus hereditariis ab eo, qui istas pro herede vel pro possessore possidet: simili ratione coheres debitam portionem familia eriscunda iudicio præcipuam habet.* Verùm, dicat quis, has nugas esse; meras & inutiles subtilitates; nihilq; interesse, sive Jure Separationis, sive alio jure præferantur liberi, modò legitimam suam præcipuam habeant. Sanè dolendum, non rarò etiam ipsissima Juris & æquitatis principia vanas subtilitates audire & contemni, veræq; Jurisprudentiæ sectatores tanquam nugatores & subtilitatum studiosos calumniosè
ac con-

ac contemptim traduci. Sed æquo animo, inquit Seneca, audienda sunt imperitorum convitia, & ad honesta vadenti contemnendus est ipse contemptus. *Epist. 76.* Utilitatem nostræ quæstionis satis commendat sola quinquennalis præscriptio, quæ Separationem excludit, jus verò liberorum etiam quoad prælationem saluum relinquit.

§. VII.

Illud verum est, heredem, si ipse defuncti fuerit creditor, nec debitum exigere prohibitus sit, ratione debiti hujus contra coheredes hoc uti beneficio, & Separationem impetrare posse. Licet enim obligatio confusione extingatur, si creditor sui hereditatem debitoris adeat; *l. 95. §. 2. ff. de Solut. l. 7. ibi: debitori tuo si heres extitisti: actio, quam contra eum habuisti, adita hereditate confusa est. C. de Pactis.* Nemo siquidem sibi debet; & verbum debere non habet nisi inter duos locum. *Senec lib. 5. de Benef. cap. 7. & 8.* at tamen confusio illa ultra portionem hereditariam, quâ creditor defuncto successit, non procedit. *l. 6. C. de hered. actionib. l. 3. C. de contrar. jud. tutel.* Si igitur creditor non ex asse, sed exempli gratia, ex triente successerit, debitum pro besse subsistit, & à coherede jure exigi, atq; si ipse coheres solvendo non sit, illius debiti nomine Separatio bonorum peti potest. *l. 6. C. de hered. actionib. l. 7. C. de bon. auth. judic. possidend. Donell. libr. 23. Comment. cap. 16. Zasius ad l. 3. π. h. t. num. 3.*

§. VIII.

Cum verò non omnium eadem sit creditorum conditio; Dn. Carpzovius enim, quem multi alii sequntur, quinq; illorum classes constituit, & ad primam refert illos, qui singulare & absolutum prælationis habent privilegium; ad secundam, qui hypothecam cum privilegio personali; ad tertiam, qui nudam hypothecam; ad quartam, qui privilegium habent personale; & ad quintam simplices creditores, neq; hypothecam neq; privilegium habentes, qui & nudi chirographarii à Dd. vocantur. Hinc quæritur: An hi omnes Separationem petentes audiendi sint? Dn. Henric. Hahn *in notis ad Wesenb. π. h. t. num. 3.* hoc generaliter affirmat dicens: *Qui petunt bonorum Separationem sunt creditores defuncti; & non modo creditores merè privilegiati, aut cum privilegio hypothecam, aut nudum pignus, vel etiam nudum privilegium personale habentes, sed &*

D

meri

meri chirographarii. Sed facilius, inquit Seneca, *Epist. 89.* per partes in cognitionem totius adducimur. Singulas itaq; creditorum classes considerabimus. Quintæ & quartæ Creditores classis, nudos nimirum & simplices creditores vel privilegium personale tantum habentes, hoc beneficium impetrare posse, concors est Doctorum consensus, *per l. 1. §. 1. & §. 3. ff. h. t. l. 2. C. de Bon. auth. judic. possidend. Dn. Benedict. Carpzov. part. 1. Jurispr. Forens. const. 28. def. 10. num. 8. Zasius ad. d. l. 1. §. 3. ff. h. t.* De hypothecariis diversas offendimus Dd. sententias. Dn. Christoph. Philippus Richter *d. tr. disp. 2. pag. 29.* etiam hypothecarios ad hoc Separationis remedium admittit. Quod etiam facit Heinr. Hahn. *d. l.* Sed Dn. Georg-Adamus Struvius *d. Exerc. 36. §. 14.* Separationem hypothecariis necessariam esse negat. Unde etiam Antonius Faber in *Jurispr. Papinian. tit. quib. ex caus. manumitt. non licet princ. 5. illat. 3.* hypothecarios creditores ab hoc remedio simpliciter excludit. *Nam,* inquit, *cum titulus ille* (intelligit autem titulum de Separationibus) *ad pignoratitios creditores non pertineat, quorum scilicet nihil interest, cujus facta sint bona, qua habent pignorata, cum pignoris persecutio nihil habeat cum Iure domini commune.* Idem docet Dn. Carpzovius, *part. 1. Jurispr. forens. Const. 28. def. 10. num. 8.* Pro prima affirmantium sententia quæ pugnent, videamus, reliquorum argumenta in conflictum reservantes. Facit autem pro illa generalitas *l. 2. C. de Bon. auth. Jud. possid.* ubi Imperator Gordianus generaliter scribit, Creditoribus hereditariis edicto Prætoris hoc indemnitis remedium demonstratum esse, ut quoties Separationem postulent, illud impetrent. Et Ulpianus *in l. 1. §. 1. ff. h. t.* indistinctè æquum esse asserit, ut defuncti creditores, qui ob concursum creditorum heredis minus sunt consecuturi, Separationem postulantes audiantur. Verum non tantum Chirographariis, sed etiam hypothecariis defuncti creditoribus damno esse potest concursus creditorum heredis, ut scilicet illi propter horum concursum minus consequantur. Quid enim si creditores heredis singulare & absolutum haberent privilegium? Quid si concurrerent heredis creditores hypothecam cum privilegio habentes? e. g. uxor ratione dotis, Fiscus in bonis Primipili, in bonis postea quaesitis, ratione tributorum & collectarum &c? Adversus hos & similes omnino utile & necessarium erit hoc indemnitis remedium. Hi enim

Hi enim regulariter, in omnibus debitoris bonis hypothecariis nudis præferunt. *per Iura vulgaria.* Atqui etiam res hereditariæ sunt in bonis & patrimonio debitoris heredis. Separatione itaq; opus erit, ne defuncti creditores hypothecarii propter concursum creditorum heredis minus consequantur. Cæterum si uno vel alio in loco receptum sit, ut omnibus indifferenter creditoribus debitoris præferantur illi, qui hypothecam in fundo vel aliis rebus consecuti fuere, antequam illas debitor acquireret; pro ut hoc in Electoratu Saxonix *ex Ordinat. process. Iudici tit. 42. §. Gleiche meinung / observatur. Dn. Carpz. d. part. 1. Const. 28. def. 22.* ibi Creditores defuncti hypothecarii frustra Separationem desiderant; cum ordinario Jure tuti sint, ipsisq; etiam Separatione non petita nihil noceant creditores heredis, quibus omnibus illi præferuntur. Primæ & secundæ classis creditores, per se quoq; etiam non facta Separatione, satis muniti esse videntur, adeo ut vix fieri possit, præsertim si hereditas sit solvendo, ut hi suum non consequantur. Et hæcenus de Personis, quæ hoc nostrum Separationis beneficium impetrare possunt.

§. IX.

Veniamus ad personas, adversus quas nostrum Separationis auxilium conceditur. Illas nobis monstrat Ulpianus *in l. 1. §. 1. ff. h. t. CREDITORES HEREDIS, QUI IN DEBITORIS LOCUM SUCCESSIT, ET SOLVENDO NON EST.* CREDITORIS vocabulum supra explicavimus; illudq; hoc quoq; in loco in lata accipitur significatione, ac omnes comprehendit, quibus ex quacunq; causa actio competit. Nihilq; interest, cujuscunq; classis creditores sint. Nam non tantum adversus quintæ & quartæ, chirographarios sc. simplices & personaliter privilegiarios; sed etiam adversus tertix, secundæ & primæ classis creditores indulgetur hoc auxilium. *l. 1. §. 1. 3. & 4. h. t. vide §. 1. Cap. VI.*

§. X.

Impetratur autem hæc Separatio adversus Creditores HEREDIS; sive ipse ex testamento, sive ab intestato; *l. 1. §. 8. ff. h. t.* sive ex asse, sive ex parte. *l. 7. C. h. t.* sive jure Civili, sive Prætorio; sive per directum, sive per indirectum successerit. Latè enim hic Heredis vocabulum accipimus, ut etiam bonorum possessorem, quem Prætor heredis loco constituit, *l. 13. pr. ff. d. Bonor. poss.*

contra tabul. ac in omni causa loco heredis habet, l. 2. ff. de Honor. possess. l. 117. ff. de R. I. l. 138. de V. S. & Fideicommissarium universalem comprehendat. arg. l. 128. §. 1. ff. de R. I. §. 3. 4. 7. Inst. de Fideicom. heredit. Neque inter hos successores, quoad hoc remedium, differentia reperitur ulla. Præterea nec illud aliquid refert, siue contra proximi heredis creditores Separatio petatur, siue contra remoti, heredis scilicet successoris creditores: e. g. Primus Secundum scripsit heredem; Secundus Tertium. Hoc casu, Primi Creditores non tantum adversus Secundi, sed etiam Tertii Creditores Separationis beneficium jure petunt. l. 1. §. 8. ff. h. t. Heredis enim appellatio non solum ad proximum heredem, sed & ultiores refertur. Nam & heredis heres, & deinceps, heredis appellatione continetur. l. 65 ff. de V. S. Unde & Paulus, in l. 70. ff. eod. sciendum est, inquit, heredem etiam per multas successiones accipi: nam paucis speciebus heredis appellatio proximum continet. Quod etiam confirmat Modestinus, in l. 170. ff. eod. & Ulpianus, in l. 194 ff. de Reg. Jur. ibique Ioan à Sande & Gædd. ad d. l. 65. Denique non tantum contra primi, sed secundi quoque gradus heredis, hoc est, Substituti Creditores locum habet hoc beneficium: e. g. Filius Patri heres extitit, & intra pubertatis annos decessit; Substitutus ejusdem hereditatem adiit; Quæritur, an Patris creditores, adversus Sempronii substituti creditores impetrare possint Separationem? Hoc expresse affirmat Ulpian. in l. 1. §. 7. π. h. t. ubi addit, etiam filii impuberis creditores contra Sempronii substituti creditores Separationem postulare posse. Adversus singularis successoris creditores, e. g. si debitoris bona ex titulo particulari, puta venditionis, donationis, permutationis, in alium fuerint translata, qui æquè multa contraxit debita, cessat Separationis auxilium. Quod enim de heredibus constitutum est, illud ad singulares successores, sine speciali legis dispositione haud rectè extenditur. Dn. Carpz. parte. 1. Jurisp. Forens. const. 28. def. 10. numer. 10. & 11. prout in terminis quoque responderunt Scabini Lipsienses, hisce verbis: Hat ewer Vater sein Richtergut von N. Mönern an sich erkauft/daran er noch etliche Geldere den Mönerschen glaubigern zubezahlen schuldig verblieben/da nun dieselben ihrer Forderung wegen auff berührtem Gute nicht versichert weren/noch einige Verpfändung darauff erlanget; So werdet/ ihr ihnen wegen ewers

avers Mütterlichen billich vorgezogen / vnd sie weren Separationem bonorum zusuchen nicht befugt. V. N. W. Dn. Carpozov. d. l. in fin. Consentit. Donell. lib. 23. comm. cap. 16. in pr.

§. XI.

Tandem nihil quoque interest, Heres, adversus cujus creditores Separatio petitur, sive principali, sive minus principali debitori, e. g. fidejussori, mandatori, vel constituenti successerit. l. 3. pr. ff. de Separationib. ubi Papinianus hoc etiam affirmat de eo casu, quo ipse principalis debitor fidejussori heres extitit e. g. Cajus 100. credidit Sempronio; pro quo fidejussit Titius. Titius fidejussor moritur, eidemque Succedit Sempronius debitor principalis, qui solvendo non est. Quæritur, an Cajus defuncti Titii fidejussoris creditor, adversus Sempronii heredeis Creditores petere possit, ut defuncti Titii ex fidejussione sibi obligati bona & Sempronii propria separentur? Pro negativa facit, quod obligatio, qua Titius Caio fuit obligatus in dicto casu confusione sit extincta. Certissimi enim juris est, si duæ unius rei obligationes, diversi tamen generis, principalis scilicet & accessoria in unam incidant personam, ut si debitor fidejussori, vel fidejussor debitori, vel unus utrique succedat, accessoriam extinguere. Nam debitor non potest esse sui ipsius fidejussor. l. 5. pr. ff. de fidejussor. l. 38. §. f. l. 93. §. 2. (retenta vulgata & Haloandri lectione) l. 95. §. 3. ff. de Solut. l. 24. C. de Fidejussorib. l. 13. ff. de Duob. reis. Hoc tamen non obstante, respondet Papinianus in d. l. 3. pr. ff. h. t. Quod Cajus tanquam defuncti fidejussoris creditor, contra Sempronii heredis creditores Separationem bonorum impetrare possit; idque sive solus, sive cum aliis hereditariis creditoribus concurrat; addita hac æquissima ratione: neque enim ratio juris, inquit, qua causam fidejussionis propter principalem obligationem, qua major fuit, exclusit, damno debet adficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat, d. l. 3. in fin. pr. Sed quæritur, si extraneus successerit fidejussori, an creditor defuncti fidejussoris adversus illius heredis creditores Separationem jure postulet, etiam principali debitore nondum excusso? Certum quidem est, novo jure Creditorem contra fidejussorem ejusdemque heredes ante principalis debitoris excussionem cum effectu agere non posse: Nov. 4. cap. 1. quin tamen ipsi petenti, si Fidejussoris heredis bona veneant, etiam antequam excutiatur de-

bitor principalis, bonorum Separatio jure concedi possit, nulli dubitamus. *per l. 4. pr. ff. h. t.* ex quo probatur, etiam illos creditores, qui nondum cum effectu agere possunt, Separationem tamen impetrare posse.

§. XII.

Sed ut adversus heredis Creditores locum habeat hoc remedium, requiritur, **UT IPSE HERES SOLVENDO NON SIT**; prout hoc exprsè constituerunt Impp. Dioclet. & Maxim. *in l. 7. ibi: Sin autem coheredes solvendo non sint C. de Bon. auth. lud. possidend.* & Julianus, *in l. 6. pr. ibi: quoties heredis bona solvendo non sunt, ff. h. t.* Quod etiam Ulpianus præsupponit *in l. 1. §. 1. ibi: hic non est solvendo ff. h. t.* Hinc Separatio vocatur Indemnitatis Remedium, *in l. 2. C. de Bon. auth. Iudic. posside.* eum in finem introductum, ne per heredis aditionem, & bonorum confusionem, creditorum hereditariorum conditio fiat deterior. *l. 1. §. 1. & 2. ff. h. t. l. 7. C. ibi: nullum ei damnum fieri patiamur. C. de Bon. auth. Iud. possid.* Ubi itaque nullum est damnum, ibi supervacuum est hoc indemnitatis remedium. Consentit Cujacius. *ad l. 4. ff. h. t. in lib. 12. Respons. Papin. Dn. Heinric. Hahn. in notis ad Wesenb. h. t. num. 4. in pr. ibi: datur hoc beneficium creditoribus hereditariis, si vel heres defuncti solvendo non esse appareat, vel fiat suspectus ob inopiam ut non possit prestare satisfactionem.* Unde Dnn. Scabini Lipsienses in Respons. quod refert Dn. Carpzovius *part. 1. jurispr. forens. const. 28. defin. 10. Da nun seine (heredis nimirum) Gütere zur Bezahlung aller creditoren nicht zureichen/etc.* Et quia Creditores hereditarii Separationem postulantem suam intentionem fundant in hac heredis qualitate, illam etiam probare tenentur; & hoc non tantum secundum communem juris regulam, quæ actori vel petitori onus probandi imponit: *l. 2. l. 21. ff. de Probat.* sed etiam per textum in hanc sententiam specialem, *in l. 6. C. d. her. actionib.* ubi ante laudati Imperatores Diocl. & Maximi. *Siquidem, inquit, coheredes ejus adeuntes hereditatem se etiam obligant. & si non solvendo constituti Probenitur; postulata Separatione nullum ei damnum Praes provincia fieri patietur.* Antequam igitur creditores hereditarii Judici fidem fecerint, debitoris heredem multo ære alieno obstrictum facultatibus labi & desinere esse solvendo, Separatio concedenda non est: ne heredis solvendo adhuc existentis fama apud graves

graves & honestos viros iuggilletur. Et si creditores separationem petentes, heredem inopiâ laborare, demonstrare nequeant, ipsi injuriarum actione ei tenentur *arg. l. 31. §. f. ff. de Reb. auth. iudic. possid. arg. l. 19. ff. de Injur. l. 5. §. 1. ff. qui Sachs. cogant.* Quis verò non solvendo esse dicatur, docet Javolemus in l. 114. ff. de V. S. dicens: *Solvendo esse nemo intelligitur, nisi qui solidum potest solvere vide Gædd. ad d. l.* De modis, quibus hoc ipsum probetur, vide *Mascard. de Probat. conclus. 1326. num. 14. Marcell. Cela, in tr. de mod. articul. gl. un. §. 2. Gail. 2. Obs. 27. num. 15. Dn. Carpzov. lib. 4. tit. 5. Respons. 38. num. 10. & seqq.*

CAPUT IV.

De Objecto.

§. I.

PRincipale nostræ Separationis OBJECTUM constituunt BONA HEREDITARIA OMNIA QUÆ CUM PROPRIIS HEREDIS BONIS PER HEREDITATIS ADITIONEM JURE CONFUSA ET CONIUNCTA SUNT. Dicuntur autem BONA HEREDITARIA, quæ ex hereditate & jure hereditario sunt acquisita, sive ante, sive post impetratam Separationem. Nam etiam ea, quæ post impetratam Separationem ex causa hereditatis heres consecutus est, creditoribus, qui Separationem impetrarunt, relinquenda esse, expressè tradit Paulus Jctus in l. 5. ff. h. t. Nec refert, corporalia an incorporalia, mobilia an immobilia sint bona. Leges enim sine ulla distinctione loquuntur, & indifferenter omnium hereditariorum bonorum Separationem promittunt. l. 2. C. de Bon. auth. iudic. possidend. l. 1. §. 1. & t. t. ff. h. t. OMNIA igitur bona hereditaria à bonis heredis separanda sunt; etiam si interim, hoc est, post hereditatis aditionem, & ante petitam Separationem bona illa ab herede aliis fuerint oppignorata. l. 1. §. 3. ff. h. t. nihilque heredi, ejusque creditoribus ex bonis hereditariis relinquendum est; *arg. d. l. 1. §. 3. l. 5. ff. h. t.* etsi heres aliàs privilegium, quod à Dd. Competentiæ vocatur, haberet; ne scilicet in plus, quam facere possit conveniatur, *per l. 1. §. 2. ff. h. t.* ubi generaliter respondet Ulpianus:

Ulpianus: at qui igitur adiit hereditatem debitoris mei, non faciet meam deteriore conditionem adeundo; quâ liceat mihi, Separationem impetrare. Si ergo impetrata Separatio hoc operari debet, ne conditio debitoris fiat deterior; Sequitur, quod omnia bona hereditaria sint separanda, nihilque heredi relinquendum. Nam si quicquam relinqueretur heredi, sanè ea ipso deterior fieret creditoris hereditarii conditio. Plures hujus sententiæ rationes vide apud Casparum Manzum, *in Patrocin. debitorum calam. bell. depauperat. Dec. 3. quest. 10. numer. 48. & seqq.* ubi hanc nostram quoque sententiam defendit, dicens: *Remedio Separationis Creditores duo consequuntur: Primum est, ut distinctis bonis defuncti & heredis creditoribus satisfiat. Alterum est, ut de bonis hereditariis heres nihil possit deducere, neque exceptione Competentia in illis se defendere.* Atque hoc verum est & procedit Creditoribus hereditariis Separationem petentibus: an verò idem dicendum sit, si Legatarii Separationem petant; & annon hoc casu heres aliquid ex bonis hereditariis, quartam nimirum Falcidiam deducere & retinere possit quæritur? Novo jure idem de hoc quoque casu dicendum esse videtur; omnia nimirum bona hereditaria separanda esse, nihilq; Falcidiæ nomine heredi relinquendum. Nam heres adiit hereditatem aut cum beneficio Inventarii, aut sine illo. Prior casus huc non pertinet; & de priori casu ubi Separatio locum non habet, frustra quid separari debeat quæritur. *vide §. III. Cap. II.* Posteriori verò casu cessat lex Falcidia. Heres siquidem, qui Inventarium conscribere neglexit, etiam beneficium Legis Falcidiæ amisit. *Nov. 1. cap. 2. §. 2. ibi: si verò non fecerit Inventarium, secundum hanc figuram, sicut prædiximus non retinebit Falcidiam &c.* Rectè itaque dicitur: Separatione etiam à Legatariis impetratâ, omnia bona hereditaria à bonis heredis separanda esse.

§. II.

Cum verò ad legitimum hujus Separationis objectum requirantur Bona hereditaria, quæ cum propriis heredis bonis per additionem hereditatis jure conjuncta & confusa sunt; eo ipso excluduntur I. bona, quæ hereditaria, sive jure hereditario quæsitâ non sunt. Si igitur heres fundum vel alias res possideat, quæ defuncti quidem fuerunt, sed ad ipsum vel venditionis, permutationis, vel alio singulari titulo pervenerunt, illæ per hoc remedium separari nequeunt,

nequeunt, sed heredis Creditoribus relinquendæ sunt. *arg. l. 1. §. 3. l. 5. ff. h. t.* Etenim respectu earum rerū non est heres & successor Universalis, sed particularis; contra cujus Creditores Separatio non impetratur. *vide §. X. preced. Capit. III. Idem docet Richter d. tr. disp. 2. pag. 43. & seq.* Ex eadem ratione Dominus Carpzovius *part. 1. decis. 73.* excipit bona Feudalia; quem etiam sequitur Dn. Richter. *d. disp. 2. pag. 43.* Quoad hæc tamen bona distinguendum videtur; an Feudum sit Hereditarium, an verò ex pacto & providentia. Hereditarium, si merè & absolutè tale, etiam à bonis heredis separandum, & defuncti creditoribus relinquendum esse, nulli dubitamus. Hoc enim feudum per omnia fere instar rei allodialis sese habet, & heres in illud succedit communi hereditario jure, ac omnia etiam Vasalli onera ac debita *Erbschulden* non tantum ex fructibus, sed ipsa substantia Feudi, hoc est, per distractionem ejus, si opus est,olvere tenetur. *Georg. Adam. Struv. Exerc. Feud. 14. thes. 2. Vult lib. 1. de Feud. cap. 8. num. 30.* Atque de hoc feudo non loquitur Dn. Carpzovius, prout ejus rationes satis demonstrant. Si verò feudum sit ex pacto & providentia aliud dicendum est. Etenim, si successor feudalis non etiam heres est allodialium, hereditariis creditoribus feudi nomine non tenetur. *c. un. 2. Feud. 45.* Ut autem quis impetrare possit Separationem, requiritur ut is, cujus bonorum Separatio petitur, postulanti quoque sit obligatus. *Donell. lib. 23. Comm. cap. 15.* Si verò hujus feudi successor simul heres sit defuncti Vasalli, tunc quidem creditoribus hereditariis & ad onera hereditaria obligatur, sed non qua successor Feudi, sed quatenus est heres. *Georg. Adam. Struv. Exerc. Feud. 14. th. 28.* Nam & hoc in casu successor feudi illud consequitur non jure hereditario & tanquam rem hereditariam, sed ex providentia juris Feudalis & jure sanguinis, quatenus ex primo acquirente descendit. Ergo Separatio hujus Feudi, quæ res hereditaria non est, à creditoribus hereditariis impetrari nequit. Et quamvis defuncti Vasalli filius, feudi successor ob honorem patri debitum etiam heres esse, & onera hereditaria ex fructibus feudiolvere teneatur. *d. c. un. l. 2. Feud. 45. Dn. Struv. d. Exercit. 14. th. 29.* tamen eo ipso feudum illud non fit res hereditaria, sed filius quoque feudum hoc habet ex jure sanguinis, & sic alio quam hereditario jure, ut proinde hereditarij creditores ejus Separationem petere

E

ne que-



nequeant. Atque de hoc Feudo etiam intelligenda sunt, quæ tradit Dn. Carpzovius *d. decis* 73. ubi hanc sententiam sequenti præjudicio confirmat: *Mit denen 200 fl. aber / so erore Mütter dem Vater geliehen / möget ihr des Brudern Wittib / vnd anderen seinen auff dem Lehngute versicherten glaubigern nicht vorgezogen werden / B. R. W.*

§. III.

Excluduntur II. bona, quæ quidem hereditaria h. e. ab herede ex causa hereditatis quæsitæ sunt, sed in bonis heredis, & cum ejus patrimonio conjuncta esse desierunt. Ut enim aliquid separari possit, prius ut conjunctum sit, necessum est. Hinc si bona hereditaria ab herede consumpta, vel bona fide alienata fuerint, frustra illorum petitur Separatio; docente Papiniano, *in l. 2. ff. h. t.* Nec infirmari potest illa alienatio bonæ fide facta. Nam quæ bona fide medio tempore, i. e. ab aditione hereditatis, usque ad Separationem gesta sunt, rata conservari solent, nec per Separationem ex post facto impetratam irrita fieri possunt. *d. l. 2. ff. h. t.* Nempe quia heres post aditam hereditatem, rerum, quæ defuncti fuerunt, fit Dominus, & de illis tanquam dominus de rebus suis propriis jure domini disponit, suoque utitur jure, nescius an id animo agitent Creditores hereditarii, ut Separationem petere velint; quod cum ex sola illorum voluntate pendeat, ignorari probabiliter potest. Scribit quidem Dominus Carpzovius *part. 1. decis. 73. n. 10.* bona allodialia sive hereditaria nunquam heredibus jure proprietatis deferri, priusquam de iis satisfactum fuerit Creditoribus; adducens *l. 39. § bona 1. de V. S. 72. ff. de Iure dot. Ernest. Cothmann vol. 1. (est vol. 2.) consil. 74. num. 91.* Et Dn. Richterius *d. tr. disp. 2. pag. 30.* Heres ait, *in bonis hereditariis nullum ius habet, nisi soluto ere alieno.* Verum hoc pugnat cum *d. l. 2. ff. h. t.* Si enim heres non fieret dominus, nullumque jus haberet in rebus hereditariis, antequam hereditariis creditoribus esset satisfactum; alienatio interim ab herede bona fide facta non valeret. *arg. l. 20. pr. ff. de A. R. D. contra d. l. 2.* Sanè heres quamprimum adit hereditatem, statim succedit in universum jus defuncti, & fit omnium rerum singularium dominus. *l. 37. ff. de Acq. vel. omitt. hered. l. 23. pr. ff. de A. vel A. poss.* imò jam tunc à morte defuncti, cui successit, talis fuisse intelligitur. *l. 54. ff. d. t.* Unde etiam jure domini non tantum

tantum res hereditarias singulares, sed & totam hereditatem, etiam ante æris alieni hereditarii solutionem vendere vel alio modo alienare potest; adeo ut creditores, si hypothecarii non sint, contra emptorem hereditatis nullam habeant actionem; *l. 2. C. de hered. & action. vend.* nec alienationem illam bona fide factam infirmare, aut ejus Separationem impetrare possint: *l. 2. ff. h. t.* sed sequi tenentur personam heredis, ejusdemq; bonis contenti esse coguntur. *Cujaci. ad. d. l. 2. lib. 26. quaestio. Papin. Zasius ad d. l. 2. num. 3.* Neque *d. l. 59. §. 1. de V. S. & l. 72. de Jur. Dot.* Quicquam huic nostræ sententiæ refragatur. Nam quamvis in *dd. LL.* dicatur, quod bona cujuscunq; intelligantur, quæ deducto ære alieno supersunt: Exinde tamen non sequitur, ære alieno nondum soluto, heredem non esse dominum earum rerum, quæ defuncti fuerunt. Sumitur enim vocabulum Bonorum id *dd. ll.* naturali significatione, ita ut ea tantum comprehendat, quæ beant, h. e. profunt & commodum afferunt. *l. 49. l. 39. ff. d. V. S. Gædd. ad. d. l. 49. num. 11.* At heres non tantum in illa succedit bona, sed in universum jus defuncti; in commoda & incommoda, & sic in bona civiliter accepta. *Gædd. ad d. l. num. 11.* Nec procedit argumentum à bonis naturaliter ita dictis, ad proprietatem & dominium. Sic dici non potest, quæcunq; non sunt in bonis naturaliter ita dictis, illa non sunt in dominio. Etenim illud, quod ex mutuo, venditione, emptione, permutatione, stipulatione &c. debemus, quamvis in bonis nostris naturaliter ita dictis non sit, *d. l. 39. §. 1. & ibi Gædd. num. 7.* tamen quod in nostro sit dominio certissimi Juris est, & quamplurimis Juris textibus probatur. Ex multis adduxisse sufficiat. *l. 15. ff. de R. C. l. 3. pr. ff. de O & A. l. 20. C. de Pactis. l. 15. C. de R. V.* Nec ideo minus rectè quid nostrum & in nostro dicitur esse dominio, quod abire à nobis dominium speratur. *l. 66. ff. de R. V.* Proinde res, quæ defuncti fuerunt, licet aliis debeantur, rectè post hereditatis aditionem in dominio heredis esse dicuntur, & ab illo, si aliud nihil obstet, bona fide validè alienari queunt. Verùm si hereditas vel res hereditariæ in fraudem creditorum hereditariarum alienatæ essent, revocarentur actione Paulianâ ex edicto, quæ in fraudem Creditorum; & deinde rectè postularetur Separatio bonorum. *arg. d. l. 2. ff. h. t. & ibi Cujacius.* Item si medio tempore res hereditariæ aliis oppignoratæ proponantur, etsi illa pignoratio ipso jure valida sit, tanquam



à vero domino, qui jus oppignorandi habuit, constituta: quia tamen res pignoris vel hypothecæ jure obligatæ adhuc sunt in dominio heredis, & cum bonis heredis conjunctæ, ita ut ab illis per hoc remedium separari possint; inde fit, ut oppignoratio ista Jure Separationis infirmetur, & quoad Prætorem & Creditores hereditarios, qui Separationem impetrarunt, pro non facta, vel à non domino facta habeatur. Separatio siquidem, respectu creditorum, qui illam impetrarunt, in eum statum redigit omnia, ut ea confusio, quam merito jure fieri diximus, pro non facta, & bona ac si heredi nunquam quæsitæ fuissent, censeantur. *l. 1. §. 3. & §. 6. ibi: ac si adita hereditas non fuisset. ff. h. t.* Et sic habemus exceptionem *ad d. l. 2. ff. h. t. Antonius Faber. in Jurispr. Papin. tit. 6 pr. 5. Illat. 3. pag. 241. Zasius ad d. l. 2. num. 3. & ad l. 1. §. 3 ff. h. t. num. 3.*

§ IV.

III. Excluduntur bona hereditaria, quæ quidem cum bonis heredis adhuc sunt conjuncta, sed non tantum jure, verum etiam facto ita commixta, ut illa discernere & separare sit impossibile. *l. 1. §. 12. ff. de Separationib.* ubi Ulpianus, *Præterea sciendum est, inquit, posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt, non posse impetrari Separationem. Confusis enim bonis & unitis Separatio impetrari non poterit.* Hæc autem verba Ulpiani non sunt accipienda de confusione juris, quæ fit sola juris potestate per aditionem hereditatis; sed de reali & facti conjunctione ac commixtione rerum in hereditate repertarum, cum rebus ipsius heredis. Nam Ulpianus statim in sequentibus verbis addit, illam mixtionem, de qua in præcedentibus verbis locutus est, raro contingere in rebus immobilibus. At non juris, sed facti mixtio & confusio raro accidit in hisce rebus; quæ potestate juris æquè ac aliæ res statim post hereditatis aditionem cum bonis heredis confunduntur. Ergo non loquitur de juris, sed facti conjunctione. Si verò quædam facto commixta essent, quædam verò non; illorum mixtura non impedit Separationem reliquorum, quæ adhuc discerni & sejungi possunt. *d. l. 1. §. 12. vers. quid ergo, si prædia extent, vel pecora, vel mancipia, vel aliud, quod separari potest, hinc utiq; poterit impetrari Separatio.* At si omnia mixta & confusa sint, & possessiones quoq; prædiorum ita conjunctæ & permixtæ propriis, ut impossibilem effecerint Separationem, quod quidem perraro contingere potest; in totum

in totum cessat Separatio. d. §. 12. Dn. Carpzov. in Iurispr. forens. part. 1. const. 28. def. 10. num. 7. Zas. ad d. l. 1. §. 12. num. 3. Frumentum hereditarium, si cum heredis frumento mixtum fuerit, licet singula corpora hereditaria separari nequeant, si tamen de illius quantitate & qualitate constet, adhuc Separationem secundum modum in §. 28. Inst. de R. D. præscriptum permittit. Coll. Jur. Arg. h. t. th. 3. num. 6. Richter. d. tr. disp. 2. pag. 45. Zasius ad d. l. 1. §. 12. num. 2. ubi idem quoque affirmant de pecunia, vino, oleo, & similibus.

CAPUT V.

De Differentia & Fine.

§. I.

PRætores Æquitatis Sacerdotes varia introduxerunt remedia & auxilia, quibus ex civili ratione læsis succurrunt, & indemnitate præstant: ut Restitutionis in integrum, beneficium abstinendi ab hereditate paterna, &c. à quibus differt hoc nostrum Separationis remedium ratione FINIS; qui constituit hujus beneficii differentiam specificam. Est autem FINIS hujus remedii vel Intermedius, vel Ultimus. Ille est, ut bona hereditaria per hereditatis aditionem cum propriis heredis bonis confusa SEPARENTUR, & unum heredis Patrimonium quasi dividatur in duo, atque sic in sua principia resolvatur. Finis Ultimus est, ut hereditariis creditoribus solis ex bonis hereditariis satisfiat, ipsique per heredis creditorum concursum damnum sentiant nullum. l. 1. §. 1. & §. 2. ff. h. t. l. 7. in fin. C. de bon. authorita. Iudic. possidend. l. 6. in f. C. de hered. actionib.

CAPUT VI.

De Effectu.

§. I.

FACTA bonorum Separatione, bona defuncti & bona heredis separatim tanquam duorum patrimonia considerantur. l. 1. §. 1. ibi:

E. 3.

ut sit.

ut sic quasi duorum fieri bonorum venditionem. ff. h. t. Dato enim Separationis beneficio; Patrimonium, quod hereditatis aditio fecerat unum, quasi dividitur in duo; & una persona, quæ fingitur esse heredis & defuncti, quasi dividitur in duas: *Cujacius ad d. l. 4. ff. de Separationib. in lib. 12. Respons. Papin.* ita ut perinde defuncti bona veneant, atque si hereditas adita non fuisset, l. 1. §. 6. vers. hoc & *Divus Fius. l. 5. ibi: quasi defuncti bona vendiderunt, ff. h. Caspar. Manz. in patroc. debit. calam. bell. depauper. dec. 3. quest. 10. num 49. ibi: quia tunc juris interpretatione, quoad creditores hereditarios perinde est, ac si hereditas non fuisset adita, sed vel jaceret vel vacaret.* sine tamen defuncti macula, prout ostendit. *Anton. Faber. in Iurispr. Papin. tit. 6. princ. 5. Illat. 3.* Hinc etiam Creditores hereditarii, qui Separationem impetrarunt, separantur à creditoribus heredis; ita ut illi in bonis hereditariis potiores, imò soli sint, exclusis omnibus heredis creditoribus, qui bona hereditaria separata attingere nequeunt, quamdiu illis tam ratione usurarum, quam ratione sortis satisfactum non est. *arg. l. 18. ff. qui potior. in pignor. l. 9. §. ult. ff. d. Pactis Dn. Carpzovius part. 1. Iurispr. forens. constit. 28. defin. 160. Henricus Hahn. in notis ad Wesenbec. 7. ff. h. t. num. 3.* Nec interest, heredis creditores cujuscunq; conditionis sint. Nam etiam privilegiarios & hypothecarios heredis creditores in rebus hereditariis nudi Chirographarii hereditarii Jure Separationis excludunt. *arg. l. 1. §. 1. ff. h. etiamsi illis ab herede interim res hereditariæ expressè pignoris vel hypothecæ jure fuerint obligatæ. l. 1. §. 3. ff. h. t. vide §. 3. in fin. cap. 4.* Elegans in hanc sententiam responsum Dnn. Scabinorum Lipsiensium refert. *Dn. Benedict. Carpzov. part. 1. Iurispr. forens. const. 28. defin. 10.* hujus tenoris: da nun seine Gütere zur Bezahlung aller Creditoren nicht zureicheren / etc. So werden die Väterlichen Gläubigere vor allen des Sohns Gläubigern von dem Väterlichen Hauß billich befriediget. & in seq. So ist euch / weil der Testaments Erbe nunmehr auch verstorben / vnd eine zimliche Schulden Last nach sich verlassent / Separationem bonorum zusuchen vnbenommen / vnd wann solches geschehen / werdet ihr ewer Forderung wegen / auß euren verstorbenen Schuldners Gütern / vor des Erben Creditoren / vnangesehen dieselben hypothecarii. Ihr aber nur ein Chirographarius seit / billich befriediget B. N. W. Atq; hoc verum est & procedit, non tantum in defuncti creditoribus, sed etiam in
 Lega-

Legatariis & Fideicommissariis, qui Separationis auxilium impetrarunt. Licet enim dicatur, Creditores, qui certant de damno vitando, potiores esse Legatariis, qui versantur in lucro; *l. fin. § 5. C. de Iur. deliber.* & legata detracto ære alieno demum præstanda esse: *l. 1. in f. C. de bon. auth. Iudic. possidend. §. f. Inst. de Leg. Falcid. l. 6. pr. C. eod.* attamen illud tantum locum habet quoad æs alienum & creditores ipsius testatoris, qui legata illa reliquit; heredis verò creditoribus in bonis hereditariis etiam Legatarii Jure Separationis præferuntur. *l. pen. pr. ff. h. Cujac. ad l. 4. π. h. t.*

§. I I.

Præferuntur autem dicto modo Jure Separationis in bonis hereditariis tantum illi hereditarii creditores, qui hoc Remedium à Magistratu postularunt. Si enim quidam ex illis impetraverint Separationem, reliqui verò illam neglexerint vel contempserint; hisce illorum petitio non prodest. Petentibus tantum Prætor hoc remedio succurrit: qui illud contemnunt & heredis fidem sequuntur, creditoribus ipsius heredis annumerantur. *l. 1. § 16. ff. h. t. Wesenb. in π. ff. h. t. num. 4. & ibi Heint. Hahn.* Inter illos verò, qui Separationem impetrarunt, certus quoque observatur ordo; ita ut si defuncti creditores & Legatarii concurrant, primo omnium Creditoribus sit satisfaciendum, & soluto demum defuncti ære alieno, de eo, quod superest, Legata vel solida, vel pro rata sunt præstanda. *l. ult. §. 5. C. de Iure Deliber. l. 1. in fin. C. de Bon. auth. Iudic. possidend. l. pen. pr. ff. h. t.* Hocq; verum est, creditores defuncti cujuscunque etiam sint conditionis. Nam Legatariis quoq; nudi defuncti chirographarii præferuntur. Generaliter enim scribit Julianus, tunc demum legata præstanda esse, cum solidum receperint creditores. *l. 6. pr. ff. h. t.* Genus autem species suas sub se comprehendit omnes; & verba generalia generaliter sunt accipienda. *l. 1. §. 1. de Legat. præst.* Hinc simpliciter rescribit Antoninus Imperator: Legatum à mortuo relictum post debiti deductionem inducatur. *d. l. 1. C. de Bon. authoris. Iudic. possidend.* Rationem addit Justinianus, in *d. l. fin. §. 5. C. de Iure Deliber.* dicens: cum satis absurdum sit, creditoribus quidem Jus suum persequentibus legitimum auxilium denegari, Legatariis verò, qui pro lucro certant suas partes leges accommodare i. e. melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro. *l. 41. ff. de R. I. quæ ratio non*

non



non minus in chirographariis, quam in aliis creditoribus pugnat. Nec dictis obstat, quod Justinianus in Legatorum securitatem tacitam introduxerit hypothecam, cuius vi regulariter creditor hypothecarius chirographariis praefertur. *l. 1. C. Comm. de Legat.* Etenim sicuti ipsa legata deducto demum ære alieno cum effectu debentur, ita etiam hypotheca illorum dimissis demum creditoribus effectum sortitur, nec testatoris creditoribus nocere potest. *Dn. Carpz. part. 1. Iurisp. forens. const. 28. def. 117. num. 4. & seq.* Sed hæc procedunt tantum in illis Legatariis, quibus ab ipso defuncto, cuius bona Separata sunt, aliquid legatum est. Si verò ipse defunctus ex causa legati aliis obligatus fuerit, res aliter sese habet; & legatarii illi, qui ipsum defunctum ex hereditatis aditione habuerunt obligatum, legata sua tanquam æs alienum defuncti exigere possunt, interque alios defuncti creditores collocantur. *l. 1. C. de bon. authorit. Iudic. possid. c. g. Titius Cajum heredem instituit, & Sempronio 1000. legavit. Caius, qui adiit hereditatem, antequam legatum præstet, moritur, & relinquit heredem Mevium, qui solvendo non est: Caji itaque Creditores, ut & dictus Sempronius petunt, ut bona Caji separentur à bonis Mevii; quod etiam impetrant. Quæritur jam an Sempronius legatarius omnibus Caji creditoribus sit postponendus? Respondendum quod non. Atque hic est casus, qui in *d. l. 1. C. de bon. authorit. Iudic. possidend.* deciditur. Ipsi autem Creditores defuncti collocantur secundum ordinem, qui in aliorum quoque creditorum concursu observatur; de quo *Dn. Carpz. Berlich. Richter & alii plurimi.* satis multa scripserunt.*

§. III.

Soluto ære defuncti alieno, legatisque præstitis, si aliquid ex bonis separatis supersit, pertinet illud ad heredem, & per consequens Creditoribus ejus accedit. *l. 1. §. 17. ff. h. t. l. 5. l. 3. §. 2. h.* Heres enim per factam Separationem non desinit esse heres: *arg. d. l. 1. §. 17.* sed illius jus, quoad creditores hereditarios, qui Separationem impetrarunt, donec illi debita sua receperint, tantum suspenditur; solutione autem facta iterum quasi reviviscit. Sed hic quæritur, si hereditas non sit idonea & sufficiens ad exsolvendū defuncti æs alienum, & præstanda ejus legata, an creditores hereditarii regressum habeant contra heredem ejusdemque bona, ita ut in illis cum heredis creditoribus concurrere possint? Negant hoc

Hoc Jcti in l. 1. §. 17. & l. 5. ff. h. t. Recesserunt enim à persona heredis, & bona secuti sunt, & quasi bona defuncti vendiderunt; quæ extrinsecus augmentum non recipiunt. d. l. 5. ff. h. t. ibi Gothofredus & Zasius. Separatio, quam ipsi petierunt, eos ab heredis bonis separavit. l. 1. §. 17. ff. h. t. Non poterunt itaque reverti ad heredem & bona ejus, sed eo, quod semel postularunt, stare debent. d. l. 5. h. Hocque verum esse respondent Paulus & Ulpianus, in d. l. 1. §. 17. & d. l. 5. etiamsi heres idoneus & solvendo repertus fuerit, aut postea aliquid ex causa non hereditaria acquisierit; ita ut regulariter nec dimissis ejus creditoribus, de eo, quod superest, hereditarii creditores aliquid petere & exigere valeant. Ita enim respondet Ulpianus in d. l. 1. §. 17. Item sciendum est, vulgo placere, creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum; creditores verò testatoris ex bonis heredis nihil. Et Paulus in d. l. 5. Quod si proprii (heredis nimirum) creditores, ad solidum pervenerunt, id, quod supererit, tribuendum hereditatis quidam putant, mihi id non videtur. cum enim Separationem petierunt; recesserunt à persona heredis, & bona secuti sunt, &c. Sibi igitur imputent creditores hereditarii, qui in petenda hac bonorum Separatione, non sine heredis injuria, tam faciles fuerunt. d. l. 1. §. 17. h. Deliberent ergo Creditores antequam Separationem petant, utrum hoc remedium ipsis expediat, nec ne. Sæpe namque fit, ut utilius sit, Separationem omittere potius, quàm petere. e. g. Si hereditas tantum sufficeret hypothecariis defuncti creditoribus, chirographarii & Legatarii, si impetraverint Separationem, neque ex bonis defuncti, neque ex bonis heredis quicquã consequerentur: si verò illam omiserint, heredis creditoribus annumerarentur, ac cum ejus chirographariis concurrentes, si non totum, partem tamen reportarent simulque pro residuo heredem retinerent obligatum, qui donec vivit, aliquid acquirere potest. d. l. 1. §. 17. l. 5. ff. h. t. De illis, quæ dictis vulgo objiciuntur, agemus in ipso conflictu.

§. 17.

Cæterum si hereditarii creditores errore lapsi Separationem postulaverint, & justissimam erroris causam probaverint, per restitutionem in integrum, regressum ad heredem impetrare possunt. l. 1. §. 17. in f. ff. h. t. Justus enim error venia dignus est. l. 11. §. 8. & §. 10. ff. de Interrogat. in jure faciend. Quæ autem causa hinc sufficiat, & justissima dicatur, illud definitum non reperitur; ac

F

per con-

per consequens. Judicis arbitrio erit relinquendum. *l. 1. §. 1. ff. de Iure deliber.* Illa sufficiens esse videtur, si in hereditate multæ res repertæ fuerint, quas omnes defuncti proprias crediderint, postea verò illarum domini vindicaverint. *arg. l. 3. pr. & ibi Gothofr. ff. ad SCt Macedon.* Ulricus Zasius *add l. 1. §. 17. n. 2 ff. h. t. prædictæ regulæ*; creditores nimirum hereditarios post Separationem impetratam contra heredem ejusdemque bona nullum habere regressum, duas adhuc alias proponit exceptiones, sive limitationes; quarum prima, si heres post impetratam Separationem aliquid ex hereditate consecutus sit. *per l. 1. ff. b.* Secunda, si debitor fidejussori successerit, & creditor bonorum fidejussoris Separationem impetraverit. *l. 3. §. 1. b ff.* Verum neutra est de regula. Non prima; quia loquitur de bonis hereditariis, quæ omnino Jure Separationis ad Creditores hereditarios pertinent. Regula verò respicit ad bona heredis propria. Nec etiam secunda. Nam dicto in casu, creditor post impetratam defuncti fidejussoris bonorum Separationem, ad bona heredis propria admittitur non tanquam creditor hereditarius, de quo loquitur regula, sed tanquam proprius ipsius heredis creditor, ex principali negotio, ex quo heres ille suo proprio nomine creditori illi erat obligatus. Quod autem Creditores hereditarii etiam post impetratam Separationem ex aliis causis tanquam proprii heredis creditores contra illum agere, & cum aliis illius creditoribus quoad bona ipsius propria concurrere possint, nullum est dubium. Repelluntur enim hereditarii creditores à bonis heredis, in quantum ab illius persona recesserunt. Recesserunt autem ab herede tantum quoad debita hereditaria, quorum respectu Separationem impetrarunt; non verò respectu debitorum, ad quæ heres non qua heres, sed proprio nomine est obligatus.

CAPUT VII.

De Contrariis.

§. 1.

ORdinis ratio nos deducit ad contraria; quæ vel Separationem impediunt; vel factam resolvunt. Impeditur Separatio variis ex causis, & quidem PRIMO, si creditores hereditarii semel Personam heredis elegerint, ejusdemque fidem secuti fuerint, tunc enim

enim eam viam, quam semel ingressi sunt, ambulare tenentur, nec poenitere ac Separationem petere possunt, l. 1. §. 10. ff. hic. ubi Ulpianus, *caterum si eum*, inquit, *hoc animo secuti sunt, amiserunt Separationis commodū, quippe cū secuti sunt nomen heredi, nec possunt jã se ab eo separare, qui quodammodo eum elegerunt*, & in §. seq. 15. neq̄ enim ferendus est, qui qualiter qualiter, eligentis tamē mente heredis personā secutus est, qui ea propter heredis creditoribus annumeratur. l. 1. §. 15. ff. h. quibus regulariter hoc beneficiū denegatur. l. 1. §. 2. ff. h. t. Videtur autē Creditores hereditarii personā & fidē heredis eligere nō tantūm, si expressē huic beneficio in illorū favorē introducto renunciant, aut novandi animo ab herede stipulantur: l. 1. §. 10 ff. h. sed etiam si ab herede pignus l. 1. §. 15. ff. hic, & ibi Zasius, vel fidejussores licet minus idoneos accipiunt. l. 1. §. 11. ff. h. Idem dicitur si usuras ab herede ea mente quasi eum eligendo exigunt. d. l. 1. §. 10. in f. Verum si hereditarii creditores iudicium dictaverint heredi, etsi in iudicio cum herede quasi contraxisse videantur, l. 3. §. 11. de Peculi. & litis contestatio. novatio esse dicatur; per l. 29. de Novationib. l. f. C. de Usur. rei iudicat. tamen propter hoc ipsum Separationem postulare non prohibentur; quia ex necessitate hoc fecerunt, l. f. ff. h. l. 2. C. de Bon. authorit. iudic. possidend. Perez. in Cod. d. t. num. 20. Unde & novatio illa necessaria à Dd. vocatur; an malè, an benè, hic disputare nolo. Et aliàs quoque nemo litem contestando conditionem suam deteriore facere censetur. l. 86. l. 87. ff. de R. I. Illud quoque verissimum est, unius vel etiam majoris partis renunciationem, reliquis, quo minus Separationem petere possint, non nocere. l. 1. §. 17. ff. h. t. Coll. Iur. Arg. h. t. §. 2. num. 4.

§. II.

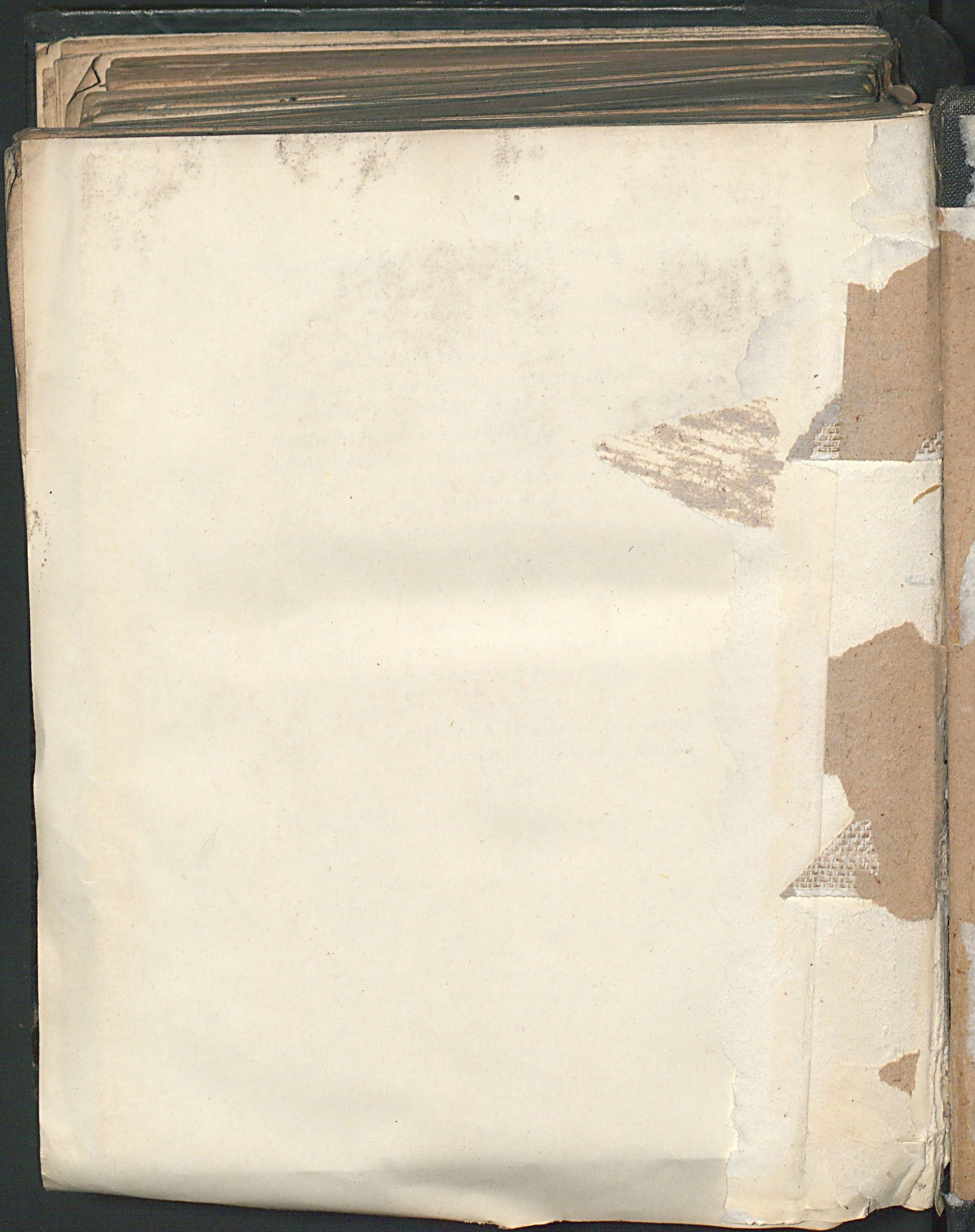
Secundò impeditur Separatio ratione Objecti, si bona hereditaria non amplius apud heredem extant, sed vel consumpta, vel bonâ fide alienata, aut cum heredis bonis ita facto commixta sunt, ut ab illis discerni & separari nequeant; de quibus supra cap. 4. §. 4. actum est. Tertiò excluditur quoq; Separatio temporis præscriptione, nec post multum temporis, quinquennii nimirum spacium Separatio decernitur, l. 1. §. 13. ff. h. Incipit autem hoc quinquennium à tempore aditæ hereditatis. d. l. 1. §. 13. ff. h. t. Num verò hæc quinquennii præscriptio etiam in foro Saxonico obtineat, exinde dubium redditur, quod de Jure Saxonico duæ tantūm species præscriptionis esse dicantur; annalis scilicet, & trecennalis. Wesenb. in π. ff. de Usurpat. & Usu.

& Usucapionib. num. 7. Attamen hoc non obstante, etiam in foro Sa-
 xonico hanc quinquennii præscriptionem Separationem excludere,
 cum Dn. Carpzov. & Richtero affirmo. Nam speciales. v. c. biennii,
 quadriennii, quinquennii, Juris Civilis præscriptiones nec in foro Sa-
 xonico abregatas esse, post multos ostendit D. Carpzov. *Juripr. fo-
 rens part. 2. constit. 3. def. 4. & lib. 4. tit. 3. Respons. 18.* ubi in fine in
 causa Separationis tale addit responsum: Daß des Vaters gläubiger/
 wann es bey seinem Sohn zum concursu Creditorum kompt / nach
 versteßung fünf Jahr / von Zeit an der erlangten und angetretenen
 Erbschafft / auch nach Sachsen Recht Separationem bonorum ferner
 nicht bitten können / sondern sie werden exceptione præscriptionis von
 des Sohns gläubigern billich abgewiesen / B. N. W. Simile re-
 sponsum Facultatis Juridicæ Lipsiensis refert, Richter *d. tr. de Iure
 & priv. Cred. disput. 2. pag. 47.* hisce verbis: Seynd etliche Cre-
 ditores, nach versteßung fünf Jahr von der Zeit / nachdem die Schul-
 deners Söhne die väterliche Erbschafft adiret und an sich genommen /
 eine Separationem bonorum zu suchen vorhabens. Ob nun wol
 solche Separation sonsten in Rechten zulässig und vernünfftige Br-
 sachen hat: Demnach aber und dieweil / die Kaiserliche Rechte diese
 Separationem eingeschrencket / und klärlich verordnet / daß nach ab-
 lauff fünf Jahren dieselbe erlesche und auffhöre / und solche Rechtliche
 verordnung in Sächsischen Rechten nicht auffgehoben: So seynd
 des Schuldners Söhne nunmehr die von den gläubigern gesuchte se-
 paration zu hindern / und sich dawider zu setzen wol befugt. In Mar-
 chia Brandenburgensi, aliisque locis, Statutis inductum esse, ut Chi-
 rographarii defuncti creditores etiã post quinquenniu præferantur
 heredis creditoribus, testatur Heinr. Hahn *ad Wesenb. π. ff. h. r.
 num. 4. in fin.* Separationem factam dissolvit restitutio in integrum,
 de qua supra. §. 4. cap. 6. Superfunt cognata, quorum ex-
 plicationem, ne hæc tractatio disputationis modum
 excedat, in aliam occasionem
 reservo.

SOLI DEO GLORIA IN SEM-
 PITERNA SECULA!



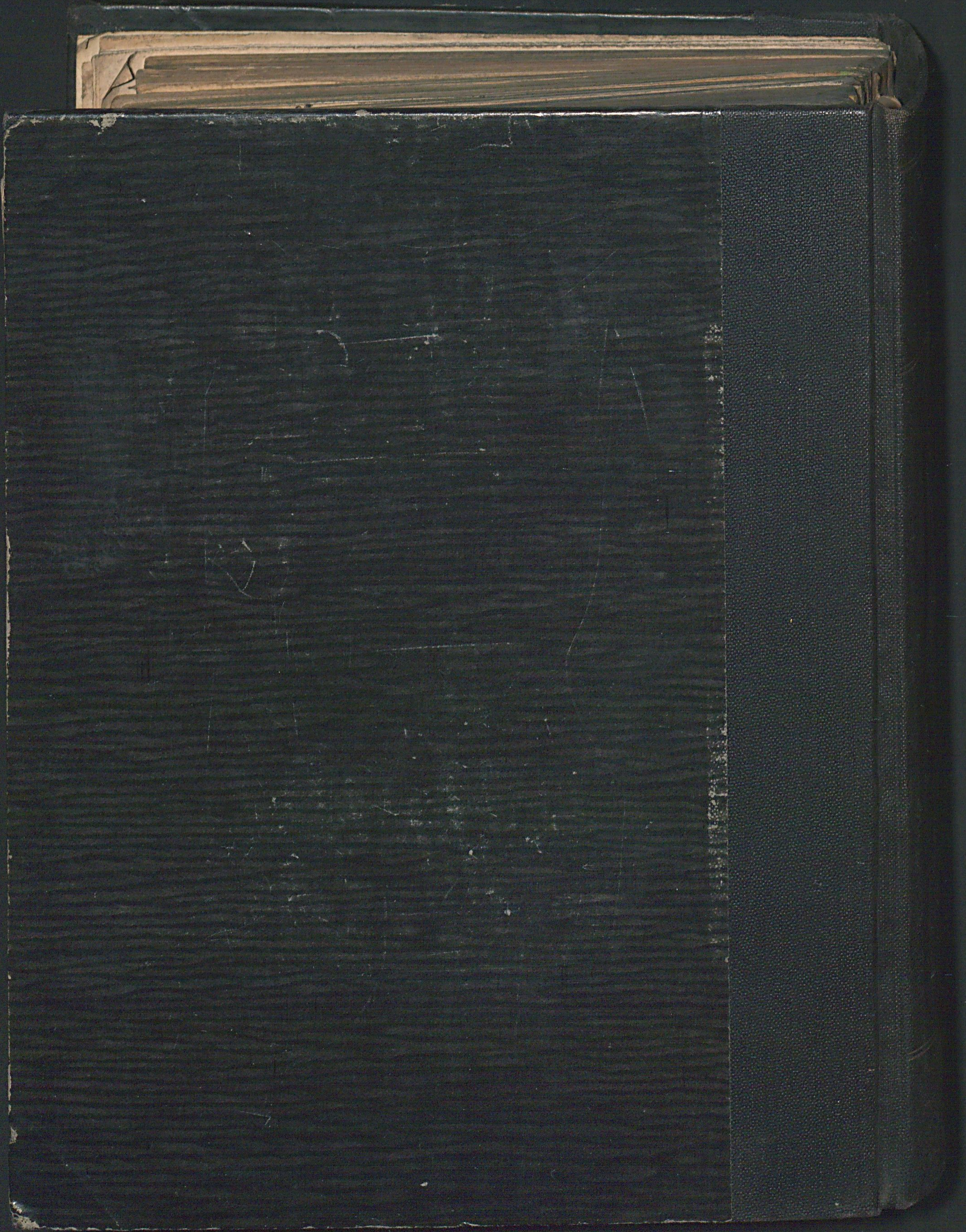


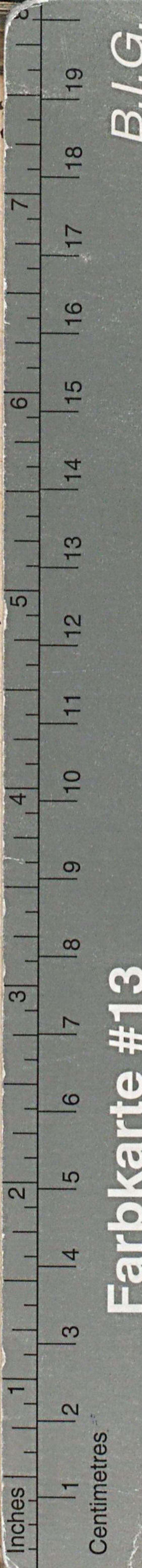


X 2615891

VD 77







B.I.G.

Farbkarte #13



TATIO

27
1653, 3^a

TIONE:

19

Decreto
ltorum Ordinis,

D E
AMO Lauterbach /
fessore,

Doctoralibus
sequendis

ulii,
subjicit
olst / Chilonio

G Æ,
DRI CELLI.
LIII.

