

Sammelbot!

Disertationes et Tractatus
in hoc Volumine. Exstantes

- 1) De fundo inofficiose quaesito Praef. S. Jo. Gottfr. Bauer Resp. Gottlob August Jeniche, Lipsiae habita.
- 2) De Sereusinae Domus Austriacae Praesminentibus Praerogativis iuribus ac privilegiis praecipuis, et in specie de August. hujus domus iudicio provinciali caesareo Sueviae Praef. Gabriel Schwebel Resp. Joseph Anton Maria Bell. Tubingae habita.
- 3) De Austriae Imperatricis Archicamerario. Praef. Jo. Mich. Wildschmid. Resp. Georg Frid. dees in Tann Karburgi habita.
- 4) De cura aetatis Praecipuis foeminae minoris extincta Praef. S. Gottfr. Wilh. Diercker Resp. Joh. Giam Auerbach.
- 5) De statu donationum inter viros et uxorem, Pr. Just Henric Boehmer Resp. Joh. Fr. Schymmer.
- 6) De donationibus inter conjuges Saxonicos, quoad conjugum creditorum invidiam Praef. Joh. Gottfr. Bauer. Resp. Ni. Carol. Franc. Conrad.
- 7) De marito usufructuario Saxonicis Praef. Gottfr. Barth. Resp. Gottfr. Schaller.
- 8) De conditionum causa et potestate Praef. Joachi. Fridr. Bartholdi Resp. Joh. Giam Horn.
- 9) De Appellatione in admittibili Praef. S. Gottfr. Wilh. Diercker Resp. Benjam. Fridr. Schreier.
- 10) De dejectione conjugum malitiosa Praef. Amil. Stoyk. Resp. Joh. Giam Moseroff.
- 11) De non recipienda lethalitate vulneris Praef. Henr. Schmid. Resp. Albr. Chentrid. Ulric.

28
DISSERTATIO IVRIDICA
DE
COMMVNIONE
INCIDENTE,

QVAM,
SVB
PRAESIDIO
IO. FRIDERICI *Raysers*/

I. V. D. ET P. P. EXTR.

IN
ALMA LVDOVICIANA,
PVBLICO OPPONENTIVM EXAMINI
SVBMITTIT

AVTOR ET RESPONDENS
WILHELM ELIAS *Schmol*/

DICTVS *Eysenwerth*/

DARMSTATTIVS,

AD DIEM

XVII AVGVSTI *clō* 1800 XIX.

G I S S A E,
TYPIS IOANNIS MVLLERI.

DISSECTATIO JURIDICA
DE
COMMUNIONE
INCIDENTE

JO. FRIDERICI SCHMIDT
I. V. D. P. P. R.

ALMA LUDOVICIANA
PUBLICO OPPONENTIUM EXAMINI
SUBMITTIT
ANNO ET RESPONDET
WILHELM. ELIAS SCHMIDT

PROVINCIAE
CIVITATIS
IN DIE
MENSIS

CIURIA
TYP. JOHANNIS MILLERI



ILLVSTRISSIMIS
ATQVE
EXCELLENTISSIMIS DOMINIS,
DOMINO
ERNESTO DE SCHWAR-
ZERN,
ET
DOMINO
CHRIST. EBERHARDO
KAMEITSKY
AB ELSTIBORS, TOPARCHAE
HEREDITARIO IN RICKINGEN,
SERENISSIMI PRINCIPIS
HASSO-DARMSTATTINI
CONSILIARIIS STATVS
INTIMIS,

HEROVM TOGATORVM PARI,
MVSARVM PROTECTORIBVS,
MAGNIS MAECENATIBVS,
PERENNEM FELICITATEM,
IN SVMMO DIGNITATIS CVLMINE
SPLENDORIS INCREMENTVM,
CONSILIORVM
QVAE RATIO TEMPORVM MODERATVR ET REGIT
LAETOS EVENTVS,
ET POSSESSIONEM
PARTAE PER VIRTVTES GLORIAE
SECVRAM PRECATVR,
SIMVLQVE
HAS AETATIS ACADEMICAЕ PRIMITIAS
IN DEVOTAE MENTIS TESSERAM
HYMILLIMO CVLTV OFFERT

AUTOR ET RESPONDENS.



DISSERTATIO IURIDICA
DE
COMMVNIONE INCIDENTE.

§. I.

COMMVNIONIS quidem vox non solum de domi-
nio praedicatur, sed & de aliis iuribus in re. Ita
dicitur communio possessionis *L. fin. pr. C. de bon.
autor. iud. possid.* B. Dn. STRYK. *Dissert. de Compos-
sitione. communio usufructus L. 16. pr. ff. fam. her-
cisc. communio lucri & damni L. 67. in f. ff. pro socio. com-
munio seruitutis L. 19. ff. si seru. vindic. L. 13. §. 3. ff. de usufru-
ctu & tot. tit. de usufr. accresc. L. 19. ff. de S. R. P. communio
pignoris & hypothecae L. 16. §. 8. L. 10 ff. de Pignor. L. 11. &
14. ff. de distraet. pignor.* BACHOV. *Tractat. de pignor. L. 3. c. 3.*
Quia communio criminis dicitur in *L. 40. C. Theod. de haeret.*
&c. Sed magis proprie & specialius tamen communio tan-
tum dominii est. Vnde duo demum requisita hanc commu-
nionem constituunt, 1) vt ipsum dominium sit communica-
tum, 2) vt partes communicatae sint indiuisae, seu pro in-
diuiso communes; nam, si diuisae sint eadem & separatim
tractari possint, communio haud est. *L. 6. §. 2. ff. Commun.
diuid.* PVFENDORF *L. 4. de I. N. & G. c. 4. §. 2. in fin.*

*Varia vocia
acceptio.*

§. II. Haec ipsa communio dominii in *negatiuam & Communio-
positiuam* dispesci solet, quae diuisio est analogi in sua ana-
logata, vt loquuntur Dialectici. *Negatiua* enim quae dicitur,
A
tur,

*Communio-
uis diuisio in
negatiuam*

ur, communio proprie non est, quia praecipuo iure rem non afficit, cum facultate excludendi alios, sed supponit rem esse dominio & proprietate vacuum aut nullius, unde promiscua oritur occupandi facultas, ex praecepto Iuris naturalis generali: ut quemcunque aequo nobiscum iure frui patiamur, ubi peculiare nobis ius non est quaesitum.

*Positivam.
Eius definitio.*

§. III. Communio autem *positiva*, quae & *Condominium* vocatur, est *ius duorum pluriumve in eadem re pro partibus indivisi competens, ad communicandos veri dominii effectus, & arcendos alios quoscunque.*

Fira obtinuerit ante introducta rerum dominia controversum.

§. IV. De origine communionis anceps est inter Doctores Iuris naturalis disceptatio, utra ab humani generis ortu & ante distinctas rerum proprietates obtinuerit? GROTIUS sane, Moralistas quosdam & veterum Poetarum commenta in hoc secutus, *L. 2. de I. B. & P. c. 2. ab init.* veram & *positivam* communionem obtinuisse statuit, cui tamen contradixere Commentatores plerique. PVFENDORFIUS autem ab initio omnia tantum *negative* communia fuisse contendit, maiori, ut videtur, cum ratione. v. *L. 4. de I. N. & G. c. 4. §. 5. & 9.* Vtrique tamen se opposuit STRAVCHIVS quondam noster *de Imperio maris c. 1. §. 5. & 8.* qui ante introducta rerum dominia hominibus tribuit *dominium* quoddam *potentionale*. An recte dubito. Etenim, dominium illud *potentionale* promiscuam occupandi licentiam non restringit, eoque nullius est efficaciae, sed supponit res actu nullius esse quoad verum dominium, unde re ipsa nihil aliud est, quam communio *negativa*. Igitur nos PVFENDORFII sententiae accedimus. DEVS enim, post primaeuam creationem homini nihil aliud concessisse videtur, quam ius & facultatem dominii acquirendi, quod supponit res actu fuisse nullius. Nec obstat quod de dono terrae diuino dicitur *Genes. c. 1. §. 26. seqq.* id enim actum huma-

num

Nostra sententia.

num seu occupationem non excludit, quod vel inde apparet, quia etiam piscium & avium dominum hominem voluit DEVS, quod sane citra occupationem fieri nequit. Apposite Nerua filius ait in L. 1. §. 1. ff. de A. vel A. P. *dominia rerum ex naturali possessione coepisse, eiusque rei vestigium in his remanere, quae terra, mari, coeloque capiantur, ea namque protinus eorum fieri, qui primi possessionem eorum apprehenderint.* Et CICERO L. 1. *Offic. Sunt, inquit, privata nulla natura, sed aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut bello, lege, pactione, conditione, sorte &c.*

§. V. Sed de communione illa negatiua nunc non attinet dicere. Vera autem & positiua, quam §. III. definiuimus, communio introducit variis modis: Et primo quidem tractatu habito, seu ex praecedente *mutuo consensu*, coque vel *expresso* seu verbis declarato, v. gr. qui pariter eandem rem emerunt, cum vel sine societate. L. 31. ff. *pro socio*. Nam qui communiter eandem rem emunt, ex consensu non possunt non esse in communione, ast non semper sunt in societate, quia saepe sine animo contrahendae societatis rem pariter sibi comparant. Ex animo autem & intentione actus agentium sunt diiudicandi. Hinc VLPPIANVS ICTVS in L. 33. ff. *pro socio, qui nolunt, inquit, inter se contendere, solent per nuncium emere in commune, quod a societate longe remotum est.* ex qua lege intelligendus est & cum L. alleg. 31. conciliandus CAIVS in L. 2. ff. *Commun. diuid. conf. STRVV. Ex 22. th. 22. BRVNNEM. ad L. 2. pro socio n. 1. 2.* Vel fit *tacito consensu* seu factis declarato, vnde *communio tacita*; si vero factum ita sit comparatum, vt ex eo animus contrahendae societatis colligatur, tum *societas facta constituta* oritur, quam peculiari Dissertatione executus est B. Dn. Cancellarius noster HER- TIVS, quae exhibetur in *Opusc. Tom. III.*

*Communio
positiua fit
1) consensu
expressa.*

vel tacita.

Communitio
positiva in
condomi-
nium priua-
tum & ter-
ritoriale
abit.

§. VI. Vtraque communitio tam expressa quam tacita iterum in condominium priuatum & territoriale dispescitur. Illud inter priuatos obtinet priuatum patrimonium communiter possidentes: Hoc vero est Ius summorum Imperantium vel Principum, imperium ciuile alicuius reipubl. aut territorii dominium in totum vel pro parte communiter administrantium. v. FROMMANN in pecul. Dissert. de Condominio territoriali. B. Dn. HERTIUS noster Dissert. de Special. R. G. I. Rebus publ. sect. 2. §. 27. idemque L. II. Paroem. 4. B. Dn. Assessor LAVTERBACH Dissert. de Condominio territoriali. & Io. Christoph. DONAVER Dissert. de Iurisdictione communi, sive de condominio iurisdictionali, habita Aldorffii 1698. vbi exempla illustria reperiuntur, quibus nos adiicimus aliud, famosum sane, & motibus bellicis subinde causam praebens, quod in Holsatia & Ducatu Slesuici inter Daniae Regem & Ducem Holsatiae Gottorpiensem obtinet, vi pactorum de anno 1623. & 1653. ac nomine vniouis & communionis communiter venire solet. Vi huius, praefecturae quidem vtriusque Ducatus ita diuisae sunt inter Regem & Ducem, vt suos quisque redditus ex iis sine impedimento capere, politiae florem & decus in illis tueri, ac inferioris iurisdictionis gradus exercere possit. Superior tamen iurisdictionis & omne, quod perceptionem reddituum non impedit, vt Praelati, Caenobia & Nobiles, qui perpetuum quasi concordiae & coniunctionis Serenissimorum Regentium vinculum constituunt, in communitioe manent. Quam in rem auspiciis Friderici II. Regis & Adolphi Ducis commune iudicium provinciale annuversarium constitutum, homagium vtrique Principum regentium praestatur simul, & quotiens successio ab alterutra parte deuoluitur, vtriusque autoritate diploma homagiale publicatur. Ceterum suprema Ducis potestas, & summa Maiestatis iura in saluo manent, nec ad ea communitio se extendit, quod

quod maxime ante & post tractatus Altenauientes ventilatum fuisse constat.

§. VII. Deinde citra praecedentem consensum nascitur communio quaedam ex re ipsa, vti dicitur in *L. 25. ff. fam. hercise. L. 32 ff. pro socio*, in quam incidimus *L. 31. ff. pro socio*, quia non destinato ex consilio in eam proceditur. Vnde recte *communio incidens* vocatur.

Communio nascitur sine consensu, caque incidens dicitur.

§. VIII. Communio *abusue* etiam societatem denotare potest, vti in *L. 19. & L. 34 ff. de seru. rust.* socii dicuntur *communium praediorum domini.* add. *L. 23. ff. Commun. diuid. L. 27. d. 1. L. 2. Commun. utr. iud.* Et nostra quoque communio eodem loquendi genere a Doctoribus *societas incidens* vocari fucit *CVIACIVS L. X obs. 25. MEVIUS ad Ius Lubec. L. 3. tit. 13. n. 3 seqq. B. Cancellarius noster HERTIVS Dissert. de Societat. facta contracta s. 1. §. ult.* Proprie tamen societas non est, & a societate quoque expressis verbis distinguitur in *L. 23. ff. de R. I.*

Communio incidens differt a societate.

§. IX. Differt enim a societate 1) quod in omni societate requiratur praecedens tractatus seu consensus, expressus vel tacitus; vnde etiam *voluntaria & conuentionalis* nonnullis dicitur. Communio vero incidens fit absque nostro Consensu & ex sola re nascitur, vnde *necessaria, fortuita & inuoluntaria* nonnullis audit *CVIACIVS L. X Obs. 25. BRVNNEM. ad L. 25. §. 16. ff. fam. hercise. n. 29. idemque ad L. 19. n. 4. & 5. C. fam. hercise.* quamuis ex postfacto, accedente nimirum consensu & animo contrahendae societatis, facile societas fieri possit. *L. 52. §. 6 ff. pro socio.* 2) In societate res communicantur, vel ad vsum tantum, vel etiam ad proprietatem seu dominium, vbi inter se dissentiunt Doctores, vtrum ex natura negotij in dubio sit praesumendum. *LAVTERBACH ad Tit. ff. pro socio & ibi allegati B. Dn. Cancellarius noster Dissert. de Conuent. dom. translatiuis §. 6.* a quibus dissentit *SCHILTERVS Ex. 29. §. 4. seqq.*

Differentia prima.

Differentia secunda.

Communio autem incidens est species domini, quod semper ipsam rei proprietatem afficit, unde res quoad dominium ipsum communicatae censentur. Ex quo & illa pendet differentia 3) quod condominus nunquam rem communem totam alienare aut in eadem aliis ius reale ac prioritatis constituere possit, uti infra ex professo demonstrabitur: At in societate, ubi res tantum quoad fructus seu usum communicata, is qui ipsius rei sibi dominium reseruat, eam totam, sine socii consensu alienare, aut aliis ius prioritatis in eadem constituere potest. SCHILTER *Ex. 29. §. 6. in not.*

Deciditur
quaestio
praeiudi-
cialis.

§. X. Hic tamen decidenda primum quaestio praedictalis: *An societas possit esse absque communione domini.* Eam nonnulli negant, qui existimant, societati semper inesse communionem proprie sic dictam, quamvis haec possit esse absque societate propter *L. 1. §. 1. & L. 52. ff. pro socio.* HVNNIVS *L. III. Resolut. Tr. 7. P. 3. qu. 12.* At enim vero, cum societas quoad usum & fructuam communicationem constituta, sit negotium per se subsistens *L. 13. §. 1. ff. praescript. verb. patet,* non in omni societate inesse propriam communionem domini, quia negotia humana formam & substantiam capiunt a voluntate agentium. *L. 34. de R. I.* Nec in eo nobis refragatur *L. 1. §. 1. pro socio,* ea enim non generaliter loquitur, sed in specie de societate omnium bonorum, quae speciali quodam iure, res ipsas, qua dominium qua possessionem communicat. *L. 1. in f. L. 2. ff. pro socio.* In *L.* autem *52. d. tit.* Vlpianus quidem respondet actione pro socio aliquem condemnandum fuisse, ad communicandum ipsum fundum, sed nec ibi generaliter loquitur, verum potius ad quaestionem propositam respicit.

Differentia
quarta.

§. XI. Societas a communione 4) in eo differt, quod societas contrahatur ad certum aliquem finem, ob lucrum nempe

nempe commune: Communio autem incidens, quae absque consensu condominorum nascitur, nullum finem propositum habet. Vnde porro alia differentia oritur 5) Societati nempe intempestive inuito socio renunciari nequit, at in communione incidente pro lubitu condomini & quocunque tempore ad diuisionem prouocare possunt. 6) Ex societate oritur obligatio sociorum mutua & actio personalis ex contractu: in communione incidente res ipsa condominis deuincta sine obligatione condominorum inter se, haec enim ex solitaria demum rei communis administratione superuenit. 7) denique communi diuidendo iudicio, (quomiam ex ipsa re proficiscitur, absque consensu,) pupillus tenetur sine tutoris autoritate, sicut & furiosus *L. furiosus. 46. ff. de O. & A.* qui non possunt conueniri actione pro socio. In dubio communio potius praesumitur quam societas. Praesumimus enim quod minus est; societas quoque contractum praesupponit, qui praesumi nequit, sed probandus est. Ex dictis autem facile quoque colligitur, quae sit differentia inter communionem & quasi contractum.

§. XII. Communio incidens multis modis nasci potest, & 1) quidem *ex testamento*, ut qui communem hereditatem ex testamento possident; vel quibus vna eademque res communiter legata *L. 31. ff. pro socio. L. 2. ff. Commun. diuid.* 2) *lege*, exemplo fratrum & sororum communem parentum hereditatem ab intestato pro indiuiso possidentium. Etenim Legibus XII tabularum iam cautum fuerat: NOMINA INTER HEREDES PRO PORTIONIBVS HEREDITARIIS ERCTA CITA SVNTO. CETERARVM FAMILIAE RERV ERCTO NON CITO SI VOLLENT HEREDES, ERCTVM CITVM FACIVNTO: PRAETOR AD ERCTVM CIENDVM ARBITROS TRIS DATO. h. e. defuncto creditore

tore, vel debitore eius heredes pro portionibus hereditatis conuenire & conueniri tantum possunt: ipso iure inter eos obligatio diuiditur. At ceterarum rerum, si uolent heredes, diuisionem faciunt: ad eam diuisionem Praetor tres arbitros dato. Ita enim legem hanc ex Festo, Donato, variisque iuris antiqui reliquiis restituit IAC. GOTHOFREDVS *Fragm. XII. Tab. V.* & post eum IANVS VINCENTIVS GRAVINA *Orig. Iur. L. II. p. Edit. Neapolit. auctioris 282.* Sensus legis non admodum difficilis est: sed de origine & significatione uocum *ercta cita* magna inter Autores dissensio est. SALMASIVS enim *ad Solinum p. 1262.* *erctum* idem esse putat quod hereditas, simulque reprehendit Tribonianum, quod seculi deceptus barbaric phrasin *familiam herciscere* excogitauerit. STEPHANVS MORINVS *Diff. de Stoicis herciscundis cum aliis iunctim edita Doravaci p. 195.* *hercium* aut *erctum* putat significare patrimonium diuidendum a Graeco *ἑρτυ* *arceo* vel *ἑρτυ* *includo*, quod certis limitibus definiatur, & ab alienis seceratur, unque domino addicatur; quare etiam *ἑρτυ* *carcer*, *ἑρτος* *septum* quoduis: imo Iupiter Hercius, qui aedium septo colebatur, & *penetralis* dicebatur teste S. Pomp. Festo. IANVS VINCENTIVS GRAVINA *d. l. p. 283.* a ueterum uoce *horctum*, quae & *forctum* dicebatur, & bonum significabat, mutata litera *o* in *e* *erctum* formatum esse autumat, cum quo conferatur DION. GOTHOFREDVS in notis ad Festum uoce *erctum citumque*. *Citum* autem a *cio* descendit, quod est diuido. Ita enim Donatus ad VIII Aeneid. *ciere* explicat *diuidere*, unde *citum dimisum* ex illo Virgilii:

citae Metium in diuersa quadrigae

Distulerant.

Mihi Festi probatur opinio, qui in uoce *erctum*: *Erctum*, inquit, *citumque* fit inter consortes, ut in libris Legum Romanarum legitur. *Erctum* a coercendo dictum, unde *erciscundae* & *ercisci*.

ercisci. Inde IACOBVS GOTHOFREDVS *erctum* siue *coercitum* accipit pro *indiuiso* *Nct. ad XII. Tab. p. 207.* Hinc *familiam erctam* *ciere* idem erit ac hereditatem integram & indiuisam diuidere. Et ex illis antiquis & obsoletis uocibus postea nata est phrasis *familiam erciscere*, quae iam apud CICERONEM de Oratore I, 56. APVLEI. *Met. am. VI. sub extrem.* & FESTVM *l. c.* occurrit: tantum abest, quod Salma- sius uoluit, eama Triboniano ex ignorantia fuisse excogitatam.

§. XIII. Communio incidens nascitur 3) *ex donatione*, quan- do vna eademque res duobus pluribusue communiter dona- ta fuit. *dd. LL. & L. 34. §. 2. C. de Donat.* ubi ad euitandam contentionem, is, qui maiorem partem seu amplio- rem sum- mam in eadem habet, alteri, qui minorem partem pos- sidet, reliquam aestimationis partem offerre potest: si ta- men hoc iure uti nolit, & res commode diuidi nequeat, minorem partem habenti ius offerendi tribuitur *d. L. 34. §. 2.* ad quam addit BRVNNEM. *in Comment. n. 23.* nonnullos hunc textum etiam ad res aliis titulis quaesitas ex- tendere. 4) Oritur communio nostra *morte eius*, qui *maxi- mam bonorum partem*, vel omnia sua bona quoad dominium in so- cietatem contulerat, eius enim heres in communionem necessa- riam tantisper incidit. *L. 63. §. 3. ff. pro socio*, ubi heres emolu- menti & oneris successor dicitur. *conf. CVIACIVS L. 10. Obs. 25.* 5) *facto tertii*, eoque vel doloso vel culposo vel bona fide inter- posito 6) *facto alterutrius condominorum* citra tamen consen- sum alterius, eoque iterum vel doloso vel culposo vel b. f. interueniente 7) *ex mero casu fortuito*. Ex tribus vltimis mo- dis vnusquisque producit specificationem, commixtionem confusionem &c. quorsum etiam referas communes fines, seu terminorum confusionem, de qua peculiaribus titulis *ff. & C.* agitur.

§. XIX. An igitur recte inter species communionis in- cidens a nobis referuntur, quas Imperator modis acqui- rendi

rendi Iuris Gentium accenset §. 25. seqq. I. de R. D. ? Specificationem puto, confusionem & commixtionem. Recte id a nobis fieri existimo, quia partes, quae his speciebus fiunt communes, dominis suis iam ante communionem erant acquisitae. Ergo iisdem proprie nihil acquiritur, sed res in dominio iam existentes tantum ex accidenti communicantur: nam sine consensu dominium rei suae aut operarum impensarum, naturaliter nemo amittit. In hanc sensum GROTIUS L. II. de I. B. & P. c. VIII. §. 19. n. 2. si naturalem, inquit, veritatem respicimus, sicut confusus materiis communionem induci pro rata eius, quod quisque habeat, Romanis quoque Ictis placuit, quia res alium exitum naturaliter reperire non poterat: ita cum res consent materia & specie, tanquam suis partibus, se alterius sit materia, alterius species, sequitur naturaliter rem communem fieri pro rata eius, quanti unumquodque est. Species enim pars est substantiae, non substantia tota: quod Ulpianus vidit, cum dixit: mutata forma prope interentam substantiam: add. ZIEGLER & FELDE ad d. Loc. Grotii MAYER in Comment. ad Inst. Quia igitur his speciebus ipsum dominium inest saltem communicatum, inconueniens esse videtur, eas ad modos acquirendi domini referri; sicut absurdum foret, dominium priuatum modis acquirendi adscribere. Interim, cum partes communicatae ita heic deprehendantur esse connexae, vt diuidi iterum & separari commode nequeant, respexit forte Imperator ad officium iudicis diuiforium, qui aliquando novam illam speciem, aut totum illud corpus confusum aut commixtum alterutri condominorum adjudicat. L. 37. §. 2. C. de donat. quo intuitu is partem alterius, praestita eidem satisfactione, acquirit. Quamuis autem proprie loquendo acquisitio hic non sit ex communiione, sed potius a iudice, saltem occasione communionis: nollem tamen propterea improbare Tribonianum, nisi haec considerandi ratio Triboniana aliquid incommodum post se traheret.

§. XV. Hinc enim in eo saltem videntur lapsi ICTi Romani 1) quod in his communionis incidentis speciebus magis restrinxerint iudicis arbitrium, quam in aliis quibuscunque iudiciis diuisoriis, in quibus alias iudex aequitatem sectatur *L. p. m. fin. Commun. diuid.* adeoque ad vniformem diuidendi modum non est adstrictus. At ICTi Romani in his modis omnes peraeque casus secundum vniuersalem aliquam regulam diiudicari volebant: quanto certius aequitas ex inspectione singulorum negotiorum & variarum in iis circumstantiarum deprehendebatur. 2) Hinc factum, vt illae ipsae regulae, quas circa specificationem, commixtionem &c. operose inculcabant, omnes ad acquisitionem se referrent, seu rem communem alterutri condominiumum praecise adiudicarent, quasi hoc principaliter in quaestione esset, uter ex duobus condominis debeat lucrari partem alterius. Quid autem si neuter rem communem expeteret, aut res hoc modo commode exitum suum habere non posset? Tunc sane in caeteris iudiciis diuisoriis imprimis spectanda voluntas litigantium *L. 21. ff. Commun. diuid.* & aequitas sectanda *L. pen. in fin. C. d. tit.* quam hic supine Iuris-Consulti Romani neglexerunt.

Naemus Iuris prudentiae Romanae.

§. XVI. In *confusione* quidem res dubio caret, quia ipse TRIBONIANVS in ea communionem deprehendit §. 27. *I de R. D.* adeoque in diuisione corporis confusi arbitrarium iudici officium relinquit, eaque omnia hic quoque approbare videtur, quae in aliis iudiciis diuisoriis, quo melius res exitum habitura sit, ad *Tit. ff. de Comuni diuidendo vel familiae herciscundae* traduntur. Sed cur in *commixtione* rerum aridarum seu solidarum in diversum abit ICTus? In ea enim VLPIANVM secutus in *L. 5. pr. ff. de R. D. & PAVLVM L. 23. §. 5. eod.* casus distinguit: Si res vtriusque commixtae sint, communionem agnoscit; sin alterutrius

In Confusione.

In commixtione.

facto, aut casu fortuito mixtura contigerit, corpus in commune esse negat. Sed quae ratio differentiae? Secundum ea quae §. 5. huius *Dissertationis* tradidi, haec diuersitas casuum non inducit diuersitatem Iuris, sed illud tantum efficit, ut in priori casu *expressa* vel *tacita*, in secundo vero, ob consensus expressi vel taciti defectum, communio incidens nascatur. Ergo aliam differentiae rationem a TRIBONIANO expectamus. Eam statim subiungit: *quia singula corpora*, inquit, *in sua substantia durant*, vnde non magis corpus illud commune fieri existimat, quam grex ex *uis & Titii pecoribus mixtus*. Sane, si ad ea, quae statim §. 1. & 3. huius *Dissert.* de natura communionis in genere diximus, respiciamus, patebit, hanc rationem prorsus esse extra naturam communionis: eaque, quae VINNIUS in *Comment. ad Inst. tit. de R. D.* pro Imperatoris philosophia adferre voluit argumenta, inanes sapiunt subtilitates. Sed nec ad commixtionem in specie eam ratiunculam applicari posse, vel inde patet, quia alioquin nunquam foret in commixtione communio; corpora enim arida, quantumuis sursum deorsum, etiam expressa voluntate commixta tamen semper in sua substantia separatim durant. Ex quo consequitur 1) hanc ipsam rationem quidem frustra a Triboniano allegari ad decisionem causae; quin positis reliquis communionis requisitis, vera erit in commixtione communio, siue vtriusque voluntate, siue alterutrius tantum, aut casu fortuito ea facta sit. 2) exemplum gregis ex diuersis pecoribus mixti hic parum apte in medium proferri: in eo enim non est vera commixtio, ergo nec communio esse potest; diuersa namque illa pecora separatim discerni, separatim tractari, & sic etiam separatim vindicari poterant, quae omnia secus sese habent in commixtione frumenti.

de comit.

§. XVII. Quamuis enim in ea etiam singula corpora
in

in sua substantia distincta maneant; sufficit tamen, separationem illorum ciuilitate esse impossibilem, vnde nec separatim iterum tractari, nec separatim designari aut vindicari poterunt. v. *L. 6. pr. de R. D.* Quare nil aliud superest, quam ut dicamus, huic commixtioni subesse veram communionem incidentem, & Tribonianum sectari inanes subtilitates, vixque a contradictione defendi posse. Illustr. Dn. THOMASIVS in notis ad Inst. Nam quid demum aliud est illa vindicatio, quam Vlpianus de *L. 5. pr. de R. V.* in hoc casu his verbis concedit: *competit singulis in rem actio in id, in quantum patet, in illo aereuo suum cuique fuisse*, quam generalis illa, quae in effectu cum iudicio communi diuidendo coincidit. Quod ipsum alii quoque ex *L. 78. ff. de solut. probare conantur*, vbi Caius, referente IOVALENO, rei vindicationem ei denegat, cuius numi cum alienis ita sunt mixti, vt discerni non possint. Vnde iterum nonnulli, ut contradictionem euitent, in commixtione numerorum exceptionem a regula Triboniana statuunt; alii autem inde coniciunt, CAIVM in tota hac materia diuersa principia sectatum, quae immerito deseruerit Tribonianus. At enim vero, CAIVS in illa lege fundamentum suae decisionis in commixtione qua tali haud videtur collocare, verum potius in consumptione numerorum b. f. facta, quae commixtioni inest. Agitur enim de solutione pecuniae alienae, vbi respondet ICTUS, si numi isti adhuc extant, nullam esse solutionem, quippe quae rem propriam requirit, ac proinde dominum numerorum eos vindicare posse: si vero commixti sint, denegat vindicationem, non propter commixtionem ipsam, quod in ea communitio esset, eoque cessaret vindicatio specierum, (alias enim aduersus accipientem saltim vindicationem generalem seu actionem communi diuidendo domino concedere debuisset,) sed propter consumptionem b. f. factam, quae commixtioni isti regulariter inest. CUIACIVS *L. 13. Obs. 28. VIN-*

explicatur
L. 78. ff. de
solut.

NIVS in *Comment. ad Inst. tit. de R. D.* III. Dn. THOMASIVS in *Scholiis ad Huber. Instit. de R. D.* hinc aduersus accipientem nullam tribuit actionem ICTus domino numerum, verum potius eidem actionem furti concedit aduersus soluentem, qui sc. dolo malo istos numos attrectauerat. An autem commixtioni quoque numerum vera insit communio, seposita *hac l.* ex principiis a nobis tradidis facile affirmari poterit.

In specifica-
tione.

§. XIIX. In doctrina de specificatione ad eosdem fere scopulos impegerunt ICTi Romani. Tantum enim abest, eos in eadem communionem, & ex regulis de communi diuidendo inter concurrentes partium dominos exitum quaesuisse, ut potius pro fundamento iterum acquisitionem supposuerint; quasi iterum principaliter id esset in quaestione, uter ex condominis partem alterius acquireret. In eo tantum inter Proculianos & Sabinianos dissensum fuit, materiae ne domino an specificatori noua species tribuenda esset. Sabiniani enim materiam pro re principali habebant, quam accessoria noua species seu forma sequeretur, & hinc rem specificatam assignabant domino materiae. Proculiani contra, formam tanquam rem principalem considerabant, cum ex ea diuidenda sit essentia rei, & dominium tribuebant ei, qui rei dederat formam. Vtebantur etiam alia regula, pro principali esse habendum, sine quo altera res esse non possit; sed cum eam in fauorem suae sententiae vtraque pars facere torquere posset, & sic inextricabilis fieret rei specificatae euolutio & diuisio, Tribonianus §. 25. *l. de R. D.* distinctione adhibita controuersiam definiuit, vtrum sc. noua species ad priorem & rudem materiam reduci posset, an secus: Priori in casu dominum materiae praesferendum ducit, posteriori specificatorem. An feliciori cum successu dubito: in plurimis enim casibus v. gr. si ex alieno metallo conficiatur opus artificiale,
vt

vt horologium vel instrumentum mathematicum &c. maxime iniqua foret haec decisio, quia facilius metallum quam opera artificis hic aestimari potest, ex qua ratione etiam Commentatorum plurimi Tribonianum notant & deserunt. Vnde nihil aliud superest, quam vt cum PVFENDORFIO L. 4. de I. N. & G. c. 7. §. 10. GROTIUS & aliis supra allegatis asseramus specificationi inesse communionem. In eo saltem specificatio differt a confusione & commixtione, quod in his modis ab utraque parte res fungibiles communicentur, vnde liberius etiam iudicis officium erit, cuiusmodi condominorum corpus confusum & commixtum adiudicare velit, si res alium exitum inuenire nequeat; at in specificatione res fungibilis communicatur cum re non fungibili seu opera artificis, vnde in iudicio diuisorio restrictius erit iudicis arbitrium, sic vt noua species plerumque specificatori sit addicenda, quia materia plerumque est res fungibilis Ill. Dn. THOMASIVS *Dissert. de precio affect. in res fungib. non cadente cap. 3. §. 41, 42, 43.*

§. XIX. Sed nec hoc tamen vniuersale est. Nam si quis *De eadem.* ex uuis, oliuis aut frumento meo, vinum, oleum aut panem, ex meo melle & vino mulsum confecerit; cur iste potius habeat ius ad hasce species, quam ego, ideo tantum, quod eas confecerit? Ergo recurrendum est ad communionem & regulas in diuisione rei communis receptas. Id enim proprie hic disceptatur, non, an cuius est pars maior, debeat lucrari partem minorem; sed quae via sit in eunda negotii expediendi, si duo ad dominium vnus rei concurrant, quam neque diuidere, neque communiter habere possunt, aut volunt. PVFENDORF. d. l. §. 10. Non foret difficile hanc materiam vterius illustrare exemplo adiunctionis, texturae, ferruminationis, adplumbaturae, in quibus omnibus Icti Romani iterum a vero fundamento alieni

veni in diuerfas partes discesserunt : sed ne terminos praescriptae nobis breuitatis excedamus , iis nunc superledere maluimus , imprimis , cum ex haecenus dictis de his etiam facile iudicium fieri possit.

Effectus
communio-
nis incidentis

§. XX. Diximus communionem incidentem esse speciem condominiumi. Ergo qui in tali communiōe constitutus est, omnes effectus veri domini exercet, modo legitime fuerit probata communiō : ea enim non praesumitur, quia est facti, nisi sit notoria, cum notorium omnibus probationibus efficacius sit. MASCARD *de probat. Vol. 2. concl. 1108. n. 1. seq.* PACIAN. *de probat. L. 1. c. 11. n. 45.* In exercitio tamen quam plurium effectuum incidens communiō in societatem degenerat. Interim *Effectus* quoque eius vel considerari possunt *respectu tertii*, vbi, si condominium vnus vel vterque a tertio turbetur, ille vel vterque se omni modo per remedia iuris in possessione sua tueri potest. Et quamuis regulariter improbatum est, sine iudice & priuata autoritate sibi operam ferre, ac propterea facultas pignorandi iure Rom. inter prohibita recenseatur *L. Quintus Matius 39. §. 1. ff. ad L. Aquil.* Moribus tamen Germaniae illa fere vbiuis inualuit v. MEVIVS *P. 1. Dec. 136. n. 1.* vnde priuato libertatem fundi sui pignoratione & arrestis defendere licet, per ea quae tradit CARPZOV. *P. 2. C. 27. def. 3. n. 4.* Ex quo & illud sequitur, etiam condominium hanc facultatem competere. An vero consultum sit, semper & vbiq; hoc remedio vti, imprimis vbi cum potentioribus nobis res sit, alia quaestio est, quae non est huius loci. Quodsi violenta aut dolosa contrectatione communis res a tertio ablata vel metu excussa fuerit, dubium haud est, quin condominium actio quoque furti, de vi bonorum raptorum, vel quod metus causa competat : quorum referendus vexatus casus, qui proponitur in *L. 31. ff. Locat. Conduct.* Quae-
rit

respectu ter-
tiii.

rit in ea ALFENVVS ICTus, si plures mercatores commu-
ne frumentum in vnam nauem consulto an ex accidenti
confudissent, & ita confusum nautae tradidissent vehendum;
hic vero vni ex mercatoribus, inconsultis reliquis, restituit ex
communi aceruo tot modios, quot dederat; postea naufragio
collisa nauis cum reliquo onere perierat: An non reli-
qui mercatores cum nauta oneris auersi actione experiri
possint? Erat autem introducta haec actio aduersus nautas,
qui onus vehendum conduxerant, sed alio auerterant aut
furripuerant. ICTus ad propositam quaestionem directe
non respondet, sed per remotionem, aut enim, ait, in hoc
locationis genere id actum, vt non idem sed tantundem a
nauta restitueretur, quae irregularis est locatio & domini-
um transfert in conductorem FRANCTZK *ad Tit. Locat.
Conduct. n. 28.* & tunc respondet, recte datum a nauta, h. e.
cessare actionem oneris auersi, quia reliqui actione ex con-
tractu suum a nauta repetere possunt, quippe qui in hoc lo-
cationis genere periculum rei in se suscepit. v. *L. 4. C. Locat.
L. 23. de R. I. CARPZOV. P. 2. c. 37. def. 21.* Sed de hoc
casu principaliter non quaerebatur. Hinc pergit ICTus, aut
frumentum nauis impositum separatim tabulis siue heronibus,
i. e. locis ad recipiendas fruges aptis, vt cum TVRNEBO
explicat REINOLDVS KVRICKE *Tr. de Jure maritim. Han-
seat. qu. 33.* suum cuiusque distinctum & separatum fuit: quo
casu, si suum cuique etiamnum distinctum nauta reddide-
rat, respondet, nautam oneris auersi actione non teneri,
quia vero domino nihil quicquam auertit aut distraxit. Quod
tamen secus sit, si alienum frumentum reddidisset, tum e-
nim non solum istam actionem locum inuenire, verum et-
iam domino vindicationem sui frumenti esse concedendam.
Sed nec hic casus proprie in quaestione erat, nam sic frumen-
tum permixtione nequidem confusum nedum aceruus com-

C

munis

munis factus fuit. Quid ergo, si, quod principaliter in quaestione erat, per commixtionem commune factum fuerit frumentum, nec locatio irregularis contracta sit? Sane sola confusione nauta dominus frumenti effectus haud est, nisi hoc specialiter actum. Unde hoc quoque casu ex mente ipsius ALFENI Icti & totius iuris analogia oneris auersa actio aduersus nautam habebit locum, quia cui res communis qua communis custodia fuit concredita, partem diuisam vni, inconsultis reliquis, reddere nequit.

*Inter ipsos
condominos,
aeque vel
communis.*

§. XXI. Effectus autem communionis incidentis *inter ipsos dominos vel communis* est, quo spectat 1) quod neuter sine alterius consensu quicquam de tota re communi, aut de parte eius *diuisa* disponere possit. L. 27. §. 1. in f. ff. de P. P. V. L. un. C. si commun. res pign. data sit. L. 28. ff. Commun. diuid. cap. 56. de R. l. in. 6. dominium enim rei communis *qua communis* apud quem cunque condominorum pro in diuiso est, eiusque exercitium condominis competit, vt vniuersis, coniunctim, simul & complexiue. Hinc rem communem totam pignori supponunt, non singuli, sed omnes coniunctim L. un. C. si commun. res pign. data sit, ibique BRVNNEM. in Commentario & IVL. PACCIVS in *Analysi*. omnes eandem vendunt. L. 68. ff. pro socio. L. 1. & 2. C. de commun. rer. alienat. ibique BRVNNEM. in Commentario. omnes eandem locant. THESAURVS Dec. 41. FROMMAN. *Dissert. de Condominiis*. §. 41. STRVV. *Decis. Sabb. C. u. Dec. 8.* quamuis si consensus condominorum ad locationem aut oppignorationem rei communis accesserit, communio incidens nunc alteretur, & in contractum societatis facto contractae spectatur, vt in simili exemplo obseruat FRANTZKIVS *Comment. ad tit. ff. pro socio n. 29.* & post eum B. Dn. Cancellarius noster HERTIVS *Diss. de societ. fact. contract. s. 1. §. 6.* Ceterum si condominorum vnus rem to-

*Et consistit
1.) in com-
muni alie-
natione.*

tam

tam alienauerit, alienatio ista quidem tenet pro parte indi-
 uisa, quae ad venditorem spectat; pro altera vero parte
 est nulla, nec traditio nocet socio *L. 4. C. de Commun. rer.*
alienat. idcirco is partem suam ab emtore, cui tradita fuit,
 recte vindicat. *L. 1. C. d. t.* ibique BRVNNEM. in *Comment.*
 emptor autem de euictione agit contra venditorem *L. ult. C.*
d. t. nisi emptor rem vsucceperit *d. L. 1.* vel fiseus rem vendi-
 derit *L. 2. C. d. tit. & L. uc. de vendit. rer. fiscal.* Illo tamen
 casu potest condominus, quasi ratam habendo venditionem,
 precium suae partis per vtilem N. G. actionem a venditore
 socio petere. *l. ult. ff. N. G.* vel actione communi diuidundo
Brunnem. ad L. 1. C. de Commun. rer. alienat.

*unitus enim
 alienatio rei
 communis
 pro alterius
 parte inuali-
 da est.*

§. XXII. II) Huic consequens est, vt, si alteruter in
 re communi qua communi aut parte eius diuisa quicquam
 priuatiue nec communi consensu agere praesumserit, alter
 eum prohibere possit. *L. 27. §. 1. ff. de S. P. U. L. 28. ff. Com-*
mun. diuid. per implorationem officii iudicis *L. 3. §. 1. & 2. ff.*
de N. O. N. actum impedire noui operis nunciatione *d. l.*
 STRVV. *Ex. 30. tb. 3. in f.* aut aliis quoque remediis vti
 possit, v. gr. actione quod metus causa, vel de vi bonorum
 raptorum. III.) Huc & illud spectat, vt in commune o-
 mnibus profuturum, communi etiam labore curetur, & eu
 in simili re loquuntur Imperatores HONORIVS & THEO-
 DOS. *L. 49. C. Theod. de oper. publ.* vnde communis rei refe-
 ctio communes etiam sumtus requirit *L. 4. C. de aedif. priu.*
 Et si vnus communes sumtus fecerit, eos pro rata repetit
 iudicio communi diuidundo *L. 4. in f. ff. Commun. diuid. L. 15.*
§. 18. ff. de damn. infect. Plane, si condominorum vnus do-
 mum communem ruinosam negligat, eamque sartam te-
 ctam conseruare nolit, ad alterum eandem reficientem iure
 domini illa transfertur, nisi socius intra quadrimestre tem-
 pus sumptus pro rata restituerit *L. 52. §. 10. ff. pro socio &*

*quin 2)
 alter alte-
 rum quic-
 quam in re
 communi
 priuatiue
 agentem pro-
 hibere potest.*

*3) in com-
 muni refe-
 ctione.*

*Qui domum
 communem
 ruinosam so-
 lus reficit,
 eam privati-
 ue acquirit.*

C 2

L. 4.

L. 4. C. de aedif. priuat. add. L. 46. ff. de damn. infect. BRVN-
NEM. in *Comment. ad L. 52. & 4. IULIVS PACIVS in A-*
nalysi Cod. tit. de aedif. priv. n. 7. Refectio enim ex natura ne-
gotii necessaria erat, & reipubl. intererat aedificia non de-
formari *L. Praetor ait 20. §. hoc interdictum 10. ff. de N. O. N.*
L. ad Curatoris 46. ff. de damn. infect. GAIL. de pignorat. *Obs.*

*idem obtinet
in lite com-
mune, quam
quis suis im-
pensis tra-
ctat.*

20. n. 5. Eodem modo & illud recepti iuris est, ut si quis li-
tem communem suis impensis tractet, confors autem im-
pensas pro rata refundere recuset, illi quoque, qui in lite
perfeueravit, sicubi vicerit, id quod in lite est, in solidum
iure dominii vindicetur BERLICH *P. 2. Dec. 194.* quia in re
communi vnus negligentia alteri fraudi aut detrimento esse
non debet. *L. 11. ff. de S. P. R. L. 2. & ult. C. quib. res
iud. non noc.*

*Hinc pen-
dent quae-
stiones:
Prima*

§. XXIII. Hinc pendent aliae quaestiones, quarum prima est:
*An, si condomini ultra dimidium in venditione rei
communis laesi fuerint, vni saltem ex illis, altero ces-
sante, remedium L. 2. C. de Rescind. Vend. competat?*
Quae ex allegata ratione iterum affirmanda, in re enim vel
actione communi, alteri per alterum iniquam conditionem
inferre non licet *L. 74. de R. I. L. 27. §. 4. in f. ff. de Pact.*
nec vnus repudiatio condomino vel socio in sua parte no-
cere potest *L. un. ibique Doctores C. quand. non pet. part. pet.
accresc.* quin huic vni non pro rata sed in totum, etiam
quoad reliquorum partes remedium *L. 2. indulgendum,* et-
iam si ius accrescendi inter condominos regulariter locum non
habeat; actiones enim indiuiduae sunt, & si vnus vel alter
liti renunciet vel ab ea desistat, eius saltem portio reliquis
accrescit BERLICH. *Decis. n. 9, 10, 12.* vbi in fine etiam prae-
iudicium scabinatus Lipsiensis annectit: *Habt ihr neben eu-
ren Geschwister und Mit-Erben G. N. ein Gut / neben
etlichen*

etlichen Aekern / Wiesen und Gehölz / so ihr von eures
Vatters Brüdern ererbet / umb / und vor 875. Gulden
verkauft / in welchem Kauff ihr / als die ihr weit entsef-
fen / und der Güter nicht kundig gewesen / über die Helfs-
fte verlegt zu seyn vermeint. Ob nun wol euer Mit-
Erben mit Euch nicht umbretten / noch sich dieser action an-
massen wollen / so mögen sie euch doch damit nicht prae-
judiciren / sondern ihr seyd dieselbe wieder obbenandten G.
N. vor euch allein auszuüben / wol besugt. D.R.W.

§. XXIV. Altera quaestio est: Si res communis communi
consensu vendita sit cum pacto de retrouendendo, si ceteri
retrouendere vel nolint, vel ob inopiam non possint, rem
alienatam solus reluere possit? Quam itidem ex iisdem
fere rationibus affirmamus, si retrouendere volens totum pre-
cium offerat cum impensis in vtilitatem rei venditae factis
v. CARPZ. P. 2. C. 1. def. 24. & 27. & cautionem quoque
offerat, de reuendendo partem socio, si is imposterum eam
redimere velit CARPZ. d. l. def. 11. Nam si condominus
pro sua portione tantum, ac ita non totam rem venditam
reluere velit, emtor partem istam retrouendere non tenetur
CARPZOV. P. II. C. 1. def. 11. STRVV. Ex. 23. ib. 44. Nec
obiicere priori casu emtor potest, quod facultas reluendi,
non condominorum vni, sed omnibus simul competat, nam
1) haec exceptio est de iure tertii, quae excipientem non re-
leuat. L. 4. §. 7. ff. si ser. vind. ibique Doctores L. 8. §. 1. v. sin
vero nullam C. de Praescript. 20. vel 40. annor. NATTA Consil.
419. Decif. 4. pr. 2) alteri condomino ius manet integrum a
reluente recuperare suam partem restituta pretii portione
L. 25. §. 10. ff. fam. herese. L. 2. §. 2. v. s. sed quo casu de V. O.
3) Per pactum relutionis initio contractus interpositum ipse

emtor primario ad rem restituendam obligatus est *L. 2. & 7. C. de pact. inter emt. & vendit.* ac illius nihil interest, an omnes focii; an vnus rem reluat, sufficit ipsi refundi precium. 4) Ex contraria sententia sequeretur, per negligentiam, contumaciam vel etiam inopiam ceterorum huic inuito damnum accrescere, qui in iure suo persequendo diligentior est, quod per iura fieri nequit. *conf. ANT. FABER Cod. Sabaud. L. 3. tit. 25. def. 9.* Ita autem non habet emtor de quo possit conqueri, qui non modo propter satisfactionem praestitam tutus est ab altero socio, sed & totum rei venditae precium recipit. *CARPZ. d. P. II. C. 1. def. 11.*

Effectus
particularis.
I.

§. XXV. Effectus communione incidentis particularis in eo consistit, I) vt sociorum vni non minus quam alteri re communi vti liceat *L. si ac des ff. commun. diuid. L. 52. §. item Mela pro socio. GROTIUS. L. 2. de I. B. & P. c. 10. §. 1. n. 2. PVFENDORF. L. 4. de I. N. & G. c. 4. §. 2. circa fin. IO. VINCENT. HONDED. Conf. 80. n. 33. B. Dn. HERTIVS. de Special. R. G. I. Rebus publ. sect. 2. §. 27.* Vnus non minus quam alter fructus lucratur, statim a tempore quo coepit communio, idque ipso iure §. 19. I. de R. D. FRANCISC. PFEIL *Conf. 58. n. 8.* Vnde duobus condominis siluam caeduum pro indiuiso possidentibus, alter eorum ligna pro sua parte, inuito quoque socio, caedere potest. *L. utique autem 16. §. culpa 1. ff. de R. V. L. arboribus 12. §. nouis 1. ff. de usufr. PFEIL Conf. 58. n. 7. GAILIUS de Pignorat. obs. 20. n. 9.* Alter autem vtilitatem intercipere aut vsum prohibere nequit. *L. 12. ff. commun. diuid. L. si aedes ff. commun. diuid.* Ex quo & illud sequitur, si duo fratres, aut focii communem domum habeant, eamque pro indiuiso possideant, alter autem eorum hanc domum solus inhabitet, quod is fratri pensionem praestare non teneatur. v. *GAIL. de Pignorat. obs. 20. n. 10.* In nullo autem condominus alterius conditionem deterio-
rem

rem reddere potest, quin in iis omnibus quae vsum & vtilitatem non respiciunt, aut ex natura negotii necessaria haud sunt, durante communione nemo quicquam facere potest invito altero, quia in re pari potior est causa prohibentis, *L. 28. ff. Commun. diuid. L. 11. ff. de S. P. R.*

§. XXVI. Ulterius ex condominio fluit, quemlibet ^{Effectus particularis II.} de parte sua *indivisa* pro lubitu posse disponere eamque alienare *L. 1, 2, 3. C. Commun. diuid. L. 13. §. 17. ff. de act. emt. L. 68. pro socio. L. ante 16. C. de iur. dot. L. portionem 12. C. de donat. STRVV. Exerc. 23. th. 26. circa fin.* etiamsi alter iam ad diuisionem prouocasset, nam ad illam, cum quocunque alio, qui rem acciperet, deuenire integrum est *L. 3. C. Commun. rer. alienat. modo alienatio fiat ante litem contestatam L. false 3. C. Commun. rer. alienat. L. 1. in f. C. Commun. diuid.* quia post litem demum contestatam res fit litigiosa, eoque alienari prohibita. *L. f. §. 1. inf. C. de litigiosis.* In praxi tamen litigiosi vitium citius contrahitur, simul ac ad iudicium prouocatum fuerit, quorsum respicit *MEVIVS P. 7. D. 44. n. 4.* Eodem domini iure, quilibet condominorum partem suam *indivisam* alteri donare potest *L. 12. ff. de donat. aut legare L. 5. §. 1. ff. de Legat. 1. ac per testamentum de eadem disponere L. 1. C. Qui test. fac. poss. obligare itidem L. 1. ff. Commun. diuid. & alii in feudum dare II. Feud. 58. §. 2. at seruitutem pro sua parte rei communi imponere nequit, quia seruitus est individua. *L. 19. ff. de S. P. R. L. 2. ff. de Sernit. L. pro parte 11. eod. L. viae 17. de seruit. L. usque 19. de usu & habitat. L. stipulationum 2. §. 1. L. stipulationes 72 pr. de V. O.* Illud tantum in quaestione est, *Quodsi in extraneum fuerit facta rei communis pro parte alienatio, an ius protimiseos socio competat?* Videtur hoc affirmare *MEVIVS P. 7. D. 205. n. 6. & alii.* Sane veteri Rom. iure id ius incognitum prorsus fuisse infinitae nos docent*

docent leges Pandectarum. v. L. 43 ff. *fam. hercis. c.* L. 3 21. ff. *Commun. diuid.* L. 7. 9. 11. 14. 16. 19. 21. 23. 31. 35. 45. 47. 51. 55. 57. ff. *pro socio.* L. 13. ff. *de praescript. verb.* L. 5. ff. *solut. matr.* eo quoque pertinet Plinii locus L. 7. ep. 11. qui agri hereditarii quincuncem sibi delatum vendiderat. *Supereſt, inquit, ut coheredes aequo animo ferant, ſeparatim me vendidiſſe, quod mihi licuit omnino vendere.* Imo ne Diocletiano quidem imperante ius iſtud obtinuiſſe docet L. 3. C. *de commun. rer. alienat.* *Falſo tibi perſuaſum eſt, ait, communis praedii portionem pro indiuiſo, antequam communi diuidentio iudicium dicitur, tantum ſocio, non etiam extraneo poſſe diſtrahi.* Et tamen Imperatores VALENT. & THEODOSIVS in L. *dudum pen. C. de contrah. emt. vendit.* mentionem faciunt legis alicuius, qua proximis & conſortibus ius protimiſeos conceſſerit, quam ipſi iterum abolent & caſſant: *dudum, inquit, conceſſum erat: & iterum expreſſius adhuc ſuperiore lege caſſata.* Quamdudum vero, lex non ait: neque ex eo fatiſ ſciri poteſt, quia vox dudum incertum limitem habet, & vel paucos retro annos ſaepe denotare ſolet; quod ex IAC. GOTHOFREDO docet STRAVCHIVS *Lexico particul. Iur. voce: dudum.* Vnde erudite demum conicit laudatus GOTHOFREDVS in *Commentario ad L. 6. C. Theodof. de Contr. Em.* Conſtantinum M. huius antiquatae legis auctorem forte fuiſſe, qui exemplo Moſaici iuris id ius protimiſeos in republ. quoque Romanam & Chriſtianam inuexerit, & ex ſingulari fauore, quo conſortes & ſocios alibi quoque complectitur, ad hos etiam id protraxerit. Hoc quicquid ſit, ex dictis patet, non diu id ius apud Romanos viguiſſe. Vnde de iure quidem Romano ſociis ſeu conſortibus protimiſin in rei communis alienatione optima cum ratione denegamus. Iure enim naturali quilibet eſt rerum ſuarum moderator & arbiter: cuiuſlibet libera alienatio: & hinc ius retractus eo nomine odioſum, quia hanc libertatem reſtringit.

git: Cumque apud Romanos ius istud protimifcos obtinuit inter conuicatos *L. vi. C. non licere habitatoribus Metrocomiae* &c. tum in auctione bonorum *L. cum bona 16 ff. de reb. aut. iud. poss.* item ex pacto *L. qui Romae 122. §. coheredes 3. ff. de V. O. L. 16. de pactis. L. 75. de contr. emt. L. 21. §. 5. de act. emt. & in Emphyteusi *L. vi. C. de Iure Emphyteutico*; nulla tamen vel in Pandectis vel in Codice lex allegari potest, qua socii seu condominis id tribuitur. Hinc nobis iura singularia & odiosa extendere nefas. *MODESTIN. PISTOR. Vol. 1. conf. 29. n. 4. KILLING de Ganerbiis Disc. 8. n. 109. CARPZOV P. 2. C. 31. def. ult. vbi praedictum adfert.* Per Constitutionem tamen Friderici Imperatoris protimifcos socii concessa legitur, quae consuetudinibus locorum inprimis Germaniae passim recepta, *B. Dn. STRYK de C. C. sect. 3. c. 4. §. 10.* quamuis non vniuerse, vt monet *STRVV. Ex. 23. th. 55. in fin.**

§. XXVII. Quia condominos in communione incidente non pactum continet, non consensus aut tractatus habitus, patet ex eodem iure domini, III) eosdem vel priuata diuisione posse defungi, etiam absque scriptura *L. 2. C. fam. hercisc. L. pen. C. commun. diuid. IVL. PACIUS Analys. Codicis d. tit. n. 5.* Si sic res exitum habere nequeat iudex adendum, coram quo iterum quilibet pro lubitu & quocunque tempore ad diuisionem prouocare potest, actione communi diuidendo *L. 2. L. fin. ff. commun. diuid.* vel familiae herciscundae: haec enim proprie iis competit, qui communem hereditatem possident. Hae autem actiones ratione originis reales sunt *L. 1. ff. commun. diuid.* quia ex condominio oriuntur, iisque condominus generaliter vindicat suam rei communis partem, quam pro indiuiso hactenus cum altero possederat. *L. 4. pr. ff. d. tit.* Hinc est 1) si quis rei communis partem suam alienauerit, cum nouo deinde domino esse agendum iudicio communi diuidendo, non cum eo qui

Effectus
particularis
III.

D

alie-

alienavit, nisi propter praestationes personales. MEVIUS
P. 7. Dec. 44. Vltcrius inde fluit 2) quod in hac diuisione
 quaelibet inaequalitas, etiamsi modica sit, & ad medieta-
 tem seu vltra dimidium non pertingat, resarci debet.
L. 3. C. Commun. vtriusque iudic. & L. 38. ff. fam. hercisc. PE-
 REZ. *Tit. C. Commun. vtriusque iud. n. 4.* TVLDEN *ad eundem*
n. 1. MOLINAE *ad Consuetud. Paris. tit. 1. §. 33. n. 22.* BERLICH.
Dec. 146. & GAIL. 2. O. 139. n. 3. & 4.

Communio
 nostra an
 quasi con-
 tractus?

§. XXVIII. Diximus communionem nostram inci-
 dentem esse speciem dominii, & actionem communi diui-
 dendo, eo quod ex communiione oritur, realem esse.
 Quomodo igitur Imperator in §. 3. & 4. l. de Obl. quae quasi ex
 contr. oriuntur communionem nostram ad quasi contractus
 referre potuit, a quibus eam differre & nos quoque supra
 §. XI. inuimus? Scilicet communitio proprie est ius in re: sed
 in solitaria demum rei communis administratione est quasi
 contractus; nam qui rem communem administrat, ex ipso
 facto alteri obligatur ad praestationes personales, lucri scil.
 diuisionem & damni reparationem. Cumque vna eadem-
 que actione communi diuidendo & rei communis diuisio &
 praestationes quoque istae personales petantur; hinc est,
 quod ea a Doctoribus *mixta* dicitur. *Realis* quidem, qua-
 tenus oritur ex communiione seu iure in re, & ad diuisionem
 tendit: *personalis* autem, quatenus ex quasi contractu seu
 solitaria rei communis administratione descendit, & perso-
 nales praestationes persequitur, quo respectu etiam finita
 communiione iudicium communi diuidendo adhuc obtinet
 & durat, *L. 6. §. 1. ff. commun. diuid.* Igitur qua personalis est
 haec actio, ea condominus pro rata repetit omnes prouen-
 tus, ex re communi a condomino solo perceptos, omnis-
 que lucri participationem. *L. 3. pr. L. 4. §. 3. L. 6. pr. ff. L.*
pen. C. d. tit. Datur eadem ad resarcienda damna dolo vel
 culpa

culpa condomini data *d. L. penult.* vt si forte arbores ex communi fundo exciderit, commune quid destruxerit. v. *L. 8. §. 2. L. 10. pr. ibique BRVNNEM. ff. commun. diuid.* vel si impensas in rem communem vnus fecerit, ad eas pro rata repetendas. *L. 4. §. 3. L. 14. §. 1. ff. L. 4. C. d. tit.*

§. XXIX. Ex dictis, quale sit iudicis officium in his iudiciis diuisoriis facile perspicitur. Sequatur imprimis voluntatem litigantium *L. 21. ff. commun. diuid.* qui priuata quoque diuisione defungi poterant. Si eorum voluntas in vnum redigi nequeat, iudicis officium arbitrarium est, pro diuersitate communionum, & variarum in iis circumstantiarum, in quibus semper aequitatem sectetur. *L. pen. C. commun. diuid.* Secundum eam, quae diuisionem recipiunt, diuidat. In indiuisibilibus alterum alteri inuito in adiudicatione haud praeferat, nisi quis maiorem forte partem in re communi habeat, exemplo rei ex donatione communis. *L. 34. C. de donat. ibique BRVNNEM.* Quod si tamen hoc quoque casu alter maius precium obtulerit, is eidem praefendus, vtut maiorem partem habenti *CARPZOV. P. 3. C. 15. def. 34. BRVNNEM. Conf. 88.* In rebus ex hereditate communibus frater praefertur sorori, ex peculiari fauore familiae. *MEVIVS P. 2. D. 51.* Alias vel res sorti committenda, vel plus licitanti addicenda, etiam extraneo. *MEVIVS P. 4. D. 397. n. 3, & 5.* vel alternatio quoque concedenda, vt vsusfructus rei alternis annis coheredibus adiudicetur, quod solet dici *die Mutschierung.* v. *BESOLD. in Thesaur. practico sub illa voce.* Aut etiam vni rem tradat, qui ceteris annum aliquod persoluat: Aut extraneo locet, qui singulis annuam mercedem pendat, quales modi maxime in feudis, quae diuidi nequeunt, vsitati, vt testatur *COTHMANN Vol. III. Resp. 14. n. 11. Vol. IV. Resp. 3 n. 149.* Quae in re, vt aequalitatem eo exactius obseruet iudex, sequatur iudicium eorum, qui rerum

Iudicis officium in iudiciis diuisoriis.

communium situm, prouentus & alias circumstantias ex longorū usu vel earundem forte possessione & administratione cognitae & perspectas habent. *L. quisquis de Rescind. Vendit. WESSENBEC Part. 1. Conf. 23. n. 41. COTHMANN Vol. VIII. Resp. 14. n. 10. conf. VLR. ZASIVS L. 2. Conf. 20. n. 47.*

§. XXX. Quae personalis est haec actio, iudex quoque ad praestationes personales condemnet, eoque intuitu iubeat rationes reddere eos, qui rem communem solitarie administrauerunt. In iudicio *sam. hercisc.* in specie, coheredes conferenda conferant, & denique separatio honorum, si diuersae indolis sint, fiat. His enim expeditis & determinatis demum partes hereditariae constitui possunt. In *confusione* iudex videat, an vnus tantum facto aut voluntate ea facta sit; nam tunc, si per confusionem res deteriorata sit, aequum sane est, ut confundens debeat alteri praestare rei deterioratae precium, & solus damnum pati. Ill. Dn. THOMASIVS *Not. ad Inst. Tit. de R. D.* An iudex in hac & similibus causis bonam quoque fidem attendere debeat, controuersum est. Ius Romanum eam neglexit, vnde ICtos Romanos nonnulli notant. v. HVBERSVS in *Praelect. ad Inst.* Sed praeter rationem, ut videtur. In his enim modis res communis fit, non propter b. f. aut iustum titulum, sed propter necessitatem. v. post BACHOV. WISSENBACH. STRVV. *Ex. 41. t. b. 31.* quia res alium quam communionis exitum habere nequit. Ill. Dn. THOMASIVS in *Scholiis ad Huber.* Neque etiam statim propter malam fidem quis dominium suae rei amittit. Vnde m. f. quoque specificatori, nisi animus donandi vel delictum v. gr. furtum concurrat, aestimationem operarum solui aequum est.

FINIS



85 A 6388

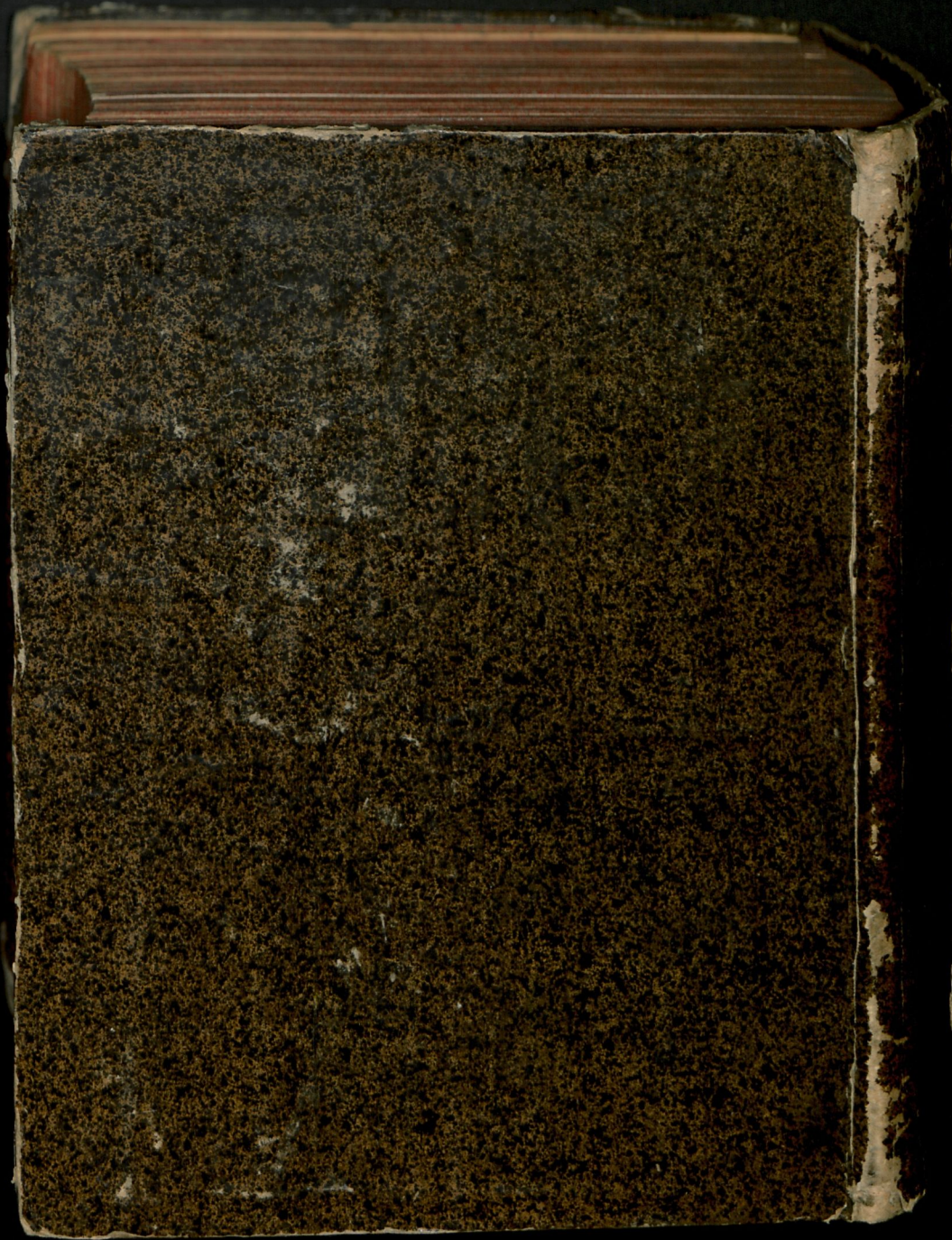
ULB Halle

002 910 411



3





28

DISSERTATIO IVRIDICA
DE
COMMVNIONE
INCIDENTE,

QVAM,
SVB
PRAESIDIO
IO. FRIDERICI *Raysers*/

I. V. D. ET P. P. EXTR.

IN
ALMA LVDOVICIANA,
PVBLICO OPPONENTIVM EXAMINI
SVBMITTIT

AVTOR ET RESPONDENS
WILHELM ELIAS *Schmol*/
DICTVS *Eysenwerth*/
DARMSTATINVS,

AD DIEM
XVII AVGVSTI *clo 1800* XIX.

GISSAE,
TYPIS IOANNIS MVLLERI.

