

Landesbibliothek Oldenburg

Digitalisierung von Drucken

Dissertationvm Atqve Programmatvm Crellianorvm

Hendel, Johann Christian Hendel, Johann Christian

Halae ad Salam, 1776

VD18 90544285

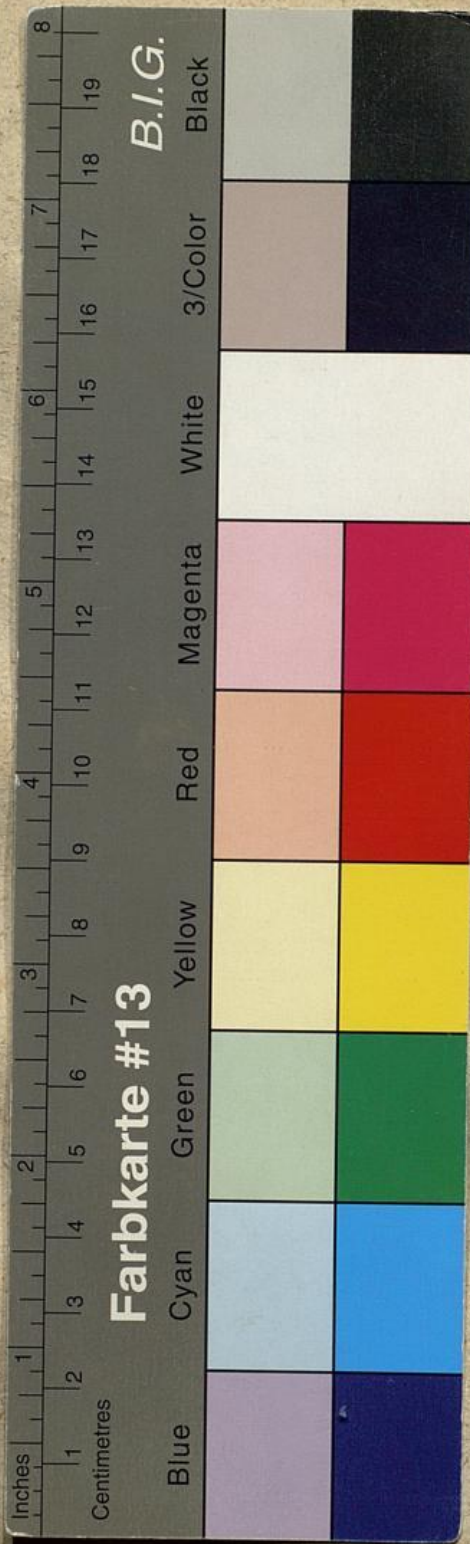
urn:nbn:de:gbv:45:1-13884

DISSERTATIONVM
ATQVE
PROGRAMMATVM
CRELLIANORVM
FASCICVLVS VI.



HALAE AD SALAM
TYPIS ET SVMTV I. C. HENDEL.
1776.





Index diff. huius fasc.

- XLI. Obseruatt. ad L. 6. D. de transact. *Quando efficaciter de testamento transigatur non inspectis tabulis*, defend. Io. Gottl. HAHN Longosallissa-Thuringus Vit. d. Oct. 1739. pag. 897
- XLII. *De usufructu praedii voluntarii; ad L. 13. §. 4. D. de usufr. disp.* auct. Io. Fr. PACKBVSCH. Lipsiensis. Vit. d. 22. Dec. 1739. 905
- XLIII. Obseruatt. ad L. 195. D. de verb. signif. *de his quae familiae relictæ sunt*, defend. Io. Gottl. STOCKMANN Kuhnitzsch. Misn. Vit. d. Aug. 1740. 931
- XLIV. Progr. inaug. *de immunitate & vacatione a muneribus*, summos vtr. iur. hon. Io. Chrst. SCHVMANN Dresdens. aduoc. immatric. & not. publ. caesar. conferendos ind. Vit. d. 21. Nou. 1740. 942
- XLV. *De iure viuariorum; von Thier-Gärten*, disput. Io. Gottl. Frid. PEZOLTVS, Islebientis. Vit. d. Dec. 1740. 945
- XLVI. Progr. inaug. *de iure bagarum & viuariorum apud Germanos*, Summos vtr. iur. hon. Io. Gottl. Frid. PEZOLT conferendos ind. Vit. d. 28. Dec. 1740. 978
- XLVII. *De ignorantia facti proprii interdum innocua; ad L. 22. pr. D. de condict. indeb.* disput. Ge. Frid. PECKOLDVS, Schenkendebriensis. Vit. d. Mart. 1741. 983
- XLVIII. *De tutore aneclogisto & quando rationes tutelae reposci nequeant; ad L. 5. §. 7. D. de administ. & periculo tutor.* disput. Io. Frid. OTTO, Sorbigiensis Misnicus. Vit. d. Iun. 1741. 1006
- XLIX. Obseruatt. *de cautela Socini & quando illa sit inutilis*, defend. Chr. Frid. MEYER. Iutreboc. Saxo. Vit. d. Aug. 1741. 1027
- L. *De deposito cum fideicommisso utili ut res post mortem deponentis tertio restituantur; ad L. 26. D. depositi, & L. 77. D. de legat. 1.* disput. Carol. Frid. RICHTER. Vitembergensis. Vit. d. Iul. 1742. 1041
- LI. *Quomodo legatum nuda voluntate adimatur; ad L. 3. §. 11. D. de adimend. vel transfer. leg.* disput. Ioann. Chph. HEMPELIVS, Lengenfeld. Variscus. Vit. d. Iul. 1742. 1064



XLI.

OBSERVATIONES
AD L. VI. D. DE TRANSACTIONIBVS.QUANDO
EFFICACITER DE TESTAMENTO
TRANSIGATUR
NON INSPECTIS TABVLIS.

VITEMBERGAE, AD D. . OCT. A. Q. S. P. E. MDCCXXXIX.

§. I.

Semper existimaui, neminem, cui non sui liberi heredes sint, facile *Secretum vl-*
appulsurum esse animum *ad testamenti factionem*, nisi congenita *libido timarum vo-*
illa *imperandi* homines, etiam mortis cogitatione perturbatos, aliquando *luntatum*
rangeret, & excitaret, vt, cum viui imposterum non possint, tamen mortui
præcipiant, quo rex illorum voluntate & sententia administretur. Sed idem
illud *imperii sempiterni* studium effecit, vt supremum iudicium plerumque
testatores *in occulto* habeant, raro palam illud nuncupent, & fere, remotis
arbitris, nemine, nisi fidissimis certissimisque testibus admissis, pronuncient,
& omnino malint illud ignorari. Enimvero, non solum *plus fere veneratio-*
nis, quod TACITVS ^{a)} ait, inest rebus illis, quæ *secreto & silentio* teguntur,
sed magis etiam studia et expectationem hominum erigunt, quæ, cum soli-
cite occultentur, ad spem magnam & prosperrimos euentus comparata esse
videantur. Quandoquidem enim, si IUVENALEM audiamus, ^{b)} iucundum
& carum *sterilis* facit *uxor* amicum & tanto magis incenduntur atque exarde-
scunt studia illorum, qui etiam de morituris bene mereri cupiunt, quanto
se facilius gratiam inituros & operæ pretium facturos esse, confidunt, vt ^{c)}

— — — *turdus deuolet illuc*
Res ubi magna nitet domino sene; dulcia poma,
Et quoscunque feret cultus tibi fundus honores
Ante Larem gustet venerabilior Lare diues.

^{a)} TACIT. histor. IV. c. 65 in fine.
^{c)} HORAT. L. II. sat. 5. v. 10 sqq.

^{b)} IUVEN. sat. V. v. 140.



denique homines cupidi omnibus blanditiis atque artibus expugnare studeant ingenium domini locupletioris, cuius hereditas sperari possit; res ipsa suadere visa est, ut sustentarent testatores spem illorum aucupum *arcano* supremæ voluntatis, & folicite cauerent, ne intempestive ab illis, intelligeretur,

Nil sibi legatum, præter plorare, suisque. d)

Merebatur enim horum improbitas, ut lepidissime deluderentur. Igitur aliquando non solum non scripti sunt heredes, qui spem hereditatis capiare videbantur; sed sæpius etiam testamento exheredes esse iussi sunt, quamvis per se nullo iure legitimo hereditas ad ipsos pertineret, & præteriri potuissent: imo vero interdum etiam scripti sunt, sed cum *conditionibus*, quæ spem hereditatis vel interuerterent, vel incommodis non exiguis pensarent. Hoc certe testatori illi apud PETRONIUM ARBITRUM ^{e)} in mentem venerat, qui omnes amicos suos legata hac conditione percipere iusserat, si corpus eius in partes concidant, & adstante populo *comedant* in foro: „Admoneo enim“, inquit, amicos meos, ne reculent, quod iubeo, sed quibus animis deuouent „spiritum meum, etiam corpus consumant. De stomachi vestri recusatione „non habeo, quod timeam. Sequetur imperium, si promiseritis illi, pro „vnius horæ fastidio, multorum sestertium pensationem:„ Imo vero, auctim affirmare, non alio fere consilio excogitatas esse tot conditiones *ridiculas & impossibiles*, quæ apud omnes alias gentes inauditæ, sed a scitissimo post hominum memoriam populo in primis frequentatæ, & plurimis vere legatis & institutionibus a Romanis adjectæ sunt, quam, ut deluderetur auaritia illa *captatorum*, qui dignissimi erant, ut ipsa sententia & horrore conditionis a spe lucri præsentissimi depellerentur. Donec tandem obtinuit, ut conditiones illæ, salua testamenti sententia, pro *non scriptis* haberentur.

Igitur apparet, non exiguam partem testamenti ad decipiendam spem importunam captatorum fuisse comparatam. Sed hi ioci desiderabant *silentium*, & *occultationem tabularum*, ut risum pararent amicis suis testatores, differendum in tempus illud, quo post mortem suam tabulæ aperirentur. Accedebat, quod ne illis quidem satis testatores confiderent, quos *serio* vocabant ad hereditatem, sed timerent sibi a cupiditate illa hominum, qui fructum futuri temporis *habere* omnino malunt, quam diu *expectare*; ut, si non callidum, tamen magis tutum esset, & minus periculi haberet consilium illud *occultandæ supremæ voluntatis*.

Extremo, quosdam testatores suppudebat etiam ineptiarum, quorum plerumque plena erant testamenta: ut mallerent illa occultari, ad tempus illud, ubi ipsi non amplius erubescerent.

Quæ

d) Id. ib. v. 69.

e) PETRON. satyric. c. 141.



Quæ cum ita sint, recte aliquando HEINSIVS ^{f)} derisit Trimalchionem illum apud PETRONIVM ^{g)} qui illud, quod nemo sanus facere solebat, ausus est, & ingemiscente familia, iussit afferri testamentum, atque *viuus* illud totum *recitavit*, inter pocula, idque ideo se facere subinde affirmavit, ut familia iam nunc ita ipsum amet, tanquam mortuum. Quasi faueamus ineptissimo custodi prædæ, quæ, illo remoto, nobis debeatur.

Certe non nisi homines simplices; aut qui optime sperare possent de heredum suorum bonitate, aut profecto non *serio*, sed vel iactationis, vel tentandæ illorum cupiditatis causa, aliquando *viui* proferebant testamenta. Illud HORATIVVS FLACCVS subodoratus est, qui monet heredem cupidum, ne testamentum inspiciat, quamvis oblatum sibi, sicut legeret, a testatore. Ita enim ille: ^{h)}

Qui testamentum tradet tibi cunque legendum,
Abnuere, & tabulas a te remouere, memento,
Sic tamen, ut limis rapias, quid prima secundo
Cera velit versu: solus, multisne coheres,
Veloci percurrere oculo.

Vt appareat, non satis tutam & sinceram fuisse illam facilitatem testatorum, qui *viui* testamenta proferebant. Sapienter igitur prætor iudicauit, commune vorum esse testatorum, ut *occultentur* ipsorum iudicia, & in secreto habeantur, donec ipsi satis fuerint defuncti. VLPIANVS enim l. 2. §. 4. *D. testam. quemadm. aper.* auctor est, si *dubitetur*, virum *viuat*, cuius quis testamentum inspicere & describere velit, prætorem causa cognita statuere: ut, si liqueat, *eum viuere*, non permittat *inspicere tabulas*, aut signacula, aut quæ pertineant ad testamentum. Ex eodem fonte proficiscitur, quod, secundum PAVLLVM ⁱ⁾ atque MARCIANVM, l. 1. §. 5. *D. ad leg. Cornel. de falsis*, & l. 38. §. 7. *D. de poenis*, poena legis Corneliæ omnino teneantur, qui *viui testatoris tabulas aperuerint*, ut humiliores ex hac causa in metallum damnari, honestiores in insulam relegari possint. Tam indignum videbatur illud facinus, si quis inuolaret *in secretum* voluntatis *viui* testatoris.

Cauet igitur prætor, ne facile *aperiantur viuorum testamenta*. Imo vero, ne *mortuis* quidem testatoribus temere festinat prætor, ut aperiantur. *Pupillares* certe tabulas, quibus substituti liberis dabantur, quamuis non fuerit adscriptum a testatore, ne aperirentur, tamen, si seorsim signatæ sint, prætor, non nisi causa cognita, permittit aperiri. l. 8. *D. testam. quem. aper.* Aperte etiam DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS l. 3. *C. quemadm. testam. aper.* obtemperant testatoris voluntati, ut, ne ipso quidem mortuo, pars illa, quam testator *aperiri vetuit*, inspiciatur. Vt

A 2

taceam

^{f)} HEINSIVS ad Petronii satyric. c. 71.

^{g)} PETRON. arbitr. satyric.

^{h)} HORAT. II. sat. 5. v. 51.

ⁱ⁾ PAVLI. V. sent. 25. §. 6.



taceam, quod SCto cautum est, ne *occiforum* aperiantur testamenta, priusquam quæstio de nece defuncti habeatur. l. 3. §. 18. D. de SCt. *Silanian.*

§. II

Inspectio testamenti.
Favor transactionum de successione.
Facilius ta-
men transi-
gitur de ne-
gotiis inter
vivos quam
de mortis
caussa.

Satis prouidenter igitur prætor custodit & occultat viuorum testamentum. Sed non minus diligenter atque circumspecte dat operam, vt aperiantur aliquando defunctorum iudicia suprema, ex ipsorum voluntate. Pollicetur enim, si GAIUM audiamus, l. 1. pr. D. testam. quemadm. aper. omnibus, quicunque desiderant tabulas testamenti inspicere, inspiciendi describendi que postetatem se facturum. Ideoque VLPPIANVS, l. 2. pr. eod. testamenti tabulas, ait, non vnius hominis instrumentum esse, sed vniuersorum, quibus aliquid adscriptum est, & publicum omnino instrumentum. Caussatur enim PAVLLVS l. 5. D. eod. quod publice expediat, suprema hominum iudicia exitum habere.

Sed, quanto maiori cautione vtebantur prætor atque testatores, tanto callidius euertebantur testamenta artibus illorum, qui ad successionem vocabantur. Malebant enim fere multi minimo transigere, quam expectare, vt inuidia aut simplicitate testatoris deludantur. Sæpius ineptiæ luculentæ testatorum, in supremis voluntatibus imprimis frequentatæ, necessitatem aliquam inponebant illis, quibus aliquid relictum erat, vt pactione finirent controuersiam & difficultates, ex quibus, si sequerentur testatorem, se nunquam extricaturi videbantur. Hoc enim intelligitur ex stipulationibus, quæ ex SCtis, PEGASIANO & TREBELLIANICO, interponebantur.

Igitur, quamuis prætor credat, ad partes suas pertinere, vt defendat defunctorum voluntates, tamen permittit, vt transigatur aliquando de testamentaria successione. Occurrunt enim eiusmodi species sexcentæ. SCÆVOLÆ certe l. 14. D. de transact. præfert partium transactionem ipsi supremæ voluntati testatoris, & si controuersia inter scriptum & legitimum heredem transactione finita fuerit, non heredem scriptum, sed vtrumque, pro parte illa, quam transactione expresserint, a creditoribus conueniendum esse, ait: vt intelligatur, prætorem non difficilem fuisse, in admittendis transactionibus, quibus controuersia ex testamento finiretur. Imo vero PHILIPPUS, itemque DIOCLETIANVS, tantum abest, vt non faueant transactionibus heredum de successione, vt potius laudent & commendent coheredum concordiam, quos plerumque necessitudo aliqua coniunxit, & odio immortalium controuersiarum, non permittant illis discedere a transactione, quam bona fide iniuerunt; vt ne obtentu quidem instrumenti nouiter reperti, si dolus malus abfuerit, transactionem rescindi patiantur. l. 10. & 19. C. de transact. Idem etiam SCÆVOLÆ placuit, qui, l. 78. §. 16. D. ad SCt. Trebell. quamuis, postea repertis instrumentis, appareat, quadruplo plus fuisse in hereditate, quam transactione esset comprehensum, tamen, si transactum

actum fuerit, nihil amplius peti posse, arbitratur. ANTONINVS etiam l. 2. C. de *transact.* si vel quaestio hereditatis nulla apud iudicem fuisset, tamen *transactionem* de successione ratam esse voluit: & l. 1. C. de *pactis*, propter incertum litis euentum, etiam de *fideicommissio* fratribus permittit efficaciter pacisci.

Igitur nemo dubitat, de controuersia testamentaria admitti facile transactionem, vt a testatoris voluntate discedatur. Quæ res effecit, vt BARTOLVS & IASON atque ALEXANDER ad l. 2. & 16. C. de *pactis* itemque GALLIVS ^{k)} maxime *propter exemplum*, sollicitè defendant coheredum pietatem, qui transactione potius, quam lite, controuersiam ex testamento finierunt: cum ipse etiam testator, ipsorum concordiam, quam dissensionem, maluisse videatur.

Sed, hæc utrunque fuerint, illud dissimulari non potest, *subtiliorem* esse interdum prætorem, & magis difficilem videri, si de *ultima voluntate* transfigitur, quam cum de *negotiis inter viuos* controuersia tractatur. Forte enim commotus est religione *Deorum manium*, quos sibi infestos iratosque fore suspicatus est, si quid contra testatoris voluntatem temere admittat. Certe *oratione* DIVI MARCI constitutum est, ne aliter transactio alimentorum rata haberetur, quam si auctore prætore facta esset l. 8. pr. D. de *transact.* Sed permittit tamen prætor, si VLPIANO fides est, vt, si *non mortis causa*, sed ex negotio *inter viuos*, debeantur alimenta, recte transfigatur, sine prætoris auctoritate & cognitione: vt prætor tantum interueniat, si *testamento* vel *codicillis* alimenta sint relicta. d. l. 8. §. 2. D. de *transact.* Forte, ne deterreantur viui testatores, & desinant esse liberales, si intelligant, eludi liberalitatem testatorum. Sed quamuis in illa causa propter exemplum, durior videatur prætor, tamen concedit, vt *causa cognita* de alimentis transfigatur, modo de causa, de modo, de personis, ex quorum conditione res inprimis æstimatur, coram ipso expositum fuerit, vt intelligat, *non inique transigi*, contra voluntatem testatoris.

Ceterum *generaliter* interdicit prætor, ne in testamentariis controuersiis aliquid *dolo malo transfigatur*, vt ille, cui aliquid relictum erat, magis *deceptus*, quam *pactus* esse, videri possit. Ita enim VLPIANVS rem interpretatur, l. 9. §. 2. D. de *transact.* Ex quo fonte etiam illud deriuatum est, quod secundum GAIUM l. 6. D. de *transact.* de his controuersiis, quæ ex *testamento* proficiuntur, non facile *transigi* permittat, nisi *inspectis cognitisque verbis testamenti*. De quo argumento, operæ pretium videtur, plura admonere.

A 3

§. III.

k) GAIL. II. obs. 139. v. 8. sqq.



§ III.

Dici non potest, quantas turbas dederint, qui auctore G A I O, l. 6. D. Transactio de transact. omnino nihil agi credunt, si, non inspectis tabulis, de controuersia, ex testamento oriunda, transigatur. Et profecto miror, idem etiam to non in- G A I L I O, l) M A N T I C Æ, m) S T R A V C H I O, n) S A N D I O, o) spectis tabu- BOE H M E R O, p) placuisse. Enimuero interpretes oppido falluntur, so iure nulla qui credunt, propter fauorem testamentorum, quæ, publice interfit, exitum sed subinde habere, prohiberi transactiones, quæ, non inspectis tabulis, in fraudem rescinditur testamenti, ineantur. Ausim affirmare, G A I O in mentem non venisse fa- uorem ultimarum tabularum, cum prohibuit, ne, non inspectis tabulis, de propter do- lum inpr- testamento transigatur. Enimuero, si necesse esset, vt obtemperetur testa- mento; profecto, ne inspectis quidem apertisque tabulis efficaciter transige- retur: cum magis fere, & apertius, voluntas defuncti eludatur, si tabulis apertis, contra eius voluntatem, transigamus. Sed, quod supra obserua- tum est, imperatores atque prætor, odio litium & controuersiarum, facile admittunt transactiones de successione, vt ne quidem ob nouiter reperta in- strumenta, qualiacunque demum sint, transactiones illæ rescindantur, si appareat, illas bona fide initas fuisse. Hanc enim solam P H I L I P P V S atque A N T O N I V S l. 10. & 19. C. de transact. desiderant, vt transactio testamen- taria subsistat.

Igitur, cum fauor testamenti non possit esse causa idonea, ob quam transactio, non inspectis tabulis inita, omnino infirmetur; ego quidem non video, quid vitii habeant transactiones illæ, nisi de dolo transigentium sub- inde suspicemur. Sed illa suspicio, quæ ex dissimulatione & neglectu tabu- larum oritur, non ita penitus certa & expedita est, quo minus illa dilui in- terdum possit, & transactio confirmari, quæ odio litium & controuersiarum paciscentibus placuit, priusquam tabulæ inspicerentur.

Igitur non videtur omnino nulla esse transactio, qua controuersia testa- mentaria, non inspectis tabulis, interdum finiuntur. Neque enim mouet me T H E O D O S I I auctoritas, qui l. 5. C. de legibus, inutilia & nulla esse ait, quæ lege fieri prohibeantur. Enimuero nego, prohibitum fuisse, ne, non inspectis tabulis, de testamento transigamus. Nunquam certe G A I V S d. l. 6. D. de transact. prohibuit, ne omnino, non inspectis tabulis, de testa- mento transigatur. Sed ait duntaxat, non posse aliter transigi, aut verita- tem exquiri, in controuersis, quæ ex testamento profiscantur, quam in- spectis cognitisque verbis testamenti. At vero, noli existimare, quod sim- pliciter, fieri illud posse, neget, si bona fide transigatur. Nimirum idem ille

d) G A I L. II. obs. 139. n. 10. m) M A N T I C. de tacit. & ambig. conuent. L. 26. tit. 2. n) S T R A V C H. apud Schilt. ex. 9. §. 7. o) S A N D E L. 4. tit. 5. def. 5. p) B O E H M. consul. T. II. P. I. dec. 59. n. 10.



ille GAIUS l. I. D. *testam. quemadm. aper.* quæ huic legi gemina est, eiusdem auctoris & libri, ideo aperiendas esse tabulas testamenti, præcipit, quia sine his exquiri veritas in controuersis testamentariis non possit. Ex quo loco manifestum est, GAIUM tractare de *difficultate* insigni, quæ obster transigentibus, si tabulæ nondum fuerint apertæ. Sed nullibi docuit, prorsus non posse exquiri veritatem, nisi tabulis apertis: nullibi præcepit, ut resuscitentur lites, quæ, non inspectis tabulis, transactione, bona fide, fuerint finitæ. Salua potius videtur auctoritas PHILIPPI atque ANTONINI, qui, propter nouiter reperta instrumenta, negarunt, transactionem bona fide initam, de controuersis testamentariis, obtentu testamenti infirmari. l. 10. & l. 19. C. de *transact.*

Imo vero, si a GAIO discedamus, manifestum est, sæpius admissam fuisse transactionem coheredum, qui, non inspectis tabulis, pacti fuerunt, de hereditate. SCÆVOLA enim l. 3. §. 1. D. de *transact.* tractat eiusmodi speciem: cum *transactio* propter fidei commissum facta esset, sed codicilli postea reperti, quos nemo *inspexerat* tempore transactionis. Respondet autem, non omnino nullum esse, quod inter partes transactum sit; sed *supplendum* tamen videri ex codicillis, quanto minus mater ex transactione esset consecuta. At vero expeditum est, non *suppleri* potuisse pactionem transigentium, si ipso iure nulla & infirmata videri potuisset.

Denique, res disputatione vix indiget, si VLPPIANVM audiamus, qui l. II. pr. D. de *except. re iudic.* rem iudicatam, ideoque etiam *transactionem*, quæ rei iudicatæ comparatur l. 20. C. de *transact.* non omnino nullam esse, ait, sed duntaxat, pro re nata, *rescindi* arbitratur, si mater antea, non inspectis tabulis, victa fuerit, cum postea, apertis pupillaribus tabulis, appareat, illam iure meliori venire ad hereditatem.

§. IIII.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, intelligitur, non omnino nullam esse transactionem, qua controuersia ex testamento, non inspectis tabulis testamenti, finiuntur; sed illam *rescindi* aliquando, inprimis propter *dolum*, quem vnice transactionibus obstat, supra fuit comprobatum. Neque tamen dissimulo, enasci aliquam *doli* probabilem suspicionem, si, non inspectis tabulis, ex quibus res commodissime & sine ambage potuisset definiri, de testamento transigatur. Itaque non sum alienus ab illorum sententia, qui aiunt, *rescindi* eiusmodi transactiones, nisi illa suspicio doli, aduersaria omnium transactionum, elidatur. Sed videamus, quando illa commode elidi possit. Et primo quidem non dubito, si aliunde parti vtrique cognita fuerit voluntas testatoris, & postea tabulis apertis intelligatur, transigentes probe perspexisse sententiam defuncti, cessare suspicionem doli atque circumventionis.

nis. Enimvero *CAIVM*, qui d. l. 6. D. *de transact.* non fauet his transactionibus, vnice hoc mouet, vt transigi non posse arbitretur, non inspectis tabulis, *quod veritas exquiri non posse videatur*, nisi inspectis cognitisque verbis testamenti. Sed finge, coheredes legisse testamentum, antequam aperiretur. Solebant enim, quod ab initio monuimus, solebant, inquam, aliquando, iactationis maxime, aut simplicitatis, causa, viui heredibus proferre & recitare testamentum: vt gener ille *Nasicae*, apud *HORATIVM FLACCVM*, *q)* qui

— — *tabulas focera dedit, atque*
Vt legat, stravit: multum Nasica negatas
Accepit tandem, & tacitus, cum murmure, legit.

Finge porro, testes loquacires enarrasse sententiam supremæ voluntatis, aut iudicem, cui exhibitum fuit apertum testamentum, aliquando prodere, quid iudicio defuncti statuatur. Nemo dubitabit, probabilem omnino ex his omnibus fidem fieri posse heredibus, de defuncti voluntate. Finge, igitur ita instructos accedere ad transigendum, atque sumtus & ambages illas timere, sine quibus tabulae supremæ vix aperiuntur. Expeditum est, *bona fide* rem a transigentibus administrari. Igitur ausim affirmare, *efficaciter* ab illis transigi; cum *non ignorauerint* defuncti voluntatem, & alieni sint a dolo, propter quem solum disceditur subinde a transactione.

Sed faciamus, deinde aperiri testamentum, & intelligi, non prorsus perspectam fuisse transigentibus supremam voluntatem. Sed magis est, vt dicamus, adhuc *valere vim transactionis*. Enimvero, neuter vacabit culpa; quod illam non penitus cognouerint: vterque neglexit potestatem inspiciendi testamentum, quam praetor liberaliter omnibus promittit, l. 1. pr. D. *testam. quemadm. aper.* Igitur *culpa sua* hoc damnum sentiet, qui minus ex transactione consequetur, cum non fuerit ab aduersario deceptus. Recte ergo *CELSVS* l. 12. D. *de transact.* non ferendum esse, ait, si quis generaliter de testamento transegerit, & postea causserit, se duntaxat partem priorem tabularum inspexisse: nisi appareat, postea demum repertos esse codicillos, de quibus antea non fuit cogitatum.

Extremo, faciamus. alterutrum transigentium omnino *non cognouisse* sententiam supremæ voluntatis, sed *finxisse* illam sibi cognitam & perspectam esse. Adhuc dicemus, illum *non deceptum* esse ab aduersario, sed *decipere* omnino voluisse, ideoque indignum iuris beneficio videri, sed subsistere transactionem. Video, etiam *MANTICA*, *r)* *ANTONIO FABRO*, *s)* *SANDIO*, *t)* *PEREGRINO*, *u)* *MERTIO*, *x)* atque aliquando etiam

BOEH.

q) HORAT. II. sat. V. v. 66. sq. *r)* MANTICA de tacit. & ambig. conuent.
 l. 24 tit. 24. n. 2. 3. *s)* FABER. cod. II. 4. 4. *t)* SANDE IV. §. 15.
u) PEREGRIN. de fideic. § 2. 21. *x)* HERT. resp. 94. p. 208. n. 2.



BOEHMERO, y) placuisse, vt valeat transactio, perspecta aliunde testatoris voluntate.

§. V.

Efficaciter igitur transfigitur de testamento, si partes non ignorent sen *Valeat trans-*
tentiam supremæ voluntatis. At vero quid dicemus, si verba testamenti non *actio si non*
fuerint perspecta, sed *vagi rumores* duntaxat ad nos peruenerint, ex quibus *principali-*
oriatur suspicio, de *re nostra*, aut *nobis obligata*, nullo iure suo, testatorem *ter de testa-*
in iudicio supremo legauisse: an valebit transactio, si, *non inspectis tabulis*, iure *mento sed de*
cum herede paciscamur, vt rem nostram, aut nobis obligatam, nobis resti- *transfiga-*
tuat, non obstante iudicio supremo testatoris. *mus. Idem*

Sed vix est locus dubitationi, quin in illa specie *efficaciter* omnino *tran-*
figamus. GAIUS enim in illa lege 6. D. de *transact.* quam saepius tetigimus, *ipso iure re-*
tunc demum aliquam difficultatem obicit, *si controuersia ex testamento pro-*
fisciscatur, vt, non inspectis eius verbis, transigi non possit. At vero expe-
ditum est, illam controuersiam *non ex testamento proficisci*, quæ ad ius ali-
quod, aliunde nobis acquisitum, pertinet, & decidi posset, quamuis nunquam
eius rei in testamento esset mentio iniecta. Caue igitur existimes, omnes il-
las controuersias confestim *testamentarias* videri, quas verbis quibusdam teti-
git testator, in suprema voluntate. Potuisset enim lepidum aliquod caput in
testamento de finibus Germaniæ non nihil fabulari; & oppido ineptum esset,
si quis credat, quod ideo non recte imperator transegerit cum Gallis, non
inspectis tabulis inficetissimi insipidique testamenti. Enimuero doli suspicio
obstabat transactionibus, quæ de controuersia testamentaria, non perspectis
testamenti verbis, ineuntur: quia probabile omnino videbatur, de industria
occultari testamentum, ne alter cognoscat, quid sibi fuerit adscriptum. Sed
cessat illa suspicio, si constet de iure nostro, quod nobis eripi non potuit,
quibuscunque tandem verbis testamentum fuerit perscriptum. Igitur placent
mihi HARTMANNVS PISTORIS, z) FACHINEVS, a) & CARPZOVIVS, b) qui
de iure nostro, & rebus alio iure nobis obligatis, efficaciter transigi omnino
posse arbitrantur, quamuis forte, in *stamento* de illis dispositum, intelli-
gatur.

Neque dubito, quin ita etiam sentiendum sit, si non de verbis, sed *de*
ipso iure testamenti, & vtrum valeat omnino testamentum, transfigatur. Et
hæc enim controuersia interdum decidi potest, quamuis verba testamenti igno-
rentur: vt, si status testatoris sit incertus, aut, si ambigatur, vtrum res illa,
de

y) BOEHM. T. II. P. I. resp. 95. p. 140. n. 8. 2) HARTM. PISTOR. P. IV.
q. I. n. 26. & q. 2. v. 45. a) FACHIN. V. controu. 85. b) CARPZ.
II. 35. def. 18. & 21.



de qua defunctus fuerit testatus, ad eius bona pertinuerit, ut habuerit de illis constituendi facultatem. Nihil video, quid prohibeat, quo minus illa controuersia, tabulis omnino non inspectis, transigatur.

Sed videntur VLP IANVS l. 1. §. 3. *D. de tab. exhib.* itemque AFRICANVS l. 6. pr. *D. ad leg. Cornel. de fals.* in partem contrariam abire, qui illud etiam *testamentum, quod non valeat*, exhibendum esse, aiunt, ut inspiciatur. Nihil tamen moueor, ut a sententia discedam. Neque enim omnia instrumenta, quorum *inspiciendorum* potestas dari potest, sunt impedimento, quo minus recte transigamus, quamuis illis non inspectis. Nimirum *stricte* interpretamur legem 6. *D. de transact.* quae transactionibus, quarum maximus fauor est, iniicit difficultatem, adeoque merito accipitur pro *odiosa*.

§. VI.

An renuncia-
ri possit in-
spectioni ta-
bularum.

Non potest igitur esse obscurum, quin de *iure nostro*, quod aliunde, quam ex testamento, proficiscitur, transigere possimus, quamuis non inspectis tabulis supremæ voluntatis. Superest, ut de ipsis *controuersis testamentariis* admoneamus, quae pactione finiuntur, quamuis testamento non aperto; imprimis, si uterque contrahentium diserte *renuncient inspectioni tabularum*.

Neque vero dubito, quin ita efficaciter subinde transigatur, si de dolo alterutrius partis non appareat. Enimuero infirmantur interdum eiusmodi transactiones, quod sæpe obseruatum est, propter *dolum probabilem*, & quia *decepto* competit exceptio, *transactionem ad non cogitata non extendi*. Sed permittit ALEXANDER, ut de *dolo* in ipsa etiam transactione transigamus, l. 4. *C. de transact.* Neque quisquam deinde obiiciet, se non cogitasse de verbis testamenti, cum diserte renunciauerit sententiæ supremæ voluntatis, quamuis ignoratae. Ut mirer quid HERTIUM c) adduxerit, ut in partem aduersam dispuet.

Res minus habet dubitationis, si renunciatio iureiurando fuerit firmata. Frustra enim BOEHMERVS Justiniani fidem, d) ex l. 13. *C. de reb. cred.* inuocauit, qui eo loco, non de renunciationibus, sed de manifesto periurio tractauit. Neque enim locus erat disputationi, quod ille, de quo d. l. 13, agitur, & qui iureiurando affirmauerat, sibi aliquid legatum esse, cum postea, inspectis tabulis, appareret, quod nihil ipsi relictum sit, lucrum ex periurio capere non possit. Sed nihil hoc ad iuratum partium renunciationem. Nobis quidem sanctior est iurisiurandi religio, ut illam, propter exiguam difficultatem, nunquam deseramus: quod etiam BERGERVS e) obseruauit.

§. VII.

c) HERTIUS T. I. resp. 164. n. 4. p. 334.
n. 37. p. 136.

d) BOEHM. T. II. P. I. resp. 94.

e) de BERGER resol. Lauterbach. p. 30. sq. oec. iur. VI. 34.

3. n. 3.



Non erit difficile, ex his, quae adhuc copiosius tractata sunt, statuere *Iudicium de de illa specie, quae haud ita pridem Ictis Vitembergensibus proponebatur.* *specie singu- lari.*

Caius inter liberos bona sua *viuus* diuiserat, & nepti ex filio, quae apud vitricum educabatur, fundum assignarat: illa fecerat testamentum, & vitricum scripserat heredem, auo portionem legitimam tribuerat, sed fundum in primis vitrico iusserat relinqui. Auus, re ex aliis perspecta, quamuis *non- dum apertis tabulis*, resagrabat fundum, qui, nepte mortua, in quam nondum pleno iure, sed duntaxat in casum mortis suae, ab auo translatus fuerat, ad ipsum pertinebat: tandem controuersia transactione finiebat, qua vitricus defunctae testamento, non inspectis tabulis, quantum ad fundum pertinet, renunciabat, & spondebat, se fundum redditurum: mox, ductus poenitentia, transactionem impugnabat, quasi *non iure factam, tabulis te- stamenti non inspectis*. Respondebatur: subsistere transactionem:

Daß Beklagter, des beschehenen Einwendens ungeachtet, dem am 15. Aug. 1738. getroffenen fol. 1. sqq. Vol. 3. befindlichen Vergleiche nachzu- kommen, und das streitige Grundstück gegen Erfüllung der in dem Vergleiche geschehenen Gegen = Versprechung, Klägern abzutreten schuldig. Quod qua ratione factum fuerit, ex his, quae proxime subiecta sunt, intelligitur:

Ob wohl der fol. 1. Vol. 3. befindliche Vergleich vor Publication des von der Hirschickin hinterlassenen letzten Willens errichtet worden, mithin derselbe, nach deutlicher Verordnung derer Rechte

1. 6. D. de transact.

nicht beständig zu seyn scheint, hiernächst Beklagter, daß er in solchen Vergleich nicht völlig gewilliget, sondern dabey übereilet worden, vorwendet.

D. a. d. eines Theils denen Parthenen der Inhalt des Testaments, wie aus dem Vergleiche selbst, ingleichen ex Fol. 2. b. Vol. 3. nicht un- deutlich erhellet, vor dessen Publication, und bey Schließung des Vergleichs, nicht unbekannt gewesen, eine förmliche Publication desselben aber zur Be- ständigkeit eines dieserhalb getroffenen Vergleichs nicht eben schlechterdings erfordert wird, andern Theils mehrberührter Vergleich nicht hauptsächlich auf der Hirschickin letzten Willen, sondern auf das Eigenthum des streitigen Grundstücks, dessen Kläger sich anzumassen wohl befugt gewesen, und darü- ber die Hirschickin zu disponiren nicht vermocht, gerichtet worden, demnach obangezogene Verordnung derer Rechte auf gegenwärtigen Fall nicht zu erstre- cken, allensfalls solche Vergleiche nicht so gleich vor nichtig und ungültig geach- tet, sondern nach Befinden derer Umstände bey erscheinenden Irrthum und Gefährde, rescindiret werden.



I. II. pr. D. de except. rei iudic.

dahingegen Beklagter, bey gegenwärtigem Falle, weder auf einen Irrthum, so hernach durch das eröffnete Testament gehoben worden, sich berufen kan, noch sonst einige Billigkeit vor sich hat, vielmehr der Groß Vater die zum Besten seiner Enkelinnen, unter gewissen Bedingungen, vorgenommene diuisionem inter liberos, nach deren, bey seinen Lebzeiten, erfolgtem Ableben zu widerrufen, und den Rückfall zu verlangen, berechtiget gewesen, mithin mehrermeldter Vergleich auf unzweifelhaffte Rechte gegründet ist, und das Vorgeben einer geschehenen Ueberehlung der Wahrscheinlichkeit zuwider, So ist, wie im Urtheil enthalten, von Uns billig erkannt worden.

XLII.

D E V S V F R V C T V
PRAEDII VOLVPTARII.

AD L. XIII. §. IV. D. DE VSVFRVCTV.

VITEMBERGAE, AD D. XXII. DECEMB. A. Q. S. P. E. MDCCXXXIX.

§. I.

*Voluptas
praedium
voluptari-
um volupta-
re voluptua-
rium volup-
tuosum.*

Ita fere pulcherriman hanc *vnuerſitatem rerum omnium*, ipsa natu-
ra, constitutam atque diuisam esse, cernimus, vt *calamitates* huius vitæ,
ne prorsus intolerabiles videri possint, *uarietate* quadam mirifica, & *vicissi-*
tudine iucunditatis, molliantur. Quapropter recte aliquando *FABIVS* ^{a)}
præcepit, si quis naturam velit imitari, quanto quid magis fuerit *asperum*,
tanto pluribus illud *voluptatibus* condiendum esse. Sed *voluptatem* intelli-
mus *honestam* illam, & simplicissimam, administratam a natura, quae *ex-*
hilaret animum iucunditate, & remissione, vt obfirmatiores, ad perferenda
vitæ incommoda & labores, redeamus. Enimuero, si *TULLIVM* ^{b)} au-
dias, solemus incundum illud, quod sensus exhilarat, atque id omne, quo
gaudemus, *voluptatem* appellare, vti omne illud offendimur, dolorem.

Sed illam quidem, quam diximus, remissionem animi cum ita videamus esse *necessariam*, vt, sine *oblectamento* quodam *iucunditatis*, perdurare non possimus; omnes fere hominum ordines exquisierunt aliquod genus *voluptatis*, quo vires *reficerent*, in quo malorum consolationem inuenirent. Ipsi etiam *agricolæ*, quod *COLVMELLA* ^{c)} ait, illi, inquam, *rustici*, quos

a) *QVINCTIL.* instit. orat. L. V. c. 14.b) *CIC.* de fin. L. II. 12. & L. I. § 8.c) *COLVMELL.* de re rustic. L. VIII. c. 11.

alio loco, d) propter contemptum luxuriae & desidiae, plebi urbanae longissime praetulit, propter vitae rusticae taedia, captant undique voluptates acquirere, quibus solitudines ruris eblandiantur: ut a plurimis illorum etiam pauperum educatio non aliena sit; quamvis illa magis urbani patrifamilias, quam tetrici rustici curam, postulare videatur.

Quarum rerum studio cum omnes tenerentur, quamvis, secundum PLINIVM e) patrifamilias is fructus maxime probari debeat, qui minime impendio constaret, tamen coeperunt, non solum urbana praedia, sed etiam rustica, ad usum voluptatis diligentius accommodari; ut pleraque omnino sumptuosa fierent, & ipse COLVMELLA f) in homine frugi, qui praedium emiturus sit, facultatem impendendi desideret: quandoquidem non satis sit scire omnia, & velle sine sumptibus, qui exiguntur ad fundum percolendum. Hoc igitur consilio ut, & rem familiarem servarent, & iucunditate aliqua perfruerentur, primo praediis adiungere aliqua coeperunt, quae ad voluptatem pertinere viderentur. Solebant enim, si VITRUVIVM audias, g) quae aedificiis propter voluptatem adiuncta erant, membra praediorum, & voluptariae accessiones, subinde appellare. Certe secundum COLVMELLAM h) rusticis maxime praediis & dominicis habitationibus subiecta sunt viuaria, ut in conspectu domini clausa venatio oculos possidentis oblectaret; sed urbanis etiam viridaria adiecta, & horti a dominis subinde comparati, ut, quod PAPINIANVS ait, l. 91. §. 5. D. de leg. 2. domos amoeniores possiderent: praeterea balneae aedificatae, quae intrinsecus per domum adirentur, d. l. 91. §. 4. D. de leg. 3. itemque diaetae, deambulationes, porticus, quibus & ornari posset species aedium, & habitantium commoditas augeri.

Sed illa quidem praedia, quibus, voluptatis causa aliquid, citra spem magni fructus & compendii, adiectum esset, veteres, secundum COLVMELLAM i) cultissima praedia, aliquando etiam cultiora, appellabant. Talis est villa cultior, commemorata ab ULPIANO l. 8. §. 7. D. de instruct. vel instrum. leg. quae viridaria amoenissima habebat, ut etiam servi topiarii, & atrienses, & scoparii, instrumento villae necessario contineri viderentur.

Et ab initio quidem ad elegantiam & voluptatem villa cultior sufficiebat. Sed postea, cum abundantes voluptates, quod LIVIVS k) ait, desiderium, per luxum & libidinem pereundi perdendique omnia, inuenerunt, etiam voluptatis duntaxat causa, praedia integra quandoque comparata, ex quibus parum utilitatis ad dominum perueniebat.

B 3

Sunt

d) COLVMELL. praef. L. I. de re rust.

e) PLIN. hist. nat. L. XVIII. c. 6.

f) COLVMELL. de re rust. L. I. c. 1.

g) VITRUV. L. III. c. 1.

h) CO-

LVMELL. praef. libri IX.

i) COLVMELL. L. I. cap. 1. de re rust.

k) LI-

VIVS in praefatione operis.



Sunt enim quaedam, ut ait A. GELLIVS ^{l)} quae, quamvis vsui esse non possint, emuntur tamen, ut sua specie oblectent: aut, quae secundum LABEONEM l. 19. D. de *seruitut.* habere possumus, quamvis ea non sint *utilia*: aut, si MARCIANVM audiamus, l. 41. §. 1. D. de *seruitut.* quaedam possidentur, in quae plus *impendimus*, quam ex illis *adquirere* possimus: aut, quae *speciem* duntaxat habent, non etiam *fructum* ferunt, quod PAVLLVS ait, l. 79. §. 2. D. de *verb. signif.* ut viridaria, aquae salientes, & picturae. Haec enim talia *possessione voluptarias* dicimus. Nam quaecunque *ad voluptatem & speciem & ornatum* facta sunt, quia fructum fere non habent, ab VLPIANO & ARISTONE l. 7. 9. & 11. D. de *impens. in res dotal. fact.* *Voluptaria*, sed a PAVLLO l. 10. *eod.* & l. 79. §. 2. D. de *verb. signif. voluptuaria*, interdum etiam, ut l. 14. §. 2. D. de *impens. in res dot. fact.* atque apud VLPIANVM tit. VI. §. 17. *voluptuosa* appellantur.

Neque vero locus est dubitationi, quin huc etiam referri debeat praedium illud, apud VLPIANVM, l. 13. §. 4. D. de *usufr.* quod *voluptate* fuisse dicitur, & viridaria & gestationes & deambulationes *opacas & amoenas* habuisse. Sed torfit interpretes, quid sit illud, quod praedium *voluptate* fuisse dixit VLPIANVS. Non enim ita latine dici, obseruauerunt. Igitur V. C. GERARDVS NOODT ^{m)} non *voluptate*, sed *voluptare* praedium, scribendum esse, ait. Est enim ipsi probabile, veteres aequè *voluptare*, ac *voluptarium* praedium, dixisse: cum & LIPSIVS ⁿ⁾ & RVSSARDVS ac CHARONDAS ^{o)} ita scripserint, & eadem forma POMPONIVS l. 4. §. 5. D. de *peculio* rem *peculiarem & peculiariam* dixerit, quod BARN. BRISSONIVS ^{p)} obseruauit. Imo vero potuisset addi, quod eadem forma etiam milites *auxiliares*, & *auxiliarii* dicantur. Hoc enim A. POLLIONI, ^{q)} & LIVIO ^{r)} & ipsi TYLLIO ^{s)} placuit. Mihi tamen nunquam persuadere potui, VLPIANVM de l. 13. D. de *usufruct.* *voluptare* praedium scripserisse. Nemo enim veterum facile praedium *voluptare* scripserit: neque tutum est illud, quod NOODIO placuit, argumentum a simili inflexu vocum aliarum. Ausim potius cum HOLOANDRO affirmare, in illa lege l. 13. §. 4. D. de *usufruct.* *voluptarium* praedium legendum esse. Idem enim VLPIANVS saepissime res *voluptarias*, & impensas voluptarias appellat. l. 7. 9. 10. D. de *impens. in res dotal. fact.* ut vox illa VLPIANO familiaris fuisse videatur. Praeterea veteres plerumque, cum de praediis ad *voluptatem* comparatis tractauerunt, praedia *voluptaria* dixerunt. Certe SALLVSTIVS ^{t)} loca amoena *volup-*

l) GELL. noct. Attic. L. XV c. 13.

m) GERARD NOODT de usufruct. L. I. c. 5.

n) LIPSIVS cent. III. epist. miscell. XI.

o) RVSSARDVS & CHARONDAS in not. margin. ad L. 13. §. 4. de usufr.

p) BRISSON. parerg. p. 676. sq.

q) POLLIO ad Cic. L. X. epist. 32. n. 12.

r) LIV. L. 40. c. 40.

s) CIC.

de proninc. consul. c. 7.

t) SALLVST. bello Catil. c. XI.



luptaria appellat: & TROGVS POMPEIVS ^{u)} auctor est, Romanos, vi-
cto Antiocho, captas *Asiae* ciuitates, tanquam *voluptarias* possessiones, inter so-
cios suos diuississe, cum gloriam sibi vindicandam, locis opum *luxuriam*
relinquendam esse, iudicarent. Imo etiam PLAVTVS ^{x)} nationem Epi-
darniam, cum tota esset in voluptatibus, gentem *voluptariam* aliquando
nominauit. Itaque ignorat Latium *voluptare* praedium, & solum *volup-
tarium* agnoscit. Sed de his quidem, satis est, obiter admonuisse.

§. II.

Ex his, quae adhuc obseruata sunt, non potest esse obscurum, quod *Prædium
voluptarium* dicamus illud, cuius species non sine sumtu exorna-^{amoenum,}
^{faneum}
^{elegans.}
ta est ad amoenitatem, ut plus impendi debeat, quam ex fructu adquiratur.
Ita enim colligimus ex illis, quae LABEO l. 19. de *seruit.* & MARCIANVS
l. 41. §. 1. D. de *usufruct.* atque VLPPIANVS maxime l. 13. §. 4. & 7. eod.
7. 9. & 14. §. 2. D. de *impens. in res dot. fact.* itemque PAVLLVS l. 79.
§. 2. D. de *verb. signif.* tradiderunt.

Sed, ne quid nos postea perturbet, opportunum erit admonere, om-
nia quae ad *voluptatem* cum sumtu facta sint, imprimis, si natura fuerit
cum artificio coniuncta, & sumtus atque artificium naturae benignitatem
auxerit & exornauerit, illa, inquam, omnia subinde a veteribus etiam *amoe-
na*, atque ad amoenitatem comparata, appellari. Ita VLPPIANVS l. 13.
§. 4. D. de *usufr.* *voluptarium* illud praedium esse, dixit, quod viridaria
habeat, & gestationes & deambulationes, arboribus *infructuosus opacas* &
amoenas; ut intelligatur, praedium voluptarium, imprimis sumtu, sed *in-
fructuoso*, & *amoenitate*, aestimari. Ita etiam PAVLLVS l. 79. §. 2. D.
de *verb. signif.* aquas salientes inter *voluptaria* retulit, quas POMPO-
NIUS l. 3. pr. D. de *aqua quotid. & aestiu.* dixerat *amoenitatis* caus-
sa comparatas. Neque alia fere ratione *balneum amoenum*, aut
inter diaetas *amoenas* positum, appellat VLPPIANVS l. 13. §. 8. D. de
usufruct. qui alio loco, *balnea* exstruere, *voluptuosum* esse, affirmauit, l. 14.
§. 2. D. de *impens. in rem dot. fact.* Ad eundem modum aliquando PAVL-
LVS l. 16. §. 1. D. quod *vi aut clam*, *voluptatis* causa interesse, ait, ne
arbores, quamuis non frugiferae, sed ad *amoenitatem* positae, a quoquam
temere caedantur. Praeterea PAPINIANVS l. 91. §. 5. D. de leg. 3. de
horto disputat, quem dominus, aedium causa, comparauerat, ut domum
amoeniorem possideret: cum VLPPIANVS atque PAVLLVS l. 13. §. 4. D.
de *usufr.* & l. 79. §. 2. D. de *verb. signif.* doceant *viridia* & *hortos* ad *præ-
dia voluptaria* referri.

Igitur apparet, veteres magistros artis nostrae *amoenitatem* ad *usum
voluptatis* retulisse: & quae *amoena* essent, eadem subinde *voluptaria* dixisse.

Ne-

u) IUSTIN. L. 31. c. 8.

x) PLAVT. menæchm. II. 1. 34.



Neque enim illud sine exemplo ab ipsis factum est. Enimuero etiam SALLVSTIVS ^{y)} quod supra est a nobis obseruatum, loca *amoena* & *voluptaria* coniunxit: & MANLIUS ille apud LIVIVM ^{z)} cum milites a contagio disciplinae morisque accolarum auocaret: „Vobis, mehercule, inquit, Martiis „viris, cauenda ac fugienda quamprimum *amoenitas* est Asiae: tantum hæ „peregrinae *voluptates* ad extinguendum vigorem animorum possunt, „ vt dubitari non possit, *amoenitatem* pro *voluptate* a veteribus acceptam esse.

Ceterum, si quid *naturali pulchritudine* magis, quam *arte* aliqua placeret, aut certe *sine magno impendio* pulchrum esset, illud *elegans* potius, & non *sordidum*, quam *voluptarium* dicebatur. Ita PLINIUS IVNIOR, ^{a)} in descriptione villæ suae laudat atrium frugis, nec tamen sordidum, cellas vero circa balneum magis *elegantes*, quam omnino *sumtuosas*. Neque tamen dissimulem, praediis etiam *amoenis* atque *sumtuosis elegantiam* subinde a veteribus tributam: quod GELLIVS obseruat ^{b)}

Sed *voluptaria* quidem ad speciem *amoena* sunt, & cum *sumtu*, certe propter tutelam *sumtuosam*, sed sine spe *reditus* & *fructus idonei*, ornantur.

Itaque non erit superuacuum hoc loco admonere, AIVSTINIANO quidem illa praedia, quorum fructus non respondeant impensis, subinde *foe-neae*, & *damnosae* & *minus idoneae*, & *inutilia* omnino, appellari. Hoc enim ille sensu, nou. VII. c. 12. contractum ecclesiae, quo illa praedium *foeneum*, *inutile*, *damnosum*, *minus idoneum*, comparauerit, ipso iure nullum esse iussit. Neque enim dubito, quin *foeneum*, hoc loco, idem atque *infructuosum* et sterile dicatur. Optime *interpres vetus novellarum*, fundum *foeneum*, *ἄριστον ἀπογοῶν*, possessionem *infructuosam* esse, ait: Imo vero, vt res sit luculentior, alio loco imperatores l. 3. C. Theod. *de ind. deb.* fundos *foeneos* & *defectos* coniunxerunt: quod incomparabilis CUIACIVS noster obseruauit, ^{c)}

§. III.

Quid inter praedium utile & voluptarium inter sit vtilitas ex animo utentis aestimatur. Satis, credo, comprobauimus, *voluptarias* possessiones, & *amoenitatem* illam adscititiam, *impendium* desiderare. Neque enim *inchoanda* sunt duntaxat, quae ad *voluptatem* comparantur, sed, quod ait PLINIUS ^{d)} etiam percolenda, atque *defendenda* sunt cum *cura*, ne quid vitii contrahant, ne illa *amoenitas* a tempestate, aut iniuria aetatis, aut luxuria naturae, corumpatur. Quae cum *pulchra* quidem & iucunda, sed tamen *difficilia* sint, & *sine sumtu* fieri nequeant; fructus *ἀπέροπος*, quo coloni aut domini sumtus & industria pensetur, ex illis non percipitur: vt, secundum LABEONEM l. 19. D. *de seruitut. inutilia* videri possint. Enimuero aperte aliquando

y) SALLVST. bell. Catilin. XI.

z) LIV. L. 38. c. 17.

a) PLIN. II. ep. 17.

b) GELL. noct. Attic. L. XI. c. 2.

c) CUIAC. 8. obser. 40.

d) PLIN.

V. ep. 13.



do COLVMELLA ^{e)} quae lauitiis & voluptatibus dominorum seruiunt, ab illis, quae ad fructum & utilitatem sunt in praedio rustico, seungit, & utrumque desiderium regit diuersissimis praecipis. Et habet illud rationem; cum soleant fere patresfamiliae, cum fundus emitur, fructum & utilitatem ex reitu & quaestu aestimare. CATO enim ^{f)} praecipit, patremfamilias vendacem non emacem esse oportere: ut patrimonium perdidisse videatur, qui fundum comparauerit, ad quem instruendum colendumque omnino sumtum faciat, quamuis ex illo fructus vendere non possit. Imo vero ex praedio utili non solum fructum aliquem desiderat, sed etiam copiosorem, & qui multum superet impensas. Igitur emtorem iubet circumspicere, ager an sumtuosus sit, & multi instrumenti: cum agro, ut homini, quamuis quaestuosus fuerit, si tamen & sumtuosus, non multum relinquatur. ^{g)} Hunc enim demum fructum veteres probabant, si PLINIVM, ^{h)} in historia naturali audias, qui minimo impendio constaret. Quapropter plaudit sibi PLINIVS ille iunior ⁱ⁾ de frugalitate sua, quod villa sua vsibus sit capax, tutela eius non omnino sumtuosa.

Itaque, si hos sequamur, nulla est utilitas fundi voluptarii, qui vel infructuosus sit, aut ex quo fructus quidem capiatur, sed cum magno impendio & apparatu. Obtemperavit illis VLPIANVS, cui ille non visus est utiliter fecisse, qui opus instituit, quod magnum apparatus desideret, ut sine sumtu fructus percipi non possint l. 13. §. 6. D. de usufr.

Negat enim idem VLPIANVS, etiam alio loco, ad utilitatem pertinere, si quid voluptatis causa, sine spe compendii & fructus, factum esse videatur: ideoque neque in rem domini versum esse dicitur, si quis domum eius exornauit rectoriis, & quibusdam aliis, quae magnis ad voluptatem pertineant, quam ut aliqua illis utilitas contineatur. l. 3. §. 4. D. de in rem vers.

Ex eodem fonte deriuatum est, quod etiam MODESTINVS l. 27. pr. D. de neg. gest. non patitur illum sumtus repetere, qui in praedio rustico, & saltu communi, cum haberet paternas habitationes, ampla aedificia extruxerat: cum non videretur rem meliorem his sumtibus fecisse, neque utiles sint sumtus, qui, nulla re urgente, sed voluptatis causa, profundantur.

Vides, quid inter praedium voluptarium & utile discriminis intersit. Hoc enim ex reitu & quaestu, illud ex amoenitate incunda quidem, sed sterili & sumtuosa, appellatur. Igitur discederem ab hoc loco, nisi VARRO me teneret, ille inquam VARRO, quem veteres hominem frugi & diligentissimum patremfamilias subinde vocitabant. Ille enim formae etiam cultu-

e) COLVM. L. IX. de re rust. c. 1.

f) CATO. de re rustic. c. 2. in fine.

g) CATO de re rustic. cap. 1. PLIN. hist. nat. L. XVIII. c. 6.

h) PLIN.

loc cit. i) PLIN. IVN. II. ep. 17.



ram & *speciem* agricolis commendat: cum, quae *specie* fiant *venustiora*, *maiori* quoque *fructu* esse videantur. ^{k)} Itaque, si illum audiamus, etiam *voluptaria* illa praedia quandoque parient *spem* aliquam *reditus* & *quaeſtus*; ut *utiliter* interdum possint comparari. Sed certius est, *VARRONEM*, non de *amoenitate* illa *adſcititia*, & *ſumtuosa*, sed de *naturali pulchritudine ordinis*, si arbuſta poſita ſint in quincuncem, de *munditia*, de *elegantia*, qua *fructus* augeatur, commentatum eſſe: sed haec quomodo ab *amoenitate voluptaria* differat, ſupra eſt a nobis indicatum.

Magis meretur obſervari, quod, quamvis inter ſe pugnent *utilia*, & illa, quae *voluptatis cauſſa* ſunt, tamen interdum, ex *animo* vtenſium, & ex *voluntate domini* inprimis, etiam *voluptaria* pro *utilibus* accipiantur. Enimvero & *naturalis ratio* oſtendit, hunc *reditum* & *fructum* omni fere *Quaeſtu* potior eſſe, ſi animus viresque domini reſciantur. ſi oblectatione quadam innocenti corpus, humanae vitae incommodis fractum & debilitatum, recreetur aliquando, ut perdurare poſſit, atque ad *ſpem* futuri temporis iſa iucunditate obfirmetur, ſi in praediſ, & maxime in aedificiis, in quibus *quotidie* verſamur, & quorum vel voluptas & commoditas vel taedium nos perpetuo afficit, etiam *ſumtus* fiat, quamvis nihil inde in Kalendarium & pecuniarias illas rationes inferamus. Igitur paſſi ſunt iuris interpretes, *ſuo ſe* quemque *modulo metiri*: ut, ſi ferat res familiaris, & non poeniteat *dominum* ſumtus etiam maioris, quidquid propter *voluptatem* innoxiam factum ſit, tamen *utiliter* factum eſſe iudicetur.

Ad haec accedit, quod, crescente luxuria, a Graecis maxime inueſta, & a plerisque cupidius accepta. quaedam, quibus facile careremus, non ſolum *utilia*. ſed etiam *neceſſaria* facta ſint, ut, concepta luxuriandi *conſuetudine*, multa *voluptaria* ad neceſſitatem vitae pertinerent. Ideo certe *Iubentius*, etiam in *uſu*, qui ſine *fructu* conſtitutus, ad ſolam *neceſſitatem* vtenſium reſtringitur, permiſit, ut vſuarius etiam cum *conuiuiſ* & *hoſpitibus* fundo uti poſſit: cum *largius* agendum ſit cum vſuario, pro *dignitate* eius, cui vſus ſit relictus. l. 12. §. 1. D. de *uſu & habit.* Ut intelligatur, pro modo luxus & conſuetudinis, alia atque alia interdum ad *neceſſitatem* pertinere. Quae omnia cum certum penitus modum non habeant, & una facile regula non poſſint definiri. ſatius viſum eſt, domino permittere, ut ex re ſua conſilium capiat, & quid ſibi neceſſarium ſit, aut vtile, ex ſuo ingenio & natura arbitretur.

Igitur, ſi ſeruus ſe alat, & veſtiat, ad eum modum quem dominus ei praestare *conſueverat*, hunc ſumtum, ſecundum *LABEONEM*, in *rem* & vtilitatem domini videbitur vertiſſe. l. 3. §. 3. D. de *in rem verſo*. Imo vero etiam illud *in rem domini verſum* eſt, quod ſeruus emit domino *volenti*,
ad

^{k)} *VARRO* de re. ruſt. L. I. c. 7.

ad luxuriae materiam, ad delicias, aut ad vnguenta; cum, quamvis vero eius bona non cesserit, tamen sufficiat, ex eius voluntate rem administratam.

Hoc est, quod LABEO ait, quaedam haberi posse, quae non vere sint *utilia*. l. 19. pr. D. *de servit.* Eodem sensu MARCIANVS l. 41. pr. D. *de usufruct.* etiam *statuas & imagines* habere aliquam *utilitatem* docet, si loco opportuno collocentur: quamvis ex imaginibus vix possit *quaestus* aliquis sperari. Imo etiam, secundum PAVLLVM l. 16. §. 1. D. *quod vi aut clam, propter voluptatem, interest*, ne arbores, quamvis non *frugiferæ*, cædantur, si *amoenitas* quædam ex illis arboribus praestetur. Vnum excipitur, ne domino *inuito* aliquid, quod ad *voluptatem* pertinet, & *ipse non fecisset*, pro *utilitate* imputetur: quia ipsum præter necessitatem *onerari ornamentis* non oportet. Ita enim VLPIANVS l. 3. §. 4. D. *de in rem verso*, & l. 10. §. 1. D. *de neg. gest.* rem interpretatus est.

§. IV.

Accepisti utilitatem illam, quae interdum ex illis quae *ad voluptatem* *Ususfructus*
facta sunt, sperari posse videatur. Sed dubitatum fuit, an possit relinqui *praedii vo-*
ususfructus voluptariae possessionis, quae, ut supra comprobatum fuit, *luptarii ve-*
 plerumque est *infrastructo*sa, ut inconsultum fuerit, ex illa *usum at-* *nationis,*
 que *fructum* expectare. Enimvero ipse MARCIANVS L. 41. pr. D. *de gestationum*
usufr. quamvis liberalissimus fuerit in *utilitate* aestimanda, tamen desiderat *aquarum sa-*
utilitatem quandam, ut *ususfructus* efficaciter constituatur. Sed nemo du- *lientium.*
 bitabit, in constituendo usufructu etiam hanc utilitatem aestimari, quæ ex
voluptate, ex oblectatione oculorum, ex commoditate vitae, percipitur,
 quamvis nequeat *ad quaestum & redditum* referri.

Aperte enim docet idem ille MARCIANVS l. 41. §. 1. D. de usufr. licet praedia quaedam talia sint, vt plus in illa impendamus, quam ex illis adquirimus, tamen *usumfructum* eorum efficaciter relinqui.

Imo vero generaliter omnino GAIUS noster l. 3. pr. D. de usufr. omnium omnino praediorum constitui posse usufructum, ait. Neque C. IACIO assentior, qui fundos duntaxat Italicos & provinciales, a GAIUS intelligi suspicatus est, & excusit praedia urbana. Quamvis enim non negem paullo post illa verba, fundi mentionem factam esse a GAIUS, in exemplis, & certum sit praedia urbana nunquam fundos appellari; ¹⁾ tamen constat, regulam, inprimis generalem, non circumscribi atque coartari per exempla: ut ausim affirmare, GAIUM in illa l. 3. de usufr. de voluptariis pariter ac de utilibus praediis, de urbanis & de rusticis, sensisse.

Omnium igitur praediorum *ususfructus* recte constituitur. Sed praeterea si constitutus est, secundum *ULPIANUM* atque *PAVLLUM* l. 7. pr. l. 9. pr. & l. 59. §. 1. D. *de usufr. omnis fructus rei, omnis commoditas, omnia,*

C 2

1) CVIAC, XI. obl. 36.

quæ a domino *percipi* possunt atque solent, salua substantia, ad illum pertinent, cui *ususfructus* est relictus. Igitur vix locus est dubitationi, quin fructuarius etiam illis uti frui possit, quæ ad *voluptatem* atque ornamenta pertinere videantur. Non obscure *VLPIANVS* l. 7. D. *de usufr. circa finem*, etiam, quæ *voluptatis* causa fiant, ut cubicula amoeniora, in quibus rectoria fuerint, & pavimenta, & picturae, usufructuario relinquit. Sed luculentius adhuc *PAVLLVS* l. 16. §. 1. D. *quod vi aut clam* fructuario succurrit, si quis vi aut clam arbores *non frugiferas* ceciderit, veluti cupressos: cum, si quaedam *amoenitas* ex his praestetur, etiam fructuarii intersit, propter *voluptatem & gestationem*, ut locus integer seruetur. Sed constat, *gestationes* illas, de quibus copiose *LIPSIVS* ^{m)} commentatus est, arboribus opacis inumbratas, buxo etiam & rore marino, quod *PLINIVS* ⁿ⁾ ait, plerumque circumscriptas, multum & *sumtus* habuisse, & *amoenitatis*; ut omnino ad *voluptaria* praedia referri possent. Neque tamen eo secius dicuntur illae ad fructuarium fundi pertinere.

Occurrunt sexcenta eiusmodi exempla. *VLPIANVS* certe docet, etiam mancipii *symphoniaci*, aut *histrionis*, aut *vestis scenicae* relinqui posse usufructum, quorum, apparet, per se nullam utilitatem in familia fuisse l. 15. §. 1. 4. 5. D. *de usufr.* l. 12. §. 1. D. *quib. mod. usufr.* Præterea *CASSIVS* l. 9. §. 5. D. *de usufr.* etiam *aucupiorum & venationum* agnoscit usufructum: quamvis nemo dubitet & *COLVMELLA* ^{o)} etiam profiteatur, venationes plerumque *lautitiis & voluptatibus* domini potius, quam quaestui seruire, & cum sumtu fieri, ut parum lucri relinquatur. Enimvero etiam hodie, in aestimatione praediorum, (in dem Anschlag) non facile venationum ratio habetur, propter magnitudinem impendii & apparatus.

Neque tamen eo secius *TRYPHONINVS* l. 62. pr. D. *de usufr.* & quidem generaliter, usufructuarium *venari* posse, ait, in saltibus vel montibus possessionis. Imo ne vivariis quidem ipsum penitus excludit d. l. 62. pr. D. *de usufr.* Sed de *viuariis* quidem, quæ *FLUPEPINVS* primum instituit, & de *leporariis*, id est, clausa venatione, qua lepores, & capreae & hoc genus alia, detinebantur, non solum *COLVMELLA* ^{p)} sed etiam *VARRO*, ^{q)} & *PLINIVS* ^{r)} & *A. GELLIUS* ^{s)} tradiderunt, quo *sumtu*, ad *oblectandos* domini oculos, instructa sint, quo impendio defensa, quam sumtuosa illorum fuerit tutela; ut dubitari non possit, haec praedia ad *voluptatem* fuisse comparata.

Denique apud *LAVOLENVN* etiam est usufructus *horti*, in quo viridaria habentur, & gestationes & deambulationes, l. 24. D. *quib. mod. usufr.* &

^{m)} *LIPS.* cent. III. miscell. ep. XI.

ⁿ⁾ *PLIN.* II. epist. 17.

^{o)} *COLVM.*

R. R. L. IX. C. 1.

^{p)} *COLVMELL.* praef. L. IX.

^{q)} *VARRO* de rerust.

L. III. c. 12. & 13.

^{r)} *PLIN.* hist. nat. VIII. c. 52.

^{s)} *GELL.* noct.

Attic. L. II. c. 20.



& l. 13. §. 4. D. de usufr. Est etiam usufructus balnei l. 13. §. 8. D. eod. quamvis & balnea, & hortii, ad voluptatem dicantur pertinere. l. 14. D. de impens. in res dotal. fact. l. 79. §. 2. D. de verb. sign. Nisi quis ex hortis forte olitorios excipiat, aut pingues atque rusticos, quos PLINIVS ^{z)} sumtuosis opposuit, & CATO ^{u)} emtori fructuosos esse affirmavit. Hos enim, apertum est, prædiis utilibus & frugi, contineri. De balneis autem deinceps locus erit exponendi.

Sed, priusquam hunc locum deferam, opportunum erit, attingere serupulum in hortis, quem PAVLLVS l. 8. D. de servit. obiecit. Negat enim, ita imponi posse servitutem, ut pomum decerpere, aut ut spatari & coenare liceat, in fundo alieno. Igitur non videtur permittere, ut aliquid, voluptatis causa, iure servitutis, impetremus. Neque vero mihi satisfecit, aut difficultatem diluit, GVILIELMVS FORNERIVS ^{x)} qui PAVLLVM, ait, de iuribus prædiorum duntaxat, non de iure hominum, tractare; nihil autem esse apertius, quam quod ad utilitatem hominum potius, quam prædiorum, pertineat, ut liceat pomum decerpere ex alieno.

Imo vero, certius est, augeri pretium prædii vicini, si possessoribus illius permittatur, iure servitutis, ut quandoque fundi vicini commoditatibus ad voluptatem aliquam utantur. Nimirum, si, quod FORNERIVS agnoscit, stipulationibus, aut alio contractu, potuit adquiri, ut pomum aliquando decerpatur; quæ fuit difficultas, quo minus etiam successores servitute onerentur, ut pomum decerpere liceat vicino. Certe cum & ambulare possimus per fundum alienum, iure realis servitutis, quod nemo facile negabit, quamvis homines duntaxat, non vero prædia, ambulent; non intelligo, quæ sit invidia, ut pomum decerpere non liceat iure servitutis. Denique, cum omnis utilitas, per quam augetur pretium prædii, sufficiat ad realem servitutem, quamvis illa per hominem exerceatur; apparet, eam non fuisse veram causam, cur PAVLLVS non admitteret hanc servitutem. Facilius crediderim, quod PAVLLVS hanc voluptatem nimis mollem iudicaverit, ut durum esset, illius causa, fundum servitute onerari. Magis igitur assentior V. C. GERARDO NOODT, qui FORNERIO abunde satisfecit ^{y)} Est enim probabile ad fidem PAVLLVM d. l. 8. D. de servit. regulam iuris stricti & antiqui tradere, quæ non permittebat ut prædium prædio, nisi utilitatis aut necessitatis causa, facile serviret. Sed homine ingenuo indigna videbatur gulæ intemperies & incontinentia cupiditatis, si pomum intueri in fundo alieno sicis faucibus non posset, quin manum iniiceret confestim, & imitatus turpitudinem primi illius facinoris, quo gens humana periit, pomum decerperet in fundo alieno. Hoc igitur PAVLLVS non admitti posse arbitrat.

C 3

*) PLIN. H. ep. 17.

u) CATO de re rustic. c. 1.

x) GVILIELM. FORN.

selekt. L. II. c. 28. apud Ottonem T. II. p. 78.

y) GERARD. NOODT de

usufr. L. I. c. 12. Id. probab. I. c. 2. 3.



tur. At vero postea, cum Romæ tandem modus luxuriæ non esset, inuauit, ut etiam *amoenitatis* atque *voluptatis* causa seruitutes constituerentur. Hoc enim POMPONIUS l. 3. pr. D. *aqu. quotid.* indicauit, qui, cum antea de iure prisco tradidisset, *hoc nos iure uti*, ait, ut *amoenitatis causa* seruitutes adquirantur. Ex his enim verbis haud dubie intelligitur, *interpretatione* demum & consuetudine inuectum esse, ut hæc seruitutes admittantur.

§. V.

*De usufructu
praedii vo-
luptarii in
dotem dato.
Quomodo ta-
lis fructus in
computanda
quarta falcid-
ia aestime-
tur.*

Habes usufructum praedii *voluptarii*, ideo subinde constitutum, quia etiam ex *amoenitate* fructus quidam capi posse videbatur. Sed, ut diximus, haec tota *voluptaria utilitas* ex ingenio domini & vtentium inprimis aestimanda est, cum *fructum* pariat potius *imaginarium*, quam *verum*, aut certe talem, qui non possit pro *quaestu* & *reditu* haberi. Igitur locus erit disputationi, utrum vxor marito, *dotis loco*, dare possit usufructum *voluptariae* possessionis. CELSVS quidem atque VLPIANVS l. 7. §. 2. D. de iure *dotium* tradiderunt, non esse alienum a iuris ratione, ut usufructus *in dotem* dari possit ab vxore. Sed obloquitur MARCELLVS atque TRIPHONINVS, qui non permittunt, ut quasi *indotata* esset mulier, constituta dote *sterili*, & *infertuosa* l. 4. de pact. *dotal.* l. 78. §. 2. D. de iure *dot.* Ideoque MARCELLVS d. l. 4. D. de pact. *dot.* non admittit pactionem, ut fructus in dotem conuertantur, & soluto matrimonio, vxori reddantur a marito. Ita enim, ait, euenturum, ut vxor *indotata* in matrimonio versetur. Imo VLPIANVS etiam eiusmodi pactionibus aduersatur, nisi forte *largiores* fructus fuerint, ut interim ex illis possit, *dotis loco*, vsuras capere maritus, l. 4. D. de pact. *dot.* quamuis ipsos fructus, soluto matrimonio, reddere debeat vxori.

Ex his igitur apparet, non probari dotem, ex qua nihil ad maritum perueniat, adeoque vix admitti usufructum praedii *voluptarii*, qui non facile quaestuosus sit marito. Sed magis est, ut *dotata* vxor videatur, quae usufructum possessionis *voluptariae* dederit marito. Enimuero CELSVS ait, non tam fructus, quos percipimus, sed ipsum *ius* in dote esse, si usufructus in dotem detur ab vxore. l. 7. §. 2. D. de iure *dot.* Sed *ius usufructus* in praedio *voluptario*, quod supra comprobauimus, non omnino *nullum* aut prorsus *inutile* videtur. Sibi imputare debet, quod illam dotem acceperit, maritus. Videbitur enim tunc ex *amoenitate* fructum & utilitatem quaesi-quæsiuisse: quod si fiat, non *inutiles* habentur *voluptariae* possessiones. Igitur non erit vxor *indotata*, quæ hanc dotem obrulerit marito. Ut taceamus, maritum, assuetum voluptatibus, forte aliis sumtibus *voluptariis* parcere, si illum usufructum habeat, adeoque utilitatem quandam comparcendo percipere, aut etiam *locando* interdum, & mercedes exigendo ex praedio *amoeno*: quod & ipsum aliquando permissum esse, deinceps apparebit.

Sed



Sed, si testamento relictus fuerit usufructus praedii voluptarii, dispi-
ciamus quomodo fructus illi in ratione legis Falcidiae ineunda, aestimentur.
Nam PAPINIANVS quidem l. 5. D. de usufr. praecipit, per legem FAL-
CIDIAM quandoque minui legatum usufructus, ut quarta detrahatur.
Et copiose docuit ÆMILIUS MACER l. 68. D. ad legem Falcid. quor an-
norum fructus computandi sint, ut aestimatio illius iuris fiat, in viribus he-
reditatis computandis. Aliis placuit, ut singulis annis, propter legem
Falcidiam, quarta pars fructuum retineatur ab herede.

Sed, quis non vider, nec computari quidquam neque retineri posse ex
illis fructibus, ex quibus nullus omnino quaestus perueniat ad illum, cui usufr-
uctus sit relictus. Praeterea PAVLLVS l. 63. D. ad leg. Falcid. praecipit,
pretium in quarta Falcidia, non ex affectu aut utilitate singulorum, sed com-
muniter aestimandum esse. Apparet autem, pretium commune ex quaestu
constitui & aestimari. Igitur, si nullus ex isto usufructu quaestus fuerit,
ille per Falcidiam non minuetur.

§. VI.

Exposuimus, quatenus intersit fructuarii, ut praedio etiam voluptario usufructus
fruatur. Superest, ut, quando ad ipsum pertineat usufructus voluptariae accessionis
possessio, videamus. Et primo quidem, certum est, aliquando rerum vo-
luptariarum fructum separatim, & directo a dominis relinqui, ut omne illud, De balneis
quod ad fructuarium peruenit, voluptarium esse videatur. Antea enim ob-
seruatum est, etiam mancipii symphoniaci, & histrionis, & statuarum at-
que imaginum, & hortorum, relinqui usufructum: quod ULPIANVS at-
que MARCIANVS, itemque IAVOLENVS, l. 15. §. 1. l. 41. pr. D. de usufructu
usufruct. & l. 24. D. quib. mod. usufruct. tradiderunt. Praeterea ULPIA-
NVS, etiam ornamentorum, atque balnei, subinde relictum esse usufruc-
tum, docet l. 10. §. 6. & l. 12. pr. D. quib. mod. usufr. quod si factum
fuerit, dici potest, directo, relictum esse usufructum voluptariae posses-
sionis. Quid inter-
sit inter v-
sum fructum
balnei et gra-
tuitam laua-
tionem.

Sed non negligendum est, quaedam voluptaria interdum, non per se, sed
tanquam membra quaedam praedii, & iure accessionis duntaxat, ad fru-
ctuarium cum praedio principali peruenire. ULPIANVS enim l. 7. pr. D.
de usufr. omnem fructum rei fructuario relinquit, si usufructus praedii sit
constitutus: ut etiam illa, quae propter voluptatem facta essent, ut cubicula
amoeniora, tectoriis & picturis ornata, ad ipsum pertinere viderentur. d. l. 7.
§. 3. D. eod. Imo vero, ne quis dubitet, idem ULPIANVS etiam illi, cui
usus duntaxat aedium relictus est, etiam ius vtendi deambulationibus atque
gestationibus permittit, l. 12. §. 1. D. de usu & habit. quas, antea vidimus,
ad voluptarias partes aedium referri.

Igitur



Igitur cretum est, fundi usufructu constituto, quandoque etiam voluptarias accessiones fructuario relinqui. Vna tamen necessaria est inspectio, quando videantur illae *voluptariae* accessiones, *membra* praedii principalis dici posse. Sed PAPINIANVS quidem l. 91. §. 2. §. & 6. D. de leg. 3. *voluntatem* domini inquirendam esse, ait, vt intelligatur, an *destinatione* eius pars voluptaria cum praedio fuerit coniuncta. Ne, quis tamen fallatur, non vult confestim omnia, quae dominus fundi *emerit*, pro membris & accessionibus praedii haberi. Haec enim potius *coemta*, quam *coniuncta*, dicebantur. Deistis HORATIVS FLACCVS accipiendus est, in famoso illo: 2)

Cedes coemtis salubis, & domo,

Villaque, flauus quam Tiberis lauit.

Enimvero *coeminus* interdum quaedam praedia, quibus coniunctim vtimur, sed quae inter se perpetuo coniungi, & coalescere, nolimus. Inprimis illa *voluptaria*, quae ad *ornatum*, vsumque temporis praesentis, posita fuerunt, non facile pro *membris aedium* aut praedii accipiuntur. Docet illud POM-
PONIUS, qui l. 245. pr. D. de verb. signif. *statuas* affixas basibus structilibus, aut tabulas religatas catenis, aut erga parietem affixas, aut lychnos, qui parieti cohaereant, negat membra aedium fuisse: cum *ornatus* causa potius parentur, quam vt aedes his accessionibus perficiantur.

Igitur maxime de *voluptariis* accessionibus dubitari potest, vtum cum aedibus, aut fundo, ad fructuarium perueniant, quamuis a domino coemta sint, & aedibus adfixa, & *ornatus praesentis* causa ab ipso comparata. Sed, vt diximus, ne quis decipiatur, placuit PAPINIANO d. l. 91. §. 2. & 6. D. de leg. 3. tunc demum accessiones *voluptarias* membra praedii videri, si *facto* domini ita fuerint *coniuncta*, vt separari commodè non possint, sed appareat, illas *perpetuae amoenitatis* causa fuisse comparatas. Hoc VLPIANVS etiam probauit, qui fistulas, temporis causa positas, non esse aedium, sed si *perpetuo* fuerint posita, aedium esse, itemque *figilla*, *columnas*, personas, ex quarum rostris aqua salire soleat, quamuis *voluptaria* sint, cum perpetui *ornatus* causa habeantur, villae *membra* esse, iudicauit. l. 17. §. 7. & 9. D. de aet. emt. Ex hoc enim facto perpetuae coniunctionis demum *destinatio* domini *serua* intelligitur,

Quae cum ita sint, *hortus*, a testatore comparatus, tunc demum videbitur cum domo ad legatarium pertinere, si illum domus causa comparauit, vt amoeniorem domum possideret, *aditumque* in horum *per domum* habuit: vt illum *perpetuo* coniunctum, & *additamentum aedium* fuisse, intelligatur. l. 91. §. 5. D. de leg. 3. Igitur, ex aditu ad hortum per aedes aperto, iudicabitur, ad fructuarium etiam horti usufructum pertinere, si aedium usus-
fructus fuerit legatus.

Non

2) HORAT. L. II. od. 3. v. 17.

Non multo aliter de *balneis* PAPINIANVS arbitratur. Illas enim credit *portionem* domus esse: Et recte, quandoquidem secundum VITRUVIVM ^{a)} ipso plerumque ambitu aedium continebantur, ut commodius aqua duceretur. Vnum tamen excipit, nisi publice balneas praestiterit testator. Tunc enim videbantur separatas rationes habuisse: ut non sint domus portio, nisi aliunde constet, illas cum aedibus perpetuo coniunctas a domino fuisse. Sed si *intrinsecus* per domum adirentur, vel in usu patrisfamiliae & vxoris nonnunquam fuerint, & mercedes illarum *inter ceteras rationes* domus accepto latae sint, & vno pretio comparatae, vel instructae, & communi domui coniunctae fuerint, accessio domus videbuntur. l. 91. §. 4. D. de leg. 3.

Generaliter igitur, si quaedam *accessiones* communi appellatione fundi a domino comprehenderentur, vel redditus confusi in rationibus, portio fundi esse videbitur, quidquid ita fuerit coniunctum, d. l. 91. §. 3. D. de leg. 3. Nostri quidem certissime ex *libris censualibus* iudicabunt, ut, si voluptario praedio separata onera & tributa non fuerint imposita, sed vno illud *censu* cum principali praedio aestimatum, illud pars praedii omnino videatur.

Et habet profecto rationem, ne facile omnia *coemta* pro portione praediorum habeantur, maxime illa *voluptaria* ut, *horti*, & *balneae*, quae dominus, ut antea monuimus, plerumque sui ingenii, *suae voluptatis* causa non cogitatione praedii, aut successorum, comparabat. Neque vero dubito, quin *balneae* in primis pro *voluptaria* possessione ab artis nostrae interpretibus accipiantur. Enimuero posset quidem SENECA ^{b)} nos permouere, ut *utile* fuisse *balneum* credamus. Ille enim, balneas in *usum*, ait, non in *oblectamentum*, a veteribus repertas; ideoque laudat balneolum Scipionis Africani, quod in itinere offendit, angustum fere, & tenebricosum, ex consuetudine antiqua: & generaliter commendat prisca illa, obscura, nullo cultu exornata, gregali tectorio induta, quae scires CATONEM aedilem, aut FABIVM MAXIMUM, aut aliquem ex CORNELIIS, sua manu temperasse. Sed notum est, Romanos in illa simplicitate non diu substitisse, postquam a Graecis, quod ipse SENECA factum esse queritur, ^{c)} acceperunt *libidinem* aliquam *lauandi*. Omnia enim luxuriae instrumenta in balneum illata sunt, statuae etiam, & columnae nihil sustinentes, sed in *ornamentum* positae, *impensae causa*. Denique obtinuit, ut non nisi gemmae in illis calcarentur: ut balnea, mulierum in primis, *argento* sternerentur, ^{d)} & *blattaria* vocarentur balnea, si qua non ita aptata essent, ut totius diei solem fenestris amplissimis reciperent: cum & lauare, & simul a sole illustrari vellent, & ex folio balnei agros & maria prospicere, & omni voluptate in balneis perfundi. ^{e)} Ut taceam HELIOGABALI balnearem infaniam, quam AELIVS

LAM-

b) VITRUV. de architect. l. V. c. 10.
nat. l. 33. c. 12. & l. 36. c. 15.

Fasc. VI.

c) SEN. loc. cit.
e) SENEC. loc. cit.

D

d) PLIN. hist.



LAMPRIIDIUS depinxit. *f*) Haec igitur postquam a multis etiam priuatis facta sunt, coepit res balnearis, quae antea quadrantaria fuerat, *sumtuosa* fieri, & impendii immensi; ut recte VLPRIANVS dicat, *balnea exstruere, voluptuosum esse*. l. 14. §. 2. D. *de impens. in res dot. fact.* Sed de illo quidem sumtu copiose V. C. CHRISTOPHORVS RICCIUS *g*) in *vindiciis iuris* exposuit.

Igitur, cum *voluptariae* essent balneae, non immerito quandoque dubitatum fuit, utrum usufructu *aedium* legato, ad fructuarium etiam voluptas *balnearis* pertineret. Sed, uti diximus, balneae, secundum PAPINIANVM, plerumque erant *domus* portiones. l. 91. §. 4. D. *de leg. 3.* ideoque certum est, usufructu aedium relicto, etiam balnea ad fructuarium pertinuisse. Sed *domus*, aio, balneas portionem esse, non rusticorum praediorum. Quamuis enim & *ruri* dominos in villis habuisse balneum, PLINIUS *h*) testetur; tamen, constat, balneas ad commoditatem habitandi pertinere, & aedificiis adiungi. Sed haec talia, expeditum est, quamuis ruri habeantur, non eo secius ad domos, & urbana praedia referri.

Quae cum ita sint, desinere de balneis, nisi SCAEVOLA aliquam obiceret difficultatem, quae digna est, ut diluatur. Ille enim l. 35. §. 3. D. *de leg. 3.* tractat eiusmodi legatum, in quo testator municipibus suis balneum, iunctum domui suae, ita reliquerat, ut publice, sumtu & deligentia *heredum* fuorum, decem mensibus totius anni, *gratis* praeberetur. Apparebat, non tam balneum, quam *gratuitam lauationem*, heredibus relictam. Hoc enim nomine apud GRVTERVM *i*) in lapide litterato appellatur:

BALNEVM ET LAVATIONEM
SOLO PRIVATO GRATVITAM
IN PERPETVVM DEDIT

id est, ut gratis lauaretur: uti in alio lapide scriptum est. *k*)

VT EX REDITV
IN PERPETVVM VIRI ET IMPVBERES
VTRIVSQUE SEXVS GRATIS
LAVARENTVR

Sed dubitatum fuit, utrum *gratuita lauatione ususfructus* balnei contineretur. Et intererat municipium, ut hoc definiretur; cum, si esset usufructus, etiam *refectio*, & sumtus calefactionis, ad ipsos municipales spectare viderentur. Sed placuit, plus esse quodammodo in *lauatione gratuita*, quam in usufructu balnei relicto. Enimuero, secundum SCAEVOLAM, in gratuita

f) LAMPRIID. in Heliogab. c. 3. & 7. *g*) RICCIUS. vindic. iur. cap. II. apud Ottonem T. II. p. 746. sq. *h*) PLIN. V. ep. 6. *i*) GRVT. inscrip. p. 181. n. 2. *k*) Id. p. 180. n. 7.



lauatione non municipibus, sed heredibus, praebitionis atque calefactionis onus imponetur: & praeterea, quae ad quotidianam *tutelam* pertinent, & sumtus, quibus balnea instruuntur, aut purgantur, ut habiles ad lauandum fiant, ab heredibus exiguntur: qui, in usufructu, ab illo, cui relictus esset, praestarentur. l. 35. §. 3. D. de leg. 3.

Satis dictum erit de balneis si hoc vnum adiecero, quod olim moris fuerit, *utrumque sexum*, uti fere ex lapide GRVTERI antea adducto manifestum est, *promiscue* lauare: donec impudicissimum morem ADRIANVS l) aliquantulum correxit. Sed postea IUSTINIANVS etiam addidit, ut, si mulier, libidinis causa, cum viris *lauacrum commune* habeat, marito diuerendi licentia concedatur. l. 11. §. 2. D. de repud. Ex illo igitur tempore caldaria muliebria, & virilia, secreta quidem, sed proxime tamen, si VITRUVIVM audias, m) interiecto duntaxat pariete, coniuncta; ut ex hypocausto communis usus aquae sit utrisque. Sed illud quidem in publicis obtinuit: priuati saepe vnum duntaxat habuerunt: unde saepius publica illa, *balneae*, sed priuata, balneum dicuntur; cum in his usus utrique sexui plerumque communis & promiscuus concederetur. De quo argumento eleganter RADVLPHVS FORNERIVS n) & RAEVARDVS o) tractauerunt.

Neque potest dubitari, relicto usufructu aedium, in quibus seiunctum fuerit lauacrum muliebri a virili, fructuarium mercedes utriusque percepturum, aut, si utrumque, quod VLPIANVS ait, l. 13. §. 8. D. de usufr. *dominicis* vsibus duntaxat vacauerit, ipsum utroque, cum familia, usurum. Hoc enim deinceps apparebit.

§. VII.

Expediuimus, quando voluptariae possessionis usufructus ad nos pertinere videatur; consequens est, ut, qua quis *diligentia* rebus voluptariis *uti* frui debeat, inspiciamus. Et generaliter quidem VLPIANVS, atque inprimis CELSVS l. 13. §. 4. l. 9. D. de usufr. praeceperunt, nihil fructuarium *in perniciem proprietatis* facturum esse, sed *cogendum, recte colere*. Igitur *Reficere & operae* pretium est, ut videamus, quando fructuarius *recte colere* dicatur. Eleganter idem CELSVS l. 7. §. 2. D. de usufr. rem interpretatur, & cogendum esse, ait, fructuarium per arbitros, ut *sarta tecta* habeat, quorum usufructus ipsi sit relictus. Addit etiam GORDIANVS l. 7. C. eod. expediti iuris esse, quod *suis sumtibus* sarta tecta debeat praestare. Igitur si *praedii cultioris* usufructus marito vel parenti concedatur, etiam hodie debet *topiarium* subinde adhibere, viridaria alere, quantum in ipso est, non permittere, ut quid tempestate, aut fuligine, aut negligentia cuiusquam, corrumpatur: debet etiam arbores *adserere*; quod CELSVS atque PAVLLVS

D 2

l. 7.

D) SPARTIAN. in vita. Adrian. c. 16.

m) VITRUV. de archit. l. V. c. 10.

n) RADVLPH. FORNER. rer. quotidian. l. VI. c. 10. apud. Otton. T. II. p. 291.

o) RAEVARD. coniectan. II. c. 3. p. 44.



l. 7. §. 3. & l. 18. D. *de usufr.* praeceperunt, ut in gregis usufructu, gregem supplere debet *ex agnatis*, quod *VLPIANVS* ait, & submittere ex foetu in locum capitem demortuorum l. 68. §. 2. D. *eod.*

Quandoquidem igitur, ut diximus, nihil committere debet in perniciem proprietatis, etiam tempestive *colere*, & suo quacque tempore facere debet: cum secundum *GAIUM* *intempestiva* etiam cultura, fundum deteriore faciamus l. 25. §. 3. D. *de locati.*

Neque vero necessitatem sumtus facendi facile vitabit, quamvis dixerit, se fructus ex fundo nullos percepisse. Quamvis enim *NERATIVVS* & *VLPIANVS* impendium culturae non solum propter fructus faciendum, sed etiam ex fructibus soluendum esse, doceant l. 7. §. 16. D. *solut. matrim.* & l. 15. & 16. D. *de impens. in res dot. fact.* adeoque haec necessitas sumtus facendi in fundo voluptuario, ex quo vera utilitas non capitur, cessare videatur; tamen, certius est, illum, qui talem usufructum accepit, voluptatem istam pro utilitate accepisse.

Igitur non poterit incommoda culturae subterfugere, quamvis, quod *MARCIANVS* ait, plus impendi debeat, quam ex fructibus percipiatur. l. 41. pr. D. *de usufr.* Eo pertinet, quod, si servi artificis usufructus fuerit relictus, parcere sumtibus non possit, sed servum *sufficienter* alere cogatur, atque etiam vestire, secundum *ordinem* mancipii, & dignitatem. Ita enim *VLPIANVS* praecipit, l. 15. §. 1. & 2. D. *de usufr.* Imo vero generaliter *POMPONIVS* l. 65. pr. D. *de usufr.* omnia illum facere debere, ait, quae diligens paterfamilias in suo fundo facturum esse videretur.

Itaque, usufructuarius, ante omnia, fundum voluptarium recte *colere* oportet. Sed, si tergiuerfatur fructuarius, si, quae ad culturam necessaria sunt, omittit, videamus, qua actione teneatur. Et *VLPIANVS* quidem l. 13. §. 2. D. *de usufr.* negat illum ex lege *Aquilia* recte conveniri. Quod habet rationem, cum damnum illud corpore non datum sit, quod in formula legis *Aquiliae* desideratur. Similiter enim etiam ille, qui hominem fame necaverit, si *NERATIVUM* audias, ex lege *Aquilia* omnino non tenetur; cum non tam suo corpore & facto, quam omittendo potius, servum occidisse videatur. l. 9. §. 2. ad leg. *Aquil.* Cessabit igitur legis *Aquiliae* actio, si neglecta fuerit cultura voluptariae possessionis. Sed, ne res domini per illam negligentiam aliquid damni capiat, praetor dabit actionem, ut recte colere per arbitrium cogatur. Ita *CASSIO* & *VLPIANO* visum est. l. 7. §. 3. & l. 13. §. 2. D. *de usufruct.*

Praeterea ab usufructuario etiam refectio desideratur: cum, quod *CELSVS* ait, sartum tectum nequeat habere, sine aliqua refectioe. l. 7. §. 2. D. *de usufr.* Quod ne quis duntaxat ad utilium refectioem pertinere arbitretur, *NERATIVVS* l. 7. §. 3. D. *eod.* etiam voluptarias accessiones iub

fructu.

fructuarium reficere, ne quid in fundo corrumpatur. Ait enim, non solum refectioes necessarias facturum esse fructuarium, sed etiam *voluptatis* causa, & rectoria, & pauimenta, & similia refecturum esse: de quibus deinceps exponemus. Vnum CELSVS excipit, vt, si totum praedium *vetustate* corruerit, non videatur cogi posse ad refectioem l. 7. §. 2. D. de usufr. cum sufficiat, si nihil eius negligentia aut culpa corrumpatur. In *viuariis* tamen, quae & ipsa, vt supra exposuimus, ad voluptatem videntur pertinere, singulare aliquid receptum est, vt *eundem numerum*, per singula ferarum genera, finito usufructu, restituere cogendus sit, qui fuerit tempore coepri usufructus. Ita TRYPHONINVS tradit, l. 62. D. de usufr. Quamuis enim et venari & occidere quasdam possit, & alias substituere, & nouas includere; tamen, quod TRYPHONINVS ait, ne ius eius in incerto sit, & singulorum animalium discretio difficillima deinde fiat, placuit, ab ipso eundem numerum feruari.

Sed in aliis praediis voluptariis sola *refectio*, & *defensio*, vt sarrum tectum habeat, ab ipso expectatur. Ideoque omnia, quae *ad tutelam* fundi pertinent, ab ipso exiguntur, quamuis *sumtuosa* sit tutela. ^{p)} Solemus enim fere, refectioem necessariam, subinde *tutelam* fundi appellare. Ita accipienda sunt quatuor illa genera *tutelarum*, de quibus VARRO ^{q)} tractauit, & *tutela* aedificiorum, viae, ac *balnei*, apud VLPIANVM CELSVM atque SCAEVOLAM l. 7. §. 16. D. solut. matr. l. 36. de leg. 3. & l. 35. §. 3. de leg. 3.

Tenebitur ergo fructuarius ad refectioem: imo vero si alius, aut ipse dominus refecerit, *negotiorum gestorum* actione ipsum cogi posse, PAVLVVS ait, vt restituat impendium refectiois. l. 40. pr. D. de usufr. Quamuis enim sciat dominus, sibi & praedio profuturam esse hanc refectioem tamen magis usufructuarii, quam suum, negotium videbitur gessisse: cum sufficiat, propter *fructum praesentem* usufructuarium teneri ad refectioem.

VLPIANVS tamen, si paratus sit *derelinquere* praedium, quod sibi infructuosum esse sentit, & *recedere* maluerit ab inutili prorsus usufructu, ipsum non cogendum esse docet ad *refectioem* l. 64. pr. D. de usufr. Quapropter dicemus, *derelictione* usufructus & voluptariae possessionis, ab onere refectiois ipsum liberari: quod etiam PAVLLO placet l. 48. pr. D. eod. Vnum desiderabimus, vt tempestiue indicet, se ab usufructu recessurum; ne praedium mora & cunctatione corrumpatur. Imo vero, cum fructuarius, quidquid suo suorumque facto deterius factum sit, reficere debeat, secundum POMPONIVM non erit absolueudus, quamuis usufructum derelinquere paratus sit, donec illa, quae ipse *corruperit*, reficiantur: cum de culpa praeterita omnino teneatur. l. 65. pr. D. de usufr.

D 3

§. VIII.

p) PLIN. II. ep. 17.

q) VARRO de re rust. I. c. 14.



§. VIII.

Ex voluntate & destinatione domini re voluptaria uti debet fructuarius. An etiam locare possit praedium voluptarium.

Ita quidem, ut diximus de cultura & refectione *praedii voluptarii* fructuarius tenetur. Superest, ut videamus, qua cautione ipsi praeterea opus sit, ut recte uti frui videatur voluptaria possessione. Nimirum fructuarius cum agnoscit & accipit a domino proprietatis usufructum, in hanc conditionem consensisse intelligitur, ut; *loco domini*, eiusque nomine utatur & fruatur. Quapropter uti frui debet, uti ipse *dominus solebat*. Quandoquidem enim, quod POMPONIVS ait, l. 24. §. 3. D. de leg. 1. non solum nomina fundorum, sed etiam utilitates, non tam a natura, quam nostra destinatione potius, constituuntur; consequens est, ut ille rem nostram corrumpere, aut ad usus alios transferre nequeat, qui nostro nomine fundo voluptario utatur & fruatur. Enimuero, si VLPIANVM audiamus, plerumque videbitur causam proprietatis *deteriorem* facere, si rem ad usus alios convertat, quam quibus a domino solebat adhiberi. Igitur nec servum fructuarium, artibus *voluptariis* instructum, *contrariis* ministeriis & inusitatis adhibere, atque ita artificium eius corrumpere poterit, quod ARISTO apud CASSIVM notavit. l. 17. §. 1. D. de usufr. Neque VLPIANVS l. 15. §. 1. D. de usufr. ipsi permittit, ut librarium rus mittat, & calcem portare cogat, aut ex histrione balneatorem, aut ex symphoniaco atrientem faciat, aut servum de palaestra stercorendis latrinis praeponat; quandoquidem horum mancipiorum ministeria *ad voluptatem* pertinent, ut delectationis causa duntaxat comparentur. Quare abuti videbitur proprietate, qui rem ita tractaverit, ut appareat, dominum finito usufructu, rem vñbus contrariis, & qui ipsi non placeant, peruersam & corruptam recepturum esse.

Igitur consuetudinem & destinationem domini pervertere non potest fructuarius, si res deterior futura videatur. Imo vero, si non fiat facto eius deterior, tamen a *consuetudine* domini discedere non potest, si *novus* ille usus cum *iniuria* domini & *contumelia* fuerit coniunctus. VLPIANVS enim prohibet, ne contumeliose aut iniuriose utatur & fruatur. l. 27. §. 1. D. de usufr. Debet igitur habere rationem dignitatis, in qua proprietarium videt constitutum esse. Videamus ergo, an *locare* possit praedium, quod novit *voluptatis* causa a domino fuisse comparatum. Sed certum est, non posse praedium *locari*, *salva dignitate*, quod dominus *suis vñbus duntaxat*, amoenitatis causa, destinavit, nisi & ipse dominus consueverit locare. Videtur enim in illo quaestu *mercenario* plerumque aliquid, nescio, quid, *sordidi* inesse: neque paritur conditio personarum illustrium, & clarissimarum, ut ipsi, finito usufructu, postea utantur rebus illis, quae fructuarius *publice*, pro mercede, omnibus promiscue consuevit exhibere. Recte igitur VLPIANVS negat, ipsum illo loco *meritoria* facturum, quem domi-

dominus ad usus proprios aedificauit, ut ne tabernas quidem *locare* possit, ad merces exponendas, nisi etiam dominus ad suas merces, adeoque *publice*, usus fuerit tabernis. l. 27. §. 1. D. de usufr. Sed maxime in *voluptariis* non permittetur fructuario, illa ad usus alios transferre. Igitur si balneum sit in domo, *usibus dominicis vacare solitum*, in intima parte domus, vel inter diætas amoenas, non recte, neque ex boni viri arbitratu faciet, *si id locare coeperit*, ut publice lauetur: non magis, quam si domum ad stationem iumentorum voluerit *locare*. l. 13. §. 8. D. de usufr. Quod PAVLVS l. 14. D. eod. ita interpretatus est, ut, quamuis multo minus ex ea re fructuum percipiat, si non locauerit, tamen uti frui ex destinatione domini cogatur. Hoc enim certissimam rationem habet maxime in *balneis*, cum soliti fuerint Romani publice, pretio minimo, & plerumque, quod IV-
VENALIS ait, r)

— — quadrante lauari,

ideoque ipsa hæc locatio plerumque fordidissima sit visa, & res *quadrantaria* subinde appellata. Neque tamen dissimulem, aliquando illam ex *balneis* obuentionem non exiguam fuisse, imprimis cum & personæ clarissimæ interdum publice laurentur, & ACCIA, Cæsaris Augusti mater, hac sola de causâ balneis abstinerit, ne macula illa proderetur, quam veluti picti draconis imaginem, ita in corpore habebat, ut eximi non posset: quod ex SVETONIO s) RÆVARDVS x) obseruauit.

Igitur *locari non potest* prædium voluptarium, nisi ex consuetudine domini, aut ex probabili eius voluntate. Meretur tamen obseruari, quod interdum fructus locare & vendere possit fructuarius, quamuis appareat dominum neque locare neque vendere fuisse. Nimirum, si fructus eiusmodi fuerint, ut credi possit, ipsum dominum, nisi illos consumsisset, venditurum fuisse fructus prædii, aut locaturum; non potest dubitari, quin & fructuarius, ex præsumpta domini voluntate, fructus, quibus ipse uti nequeat, aliis vendere, aut prædium locare possit. VLPIANVS enim ait, quamuis ita uti debeat fructuarius, *ut paterfamilias solebat*; tamen hoc *ad modum* referendum esse, non *ad qualitatem utendi* l. 9. §. 7. D. de usufr. Itaque ut eundem *modum* seruet, non poterit *plus* arborum cedere, quam dominus cedere consueuerat: sed *vendere* tamen arbores poterit, quibus dominus ipse uti ad necessitatem familiae solebat: cum domini non interfit, qua ratione lingua consumantur. Igitur poterit consuetudinem domini deferere, si noua illa *qualitas* utendi non cum *corruptione* substantiæ aut domini *contumelia* fuerit coniuncta neque res impofterum, propter hanc mutationem, domino *inutilis* futura videatur. Qua de causâ etiam VLPIANVS vestem scenicam & funebrem locare fructuario permisit l. 15. §. 4. D. de usufr.

§. IX.

r) IUV. sat. 6. v. 446.
coniect. II. c. 3. p. 44.

s) SVET. in vita August. c. 49.

x) RÆVARD.



An fructuarius mutare cui usufructus sit relictus. Sed an ipsi melius facere liceat, superest, ut possit, prædium voluptarium. An fundum meliorem facere. Quid sit meliorem facere. An accessiones voluptarias facere ipsi permittatur.

Nemo igitur dubitat, quod ille prædium deterius facere non possit, cui usufructus sit relictus. Sed an ipsi melius facere liceat, superest, ut disputemus. Et VLPPIANVS quidem abscisse l. 13. §. 4. D. de usufr. affirmavit, posse fructuarium omnino proprietatis causam meliorem facere. Quod non videtur a ratione, iuris alienum, cum nemo possit conqueri de utilitate, sine suo commodo sibi procurata. Sed aliquando non satis expeditum est, virum fructuarius conditionem proprietatis meliorem fecisse videatur. Enimvero in tanta diversitate cupiditatum & consiliorum, quibus hominum studia reguntur, non confestim, quae fructuario placeant, domino proprietatis probabuntur. Sed illud tamen in hac inspectione non obscurum est, quod vilia possit utiliora facere subinde, modo fructuarius subsistat in eodem genere utilitatis, quod ipse dominus antea probavit. Igitur, secundum VLPPIANVM, lapidicinas, & cretifodinas, & arenifodinas, quamvis antea non fuerint, instituere poterit, si non agri partem necessariam occupaturus sit his institutis. Neque tamen ita utilitatem sibi finget ex suo ingenio, ut possit domini consilium deserere, & quae ab ipso facta sint, mutare, quamvis melius omnino facturus esse videatur. Igitur, si ipsi quaestus placeat, domino fundi amoenitas & innoxia voluptas; non poterit voluptaria detrahere, ut fructuosius aliquid faciat, quo redditus & quaestus augeatur. Recte enim VLPPIANVS l. 13. §. 4. D. de usufr. negat fructuarium voluptariae possessionis viridaria, vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosas opacas & amoenas, posse deicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel quid simile quod ad redditum spectaret. Quod habet rationem, cum possit domino proprietatis quaedam amoenitas omni quaestu potior videri: ut facile redditu careat, si voluptate illa, quam ex suo ingenio paravit, carere non cogatur.

Itaque pro voluptariis vilia facere non potest, sed voluptaria reficiet potius, & tuebitur, & secundum VLPPIANVM, tectoria etiam & pavimenta conferuabit. l. 7. §. 3. D. de usufr. Contra vero, nec villa detrahere poterit, ut voluptatis causa aliquid melius reponat. l. 7. §. 4. D. eod. Neque enim illud videbitur melius, quod dominum forte onerare possit propter impendium & apparatus. l. 13. §. 6. D. de usufr. Maxime autem in aedificiis nihil temere mutabit, cum, secundum VITRUVIUM ^{u)} pro cuiusque conditione atque dignitate sit aedificandum. Erit enim ridiculum, si quis in rustici aut opificis aedibus vestibula regia faciat, alta atria, peristylla amplissima, sylvas, ambulationes laxiores, ad decorem maiestatis, ad publicorum operum magnificentiam comparatas, aut quid aliud, quod potius ad magistratus & honores videatur pertinere. ^{x)}

Pote-

^{u)} VITRUV. de archit. L. VI. c. 8.^{x)} VITRUV. loc. cit.

Poterit igitur fructuarius reficere, sed qualitate aedium *non immutata*: quare nec diatras transformare, vel coniungere aut separare, nec refugia aperire, nec aditus posticae vertere poterit, nec *atrium* mutare. Hoc enim *VLPIANVS* docet l. 13. §. 7. D. *de usufr.* Enimvero de *atriis* etiam *VITRUVIVS* y) obseruat, quod, pro diuersitate *fortuna*e, ab aliis aliter aedificentur: his enim, ait, qui *communi* fortuna sint, magnifica vestibula & *atria* non necessaria videri: ab illis, qui fructibus rusticis seruiant, in vestibulis stabula & tabernae fieri debere, & cetera, quae ad fructus seruandos magis, quam ad elegantiae decorem, esse possint: *forensibus* autem & disertis necessaria esse quaedam elegantiora, ad conuentus hominum excipiendos.

Igitur, ne quid fiat in perniciem domini, cuius alia & alia potest esse commoditas, ex *voluptariis* rebus fructuarius nihil transformabit: hinc nec *viridaria* ad alium modum conuertet, quamuis illa, quod ait *VLPIANVS* excolere & exornare, ipsi permittatur. d. l. 13. §. 6. D. *de usufr.*

Non solum autem nihil temere mutabit, sed ne *nouum* quidem aliquid faciet, quod ad voluptatem pertinere videatur. Itaque ipsi nec balneum in domo *facere* permittitur, cum balnea *voluptatis* causa aedificari videantur. l. 13. §. 8. D. *de usufr.* Et recte quidem, secundum *NERATIUM*, cum aliud sit *tueri*, & reficere, aliud, noua facere, quod fructuarius suo iure non audebit. l. 44. D. *de usufr.*

Imo vero idem *NERATIUS* alio loco, ne quidem, ut *inchoata perficiat*, fructuario permittit. Ait enim, aedificium inchoatum *consummare* fructuarius non posse: l. 61. D. *eod.* Quod videtur habere rationem, cum multae causae petuerint dominum mouere, ut defereret coeptum aedificium, quod sibi videbat oneri futurum.

Eadem causa adductus *NERVA* negat, fructuarius *alius tollere* posse aedificium l. 13. §. 7. D. *de usufr.* quidquid *IACOBVS CONSTANTINVS* z) subtiliter disputet in aduersam partem. Enimvero potest domini interesse, ne aliud tollatur, propter diuersitatem regionis, aut ordinis, aut propter luminis etiam rationem, si ipse ex aduersa parte voluerit vtilius aedificare. Illud durius est, quod *NERATIUS* fructuario ne quidem *nouum tectorium* parietibus, qui *rudes* fuerint, imponere permittat: l. 44. D. *de usufr.* cum tectorium, quo paries tegitur, & incrustatur, vix videri possit domino proprietatis oneri futurum. Enimvero, si *PROCVLVS* audiamus l. 13. §. 1. D. *de seruit. praed. urb.* quaedam *tectoria* etiam *vulgaria* dicuntur, aut *gregalia*, secundum *SENECAM* a) quae ad *communem* utilitatem pertineant, ut credibile sit, de illis dominum conqueri non posse.

Sed

y) *VITRUV.* de archit. L. VI. c. 8. z) *CONSTANTINVS* subtilium enodat.
L. II. c. 22. apud *Ottone*m T. IV. p. 596 sq. a) *SENEC.* ep. 86.



Sed recte *NERATIVUM* sensisse arbitramur. Constat enim, *teſtoria* plerumque facta eſſe cum magno ſumtu atque apparatu, & hoc nomine plerumque appellatas fuiſſe *incruſtationes*, in quibus *pingi* aliquid potuerit ad voluptatem: quod *VITRUVIVS* ^{b)} oſtendit. Ita etiam *CELSVS* l. 38. D. *de rei vind.* *teſtorium* accipit, ut picturae fierent in *teſtorio*, *ornatus cauſa*. Quapropter *VLPIANO* non videtur *in rem* domini *verſum* eſſe, ſi quis domum dominicam *teſtorii* exornauit. l. 3. §. 4. D. *de in rem verſo*, cum *teſtorium*, ut omnes *incruſtationes*, *voluptatis cauſa* factum eſſe, videatur. l. 79. §. 2. D. *de verb. ſign.*

Vides igitur, ſi nihil adiectum ſit, *teſtorium* fere accipi pro elegantiffima *incruſtatione*: quæ, ſi loco non opportuno facta fuerit, domino ſubinde oneroſa eſſe poſſit: ut, conuenienter iuris rationi, ne illud fiat a fructuario, prohibeatur.

Quandoquidem igitur iniquum eſt, dominum proprietatis *in perpetuum* onerari nouo incommodo & opere, quod fructuarius *præſentis & temporariae voluptatis* cauſa fecerit; fruſtra tentabit fructuarius aliquid *noui* inſtituere, quod ad vſum *voluptatis* pertineret. Sed ſi fecerit, *corrumpere* non poteſt, quod ſemel eſt ab ipſo conſtitutum. Enimvero nec bonae fidei poſſeſſor, qui ſe dominum eſſe errore probabili credebat, *teſtorium*, quod fecerit, & picturas *corradere* poterit, cum damno illius, cui proprietates debetur. *CELSVS* enim hanc *malitiam* hominum appellat, ſi aliquid corrumpant, nihil inde percepturi, præter quam ut domino officiatur. l. 38. D. *de rei vind.* Igitur multo minus fructuarius, qui ſciuit, in fundo alieno ſe verſari, ſumtum recipiet, ſi quid fecerit, quod ipſi facere iure ſuo non licebat; Sed recte *VLPIANVS* l. 15. pr. D. *de uſufr.* præcipit, ſi quid *inædificauerit*, poſtea illum neque hoc *tollere* nec *reficere* omnino poſſe.

§. X.

Nec proprietario per- *Habes iura fructuarii, quibus vtitur in vſufructu voluptariae poſſeſ-*
mittitur mu- *nis.* Proximum eſſet, ut de domino proprietatis videremus, qui & ipſe
tare prædi- fructuario tenetur. Sed ſufficiet, quaedam duntaxat extremis digitis, quod
um cum in- aiunt, attigiffe.
commodo
fructuarii.

Nimirum conſtat inter omnes, quod conſtituto ſemel vſufructu, nihil *immutare* poſſit dominus, neque *noui* aliquid facere, quo ius vſufructus minuatur. Igitur, ſi *NERATIO* & *VLPIANO* obſequamur, dominus proprietatis neque *ædificium*, cuius vſufructus ſit relictus, poterit *altius tollere*, neque in area ædificium ponere, neque aliquid *melius* facere, quo facies fundi immutetur. l. 7. §. 1. D. *de uſufr.* Quod & in *uſu* receptum eſſe ſcimus; quia dererius faceret prædium, etiam qui *melius* faceret, propter

b) *VITRUV.* de architect. L. VII. c. 3. *CVIAC.* I. obf. 36.



ter diuersam inceramque vtilitatis rationem l. 23. D. de usu & habit. Quaecumque ita essent, interdum testamento caueri debuit, ne usufructuarius heredem prohiberet alius tollere, aut aliud quid immutare; quod POMPONIUS l. 19. pr. D. de usufr. obseruauit. Sed, si libere relictus esset usufructus testamento, & heres nihilominus faciem fundi mutauerit, fructuario inuito, certum est, heredem vel teneri ex testamento, vel de dolo conueniri posse, vel, secundum POMPONIUM, interdictum quod vi aut clam, usufructuario accommodari. l. 5. §. 3. & l. 6. D. quib. mod. usufr. Ex quibus rebus intelligitur, dominum proprietatis neque portionem praedii voluptariam recte detrahare, & utilem substituere, nec, detractis utilibus, aliquid voluptatis causa machinari posse.

Ceterum, si vetustate collapsum sit balneum, aut alia quaedam voluptaria portio vitio operis corruerit, POMPONIUS & CELSUS monent, neque dominum proprietatis neque fructuarium cogendum esse ad refectionem, l. 65. §. 1. & l. 7. §. 2. D. de usufr. quamuis, si dominus sponte refecerit, fructuarius ab usufructu non prohibeatur. Sed haec, satis est, in transcurso obseruasse.

XLIII.

OBSERVATIONES

AD LEG. CXCIV. D. DE VERB. SIGNIF.

DE HIS

QVAE FAMILIAE RELICTA SVNT.

VITEMBERGAE, AD D. AVGV. Q. S. P. E. MDCCXXX.

§. I.

Illud vero, si quidquam aliud, principe Romano dignum fuit, & conueniens maiorum institutis, quod TIBERIUS, teste TACITO, a) nullius hereditatem adire voluit, nisi amicitia illam meruisset: ideoque ignotos, & aliis infensos, longissime arcuit, si ipsum heredem nuncupassent. Ita certe veteribus visum est, non facile admittendam esse institutionem, nisi appareret, testatorem heredes caritate elegisse. Hoc enim PAVLLVS tradit l. 58. §. 1. D. de hered. instit. b) itemque VLPIANVS l. 9. §. 8. D. eod. tit. qui negat,

E 2

vale.

a) TACIT. II. annal. 48.

b) vid. dissert. praefidis: an conditio, quae propter casum impleri nequit, pro impleta habeatur §. 1.



valere testamentum, in quo heres signo quodam, quod contumeliæ causa addi soleat, a testatore demonstretur; cum bene merendi studio, & amoris causa, eligendi sint heredes. Sed, cum *amicitiam*, quod *TULLIVS* in *Laelio* obseruat, ^{c)} dicamus illam sanctissimam & familiarissimam coniunctionem, ex amore vero, & *mutuo*, constare, aut certe, studium illud, quo in alios ferimur, opinione virtutis, & sensu iucunditatis, quam ex illis cepimus, in nobis excitatum; non potest esse obsecrum, quod homines *ignoti*, & nulla nobis spe aut laude commendati, non possint, amoris causa, institui heredes. Igitur recte, quod *VLPIANVS* ait, ^{d)} constitutum est, ne *incertis personis* hereditas relinqui, aut aliquid legari possit; cum nequeat in illos esse aliquod studium amoris, quos ignoremus, & de quorum in nos voluntate nihil, & ne spe quidem, aut diuinatione, quidquam assequamur. Ideoque, secundum *VLPIANVM*, ^{e)} non valuit legatum, quod illi, qui filio testatoris filiam suam in matrimonio collocauerit, relictum esset; cum *ignorauerit* testator, cuius uxoris conditione usus sit filius, & quem mobiles illæ amantium voluntates exitum sint habituræ. Quod omnino habebat rationem, cum iniquum videatur, iactari beneficia, absque personæ idoneæ delectu, & rem, plenissimam fauoris, temere conferri in temporis futuri incertissimum euentum. Itaque commodius careremus *IUSTINIANI* constitutione, qua obsecutus est incertæ testatorum voluntati, atque *incertas* etiam personas subinde heredes scribi passus est, omnesque ad beneficia testamentaria liberaliter admisit, si *euentus* comprobauerit, *dubia* illos & *generalis* testatoris *demonstratione* contineri. §. 25. & 27. I. de leg. & l. i. C. de incert. person.

§. I.

Quæ familia
relicta sunt
aut vni ex
familia non
videntur in
certis perso-
nis relicta
esse.

Sed, utunque hæc existimata fuerint, illud certe semper, etiam *iure prisco*, obtinuit, ut, teste *VLPIANO*, ^{f)} personis *incertis*, sub certa tamen *demonstratione*, efficaciter legari, siue, ut *IUSTINIANVS*, §. 25. I. de leg. gat. rem luculentius interpretatur, ut ex *certis* personis *incertæ* personæ recte aliquid relinqui posset. Sufficiebat enim, quod omnes diligeret testator, & omnibus faueret, ad quorum *unum*, vel paucos, casu & fortuna dispensante, beneficium debebat peruenire. Itaque admissum est legatum, ut ex *cognatis* meis, qui nunc sunt, quicumque primo ad funus meum venerit, aut ex *cognatis* meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, illi heres aliquid exsoluat. §. 25. I. de leg. *VLPIAN.* tit. 24. §. 18. Neque enim semper, quod *PLINIVS* ^{g)} ait, *gradatim* colimus amicos, aut ordine & gradu seiungimus, sed, quæ liberalissima amicitia est, amo-

^{c)} CIC. in *Laelio* c. 7. id. de diuinat. L. II. 245.

^{d)} *VLPIAN.* T. XXIII. §. 18.

^{e)} *VLPIAN.* loco cit.
L. II. ep. 6.

^{f)} *VLPIAN.* Tit. XXIII. §. 18.

^{g)} *PLIN.*



amore illos exæquamus, vt certi esse videamur, ad quemcunque illorum fortuna beneficium detulerit, illud apud ipsum bene, & ex voto nostro, collocatum iri. Igitur & GAIUS l. 5. D. *de reb. dubiis*, admittit legatum, si quis amico, quicunque testatori beneficium principis impetraverit, aliquid relinquat, itemque ULPIANVS l. 10. D. *eod.* vni ex cognatis, quicunque monumentum testatori fecerit, efficaciter legari posse, ait: denique IVLIANVS l. 11. D. *eod.* valere legatum censet, si testator illi, qui *novissimus* ex libertis supervixerit, & diutissime in familia manserit, aliquid dari iubeat, in suprema voluntate: cum liberalissima sit species amoris, qua gratiam referre, & bene meritis incertum officium, etiam antequam de nobis bene mereantur, rependere studemus: quamvis testator *ignoraverit*, quis sibi beneficium impetraturus, aut monumentum sit factururus, aut diutissime in familia mansurus.

Recte igitur vni, ex *cognatis*, aut amicis, qui *nunc sunt*, & quos omnes nouerit testator, legatum relinquitur in testamento.

Sed illa difficilior est interpretatio, quod legata, quæ *familiae relicta* sunt, quandoque etiam ad illos perueniant, de quibus nunquam cogitauerat, & quos omnino ignorauerat, testator. MODESTINVS enim l. 32. §. 6. D. *de leg. 2. si quid familiae* relictum esset, non solum illos admittit, qui ex nomine defuncti fuerint, eo tempore, quo testator moreretur: sed etiam eos, qui ex his procreati fuerint; quamvis hos quidem nunquam viderit testator. Eodem pertinet, quod, secundum PAPINIANVM, l. 67. pr. & §. 5. & l. 77. §. 10. D. *de legat. 2.* non inefficax sit fideicommissum, quod testator vni ex familia, quemcunque heres elegerit, cum moreretur, iusserit relinquere: quamvis appareat quod ita fideicommissum possit personis testatori prorsus incognitis, & ab illo remotissimis, deferri. Idem eueniet, si testator cuiquam fundum hac lege reliquerit, ne fundus *de familia sui nominis* exiret: cum possit nomen testatoris, & ius familiae, cum pluribus & ignotissimis communicari. PAPINIANVS enim auctor est, etiam libertae filiam admitti ad fideicommissum, quod testator ex familia nominis sui noluit exire. l. 77. §. 28. D. *de leg. 2.* Ab hoc non alienum est, quod secundum ULPIANVM, si quis vni filiae posthumæ, quam natum iri sperabat, aliquid relinquat, & postea plures posthumæ nascantur, singulis tantundem debeat: l. 17. §. 1. D. *de leg. 1.* quamvis de vna tantum filia cogitauerit testator, & beneficium defuncti ad illos non extendi debeat, qui amorem eius nunquam mereri potuerunt.

Nimirum, quod supra obseruatum est, amores hominum, non solum fructu & iucunditate temporis praesentis, sed etiam *spe* temporis futuri, excitantur. Inprimis *cogitatio posteritatis*, de qua omnes *optime speramus*, occultis quibusdam faculis aliquod in nobis studium accendit, vt interdum



erigamur animo, & mirifice concitemur, & longum quendam ordinem illorum, qui aliquando nos sequentur, ante oculos ponamus, illosque quasi coram intueri & amplecti, ipsis bene precari, denique imaginem nostram in illis cernere, & instar aliquod in eis observare, videamur. Igitur disputatione non indiget, quæ *posterorum* causa in testamento constituta sunt, illa non tam personis *incertis*, quam potius, certis, *spe* atque *contemplatione animi*, quasi *præsentibus* relicta esse, illasque testatorum voluntates, quibus posteritati prospiciunt, non ex *dubia* animi sententia, sed ex occulto quodam & certissimo amore proficisci.

Ex eadem causa descendit, quod etiam illa, quæ relicta sunt ecclesiis & *pauperibus*, quos ipsa nobis diuina providentia sanctissime commendauit, aut *collegiis licitis*, de quibus ipsa *professio artis* optime nos sperare iubet, non personis *incertis*, sed quasi notis, & *per se amabilibus*, a testatore assignata videantur: quod recte IUSTINIANVS observauit. l. i. C. de *incert. person.*

§. III.

Ad quos pertineat legatum quod genti, familiae aut nomini testatoris relictum est.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, apparet, etiam *prisco iure*, legata valuisse, quæ *posteritati*, quamvis adhuc *incertæ*, atque incognitæ, a testatoribus relinquerentur. Sed hæc talia plerumque non parum difficultatis habent, si quaestio incidat, de quibus testator, cum neminem illorum nominis reliquerit, & oculis viderit, sensisse censeatur.

Ipsa enim *nomina* illa quibus posteris, ad quos legatum aliquando debebat peruenire, a testatoribus subinde indicantur, fere obscura sunt, & interpretationem aliam atque aliam admittunt: multa illorum ab initio quidem significatione discreta, sed vsu promiscuo deinde confusa sunt, ut hariolatione opus sit, ad indagandam testatoris voluntatem. Inprimis, si *nomini* suo, vel *genti*, vel agnatis, vel *cognationi*, vel *familia* suæ, aliquid reliquerit testator, disputatione res indiget, ut cognoscamus, de quibus sensisse videatur.

Sed *gentis* quidem & *generis* nomen (nostri das *Geschlechter* appellant) semper latissime patuit, ut plures familias complecteretur. Hoc enim SVETONIUS TRANQVILLVS *b)* in *vita Galbæ*, observauit: ut familiae nomen paucioribus personis coerceri videatur. Aperte vero FESTVS *i)* gentem appellat, quæ ex pluribus familiis conficiatur. Ideoque *gentiles* dicebantur omnes, qui ex eodem genere orti erant, & eodem nomine appellabantur, quod CINCIVS apud FESTVM *k)* comprobauit.

Igitur inter *gentem*, & *nomen* testatoris, parum videtur discriminis interfuisse, cum omnes gentiles eodem nomine vsi sint. Ipse enim TVLLI-

VS

b) SVET. in *Galb.* c. 3. init.
voce *gentilis*.

i) FESTVS, in v. gens Aelia.

k) idem, in

VS CICERO regem TVLLVM, propter nominis similitudinem, quamvis sanguinis origine illum non attingeret, *gentilem* suum appellavit; ut *gentis* ambitum ex *nominis* communicatione æstimasse videatur: quod RÆVAR-
DVS observavit. ^{l)}

Sed idem ille TVLLIVS tamen alio loco ^{m)} desiderat, ut omnes, qui *gentiles* appellari possint, non solum inter se eiusdem sint *nominis*, sed ab *ingenuis* etiam *oriundi*, quorum maiorum nemo servuerit *servitutem*. VAR-
RO etiam ⁿ⁾ agnoscit, in *servis*, & libertis, non esse *gentilitiam* naturam. Ex quibus locis intelligitur *libertos* ad *gentem*, aut *genus* defuncti, aut inter *gentiles*, non referri potuisse.

Sed illud tamen certum est, legata, quæ quis *nomini suo* reliquerit, etiam ad *libertos* illorumque liberos pertinuisse. PAPINIANVS enim auctor est, fundum, de quo constituerit testator, ne de *familia nominis sui* exeat, ad *libertos* testatoris pervenire. l. 77. §. 10. D. de leg. 2. Imo vero idem PAPINIANVS de. l. 77. §. 28. etiam libertæ filium admisit ad legatum prædium, de quo rogauerat testator, ne illud *de nomine familiæ* exiret.

Quare non potest esse obscurum, *genus* seu gentem testatoris, quæ omnes personas *eiusdem originis* & *nominis* comprehendit, strictius accipi, quam nomen testatoris, ad quod etiam liberti, patronorum *nomine* propter civilem illam generationem, plerumque appellati, iure veteri referebantur.

Sed de *agnatis cognatisque* videamus: quorum nomen quamvis sanctissimum esset, non tamen semper certa definitione a veteribus continebatur. VLPIANVS enim l. l. §. 1. D. unde cognat. omnes, qui commune nascendi initium habebant, cognatos appellavit: sed MODESTINVS l. 4. §. 2. D. de grad. agnatos nominat, qui civili cognatione per *marem* nobis coniungantur, & in eadem familia hæreant, citra capitis deminutionem: ut agnatio sit pars duntaxat aliqua cognationis. Contra generalissime VLPIANVS l. 68. §. 2. D. de usufr. omnes, qui sunt eiusdem originis, *agnatos* esse, ait: ut etiam foetus eiusdem gregis *agnatorum* nomine contineantur. Idem certe VLPIANVS l. 195. §. 2. D. de v. f. etiam illos, qui patris potestate liberati sint, & singuli singulas familias habeant, contra receptam definitionem, agnatorum appellatione comprehendit.

Sed hoc tamen plerumque observatum, ut, quod *agnatis* relictum esset, ad illos duntaxat pertineret, qui etiam ad *nominis* communionem pervenissent: cum contra, cognationis nomen latius in omnes, qui eiusdem originis, familiæ, aut stirpis essent, spargeretur.

Satis, credo, comprobatum est, iure Quiritium generis aut *gentis* appellatione solos *ingenuos*, qui eodem *nomine* utantur, atque ex eadem origine

l) RÆVARD. ad L. XII. Tab. c. 13. op. tom. I. p. 59.

n) VARRO de lag. ling. L. VIII.

m) CIC. top. VI.



gine descendant, contineri: *cognitionis* vero nomen ad omnes, qui ex eodem sanguine originem traxerint, referri, quamvis nominibus diversis inter se discernentur: hinc etiam feminas sub cognatis comprehendit: sed illa, quae testator *nomini* suo reliquerit, etiam ad *libertos* peruenire potuisse: cum & hi plerumque *nomine* patroni, a quo caput & libertatem acceperant, appellarentur. Superest, ut de *familia* non nihil moneamus.

Videtur autem *familiae* nomen, si non ad ipsum patrimonium, sed ad *personas*, referretur, proprio sensu, omnes illos, qui *patris familiae* potestati domesticæ subessent, & ipsam etiam uxorem, seu *matrem familias*, comprehendisse. Ita enim *VLPIANVS* tradit, l. 195. §. 2. D. de *verb. sign.* Quod si verum est, apparet, *familiam* esse *generis*, seu *gentis*, quandam portionem, quæ suo capiti peculiari, & *patrifamilias*, subiciatur.

Sed ne credas, hoc ita perpetuo a Romanis esse observatum. Idem enim *VLPIANVS* de l. 195. §. 2. D. de *verb. sign.* *familiam* cum ipsa *gente* & *genere* confundit. Communi enim iure, inquit, *familiam* dicimus omnium *agnatorum* coniunctionem, quamvis, *patrifamilias* priori extincto, singuli *singulas familias* habeant: quum enim sub eiusdem patris potestate fuerint, & ex eadem domo & *gente* prodierint, recte illi *eiusdem familiae* personæ appellantur.

Vides igitur, nomen *familiae*, quae unius potestati subest, cum *gente* quæ plures familias comprehendit, quarum singulae a singulis patribus familias regantur, etiam apud veteres communicatum esse. Imo vero generaliter appellatur *familia* plurium personarum, quæ ab *eiusdem ultimi genitoris sanguine* profiscantur: uti dicimus familiam *Iuliam*, quasi a fonte quodam memoriæ: quod item *VLPIANVS* tradit, de l. 195. §. 4. D. de *v. f.* Ideoque secundum *PAPINIANVM* l. 69. §. 3. D. de *legat. 2.* illi, qui *in familia* sunt, *solis exteris*, & *extraneis*, id est, nullo iure sanguinis coniunctis, opponuntur. Denique etiam *MODESTINVS* *familiam* pro *nomine* testatoris accipit; omnesque sub familia comprehendit, qui *ex nomine* defuncti fuerint eo tempore, quo testator moneretur, l. 32. §. 6. D. de *leg. 2.* Ut, ex sententia *MODESTINI*, etiam liberti testatoris admitti posse viderentur: cum liberti omnino ad *nomen* testatoris pertineant, quod *VALENS* l. 94. D. de *leg. 3.* comprobavit, & supra est a nobis observatum.

Igitur *familiae* nomen interdum cum *gentis* appellatione, usu promiscuo, confunditur; & subinde omnes personas, qui ex eiusdem parentis *ultimi* sanguine progeniti fuerint, designat, sed non semper intra has personas nomen familiae subsistit. *FESTVS* enim o) auctor est, etiam *famulos* coepisse ad familiam referri, illosque *familiares* appellari; cum olim in liberis hominibus subsisteret familia, quorum dux, & princeps *generis*, vo-

care-

o) *FESTVS* voce: *Familia*.



caretur pater & mater familiæ, & *familiares* dicerentur, qui ex eadem familia progeniti fuissent: quod *VLPIANVS*, d. l. 195. §. 3. D. de *V. S.* observauit. Extat etiam apud *GELLIVM* *p*) Scauolæ responsum, qui a liberis *familiam* distinguit, quæ circa patremfamilias eiusque liberos versetur; ut dubitari non possit, familiæ nomine seruos comprehendi. Imo aperte *SENECA* *q*) omnem, inquit, inuidiam maiores nostri dominis detraxerunt, omnem contumeliam seruis: dominum *patrem familiæ*, seruos *familiares* appellarunt.

Præterea *IUSTINIANVS*, ne quis omnino excludatur, ad legatum *familiæ* relictum, præter *propinquos*, etiam *generum* & *nurum*, quamuis soluto matrimonii vinculo, admisit: ut ex illo tempore etiam *affines* quidam appellatione familiæ continerentur l. 5. C. de verb. & rer. sign.

In tanta igitur varietate, quas personas dicemus a testatore demonstratas esse, si ille legatum *familiæ* reliquit? Enimvero recte *VLPIANVS* l. 11. §. 19. D. de leg. 2. præcipit, in his causis maxime inspiciendum esse, de quibus testator *senferit*, ut *voluntas* eius diligentissime seruetur. Itaque in primis *consuetudinem* loquendi, qua testator usus est, sequemur: quod etiam *SERVIO* & *CELSE* placuit, l. 7. §. 2. D. de *suppellect. legat.* Neque tamen, quod *MARCELLVS* monet, l. 69. pr. D. de leg. 3. a *significatione* verborum *communi* facile receditur, nisi cum *manifestum* est, *aliter* sensisse testatorem.

Igitur hæc prima erit cura interpretis, ut ex figuris verborum, & *ordine orationis*, eliciat consilium & voluntatem, seu *finem*, testatoris. Si alia deficiant, proximum est, ut ex *materia*, & *obiecto* legati iudicemus, quæ personæ, nomine *familiæ*, a testatore demonstrantur: cum illa, quæ *strictam* interpretationem recipiunt, ad *paucos*, quæ *benignius* per interpretationem extensiuam accipiuntur, ad plures, & ad gentem vniuersam, atque ad omnes, qui quocunque modo familiæ nomine comprehendi possunt, pertinere videantur.

Vnum fere expeditum est, quod per feminas coniuncti ad illa quæ *familiæ* relictæ sunt, non facile adspirent, aut certe *in subsidium* duntaxat admittantur. Mulierem enim, constat, familiæ suæ & *caput* & *finem* esse: quod *VLPIANVS* tradidit, l. 195. §. 5. D. de verb. signif.

Sed de *Germanis* videamus, quo sensu illi nomine *familiæ* vtantur. Hos enim, nouimus, ascitum a Romanis nomen *familiæ*, non ex subtilitate *Quiritium*, sed ex suo ingenio, interpretatos esse. Certe ab antiquissimis temporibus, *feminas*, omnesque per *mulierem*, quamuis *a latere*, coniunctos, familiæ appellatione liberaliter comprehenderunt. Testis est *TACITVS*, *r*) qui *sororum filios* apud Germanos præcipuum momentum fa-

mi-

p) *GELL.* noct. Attic. IV. c. 1. rib. Germ. c. 20.

q) *SENEC.* ep. 67.

r) *TACIT.* de mo-



miliae fuisse docet. „*Sororum*, inquit, filiis idem apud *avunculum*, qui apud *patrem*, honor est. Hunc enim sanctiorem & arctiorem nexum sanguinis arbitrantur: tanquam ii & animum firmitus, & domum latius teneant. Præterea *familiam* non facile a *gente* & *genere* distinguunt. Omnes enim, qui ab eodem genitore ultimo, iure sanguinis, originem traxerunt, familiam die *Familie*, appellant: *gentes*, die *Geschlechter*, in folis *nobilibus* agnoscunt. Ceteri non facile suam *gentem*, ihr *Geschlechter*, appellabunt, aut certe inter gentem & familiam (zwischen der Familie und dem Geschlechter) non facile discrimen aliquod agnoscent: ideoque si *familiam* nominent, omnes personas, quamvis diversarum linearum, quæ *communem originem* habeant, usu promiscuo, plerumque comprehendunt. Vnum meretur observari quod non nihil intersit apud Germanos, utrum certi cuiusdam *individui* familia, ut puta: *Heinrich Stockmanns Familie*, an generaliter, nomine *appellatio*, certa familia, die *Stockmannsche Familie*, a testatore appelletur. Certius enim videtur, quod, si *vnus familia*, *Heinrichs Familie*, ad legatum vocata sit, illæ duntaxat personæ admittendæ sint, quæ ad eandem lineam pertinent, sin generaliter *genti cuidam* cum nomine *appellatio* demonstratæ, der *Stockmannschen Familie*, aliquid relictum sit, omnes lineæ, a prima origine profectæ, generali vocabulo contineantur.

Discedam ab hoc loco, si illud vnum adiecero, quod vox frequentissima, die *Freundschaft*, latissime pateat, & omnes coniunctos, nullo fere discrimine admisso, comprehendat. Illud certe BESOLDVS *) tradidit, & usus magister & arbiter loquendi, confirmavit. Imo vero ausim affirmare, quod voce illa, der *Freundschaft*, etiam affines primi gradus in linea recta, gener & natus maxime, contineantur. Cum his enim solet paterfamilias, propter spem nepotum, quibus nihil dulcius est, arctissime coniungi. Sed, quæ *nomini* cuiusquam relinquuntur, daß es bey dem *Stockmannschen Namen bleibe*, ad *agnotos* duntaxat pertinent, quamvis minimam capitis deminutionem passos, qua, constat, apud Germanos, ius agnationis fere nunquam interverti.

§. IV.

Quæ familie legantur in dubio perpetua sunt, & ad omnes pertinent, in illa facultas alienandi, contra naturam dominii, cohibeatur, strictius aliquando accepta sint, ne in infinitum ad omnes, qui ad familiam referri possint, pertinerent. Enimuero MODESTINVS l. 32. §. 6. D. de leg. 2. si quid familie relinquatur, illos tantum ad petitionem admittit, qui nominati sint a testa-

*) BESOLD. thes. pract. v. Freundschaft.



testatore, aut ex nomine defuncti fuerint, cum ille moreretur, denique, *usus, fami-*
 qui ex his *primo gradus* procreati sint; nisi specialiter defunctus ad *ulte-*
riores extenderit supremam voluntatem. Adeoque, ex sententia *MODE-*
STINI, cum *primo gradu* expirabit, quodcumque familiae fuerit relictum.
 Sed liberalior est *PAPINIANVS*, qui l. 69. §. 3. D. de leg. 2. *omnes*, qui
in familia sint, admittit, ut qui proximi sint, primo quidem loco inuitentur;
 neque tamen, per *proximos, sequentium* causa in posterum laedi debeat,
 sed cauendum sit, ut legatum ad omnes sequentes peruenire possit. Videtur
 itaque neminem, qui in familia unquam progenitus fuerit, omnino exclusisse.

IUSTINIANVS vero agnatos usque ad *quartum* duntaxat *gradum* ad-
 misit ad legata, quae familiae relictae sint a testatore nou. 159. c. 2. & 3.
 Sed assentior tamen *STRVIO*, ¹⁾ & *STRYKIO* ^{u)} qui in infinitum omnes,
 qui ex familia fuerint, admittunt. Inprimis, si testator perpetuitati familiae, quod
 ex verbis facile colligi poterit, consulere per fideicommissum voluisse
 videatur. Hoc enim *IUSTINIANO* olim placuit, l. 5. C. de verb. &
rer. signif. ut tunc nemo propinquorum a fideicommissio excludatur.

Sed quidquid illorum fuerit, hoc certe expeditum est, si quid *annuum*
 testator uni, vel quibusdam, ex familia exsolui iusserit, e. g. daß jähr-
 lich einem von der Stockmannischen Familie 50. Thlr. gereicht werden sollen,
 legatum ad omnes *in infinitum* pertinere, qui ex illa gente quodcumque
 oriantur. Ex ipsa enim voce *annui* fere intelligitur, *quotannis*, sine in-
 terpellatione, usuras fortis, legato destinatae, exsoluendas esse, ut in *per-*
petuum perduret liberalitas defuncti. Certe si ad *usus publicos*, & inpri-
 mis *pios*, aliquid fuerit legatum, nemo dubitat, in infinitum omnes admit-
 tendos esse ad petitionem fideicommissi. Audiamus enim *MODESTINVM*,
 qui l. 6. D. de *annuis leg.* praecipit, *annuam* pecuniam ad ludos relictam ci-
 uitati, *quotannis in perpetuum* praestandam esse. Sed nemo dubitabit, quin
 fauor *piae causae* omnino sit potior, quam *ludorum*, de quibus tractauit
MODESTINVS. Igitur si uni, ex quadam familia, a testatore pecunia
 annua ad sumtus studiorum faciendos fuerit legata, certum est, *in perpe-*
tuum & infinitum aliquem ex illa gente, quam testator nominauerit, admit-
 tendum esse ad legatum.

§. V.

Quae cum ita sint, ut adhuc comprobauimus, non difficile erit iudi-
 cium de *specie illa singulari*, cuius causa haec a nobis disputari debuerunt. *Species singu-*
 Nimirum *STOCKMANN* meo, qui has observationes publice defendet, *laris respon-*
 nuper controuersia facta est de stipendio, quod testator, inter alios, aliquot *so illustrata.*
 personis ex familia *STOCKMANNIA* sibi coniuncta, quotannis iusserat ex-

F 2

solui.

1) *STRVIO*. exerc. 36. th. 10. n. 3.
 c. 3. n. 39.

u) *STRYK*. de success. ab intest. VII.



solui. Obmouebatur, testatorem cum vna duntaxat linea gentis STOCKMANNIAE quodam vinculo coniunctum fuisse: ideoque personas reliquarum linearum non admitti posse ad legatum. *Præses*, priuatim de illa specie consultus, respondit, deficientibus proximis, etiam remotiores omnes, quicunque progeniti fuerint ex gente STOCKMANNIA, admittendos esse ad stipendii petitionem. Res facilius intelligitur ex ipsa formula responsi:

Hat I. V. K. in seinem letzten Willen, unter andern, sechs Studiosis aus seiner Freundschaft, als der K. F. und Stockmannischen 2c. 2c. Familie, allemahl denen nächsten, ohne Unterschied der Agnation u. Cognation, so lange Sie auf einer Evangelisch-Lutherischen Universität sich aufhalten werden, ein Stipendium dergestalt verordnet, daß jedem dererselben jährlich 50. Thlr. auf obige Zeit gereicht werden sollen, und es will Zweifel vorfallen, ob auch diejenigen Personen der Stockmannischen Familie, so zu einer entfernteren Linie gehören, zu dem Genuß dieser milden Stiftung zugelassen werden mögen, nach mehrern Inhalt des mir zugeschickten Berichts, und derer Beylagen.

Wenn nun gleich der Erblasser, nach denen ausdrücklichen Worten des angezogenen Testaments, seine Haupt-Absicht auf die Freundschaft gerichtet, und in so weit die Stockmannische Familie mit in Erwähnung gebracht, daß einige aus derselbigen, weils sie zu seiner Freundschaft gehören, zu dieser milden Stiftung mit gelassen werden sollen, demnach, da der Testator nur mit der einen Linie derselbigen unmittelbar verwandt gewesen, daß die übrigen, so zu dieser letzten nicht gehören, das oberwähnte Legatum zu suchen nicht berechtigt, mit ziemlichen Schein des Rechts vorgewendet werden möchte, hiernächst eine Familie, in eigentlichem Verstande, nur diejenigen Personen, so unter eines Vaters Gewalt sich befinden, und in einem Hause sich beständig aufhalten, unter sich begreiffet, von einem Geschlechte aber, so aus mehreren Familien gleiches Namens bestehet, in gewisser Maaße unterschieden ist,

Cum iure proprio *familiam* dicamus plures personas, quæ vnus potestati, aut natura, aut iure, subiectæ sunt,

l. 195. §. 2. D. de verb. signif.

auch, bey zweifelhaften Fällen, daß der Erblasser von dem gewöhnlichen Wortverstande abgewichen, in denen Rechten nicht vermuthet wird,

l. 69. pr. D. de leg. 3.

mithin, daß Er diejenigen, so nicht zu der nächsten Stockmannischen Familie, sondern nur zu dem weiter entfernten Stockmannischen Geschlechte gehören, von dem Stockmannischen Familien-Stipendio ausschließen wollen, es das Ansehen gewinnet, im übrigen dergleichen Stiftungen, so auf ganze Familien gerichtet, nicht allen dazu gehörigen Personen, in infinitum, sondern



bern ordentlicher Weise, nur denjenigen, so binnen des 4ten Grads begriffen sind, zu staten kommen,

Nou. 159. c. 2. & 3.

dahero Johann Gottlob Stockmanns Suchen dißfalls nicht gegründet zu seyn scheint,

D. a. d. die Benennung der Freundschaft, nach deutscher Mund. Art, auf alle und jede Aunverwandten, ohne Unterschied des Grads und der Linie sich erstrecket,

CHRISTOPH BESOLD. thes. pract. v. Freundschaft, nächstem, wenn von Personen, so bürgerlichen Standes sind, geredet wird, die Geschlechter, so aus verschiedenen Familien und Linien bestehen, von einzelnen Familien nicht unterschieden zu werden pflegen,

Cum communi iure familiam dicamus omnium agnatorum, quamvis singuli singulas familias habeant,

d. l. 195. §. 2. in fine D. de verb. signif.

Vielmehr in denen Römischen Rechten selbst, in welchen doch sonst dißfalls einiger Unterschied zwischen Familien und Geschlechtern allerdings gehalten worden, die Benennung der Familie auf alle Bluts, Freunde, und so gar auf einige verschwägerte Personen, mitgezogen wird,

l. 5. C. de verb. & rer. signif.

BOEHM. consult. T. II. P. II. resp. 836.

im übrigen, bey dergleichen zweifelhaften Worten, die eigentliche Absicht des Erblassers vornehmlich in Erwägung zu ziehen,

l. 11. §. 19. D. de leg. 3.

diese aber aus dem ganzen Zusammenhange der Stiftung, und der Materie, davon der Testator etwas disponiret, am flüchtigsten abzunehmen, demnach bey gegenwärtigem Falle, daß alle und jede Personen von der Stockmannschen Familie, wenn sie sonst die erforderlichen Eigenschaften haben, zu diesem Stipendio gehören, um so viel weniger gezweifelt werden mag, als der Testator, daß zwischen der agnation und cognation, zwischen Schwerd- und Spill-Magen, hierbey kein Unterschied gehalten, sondern allemahl der nächste zu dem Genuß gelassen werden solle, ausdrücklich verordnet, außerdem diese Stiftung auf den Unterhalt einiger studirenden Personen, mithin auf milde Sachen, gerichtet ist, folglich dieselbige benignius, und also, daß niemand ohne erhebliche Ursache, davon ausgeschlossen werde, zu erklären, inmassen auch ferner mehr verführter Erblasser, daß diese Stiftung ein perpetuirliches ad piam causam geordnetes legatum seyn solle, mit ausgedrückten Worten sich erkläret, solche Meinung auch aus denen vorher gebrauchten Worten, daß die verordneten 50. Thlr. jährlich bezahlet werden sollen, offenbar erhellet,

F 3

Cum



Cum annua pecunia, ad vsus publicos relicta, quotannis & in perpetuum præstanda sit,

l. 6. D. de annuis leg.

folglich diese Stiftung auf keinen Grad der Stockmannischen Familie einzuschrenken,

So erscheinet dannenhero so viel, daß ermeldter Johann Gottlob Stockmann, daferne keine Näheren vorhanden, zum Genuß dieses Stipendii allerdings zu lassen, W. R. W.

Saluo rectius sentientium iudicio.

XLIV.

PROGRAMMA

DE

IMMVNITATE ET VACATIONE
A MVNERIBVS.

VITEMBERGAE, P. P. D. XXI. POST SACRA TRINIT. A Q. S. P. E. MDCCXXX.

Recte aliquando gauisus est PLINIVS secundus ^{a)} de ingeniorum liberalium prouentu, cum existimaret, multum referre, virum se proferant ingenia hominum, & publice ostentent, an debilitentur atque obdormiscant. Ipsi certe principes, quanto quisque illorum melior, tanto diligentius, semper aluerunt ingenia, non solum propter fructum temporis praesentis, sed, inprimis, propter spem futuri. Cogitauerunt enim, quod TACITVS in vita Agricola ^{b)} obseruauit, ut corpora lente augeantur, cito extinguantur, ita ingenia facilius opprimi, quam reuocari.

Enimuero non ad gloriam & celebritatem patriæ duntaxat pertinet, si ingenia prodeant certatim, atque efflorescant, sed sensus felicitatis communis ad totam rempublicam peruenit, atque omnes ordines attingit. Quod cum intelligeret CALLISTRYS l. 12. D. de decur. ciuitates illas, quae virorum honestorum copiam habeant, felicissimas esse iudicat: cum reliquæ multas indignitates admittere cogantur, & ne illi quidem, qui flagellis publice

^{a)} PLIN. L. I. ep. 13.

^{b)} TACIT. in vita Agric. c. 3.



blice ab ædilibus cæsi essent, quamvis hoc indignum videretur, ab honoribus arceri possint in illis ciuitatibus, quæ inter suos non inueniant viros idoneos, quos ad rempublicam administrandam, aut munera suscipienda, adhiberent. Agnoscit illam difficultatem ULPIANVS l. 2. §. 1. D. de iure immunit. & de penuria hominum conqueritur, quæ dura sit *necessitas*, & cogat subinde, si viri idonei & probi non inueniantur, quibusdam rebus locum dare, quæ, cogitatione temporis futuri, omnino periculosa videantur.

Quæ cum ita sint, non in consulte optimi principes de *multitudine ciuium* & *πολυανθρωπία* laborarunt; non, vt multos inutiles & verueces alerent in ciuitate, sed quia facilius inter multos quidam *probi* & *idonei* inueniuntur. AVGVSTVS enim, apud Dionem CASSIUM, c) cum de *maritandis ordinibus* verba ad populum faceret, *πολυανθρωπία* inprimis *εὐανδρίας* causa a maioribus commendatam, & gloriam populi Romani, non solum ex virtute, sed etiam ex *multitudine* ciuium, enatam esse, ait; cum illi, contra, & rempublicam & virtutem oppressisse videantur, qui, eam quasi effoetam destituentes, sterilitatem aliquam non modo ciuium, sed etiam bonarum mentium, subinde induxissent. d) Imo vero D. HADRIANVS maluit imperium Romanum *multitudine hominum*, quam *copia pecuniarum*, ampliari: cum illae sint maximae diuitiae, ad quas ipsi etiam barbari cohortescant, si respublica ciuibus abundet. Ita enim PAVLLVS tradit l. 7. §. 3. D. de *bon. damn.* Hoc est quod IULIANVS legem PAPIAM POPPÆAM interpretatione adiuuandam esse ait, cum lata sit *sobolis procreandae* causa, adeoque utilis omnino reipublicæ & salutaris esse videatur & contineat spem *multitudinis* & posteritatis. l. 64. D. de *condit. & demonstrat.*

Igitur nemo facile dubitat, magnum securitatis publicæ momentum in *multitudine ingeniorum* & ciuium versari. Sed non publice duntaxat, verum etiam *priuatim* salutare est, & cum *singulorum* commodis coniunctum, si respublica *multitudine* ingeniorum & ciuium amplificetur. Vt enim taceam fructum publicæ utilitatis plerumque per omnes ordines diuidi, & ad singulos etiam, priuatosque, peruenire: tantum certe abest, vt paucitas ciuium, aut bonarum mentium sterilitas, quibusdam priuatis prodesse possit, vt augeantur potius, ex copia ciuium, priuatae cuiusuis rationes, atque ad singulos etiam quandoque insignes quaedam perueniant & præcipuæ commoditates, propter quas omnino malint, rempublicam ciuibus locupletari.

Non attingam parentes illos, quos scimus, suorum duntaxat *liberorum* *multitudine* subinde *immunitatem* impetrasse. Neque enim per legem PAPIAM POPPÆAM demum præmia illis constituta sunt, qui *multos* liberos progenuerunt; sed potius longe ante illa tempora, P. & T. VALERIO Lucretio

tio

c) DIO. CASSIUS L. LVI. p. 656. d) Id. cit. l. p. 659.



et *Coss.* placuit, portoribus & tributo plebem liberari, quae multos liberos susceperet, & ciuitati educaret, cum satis stipendii pendere censendi sint, qui posteritatem reipublicae praestarent. ^{a)}

Vnum tamen attinet monere, parentibus quandoque liberorum multitudinem ad *gratiam delicti veniamque* impetrandam profuisse. HADRIANVS enim, quod DIO CASSIVS monuit, ^{f)} si damnandi essent, qui multos liberos progenuissent, πρὸς τὸν ἀγῶνιστὴν τῶν παίδων τὰς τιμωρίας αὐτῶν ἐκέλευεν, pro numero liberorum de poena aliquid remisit. Apud PAVLVM etiam, l. 7. §. 3. D. de bon. damnat. extat rescriptum D. HADRIANI, in quo causam liberorum Albini, qui ex delicto sententiam passus erat, propter numerum filiorum, *fauorabilem* appellat, ut intelligatur, non prorsus intra tuosam fuisse multitudinem, quam quis domi in familia haberet.

Sed magis hoc loco meretur obseruari, non suos duntaxat cuique liberos, sed extraneorum etiam multitudinem, & omnem copiam virorum prudentium & honestorum, reliquis etiam patribus familias proficuum, contra penuriam hominum in ciuitate, singulis plerumque perniciosam & incommodam fuisse. Illud inprimis obseruatum est, cum de *immunitatibus* & *vacatione* quaereretur. Has enim, constat, odiosas & inuisas fuisse iure Quiritium, ut interpretatione restringendae viderentur, & cauendum, ne onera ciuitatis, ab vniuersis perferenda, ad paucos & imbecilles peruenirent. Hoc VLPIANVS docet, qui *immunitatem*, generi cuiusquam posterisque datam, negat ad illos pertinere, qui ex feminis prognati essent: quamvis MODESTINVS l. 83. §. 1. D. de leg. 3. tradiderit, in aliis causis, posterorum appellatione, omnes omnino liberos, atque etiam ex feminis coniunctos, comprehendendi. Sed, ut diximus *immunitates strictam* duntaxat interpretationem admittebant. At vero *strictissima* fuit illa interpretatio, si ciuitas, quod CALLISTRATVS obseruat, l. 12 D. de decur. virorum honestorum & prudentium copiam omnino non haberet. Tunc enim etiam illi, quibus leges *immunitatem* & *vacationem* dabant, munera publica obire cogebantur. Audiamus VLPIANVM, qui l. 2. §. 1. D. de iure immunit. vix sibi temperauit, quin etiam *impuberes* quandoque ad honores & munera suscipienda adigeret, si necessitas *penuriae hominum* illud imperaret. Imo vero idem, quem antea laudauimus, CALLISTRATVS, alio loco, ne *senectuti* quidem & grandibus natu penitus pepercit, si ex ea ciuitate sint, in qua non facile viri *sufficientes* publicis muneribus inueniantur. l. 5. pr. D. de iure immunit. Quamvis enim ceteroquin in ciuitate Romana propemodum eadem *vacatio* & *immunitas senectuti*, quae magistratibus, tribueretur; tamen necessitas iubebat, ut, propter *hominum penuriam*, etiam senes ad munera publica suscipienda cogerentur. Ex eodem fonte deriuatum est, quod etiam *minores* viginti quinque an-

e) LIV. L. II c. 9.

f) DIO. CASS. excerpt. pedresc. p. 715.



annis, secundum CALLISTRATVM, ex causa, ad munera publica quandoque admittantur. l. ii. D. de decur. neque illis profit illa immunitas, quam VLPIANVS ait *minoribus XXV.* annis ab ipsa fere natura esse attributam. l. 8. D. de muner. Idem enim VLPIANVS alio loco rem interpretatur, & si viri idonei deficient in ciuitate, multa extra ordinem recepta esse, docet, ut ne senibus quidem aut minoribus parcarur l. 2. §. 7. D. de vacat.

Illud certe ex his, quae adhuc obseruata sunt, apparet, *immunitatem & vacationem*, vel a natura, vel lege, vel ab ipso principe, quibusdam ciuibz concessam, non omnino perpetuam fuisse, multa arbitrio iudicis permilla, saepius haec beneficia restricta per interpretationem, non raro propter casus impronisos & repentinam aliquam necessitatem, inprimis propter penuriam ciuium honestorum, neglectum ius vacationis & immunitatis, denique incertum fere & non satis tutum huius beneficii fructum ciuibz fuisse.

XLV.

DE

IVRE VIVARIORVM.

Von Thier : Gärten.

VITEMBERGAE, AD D. . DECEMBER. A. Q. S. P. MDCCXXX.

§. I.

Quandoquidem otio inprimis hominum ingenia produntur, quod Venatio voluptas liberalis non neglecta a Romanis. PLINIVS IUNIOR affirmat, a) & ex voluptatibus cuiusque certissime de eius grauitate, temperantia, & sanctitate iudicamus, inter reliqua virtutis argumenta, hoc etiam ad gloriam ditissimae bonis exemplis reipublicae pertinet, quod iuuentus Romana a venationibus non abhorruit, quarum studio animus & corpora ad usum belli & militiae exercitari credebantur. Audiamus enim M. TVLLIVM b) qui, „iam vero, inquit, immanes & feras „belluas nanciscimur venando ut & vescamur illis, & exerceamur in venando, ad similitudinem bellicae disciplinae, & utamur domitis & condocesatis, & multa

a) PLIN. panegy. Trai. c. 32. f.

b) CIC. L. II. de nat. Deor.

multa ex earum corporibus remedia morbis & vulneribus eligamus. Sed cum res bellicæ quidem, quod C I C E R O alio loco tradidit, e) apud Romanos maiores fuerint vrbis; non potest esse obscurum, honestissimum & libero homine dignissimum semper habitum fuisse studium *venandi*, in quo simulacrum aliquod & experimentum bellicæ virtutis inesse censuerunt. Quapropter idem ille T V L L I V S, cum illam *ludendi* iocandique licentiam inprimis commendaret, quæ ab actionibus *honestis* non esset aliena, maxime ex campo, & studiis *venandi* expetenda esse docuit exempla, *honestissime* ludendi. d)

Quæ cum ita sint, non facile fidem inueniet I V S T V S L I P S I V S e) qui Romanos, ait, scientiam venandi *sero* attigisse. Frustra enim C H R I S P I S A L L V S T I I auctoritatem innocat, qui studium agri colendi, aut *venandi*, officium *seruile* appellauit. f) Potuisset etiam ad S E N E C A M confugere, qui venatoris & hominis *agrestis* esse, ait, feras consecrari. g) Sed uterque de illis tractauerunt, qui *etatem* agerent, & vitam traducerent, in studio venationis, & tunc se functos officio crederent, si ceruos & lepores cepissent. Has enim perpetuas operas *rusticis*, & quandoque etiam *seruis*, delegabant. P A V L L V S certe l. 99. § 1. D. de leg. 3. *seruos venatores* commemorat, qui, prout paterfamilias, vel in rustico, vel in vrbano, praedio moretur, mancipiis modo vrbis, modo rusticis, contineantur. Itemque V L P I A N V S l. 12. §. 12. D. de instrum. vel instrum. leg. si in agro venationes sint, *seruos venatores* & vestigatores, ait, ad instrumentum agri pertinere. Apud Gruterum etiam extat monumentum C. C e i o n i i, serui, *musici* & *venatoris*, h) quod genus mancipiorum, utraque arte exercitatum, veteres, si V A R R O N I i) fides est, *orpheas* solebant appellare.

Enimvero. k)

*Syluestres homines sacer, interpretsque Deorum,
Cadibus & victu fædo deterruit, Orpheus,
Dictus ob hoc lenire tigres, rabidosque leones.*

Talis fuit *Orpheus* ille, quem Q. H O R T E N S I V S, cum V A R R O apud illum in *viuario*, loco excelso, coenaret, buccinam inflare iussit, ad cuius sonitum tanta conuiuas circumfluxit ceruorum & ceterarum quadrupedum multitudo, ut non minus formosum esset spectaculum, quam si aedilium in circo maximo venationes ederentur. l)

Sed,

e) C I C. L. I. de offic. c. 22. d) Id. L. I. offic. c. 29. f. e) L I P S I V S ad Plin. panegy. op. T. IV. p. 492. f) S A L L V S T. in prooem. belli Catilinarii. g) S E N E C. de constant. sap. c. 2. h) G R V T. inscript. T. II. p. 1118. n. 2. i) V A R R O de re rust. L. III. c. 13. k) H O R A T. de arte poet. v. 391. l) V A R R O loc. cit.

Sed, vt dicere occupauimus, *seruile* erat *venatoris* officium, qui vitam in venationibus consumere debebat. Contra, qui, *refectionis* & *exercitationis* causa, venationibus operam dabant, rem non solum liberalem, sed etiam maxime *honestam* facere, & nihil indignum admittere, omnino videbantur. Recte enim PLINIUS SECVNDVS ^{m)} „hanc *olim* experientiam iuuentutis, hanc voluptatem fuisse, ait, his artibus futuros duces, imbuti solitos, certare cum fugacibus feris cursu, cum audacibus robore, cum callidis astu & consilio, & diligenter in venationibus versari, adeoque ad imitationem virtutis *priscae* pertinere, quod imperator, propter remissionem animi, lustraret saltus, excuteret cubilibus feras, superaret immenta montium iuga, & horrentibus scopulis gradum inferret, nullius manu, nullius vestigio, adiutus.

Quod ne quis per adulationem ab illo dictum esse existimet, HORATIVVM FLACCVM testem audiamus, qui collaudat studium venandi.

Romanis solenne viris, vile famæ
Vitæque, & membris, præsertim cum valeas, &
Vel cursu superare canem, vel viribus aprum,
Possis. ⁿ⁾

Neque tamen Romani, senescente demum republica, venari didicerunt: sed, secundum COLVMELLAM ^{o)} *prisca* illa & *vera* Romuli proles *assiduit venatibus* & agrestibus operibus exercitata, & pacis laboribus durata, tantum & corpore & animo potuit, vt imperium orbis terrarum armis quæsiuerit, & obtinuerit, & posteritati reliquerit. Quapropter indicium deficientis *priscae* virtutis atque disciplinae HORATIVVS FLACCVS esse credidit, quod

nescit equo rudis

Herere ingenuus puer,

Venarique timet, ludere doctior.

Ex his igitur non potest esse obscurum, consuetudinem *venandi* sub ipsa reipublicæ initia inualuisse. Et non inepte VARRO hunc *primum* & maxime naturalem *gradum* vitæ humanæ appellat, cum ex animalibus, quæ possent, *sylvestria* caperent, & concluderent, & ad necessitates suas adhiberent. ^{p)}

Sed postea quidem, cum aliarum rerum copia suppeteret, *venationes*, quarum vsum ipsa *necessitas* docuerat, coeperunt inter *voluptates*, easque honestas & ingenuas, referri. Ita enim vt sentiam PLINIUS me adducit, qui ^{q)} studium *venandi* experientiam & *voluptatem* iuuentutis appellauit.

G 2

Inpri.

^{m)} PLIN. panegy. c. 81.

ⁿ⁾ HORAT. I. epist. 18. c. 49.

^{o)} COLVMELL.

de re rust. in proem. L. I.

^{p)} VARRO de re rust. II. c. I.

^{q)} PLIN.

panegy. c. 81.



Inprimis, cum venationes illae circenses & amphitheatrales increbrescerent: si venatio ederetur, populo *voluptates* dari dicebantur, quod *VOPISCVS* obferuauit. ^{r)} Imo vero *curatores venationum*, ex quibus praecipuum quendam aliquando caligula per iracundiam occidit, ^{s)} alio nomine, *TRIEVNI voluptatum*, sic *CASSIODORO* fides est, ^{t)} appellabantur. Certe *HONORIVS* & *THEODOSIVS*, cum occidendorum leonum potestatem prouincialibus facerent, se salutem prouincialium suis *voluptatibus*, & *venationi*, praetulisse, praefati sunt: ^{u)} vt intelligatur, *venationes* inter ludicra & oblectamenta habitas fuisse.

Quare non possumus mirari, quosdam aliquando in reprehensionem incidisse propter studium *venandi*. *LVCIVS* certe *EMILIVS*, si *POLYBI-VM* audias, *SCIPIONI* tantam venationum cupiditatem iniecit, vt postea per omnem vitam satiari venatibus non posset. ^{x)} *ADRIANVS* etiam, cum *venationibus* immoderate vteretur, quorundam conuitia effugere non potuit, ^{y)} cum pronior in voluptates videretur.

Vides igitur, *venationem* non solum *priuatim*, sed etiam *publice*, vtilem fuisse, plerumque cum spe fructus & compendii coniunctam: quamuis illa non pauci quandoque, animi duntaxat & *voluptatis* causa, vterentur. Ceterum constat inter omnes, illam voluptatem non solum nemini opprobrio fuisse, sed etiam promiscue, quocunque in loco, etiam in prouinciis, omnibus permissam. Luculenter enim *GAIVS* noster, l. 1. § 1. & l. 2. §. 1. D. de *A. R. D.* tradidit, omnia animalia, quae terra, mari, coelo, capiantur, capientium fieri, neque interesse, feras bestias, & volucres vtrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Sed hoc ab omnibus est praeceptum, qui de *iure rerum* tradiderunt. Vnum meretur obseruari, venationem illam promiscuam, in fundo alieno, non solum ab honestioribus, qui timebant, ne a domino, si praeviderit, venandi causa in fundum alienum ingredi prohiberentur, quod *GAIVS* dominis permittit, l. 3. §. 1. D. de *A. R. D.* sed etiam a plebeiis, propter *impendium*, non diu multumque frequentatam esse. Obtemperauerunt enim *M. VARRONI*, qui, neminem sanum, ait, velle impensam ac sumtum facere, si videat non posse refici, ^{z)} & laborem esse superuacuum, si fructus *sumtu* deuorentur. ^{a)} Neque enim si *VLPRIANVM* audias, l. 13. §. 6. D. de *usufr. utiliter* quis fecisse videbitur, si rem instituat, quae magnum apparatus desiderare videatur. Sed in fundo quidem alieno, in quo non quandocunque, neque vt velis, liceat insidias facere, res confici non poterat, sine instrumento vario &

r) *VOPISC.* in *Probo.* c. 7. s) *SVET.* in *Calig.* c. 27. t) *CASSIOD.* VII. rep. 10. u) *COD. THEOD.* LXV. tit. 11. x) *POLYB.* hist. l. 31.
y) *SPARTIAN.* in *vita Adriani*, c. 1. z) *VARRO* de *re rust.* l. IV. c. 1.
a) *Id.* l. I. c. 8.

& expedito, nec sine canibus & apparatu. Hoc est, quod plerique, qui de suis venationibus scripserunt, se in suis duntaxat fundis venatos esse, tradiderunt.

Imo vero in *prouinciis* maxime, propter usum *ludorum*, & bestiarum raritatem, non videtur omnibus facultas fuisse, feras quascunque, inprimis illas terribiles, & quæ malignæ dicerentur, & quæ populo R. exhiberi possent, impune capiendi. Enimuero HONORIUS & THEODOSIUS, quos supra nominaui, occidendorum leonum duntaxat *cunctis* fecerunt potestatem, l. vn. C. de venat. ferar. qua non opus fuisset, si omnibus promiscue licentiam dedissent feras, quas velent, occidendi. Nimirum, ut appareat *prohibitam* fuisse ferarum terribilium venationem, & accusationi locum fuisse, si quis in illas manum inieciisset, expresse cauerunt imperatores, *ne quis calumniam timeat*, si occiderit leonem, quod omnibus hac lege permittatur. d. l. vn. C. de venat. ferar. Imo vero luculenter in extrema legis particula, quam nobis THEODOSIUS ^{b)} seruauit, adiecerunt, se non ius *venandi* leones, aut *vendendi*, sed *occidendi*, duntaxat, omnibus dedisse.

Ceterum impune *omnes* venabantur. Sed non tantum omnes, sed etiam modis omnibus, utcumque visum fuit, feris insidias fecerunt. PAVLVS enim obseruauit, quod, vrsorum ceruorumque capiendorum causa, etiam *foueas* fecerint: quamuis hoc periculosum videretur. ^{c)} Vnum duntaxat præcipit, ut *foueas* non nisi in locis, ubi illae fieri soleant, & in regionibus *consuetis*, faciant: contra, si in itineribus fecerint, eoque aliquid deciderit, aut deterius factum fuerit, venatorem, ait, lege *Aquila* teneri. l. 28. pr. D ad L. Aquil.

Accepisti usum venandi a *Romanis* frequentatum. De reliquis gentibus vix attinet monere. De Persis enim, quorum reges *rei venaticæ* inprimis operam dederunt, XENOPHON ^{d)} diligentissime præcepit.

Vnum adiiciam *Parthorum* reges tam assidue in venationibus versatos esse, ut non, nisi in maximo & communi luctu, venatione abstinerent. Hoc enim SVETONIUS TRANQVILLVS in *vita Caligulae* obseruat. ^{e)}

Sed de *maioribus* nostris C. IVLIVS CAESAR in *commentariis de bello Gallico* tradidit, illorum vitam in *venationibus* fuisse. ^{f)} Et mos durauit ad posteritatem, cum *venationem* Germani semper inter *voluptates regias*, & præcipuas, habuisse videantur. Cui rei cum HENRICVS III. mirifice faueret, in *conuentione pacis publicæ A. MLI.* cap. I. inter alia, edixit, ut *venatores* maxime, semper & vbique, *pacem publicam* haberent.

G 3

Quod

b) COD. THEOD. L. XV. tit. XI. l. i.

c) vide mandat. August. reg. Pol. & pr.

el. Sax. de. A. 1697. von der Wild-Bahne ic. keine neue Wild-Gruben zu machen, cod. Aug. T. II p. 595.

d) XENOPH. L. I. Κῶς παίδεας L. I. p. 12.

& in Κωνσταντῶ p. 768.

e) SVET in vita Calig. c. 55.

f) CAES.

bell. Gall. VI. c. 21.



Quod institutum videtur didicisse a PLATONE, qui & ipse constituit, ^{g)} ut *sacro sancti* sint, ubicunque venari voluerint, *venatores* illi, qui equis, canibus, corporis virtute, feris quadrupedibus bellum faciant, atque ita hostes vincere assuescant. In *personis ecclesiasticis maioribus* duntaxat Franci & Germani non ferre potuerunt studium venandi. CAROLVS M. enim, ne episcopi, abbates & abbatissæ, cuplas canum habeant, aut, falcones & accipitres, non semel interdixit. ^{h)} Cui obsecutus LVDOVICVS PIVS ⁱ⁾ generaliter, ne *sacerdotes* venationem ferarum vel auium sectentur, prohibuit. Imo vero OTTO I. etiam *detestabilem*, omnino *voluptatem* esse censuit, quod sacerdotes *venationi* indulgerent. ^{k)} Sed de hoc quidem argumento deinceps locus erit disputandi.

§. II.

Ferae mansuefactæ de venatione circensi obiter.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, intelligitur, tum propter *necessitates* quasdam, tum *voluptatis* & *refectionis* causa, plerasque gentes, atque etiam Romanos, ab antiquissima origine, animalibus sylvestribus indidias fecisse. Enimvero, præter *indigentiam* & famem, quæ veteres quandoque ferarum cubilia excutere coegit, inest in ingenio humano aliquod studium occultum, quo vincere obluctantes & aduersos, aut fugientes retrahere, cupimus, & quanto quisque magis a nobis alienus est, quantoque diligentius sibi a nobis cauet, nostramque industriam eludere conatur, tanto cupidius illum confectamur, & quiescere non patimur, tantoque audacius instamus, tanto fortius illum compescere atque ad officium adducere inuitum, & mitigare ferocientem atque fugitiuum, laboramus. Igitur sylvestribus animalibus fraudi fuit, & perniciem attulit, quod vel resistere hominibus ausa sunt, vel, latebras quaerentia, timidius ab hominum consuetudine se retraxerunt. Hac re accensa est cupiditas multorum, & coepit quædam voluptas esse, si nunc animos darent hominibus feræ bestiae, quæ antea impetum in illos fecerant, si frena morderent, & tergo nos acciperent, quæ conspectum nostrum antea non facile ferebant, si ad præsepia venirent, si de manu nostra ederent, quæ nos auersatæ, nostrumque consortium, tanquam pestem quandam, fugisse videbantur.

Quæ cum ita essent, primum fere studium fuit, ab antiquissimis temporibus, atque apud omnes gentes, frequentatum ut feras captas *mansuefacerent*, illasque apud homines versari, atque præsto esse, edocerent. Certe VARRO noster, ^{l)} quem antea laudauimus, hunc *secundum gradum* vitæ humanæ appellauit, quod, cum primo, feras bestias, cibi causa, in syluis occi-

^{g)} PLATO. L. VII. de leg. p. 837.

^{h)} capit. CAROL. M. in recessu comit. general. C. XV. apud Goldast. constit. imp. T. III. p. 140.

ⁱ⁾ capit. LVD. V.

in comitiis Aquisgr. c. 43. apud Gold. loc. cit. T. III. p. 228.

^{k)} OTTO, I.

statut. eccles. in comit. August. c. 2. ap. Gold. T. III. p. 308.

^{l)} VARRO

L. II. c. I.



occidissent, deinde ad *pastoritiam* consuetudinem descenderint homines, & quae potuerint, *animalia syluestria* comprehenderint, & *concluserint*, & *mansuefecerint*: ex his *mansuefactis* demum exortos greges ouium, & bo-um, & suum, & caprorum: vt sensim homines ad *gradum tertium* vitae, vitamque *pastoralem*, peruenirent.

Vides morem antiquissimum, *includendi* feras, captasque *mansuefaciendi*. Abscisse COLVMELLA ^{m)} morem antiquum esse, ait, lepulos, capreas & similes feras, *in villa educare*.

Apertius etiam M. VARRO ⁿ⁾ iam tum tritauos illorum, qui suo tempore viuebant, lepulosum aliquem in villa mansuetum habuisse, docer, quem promerent, cum hospites ad ipsos descendissent.

Ne longius quaesieris exemplum, audiamus VIRGILIUM MARONEM ^{o)} de ceruo Syluae verba facientem, quem

Affuetum imperiis soror omni Sylua cura
Mollibus intexens ornat cornua fertis,
Pectebatque ferum, puroque in fonte lauabat:
Ille manum patiens, mensaque affuetus herili,
Errabat syluis, rursusque ad limina nota
Ipse domum fera quamuis se nocte ferebat.

Hæ sunt feræ illæ *mansuefactæ*, de quibus FLORENTINVS, l. 4. D. *de A. R. D.* disputat, quas, ait, emitte solitas subinde, & reuerti: & quae, secundum GAIUM, l. 3. §. 2. D. *eod. custodia* nostra coercentur, & tamdiu nostræ sunt, donec illam euaserint, & se receperint in naturalem libertatem: aut, quae in syluas eunt & redeunt, deposita naturæ feritate: l. 5. §. 5. D. *eod.* aut, quae apud nos per tempus aliquod moratae, tandem, naturali feritate, elabuntur, & possessoris sui dominium fuga interuertunt: de quibus ULPIANVS l. 1. §. 10. D. *si quadrup. pauper. fec.* tractauit.

Has igitur olim quidem singulas, in *caueis* imprimis, aut stabulis quibusdam, videntur aluisse. Solebant enim *beneficiis*, aut fame, ^{p)} quod COLVMELLA ait, aut ipsa *consuetudine* domari. Non attingam leonem illum A. GELLII, qui medicum quondam suum, & hospitem, inter ipsa circensium ludorum solennia, *agnouit*, & quasi gratiam relaturus, crura eius & manus, more adulantium, leniter demulsit. ^{q)} Est etiam tigris quædam apud PLINIVM, ^{r)} quae feritatem in cauea deposuit, & in professione domita, Romam mansueta & placidissima peruenit. Solebant enim, quae

^{m)} COLVMELLA prooem. L. IX.
^{o)} VIRG. Aen. VII. v. 487 sqq.
LVMEL. de re rust. VIII. c. 10.

ⁿ⁾ VARRO de re rustica L. III. c. 3.
^{p)} PLIN. hist. nat. L. VIII. c. 9. ^{q)} CO-
^{r)} GELL. V. c. 14.



quae in *ludis Circensibus* populo debebant exhiberi, *caueis* Romam aduehi, & in profectione, quod M. TULLIVS monuit, ^{s)} aliquando per tempus longius a prouincialibus subinde ali atque custodiri. Sed HONORIVS & THEODOSIVS rei modum posuerunt, ne diutius, quam per septem dies, in ciuitatibus singulis detinerentur. l. vn. C. de venat. fer.

Enimvero in ipsum etiam circum, aut in amphitheatrum, quod VOPISCVS ^{u)} tradit, ex *caueis*, siue, vt CALPURNII ^{x)} verbis utar

— — — rupta voragine terrae,
e specu subterranea, emittebantur.

Sed de his quidem ONVPHRIVS PANVINIVS ^{y)} & NICOLAVS PINELLVS ^{z)} & IVLIVS CAESAR BYLENGERVS ^{a)} diligenter atque copiose tractauerunt.

Igitur, vt in viam redeamus, primo quidem singulae in *caueis* subinde mansuefactae: donec inualuit, vt *greges* ferarum numerosiores in villis alerentur. Sed ne tunc quidem desierunt, ex multis, paucas mansuefacere, & diligentius pascere, vt reliquas recentes, & nouiter captas, ac viuario conclusas, exemplo, ad illud ingenium efficacissimo, mollirent, ipsisque suo consortio libertatis desiderium lenirent. COLVMELLA ^{b)} enim auctor est, etiam turdis, ne, nouiter capti & *caueis* inclusi, despondeant, intermiscendos quosdam *veteranos*, qui in hunc usum nutriti, quasi allectores sint captiuorum, & moestitiam eorum mitigent interuolando. Imo vero idem, alio loco, hoc etiam in ceteris feris usu venire, ait, ^{c)} vt vna vel altera, domi mansuefacta, immittatur, quae, peruagata totum viuarium, cunctantes ad obiecta cibaria pecudes perducatur: inprimis, cum foetus ediderint, vt melius ab illis nati educantur. Sed *Germani* quidem, quamuis olim inprimis dediti venationibus, ^{d)} tamen attracti sunt illo sensu voluptatis, quam ex feris mansuefactis capere solemus. Certe, si TACITO ^{e)} credimus, cum Vbios sollicitarent ad defectionem, *ferorum animalium* illos admonebant, quae, si *clausa* teneas *virtutis* facile obliuiscantur. Ex quo loco apparet, Germanos etiam feras quandoque clausas, vt *mansuescerent*, domi aluisse. Imo vero IVLIVS CAESAR, inter reliqua syluae Hercyniae ani-

s) PLIN. hist. nat. L. VIII. c. 17. f. x) CIC. epist. ad fam. L. II. ep. 11. vid. & L. VIII. ep. 4. n. 13. VIII. 16. 14. u) VOPISC. in Probo. c. 7. x) CALPURNIVS eclog. VII. v. 70. p. m. 569. y) ONVPH. PANVIN. de ludis Circens. L. II. c. 3 sqq. in Graeuii thes. antiq. Rom. T. IX. p. 412. sqq. z) PINELLVS in additam. ad Panuinium apud Graeu. loc. cit. p. 561. a) BYLENG. de venatione circ. apud Graeu. loc. cit. p. 750. b) COLVMELLA de re rust. L. VIII. c. 16. c) COLVMELL. de re rust. L. IX. c. 1. d) CAES. L. VI. de bell. Gall. c. 21. e) TACIT. IV. hist. c. 64.



malia, inprimis vros admiratur, f) quod, quamuis paruuli excipiantur, assuescere ad homines, & mansuescieri non possint.

Discedam ab hoc loco, si hoc vnum adiecero, etiam FARAMVNDI legibus Salicis commemorari ceruos domesticos, mansuefactos, signum habentes, qui ad *venationem faciendam* in villa nutriantur, vt cum domino exeant venandi causa, & reliquos alliciant, & inuestigent, quo facilius a venatore capiantur. g) Prohibuit enim, ne illorum a quoquam furum fiat, mulcta non exigua in fures constituta. Ex quibus rebus intelligitur, etiam Germanos atque Francos feris domi mansuefaciendis operam dedisse.

§. III.

Accepisti, qua diligentia Romani, & aliæ pleræque gentes, feras be-^{Viaria, sep-}stias ceperint & nutruerint, & mansuefecerint, vt commodius voluptate^{ta leporaria,} simplicissima oblectarentur. Sed, vt solent illa, quae non solum ad quae^{in eo loco-}stium & vilitatem, sed etiam ad voluptatem, pertinent, diligentia crescere^{ta pastio,} & propter luxuriam augeri, ne veterum quidem cura in feris singulis man-^{obiter de}suefactis substitit; sed coeperunt greges animalium syluestrium, in villis, aut^{piscinis, &} circa villas, custodiri. Recte enim VARRO h) præcepit, non negligendam esse hanc iucunditatem in villis comparandis; cum, si alius inde fructus expectari non possit, certe, quae ad delectationem pertinent, fundum vendibiliorum faciant, & ad pretium aliquid adiciant, si emtores idoneos inueniamus.

Enimuero inprimis pastiones illae villaticæ, quibus feræ in villa, circumue illam, alebantur, & quas ab agrestibus seiungebant, si VARRO-ⁱ⁾ NEM audias, institutæ sunt, vt domino sint, fructui & delectationi: cum, quod ille alio loco ait, k) quidam ex his pastionibus in vna villa maiores fructus capiant, quam alii ex toto fundo: & secundum COLVMELLAM, l) magnam stipem dominis conferant, vt sumtuum poenitere non possit.

Sed villaticæ quidem pastiones, vt diximus vel in villa locum habebant, vt *ορνιθῶνες καὶ περὶ τετραγῶνες*, id est, quae in auuariis & columbariis exercebantur, vel certe circa villam, vt *μελισσῶνες καὶ χηνοτροφεία* pecudumque syluestrium, quod COLVMELLA ait, m) viaria, de quibus constitui-
mus copiosius tractare.

Viaria igitur accipiemus locum villaticæ pastioni destinatum, quæ extra villam quidem, sed proxime ad villam domini, exerceatur. Idem enim, quem nominavi, COLVMELLA n) alio loco, vicinum villae nemus desiderat,

f) CÆS. B. Gall. L. VI. c. 28. g) FARAMVNDI lege Salica tit. 35. apud Goldast. T. III. p. 9. h) VARRO de re rust. L. I. c. 4. & 7. i) Idem ibid. L. III. c. 3. k) Id. L. III. c. 2. l) COLVMELL. de re rust. L. VIII. c. 1. m) Id. de re rust. L. VIII. c. 1. n) Id. de re rust. IX. c. 1.



derat, in quo *ferae* nutrantur. Ait enim, more antiquo, *lepusculis*, capreisque ac similibus feris, *iuxta villam*, plerumque *subiecta dominicis habitationibus* poni *viuaria*, ut & conspectu suo clausa venatio possidentis oculos oblectet, &, cum exegisset usus epularum, velut e cella promerentur. ^{o)} Ceterum, si *voluptatis* causa venatio claudatur, proximum aedificio locum accipi, & *viuarium* muniri, semperque de manu cibos & aquam animalibus praeberi: sin *quaestus* ratio haberi debeat, magis *vicinum villae nemus* eligi, quod feris destinetur. ^{p)}

Sed generaliter *quidem septa villae affixa*, quae habent *inclusa animalia*, ut ibi *pascantur*, VARRO ^{q)} *viuaria* appellat. Interdum enim, ut diximus, omnium *ferarum* receptacula, omnia loca, quibus *ferae pascantur*, atque faginentur ad usum temporis futuri, *viuaria* dixerunt: ut etiam *piscinae* contineri videantur. Audiamus L. ANNAEVM SENECAM, qui *vas illud vitreum*, in quo nullus, ut rubor eius & pallor oculis notari posset, feruabatur, *viuarium perlucidum* aliquando appellauit. ^{r)} Sed *piscinas* quidem etiam M. CATO in libro de re rustica, inter *viuaria* agnouit, ut antiquissimum genus *viuariorum* esse videantur. Iubet enim tempore *feriarum* ex *piscina immunditias* efferri, munditias fieri: ne, si nihil fiat, sumtum frustra faciamus. Imo vero ipse, cum esset tutor Luculli, *piscinas* pupilli sui, grandi aere, festerium millium quadringentorum vendidit. ^{s)} Nam solebant aliquando veteres magis de capto pisce peregrino, quam de capto hoste, gloriari. Hoc enim de Sergio Orata & L. Murena COLV-MELLA obseruauit: ^{t)} qui, eodem loco, *piscinas* maritimas, quae, secundum VARRONEM, ^{u)} marsupium exinaniunt magis, quam replent, *viuaria* a mari delata appellauit. ^{x)} Certe PLINIUS *secundus*, *pisces feros* in *viuariis* cum *plausu*, ait, consuetudine ad cibum congregari: ^{y)} & alio loco, *ostrearum viuaria* a Sergio Orata, ^{z)} Murenarum a C. HIRTO, ^{a)} reliquorum piscium vero a LICINIO MURENA, quem Philippi, Hortensii, & Luculli postea non solum imitati sint, sed etiam superauerint, ^{b)} instituta esse, obseruauit. Et quid dicemus de *viuario murenarum*, quo Vedius Pollio, cum feruum, per iram, in illud abiici iuberet, pessime abusus est, ^{c)} & quod Caesar postea possedit. ^{d)} In hoc seruatus est piscis, qui post annum sexagesimum demum expirauit. De illo forte cogitauit piscator iste, apud IUVENALEM ^{e)} qui piscem insignis magnitudinis ceperat, sed timebat, ne ad fiscum retraheretur, quasi fugitiuus

De-

- ^{o)} COLVMELL. prooem. L. IX. ^{p)} Id. ibid. c. I. ^{q)} VARRO de re rust. III. 9. ^{r)} SENEC. quaest. natural. III. 18. ^{s)} CATO d. re rust. c. 2. & 39. VARRO de re rust. c. 2. & 39. ^{t)} COLVMELL. VIII. 16. ^{u)} Id. VIII. 16. ^{x)} VARRO III. c. 17. ^{y)} COLVMELLA VIII. 16. ^{z)} SENEC. de ira III. c. 40. FLIN. hist. nat. IX. c. 23. ^{a)} Idem ibid. IX. c. 53. ^{b)} IUVENAL. sat. IV. v. 50. ^{c)} FLIN. hist. nat. X. c. 70. ^{d)} Id. L. IX. c. 54. Id. c. 55.



Depastusque diu viuaria Caesaris.

Vt dubitari non possit, *piscinas viuariorum* appellatione contineri.

Sed, ne tamen illa de *uiuariis* tractatio diuersitate rerum dissimillimarum perturbetur, opportune PAVLLVS l. 3. §. 14. D. de a. vel amitt. poss. *piscinas* a *uiuariis* seiunxit, & separatim de piscibus, quas in piscinas conuicimus, & de *feris*, quas *uiuariis* includimus, tractauit. Igitur, commodius dicemus, *uiuaria* speciatim, dici loca *septa*, quibus *animalia fera*, præter pisces, & quae aquae perpetuae non egeant, custodiae & saginae causa includamus.

Etiā VARRO noster, g) a piscinis, quae & ipsae quidem septae sunt atque ad *villaticas* illas *pastiones* pertinent, *septa venatica* distinguit, ut diuerso iure censeantur. Quapropter, ut huic obsequamur, *uiuaria* quidem quae specialiter accipiantur, & opponi possint piscinis, *septa venatica* dicemus.

At vero ipse, quem laudaui, VARRO, h) non dissimulat, hæc receptacula, duplicis omnino generis videri; ut etiam *auuaria* contineantur. Est enim in his etiam species aliqua *venationis*; non neglecta a veteribus, qui *villas* habuerunt. Idem enim VARRO i) nihil interesse, ait, utrum propter *aves*, an propter *oues*, fructum capiamus. Et constat, etiam *auibus* locum *septum maceria*, in villis, aut circa villam, attributum.

Sed hæc quidem olim *auuaria* k) a maioribus dicta sunt; postea, cum, ad primum gradum frugalitatis antiquae, luxuria gradum alterum adiecisset, ut *aves* recta maiora, in quibus stabulentur turdi & paoues, possiderent, quam olim totae villae habuerunt, mutato nomine, *ornithones* dicebantur. l) Cuius rei tantum erat studium, ut Lucullus eodem tecto *ornithonis* inclusum triclinium haberet, in quo coenitaret delicare, & alias *aves* videret in mazonomo coctas, alias captas circa fenestras volitare. m)

At vero ipse etiam VARRO proficitur, seiunctos esse & diuersos *ornithonas* a *septis*, quae proprie *venatica* dicuntur. In his enim specialissime *animalia syluestria quadrupedia* includi, alio loco obseruauit: n) ut apri, capreae & cerui, septis venaticis maxime contineantur. Sed *cochleas* tamen & *glirium dolia*, tradit, iisdem plerumque septis custodiri: sed ut diximus in primis apros, capreas & ceruos. Hos enim, quos postremo loco nominauit, etiam PLINIVS, in *uinariis* cornua mutare, ait, sed alterum tamen defodere, aut occultare, ut vnum duntaxat possit inueniri. o)

H 2

Pro-

f) Id. L. IX. c. 53.
ibid. III. c. 2.
loco cit. c. 4.
c. 32.

g) VARRO de re. rust. III. 3.
h) Id. l. 38.
i) Id. ib. III. c. 12.

k) Id. ibid. i) Id. de re rust. III. c. 3. m) Id.
l) Id. ib. III. c. 12. o) PLIN. hist. nat. L. VIII.



Proprie igitur *viuarium* dicemus, *septum venaticum*, in quo *pecudes sylvestres*, vt apri, cerui, capreae. custodiantur. Hoc est *septum* illud *venationis*, quod VARRO ^{p)} nominauit: hæc, secundum A. GELLIVM, sunt *q)* *septa* illa *loca*, in quibus *ferae viuae pasci solent*, quae nunc *viuaria dicuntur*. De his *septis* cogitauit AMMIANVS MARCELLINVS, ^{r)} qui illa *viuaria* appellari, ait, quod in iis *bestiae dentatae* sagittis plerumque occiduntur. Hoc PLINIO ^{s)} etiam placuit, qui proprie *viuaria* apiorum ceruorumque, aliorumque *syluestrium* receptacula agnoscit. Sed luculentissime omnium COLVMELLA ^{t)} receptacula pecudum *syluestrium*, quae nemoribus clausis custodiuntur, *viuaria*, & alio loco, ^{u)} *clausam venationem*, subiectam habitationibus dominicis, *viuarium* appellat. Hæc enim genera animalium. quae modo nominauimus, proprie *venationem* dici, quae piscibus omnino opponatur, CELSVS ^{x)} etiam præcepit.

Habes igitur *viuaria*, *loca septa*, in quibus, *venationis* causa *animalia syluestria* custodiuntur. Sed VARRO ^{y)} quidem olim, nomine antiquo, *leporaria* inprimis dicta esse, ait, quae nunc *viuaria* vocamus. Ita enim *a parte* appellata esse, ait, quum tritau duntaxat *lepores* subinde aluerint in sylua villae domini afficta, sed posteri etiam apros & capreas & ceruos; vt omnia *septa*, affixa villae, in quibus, inclusa animalia *syluestria* pascantur, prisco nomine, *leporaria* dicantur.

Vnum tamen obseruat VARRO, ^{z)} si sylua *septa*, villæ afficta, plura iugera fortasse comprehendat, Q. HORTENSIVM non *leporarium*, sed *Ἰνκιοτροφεῖον*, appellasse. Si enim ipsi toto credimus, olim quidem *lepores* vir in vno iugero agri, aut in *duobus*, a veteribus includebantur: sed postea in multis iugeribus capreas & ceruos coeperunt custodire. Q. FVLVIVS enim *leporarium* habuit *septum*, iugerum XL. T. vero Pompeius fertur in Gallia transalpina, tam amplum habuisse, vt circiter triginta millia passuum *septo* contineret: sed Q. HORTENSIVM *syluam* quinquaginta iugerum *maceria*, legimus, *septam* habuisse. COLVMELLA ^{b)} etiam auctor est, in Gallis & quibusdam provinciis, vbi locorum vastitas hoc patitur, *latissimas regiones*, tractusque montium, *maceria* includi: sed a patribus familias modum syluae, pro facultatibus cuiusque, occupari.

Igitur poterit defendi, si *viuariorum minus* villae dominicæ affictum, nomine antiquo, *leporarium*, sed *maiora* illa, & *syluas* plurium iugerum *circumseptas*, *Ἰνκιοτροφεῖα* appellemus.

Sed

p) VARRO III. 12. q) GELL. noct. Attic. II. c. 20. r) AMNIAN. MARCELL. L. XXXII. s) PLIN. hist. nat. VIII. c. 52. t) COLVMELL. de re rust. L. IX. c. 1. u) Id. proœm. L. IX. de re rust. x) CELSVS L. V. de medic. c. 26. & 28. y) VARRO III. c. 3. c. 12. & c. 13. z) Id. III. c. 13. a) Id. c. 3. 12. & 13. b) COLVMELL. de re rust. IX. c.



Sed vulgus quidem *utramque* speciem, quod A. GELLIVS ^{c)} obseruat, nomine *viuariorum* comprehendit. Hoc HORATIO FLACCO in mentem venit, qui omnia *loca clausa*, in quibus *venamur*, & quae *custodimus*, pro viuariis accipit; ut etiam credat, ab heredipetis subinde senes illos, quos donis & blanditiis venantur & quasi feras bestias, saginandi causa, custodiunt.

— — — in viuariorum mitti. d)

Igitur, cum sit expedium, *sylvas venationis causa circumseptas*, in quibus pecudes sylvestres pasci solent circa villam, *viuaria* vocari; discederem ab hoc loco, nisi PAVLLVS me teneret. Ille enim l. 3. 14. D. de adq. vel amitt. possess. turbas dedit, & a *viuariis sylvas circumseptas*, interiecto discrimine, seiunxit. Nimirum *feras bestias*, quas *viuariis* incluserimus, a nobis *possideri*, ait, non vero, quae in *syluis circumseptis* libere vagantur: *has enim in libertate naturali* relictas potius videri. Sed, nisi forte, quod GOTHOFREDVS monuit, in *syluis non circumseptis*, illo loco legendum est, quod quibusdam probabile videtur, cum nihil fere, secundum veteres, intersit, inter *viuaria* & *sylvas circumseptas*; certe vel de illis syluis sensit, quae non, ut *viuaria* ad villas dominicas adiacent, sed longius remotae sunt, aut de istis maioribus, quae *Ἰνδιόχορδοι* dicebantur ab *Hortensio*, & ipso vsu veterum a *leporariis* & *viuariis* antiquis seiunguntur. Sed haec quidem postea expediemus.

§. IV.

Difficile fuerit, rei tam antiquae, & in *secundo* gradu vitae humanae, quod VARRO ait, inter res maxime necessarias enatae, origines inuestigare. Sed illud tamen in promptu est, a *Graecis* atque *Persis* diu atque diligenter esse frequentatam *clausam* hanc, quam diximus, in *viuariis venationem*, Enimvero, ut illos iam taceamus, certe ALEXANDER ille MAGNVS, cum *naturam animalium*, auctore atque adiutore ARISTOTELE imprimis, discere instituisse, aliquot millia hominum, in Asiae Graeciaeque tractu, qui *viuaria* curabant, & venationibus vacabant, in consilium adhibuit, ut nihil, vlllo in loco genitum, omnino ignoraret. Hoc enim PLINIVS SECVNDVS ^{e)} obseruauit. Sed *Graeci* quidem institutum illud a *Persis* videntur didicisse. Ipsi enim *viuarium*, quod A. GELLIVS ^{f)} monuit, & ex illo ISAACVS CASAVBONVS ad Athenæum, ^{g)} voce Persica *παράδεισον*, *paradisum* appellarunt. Audiamus XENOPHONTEM ^{h)} qui in regia Cyri, ad Celænas, notauit *hortum* insignem, *παράδεισον μέγαν, ἀργίων Ἰνδιόχων πλήρη, ἃ ἐκείνος ἐθήγευεν ἀπὸ Ἰππῆς*, id est, *plenum animalium syl-*

H 3

ue-

^{e)} GELL. noct. Attic. II. c. 20. ^{d)} HORAT. l. ep. I. v. 79. ^{e)} PLIN. hist. nat. VIII. c. 16.

^{f)} GELLIVS noct. Att. II. c. 20.

^{g)} CASAVBONVS ad Athenæum. p. 830.

^{h)} XENOPHON. de expedit. Cyri L. I. p. 193.



uestrium quae ipse eques *venabatur*. Sed apertius paullo Q. CURTIUS, ⁱ⁾ barbarae opulentiae in illis locis non maiora indicia extare, ait, quam magnis ne moribus saltibusque *clausos greges nobilium ferarum*. Muris enim nemora cinguntur, turresque habent, venantium receptacula: *spaciosas sylvas* eligunt, crebris perennium aquarum fontibus amoenas. ALEXANDER in eiusmodi quodam paradiso, quatuor millibus delectis, cum toto exercitu epulatus esse dicitur, ^{k)} Sed Cyrus quidem, adhuc puer, gauisus est de paradiso, in quo, venatione & equitatione, corpus quandoque exercebat. ^{l)} Sed, cum adolefceret, qua erat magnitudine animi, montes & nemora aperta sectabatur, nec ferre poterat *ἐνέωκα τὰ περιπαροδομένηα*, illa animalia *circumsepta*, quae ipsi vineta & captiua, atque virtutis suae oblita, videbantur. ^{m)} Enimvero, illa in *paradis* & *viuariis venatio*, quod EULENGERVS ⁿ⁾ tradit, per contemptum: *venatio persica* coepit appellari. Hanc PLINIVS SECVNDVS, IUNIOR, ^{o)} notauit, cum quidam, ante Trajanum, principes gloriam *venationis*, quam obire non poterant, in simulacro, sed ita quidem vsurparent, ut domitas *fractasque claustris feras*, in ipsorum ludibrium emissas, mentita sagacitate, colligerent, & enecarent. Videtur enim DOMITIANVM pupugisse, quem, constat, aliquando feras centenas, forte ex *viuariis* emissas, in secessu Albano confecisse. ^{p)}

Igitur, ut ex diuerticulo ad Romanos redeamus, priuata quidem *leporaria*, illa exigua, quibus lepores forte, in vsum coenae proximae, a patrefamilias subinde alebantur, de quibus VARRO exposuit, iam tum a tritauis VARRONIS, & sub initium vitae pastoralis habebantur: Sed illa cultiora & patentia, in quibus & apri, & capreae & cerui, circumiecta maceria, includebantur, primus quidem, si VARRONI ^{q)} & PLINIO ^{r)} fides est, QVINTVS FVLVIVS LVPINVS, quem IRPINVM veteres dixerunt, in Tarquinienfi dicitur instituisse. Neque diu imitatores defuerunt, L. LVCVLLVS & Q. HORTENSIVS. Sed LVCVLLVM quidem VARRO, propter sumtum & luxuriam, affirmat, pessimo publico aedificasse. ^{s)} Neque viuaria PHILIPPI, HORTENSII & LVCVLLORVM, propter nobilitatem, quisquam facile ignorat. ^{t)} Sed de HORTENSII *ὑψηλοτάτης* supra est tractatum. ^{u)} Neque vero postea morem maiorum posterius deseruerunt. NICOLAUS enim PINELLVS ^{x)} laudat *viuaria*, magnorum principum, in primis *Mediolanensium & Etruscorum*: quorum illi ad Arriminum, syluam parietibus firmatam,

i) CURT. de rebus Alex. VIII. c. k) Ibid. l. c. l) XENOPHON. κύβητις παίδες L. I. p. 9. & p. 11. m) Id. ibid. p. 13. n) EULENGER. de venatione circi c. 3. in Graeu. thes. antiq. Rom. T. IX. p. 750. o) PLIN. panegy. c. 88. p) SVET. in Domit. c. 19. q) VARRO de re rust. L. III. c. 12. r) PLIN. L. VIII. c. 52. s) VARRO de re rust. L. I. c. 13. in fine. t) Id. III. c. 3. f. u) Id. III. 13. x) PINELLVS in additam. ad Panuinii L. II. de ludis circens. c. 7. in Grauii thes. antiq. T. IX. p. 563.

tam, ultra viginti millia passuum ambitu suo continentem, ad memoriam posteritatis, munierunt. Sed *Ticinense* illud etiam ob casum *Francisci* Galliarum regis, qui in illo caprus dicitur, fama celebratum est, posterisque commendatur.

Sed in Gallia quidem, quoniam de eius rege dicere exorsus sum, COLVMELLA ^{y)} ait, tractus amplissimos magnasque regiones, ob locorum vastitatem, ad custodiam animalium syluestrium muniri. De Gallis enim etiam CÆSAR tradidit, illos semper muris exstruendis, & munitio-
nibus, operam dedisse. ^{z)} Inprimis vero memorabile videtur viuarium T. POMPEII, quem, in Gallia Transalpina, tantum habuisse septum venationis VARRO tradidit ^{a)} vt circiter triginta milia passuum, inclusa muro, possideret. Sed hæc quidem de Gallis in mentem veniunt, de Germanis deinceps locus erit exponendi.

Habes *viuaria*, ad fructum, & vtilitatem, inprimis priuatam, comparata. Sed vnum omittere non possum, quod & publicum fuit, & Romæ, ad ludos & venationes imperatorum atque aedilium, & publicam populi Romani voluptatem, comparatum. Enimvero PROCOPIVS ^{b)} auctor, Romæ viuarium fuisse, in quo bestię Africanæ, ad venationes circi, a mansuetariis ^{c)} custodirentur, vicinum muro, quod facile expugnari posse videretur. Sed POMPONIVS LÆTVS quidem ^{d)} circa hortos Mæcenatis situm fuisse, IOANNES ARGOLVS inter portam piam, & s. LAVRENTII, quæ hodie dicitur, ^{e)} alii prope aggeres Tarquinii, alii denique inter Nomentanam & Tiburtinam, portas, munitum fuisse arbitrantur. ^{f)}

Defererem hunc locum, nisi me theatrum venationis moraretur, quod & ipsum aliquando ab illis, qui venationes publice ederent, in modum viuarii adornatum fuisse veteres obseruauerunt. VOPISCVS enim ^{g)} auctor est, PROBVM, cum de Germanis triumpharet, venationem plenissimam in circo edidisse, sed in circo arbores validissimas, cum radicibus euulsas, connexis late trabibus affixas, terra superiecta eo ordine constituisse, vt theatrum syluæ speciem referret: postea immisos mille struthiones, ceruos mille, apros mille, mille etiam damas, ibices, & oues feras, vt populus venari in secessu videretur.

§. V.

Sed, quoniam de viuariis tractamus, vt deinde de illorum iure rectius Commoditas constituamus, operæ pretium fuerit, monere, ad quas commoditates viuaria

y) COLVMELL. de re rust. L. IX. c. 8.

z) CÆSAR de bell. Gall. VII. c. 22. 23.

a) VARRO. III. 12.

b) PROCOPIVS de bello Gothico L. I.

c) LAMPRIIVS in Heliogab. c. 6.

d) LÆTVS Rom. antiqu. c. 60.

e) ARGOLVS in not. ad Pantinii. L. II. c. 6. de ludis. circenf.

f) PAVIN. L. II.

c. 6. de ludis circenf.

g) VOPISC. in Probo. c. 7.



via sint a Romanis comparata. Et VARRO ^{h)} quidem duo illorum genera constituit, quorum alterum *frugalitas antiqua* inuenit, alterum *luxuria* adiecit.

Primo igitur de frugalitate & de *fructu* videamus. Sed hunc certe ex viuariis amplissimum & iucundissimum omnino capiebant. Hoc enim non solum adduxit CASSIVS, ut l. 9. §. 3. D. de *usufr. venationum* etiam reditum in usufructu esse affirmaret, sed etiam TRYPHONTIVM, ut ipsi, si circa villam feræ inclusæ *viuariis* custodirentur, fructuarius illas non solum exercere, sed etiam occidere interdum, posse videretur, l. 62. §. 1. D. de *usufr.* Sed de hoc loco postea videbimus.

Apparet igitur veteres ex *viuariis* omnino fructum expectasse. Et COLVMELLA ⁱ⁾ quidem *lautitias* domino ex illis pati, ait, ut venatio, cum exegisset usus epularum, velut e cella promeretur. Sed VARRO, præter epulas, pulcherrimam ex illis voluptatem illamque simplicissimam, promittit. Ait enim, *leporaria* non solum ad fructum, sed etiam ad delectationem maximam, referri. ^{k)} Huc inprimis pertinebat, quod subiecta habitationi clausa venatio oculos domini pasceret, & oblectaret: ^{l)} aut secundum VARRONEM ^{m)} quod ad buccinam inflatam, certo tempore, capreae & apri conuenirent, ad pabulum, quibus ex superiore loco glans & hordeum obiceretur: aut, quod, ad cytharam Orphei ceruorum & ceterarum quadrupedum multitudo conflueret, ut formosissimum spectaculum, non minus, quam in ædiliū venatione, ederetur. ⁿ⁾ Ad quam commoditatem COLVMELLA etiam aliam adiunxit: quandoquidem, si hæc iucunditas non negligatur, *matrona* etiam virum in villam abeuntem libenter comitatur. Huius enim & sexus & animus est delicatior, ut *amoenitate* quadam demerendus est, quo patientius moretur cum marito. ^{o)}

Diximus de *fructu* qui cum voluptate aliqua coniunctus est: nunc de *quaestu* videamus.

Ex PLINIO enim didici, *viuaria* olim non tam gulæ, quam *auaritiæ*, inseruiuisse. ^{q)} Sed luculentius omnino VARRO ^{q)} atque COLVMELLA ^{r)} villaticas illas pastiones *magnam stipem* domino conferre dicunt, ut plus ex illis quandoque, quam ex toto fundo, redigatur: quod ut commodius efficiatur, VARRO, emendas esse, ait, feras a venatoribus, quas feruorum tuorum diligentia tucaris in foetora ad partus, natas nutriceris, & sagines, ut tandem pingues in macellum possint peruenire. ^{s)} Eodem consilio COLVMELLA, feras non ultra *quadrimum* in viuario ferendas esse,

^{h)} VARRO III. c. 3.

^{k)} VARRO III. 3.

ⁿ⁾ Id. ibid.

^{q)} VARRO III. 2.
3. & 13.

ⁱ⁾ COLVMELL. de re rust. L. IX. prooem. & c. 1.

^{l)} COLVM. loc. cit.

^{m)} VARRO. III. 13.

^{o)} COLVMELL. de re rust. l. 4. ^{p)} PLIN. hist. nat. IX. c. 34.

^{r)} COLVMELL. VIII. 1. & IX. 1. ^{s)} VARRO III.



esse, ait, cum vsque ad hoc tempus incrementa capiant, postea senescant, vt vendi commodè non possint: nisi quis *cervos* excipiat, qui longius durare, et per multos annos iuvenes manere, videantur. ¹⁾

Hac igitur lege *quaestus* ex *viuariis* speratur. Superest vt de vltimo gradu videamus, quem *luxuria* adiecit. Hæc enim, si VARRONEM ^{u)} audias, propter *palatum suauem* dominorum, *leporaria* propagauit, & protulit: vt iam maiori ambitu ferae, quam olim villæ domini contineantur: hæc docuit, triclinia in auiariis ponere, hæc multa iugera septo comprehendere, hæc feras Africanas aduehere, & fructum sumtu deuorare: quod supra est a nobis obseruatum.

Vnum de *gula* & palato attinet monere, quod SENECA ^{x)} factum esse queritur, multos tam fuisse delicatos, inprimis in piscibus, vt illos non attingerent, nisi quos *mori* antea vidissent: hinc aduehendi erant, & alendi magno impendio, vt constaret, illos breui ante coenam expirasse.

§. VI.

Diximus, quo consilio viuaria instituantur: superest, vt qua cura *instruenda* sint, expediamus. Sed supra quidem ex VARRONE atque COLV- Apparatus
MELLA, ^{y)} a nobis obseruatum est, si *voluptatis* causa venatio claudatur, *septa, muni-*
proximum villæ locum deligendum, in quo de manu cibos & aquam feris *menta.*
præbeamus: sin *quaestus* & reditus desideretur, *vicinum villæ nemus* mun-
iendum esse: cum intersit, *viuarium* non procul ab oculis domini abesse. VARRO præterea desiderat, vt sint in *viuariis latebrae*, vbi ferae interdum
in virgulis atque herbis delitescant, cum non ament versari in aprico: denique vt sint arbores patulis ramis, quæ aquilæ impediant conatus. ^{z)} Imo
vero COLVMELLA, ^{a)} propter *passionem*, saltus maxime commendat, qui
& *terrae foetibus* & arborum fructibus abundant: ait enim, illas graminibus,
& glande querna, & pomis syluestribus gaudere, & cibis reliquis, quos
sponte terra subministrat.

Ex quibus locis intelligitur, inprimis commendari *syluam pascuam*,
de qua GAIUS l. 30. §. 5. D. de verb. signif. disputat, & quam pastui pecu-
dum, ait, destinari. Has vero syluas, quas ad *passionem* sint accom-
modatae, quandoque *saltus aestiuos* & *hybernos* appellari, PAVLLVS l. 3.
§. 11. D. de adq. vel amitt. posses. interpretatus est: quod POMPEIO
FESTO ^{b)} etiam placuit. MARCIANVS etiam auctor est, in quibusdam
saltibus æstiuis & *hybernis*, quaedam animalia *perpetuo* relinqui: vt interdum

1) COLVMELL. IX. I.

u) VARRO III. 3.

x) SENEC. nat. quæst. III. 18.

y) VARRO III. 3. COLVMELL. IX. I.

z) VARRO III. 12.

a) CO-

LVMELLA IX. I.

b) FESTVS voce: Saltus.



dum, legato saltu, etiam pecudes, quae semper in illis hæreant, legatae videantur. l. 67. D. de leg. 3.

Itaque in promptu est, COLVMELLAM de his saltibus sensisse, in quibus pecudes *perpetuo* relinqui possint, ut commodius pascantur.

Ex his igitur *saltibus cibum* & pabula accipient pecudes sylvestres. Sed ne potius deficiat. COLVMELLA solum desiderat, quod crebris *fontibus* abundet: c) hoc enim illis generibus saluberrimum videri. In qua re imitatus est providentiam Persarum, qui illos maxime *paradisos* muniebant, qui *amne perenni*, aut etiam *flumine* communi, rigarentur. Ita enim Persis visum fuisse, & XENOPHON d) & CURTIUS e) restantur.

Vix attinet monere, si copia naturalis pabuli deficiat in saltu, clausis succurrendum esse, illasque hordeo vel farre, vel faba, vel viuaceis, alendas, atque adducendam aliquam ex mansuetis, quae exemplo inuitet ad cibandum. Hoc enim & VARRO f) & COLVMELLA g) tradiderunt.

Plurimi in medio *viuario* locum excelsum muniebant, in quo & coenarent, & iucundissimo spectaculo quandoque vterentur, & venatores hordeum effunderunt, & reliquam pastionem, quasi ex quodam receptaculo, administrarent, h) quod etiam apud Persas frequentatum est.

Habes omnem apparatus. Sed refert, ut de *tutela loci*, & *munitione*, videamus. Hanc enim partem, quæ ad *tutelam* pecudum sylvestrium pertinet, COLVMELLA i) præcipuam putavit. Sed *tutelam* accipimus, qua locus, ne qua fera effugiat, aut ne quis irrumpat, *muniat*. Ita enim VARRO k) rem interpretatus est, cum de quatuor generibus *tutelarum fundi* disputaret. Ita etiam intelligenda sunt, quae interdum in *testamentis* ad *tutionem* loci & sepulchri apud veteres relinquebantur. l)

Sed, quantum ad *munitionem* attinet, supra praecepimus, *septum* esse locum, quem *viuarium* dicamus. VARRO enim auctor est, m) locum *maceria* claudendum esse, *ad venationem*. Solebant enim fere Romani, quæ facta atque tuta esse vellent, *maceria* munire. Cum nihil esse religiosius *sepulchris*, hortiis, quos monumentis sapius adiciebant, *claudi maceria* iuebant. Hoc enim multi *lapides* apud GRUTERUM n) profitentur.

Viuarium igitur *maceria* munitur. Sed VARRO o) præterea desiderat, ut *maceria* sit *alta*, ne qua fera transiliat, utque *testorio* quodam obtegatur: siue, quod COLVMELLA p) ait, si lapidis copia fuerit, ut murus *calce* & *cementis*, sin minus, *crudo latere* & *luto*, construatur. Sed uterque mo-

nent,

c) COLVMELL. IX. 1. d) XENOPHON. Κυβητ. παρδειας L. I. p. 9 seqq.
e) CURTIUS de rebus Alexandr. L. VIII. c. 1. §. 22. f) VARRO III. 12. 13.
g) COLVM. IX. 1. h) VARRO III. 13. CURT. VIII. 1. i) COLVM.
L. IX. proem. k) VARRO I. 14. l) GRVT. inscr. T. I. p. 348. n. 1.
m) VARRO III. c. 3. & c. 15. n) GRVT. inscr. p. 964. 2. p. 936. 72. p. 883. 7.
o) VARRO III. 12. p) COLVMELL. IX. 1.

nent, si res familiaris impendium dissuadeat, etiam *sepe* & *vacerris* viuvarium includi. ^{p)} Veteribus enim, quod *PLINIVS junior* dicere solebat, ^{q)} inprimis villa probabatur, cuius *tutela* non *sumtuosa* videretur. Vnum tamen *COLVMELLA* excipit, ne *lepores* vacerris includantur; illos enim, propter exiguitatem corporis, facile clatris surrepere, & foetum natos fugam subitariam moliri. *GELLIVS* auctor est, ^{r)} a quibusdam *robo-*
reis tabulis viuaria conclusa.

Est etiam *Germanis* genus *munimenti*, quod *hagam*, das *Geheette*, solent appellare: *lignis* enim *successis* cingunt *nemora*, ne qua fera elabatur. *Sie verhauen die Wälder*, quod nostrates dicunt: de qua specie plurimorum principum legibus venaticis est constitutum. Sed *Germanos* quidem in partem opusculi nouissimam feruabo.

§. VII.

Satis diu te tenui, & diutius, quam vellem. Sed ne quid nos postea *Nomina* pro-

perturbat, dicendum est de *nominibus*, quibus *viuaria* quodoque appellantur. ^{quiscua viu-}
Ex *A. GELLIO* quidem supra obseruatum est, *viuaria*, quae veteri-
bus *leporaria* fuerunt, etiam *septa loca*, *paradisos*, *clausam venationem*, ^{riorum, ro-}
quandoque nominata. Sed idem ille ^{barium, sa-} me docuit, *SCIPIONEM*, qui omni ^{gina, laccus,} *parcus*, &c.
um ætatis fuit purissime locutus sit, *roborarium* dixisse, quod posterius *viua-*
rium dixerunt: nomen enim a *tabulis roboreis* descendere, quibus *septa* ef-
fent viuaria: & hoc genus septorum frequentari locis in Italia plerisque. Ad-
ducit etiam locum eius, ex oratione contra *Claudium Asellum*, ex quo ap-
paret, *roborarium* piscinis maxime opponi.

SCIOPPIVS ^{r)} multis argumentis studet efficere, ut credamus, *viua-*
ria etiam *saginas* aliquando nominari. Cum quo etiam *TAVEMANNVS*
noster ^{u)} facere videtur. Sed idem ille *Scioppius* ipsas feras, quae in vi-
uariis fuerint, *saginas* vocitari censet. Certe *VARRO* me docet, ^{x)} feras
pingues fieri, & *saginari*, si in *leporario* claudantur, donec ad *macellum*
adducantur.

Semigræci, latina voce, *Βιβλίον* dixerunt. ^{y)} Plerique rectius *ζω-*
γεία, viuaria, appellant, ^{z)} Alii etiam *καταβλῆς*, quasi carceres, qui-
bus ferae clausæ teneantur.

Laccum forte commodius foueam interpretamur. Sed de hoc
NICOLAUS PINELLVS ^{a)} tradidit.

In medio æuo, *syluam circum septam* plerique, inprimis *Angli*, *par-*
cum appellabant. Sed *CAROLVS du FRESNE* ^{b)} comprobauit, male
hu-

I 2

- ^{p)} *COLVMELLA* IX. 1. ^{q)} *PLIN.* L. II. ep. 17. ^{r)} *GELLIVS* II. 20.
^{s)} *GELL.* noct. Attic. II. 20. ^{t)} *SCIOPPIVS* in *suspectis* L. V. & 9.
^{u)} *TAVEMANN.* ad *Plaut.* *Mostellar.* I. 1. p. 518. ^{x)} *VARRO* III.
2. 3. 12. & 13. ^{y)} *TZETZA* *Chil.* L. 8. c. 173. ^{z)} *STRABO* L. XII.
^{a)} *PINELLVS* in addit. ad *Pan.* L. II. c. 6. de lud. circ. apud *Graeu.* T. IX. p. 562.
^{b)} *du FRESNE* in *glossar.* mediæ & infimæ latinit. voce: *Parcus*.



huius instituti gloriam & laudem Henrico I. Angliae regi, a IOANNE ROS-
so attributam, quae *Anglo Saxonibus*, cognatis nostris, debebatur. Certe
nomen a multis frequentatum. PETRVS enim *Cellensis* in libro, quo de
disciplina claustrali commentatus est, ^{d)} regulares clericos inclusos esse ait
claustro, tanquam ceruos & capreas, in *clauso parco*: vt intelligatur, ab
illo *viuarium* notari. Sed luculentius ROMVALDVS SALERNITANVS, ^{e)}
quosdam, inquit, „montes & nemora, quae sunt circa Panormum, mu-
„ro lapideo conclusit, & *parcum* delitiosum satis & amoenum fecit, diuersis
„arboribus constitum, in quo damas, capreolos, & porcos syluestres aluit,
„& conclusit.

Hæc quidem de *parcis* in mentem veniunt: de *Hagis* Germanorum
deinceps exponemus.

§. VIII.

*Viuaria an
sint pars
fundi.*

Habes nunc omnia opinor: viuaria inprimis a quibus, quando, & quo
consilio, sint instituta, quo opere munita, quo apparatu, quibus commo-
ditatibus instructa, quibus nominibus discreta. Iam non erit difficile de iu-
re experiri.

Et primo quidem ex his, quae adhuc disputata sunt, non potest esse
obscurum, viuaria quidem ad praedia *rustica*, & *accessiones* praediorum
rusticas, referri. Supra enim a nobis comprobatum est, ferarum in *viua-
riis* educationem ad rem pecuariam & *pastiones villaticas* inprimis pertinere.
Sed, si VARRONEM ^{f)} audiamus, disciplina agri colendi & pecoris pascendi
& *villaticæ* inprimis pastiones, magnam inter se cognationem habent, vt,
qui praedium possidet, vtramque debeat habere. Et aperte quidem UL-
PIANVS l. I. §. I. D. de *seruit. praed. rust.* iuri *pecoris pascendi*, inter
praediorum *rusticorum* iura, locum praecipuum attribuit, vt dubitari non
possit, *viuarium* iure praedii *rustici* ceneri. Vt taceam, *ferarum* educatio-
nem nemus atque syluam desiderare, vt illa pastio administretur. Sed PAVL-
VS non obscure ius *syluarum* ad *rusticas* commoditates videtur retulisse.
l. 6. §. I. D. de *seruit. praed. rust.* Imo vero veteres magistri artis nostræ,
cum de rusticis praediis tractarunt, illam de *aucupiiis* & *venatione* disputa-
tionem non omitendam esse rati sunt, cum & ipsa ad vsum ruris pertine-
ret. l. 16. D. de *S. P. R.* Ideoque apparet, si villæ ius *viuarii* in *fundo*
alieno comperat, *seruitutem praedii rustici*, quae solum efficit, & diruta mu-
nitione non exstinguitur, constitutam esse.

Sed hæc ita sunt in promptu, vt res disputatione non egere videatur.
Illud magis attinet monere, quod *viuarium* portio sit fundi, adeoque, si hic
cui-

^{d)} PETR. CELLENS. de discipl. claustr. c. 1.
an. 1149.

^{f)} VARRO de re rust. II. c. 1.

^{e)} Chr. MS. ROMVALD. Salern.



cuiquam legatus sit, aut venditus, viuarium, cum fundo, ad emtorem, aut legatarium, transire videatur. Enimuero supra a nobis obseruatum est, munitione, & plerumque *muris*, viuaria includi, aut certe *sepem* fieri vt animalia syluestria custodiantur. Sed *VLPIANVS* l. 17. pr. D. de act. emt. docet, quicquid *terra se tenebat*, fundi esse portionem: ideoque etiam *IAVOLENS* l. 18. D. eod. granaria, quae ex tabulis fiunt, aedium videri, ait, si stipites eorum *in terra sint defossi*. Hoc enim & *LABEO* & *TREBATIVS* in omnibus *accessionibus*, quibus *terra sit aggesta*, probauerunt: si ita illigatae fuerint, vt ibi perpetuo repositae in fundo habeantur. l. 26. D. de instr. vel. instr. leg.

Igitur *munitio* illa, qua viuarium coercetur, ad legatarium & emtorem pertinebit, vt dirui nequeat a venditore vel herede. Nisi vnum forte excipimus, vt, cum *retibus* & *plagis* duntaxat, ad vsum temporis praesentis maxime, venatio *circumsepta* fuerit, opus illud subitarium & retia, non fundi, sed possessoris, esse videantur. De his enim *VLPIANVS*, l. 17. §. 4. D. de A. E. V. praecepit, illa non cum fundo ad emtorem aut legatarium transferri. Et luculenter quidem *SCAEVOLA* l. 60. de acq. rer. dom. quidquid *mobile* positum in fundo habeamus, non videri portionem fundi esse, ait. Sed *arborum* quidem, quae viuario & fundo continentur, *POMPONIUS* l. 40. D. de A. E. V. monuit, non esse corpus a fundo separatum, ideoque emtorem ex emto habere actionem, si haec a possessore succidantur.

Itaque nemus illud circumseptum, & quae in viuario sunt arbores, cum fundo transferentur. Sed vtrum etiam, *villa separatim* vendita, aut alii legata, *viuarium* cum villa venditum aut legatum videatur, operae pretium est, vt inquiramus. Est enim eiusmodi species apud *PAVLLVM*, l. 18. §. 13. D. de instruct. vel instrument. ex qua intelligitur, villam quandoque a reliquis partibus fundi separari, & solam ad alios transferri.

Ausum affirmare, viuarium plerumque *villae* partem esse, & cum villa ad alios transferri. Enimuero supra ex *VARRONE*, g) atque *COLVMELLA* h) docuimus, *viuarium* & *leporarium circa villas* institui, & dominicis habitationibus subiici, vt clausa venatio, conspectu suo, oculos domini oblectet; praeterea *pastionis villaticae* partem praecipuam in alendis feris & colendo viuario versari. Imo vero abscisse *VARRO* *leporarium*, seprum *affixum* villae, & partem villae *affictitiam*, appellat: i) sed quae affixa sint, & propter villam habeantur, constat inter omnes, *partem villae*, aut aedium videri, l. 13. §. 31. D. de act. emt. Sed hoc recipit distinctionem, cum & ipsa *viuaria*, vt supra ex *COLVMELLA* k) comprobauimus, alio atque alio

I 3

g) *VARRO* de re rust. III. c. 3. & 17. h) *COLVM.* L. IX. proem. i) *VARRO* loc. cit. k) *COLVMELLA*, IX. proem. & c. 1.



consilio, & loco atque modo, a patribus familiæ instituuntur. Enimvero si dubitetur, quid ad domum, vel villam, pertineat, PAPINIANVS ait, *voluntatem domini* inspiciendam esse, vt, si e. g. hortus a domino coemptus, in litteris & *rationibus*, communi *appellatione villæ* contineatur, aut si quid villæ ita adiunctum fuerit, vt *intrinsecus per villam a deatur*, aut si *hortum vicinum villæ* comparauerit, vt amceniorē villam possideret, aditumque in eum per villam habuerit, tunc hortus *portio* ædium aut villæ videatur, l. 91. §. 3. 4. 5. D. de leg. 3. Itaque dicemus, si viuarium, quod COLVMELLA ait, *voluptatis*, eiusque perpetuæ, causa factum fuerit, vt dominus *iucundius* habitet, & conspectu delectetur, cum fundo etiam *viuarium* transire. Sed, si *quaestus* causa inprimis, *vicinum* villæ *nemus* ¹⁾ sed non proxime cum villa coniunctum, cuius redditus *separatis rationibus* connumerentur & cum fructibus villæ non facile confundantur, venationis causa, septum fuerit; certius est, *viuarium* partem fundi quidem, sed non villæ portionem, esse. Luculenter SCÆVOLA l. 27. §. 5. D. de instrum. & *instrum.* rem interpretatur. Ait enim, si fundus certus, cum syluis *suis* & *salictis* sit legatus, syluæ autem non sint in illo fundo, sed *in agellis adiectis*, quos dominus simul comparauit, tamen syluas vicinas legato non omnino contineri, quamuis fundus sine illis non coli posse videatur. Ita igitur etiam de *villa* habendum, vt, si viuarium non sit proxime *circa villam*, & *affixum* villæ, appellatione villæ non contineatur.

Ex his, quæ disputauimus, intelligetur, *viuarium*, si in *fundo feudali*, auf *Lehen-Grund und Boden*, institutum fuerit, ad successores, & *heredes feudales*, quos dicimus, transire. Cum enim *inædificatum* sit *viuarium*, & non solum *arbores*, quæ ibi sunt, pars feudi esse videantur, sed etiam *munition*, & *sepimentum* in solo hæreant, & terra teneantur; consequens est, illos feudi naturam induere, & coalescere, cum feudo. Neque, in *Saxonia* nostra, heredes allodii sumtus recipient, quamuis, quod supra comprobauimus, *reditus* & *quaestus ex viuario* speretur, & qui illud instituit, sumtum *utiliter* fecisse videatur. Hoc enim expressa lege definitum, ne sumtus heredibus restituantur. P. III. constit. elect. XXXI.

§. IX.

Feræ viuarii *is inclusæ* *sunt in do-* *minio pos-* *sessoris sed* *non sunt* *pars fundi* *Accepisti* quo iure *viuarium*, & locus ille, venationis causa *circum-* *septus*, contineatur: proxima inspectio est de *feris*, quæ in viuario aluntur. Sed de his quidem expeditum est, *feras in dominio* illius esse, *qui viuari-* *um exercet*. Res ipsa loquitur, *captas & custodiæ causa conclusus* esse, quæ viuarii munitione continentur. Hoc enim supra docuimus, ex *VAR-* *RONE* atque *COLVMELLA*. Iam vero audiamus *GAIVM* atque *FLO-* *REN-*

1) COLVMELL. IX. c. 1.

RENTINVM, qui non solum feras, quas cepimus, sed etiam, quæ ex his neque ad apud nos editæ sunt, id est, partus eorum, quos in viuario enixæ sunt, & successores qui apud nos aluntur, capientium fieri, & in patrimonio haberi, censuerunt. l. 1. §. 1. l. 2. 3. & 4. D. de A. R. D. Vnum GAIUS excipit, si in dentur ta-
libertatem naturalem se receperint, & oculos effugerint, ut difficilis sit per-
secutio: tunc enim, ait, rursus occupantibus concedi, l. 5. pr. D. eod.

Igitur posset dubitari, utrum piscator ille, apud IUVENALEM ^{m)} qui piscem ingentem ceperat, recte timuerit inquisitores,

Non dubitatu-
ros fugitium dicere piscem,
Depastumque diu viuaria Caesaris: inde.
Elapsum, ad veterem dominum debere renerti.

Sed, ut diximus, non est difficilis persecutio, si ex notis certis atque luculentis possit comprobari, feram in nostro dominio fuisse. Itaque, si fera signum habeat, aut aliam notam, ex qua certo constet, illam ex nostro viuario elapsam esse, non dubito, dominum feram deprehensam recte vindicaturum esse a nouo possessore. Nostri quidem, quod illustris FLEMMINGIUS ⁿ⁾ me docuit, non tam signis & collaribus, quibus facile suspendi, & virgultis intricari possunt, quam auricula succisa, aut notata, feras a se captas & custoditas ab aliis discernunt. Igitur si signum appareat, quo nos uti in nostris animalibus proberetur, mihi placet, feram domino restituendam.

Res minus habet dubitationis, si cogites, plerasque, ut supra ex VARRONE ^{o)} obseruatum est, feras bestias, quas dominus viuario includat, emi a venatoribus, & seruorum diligentia nutriri, atque saginari, ut postea aliis vendantur. Hæ igitur, cum titulo oneroso, aut certe, si vel a nobis ipsis captae sint, cum labore & impendio a nobis comparentur, ita nobis adquiruntur, ut, si quid illarum interceptum sit, furtum illarum nobis factum esse videatur. Hoc enim TREBATIO etiam placuit, l. 5. §. 1. D. de A. R. D. Non attingam, quæ supra ex legibus Salicis, de furto cerui mansueti obseruata sunt. Non enim omnes, quæ viuariis tenentur, pro mansuetis accipiendæ sunt; quod & supra a nobis dictum est, & GAIUS atque FLORENTINUS monuerunt. l. 3. §. 2. & l. 4. D. de A. R. D. Illud tamen adiiciam, plerarumque prouinciarum legibus constitutum esse, ut in fures ferarum captiuarum seuerius animaduertatur. Ut nostras raceam, apud CAROL. du FRESNE inuenio etiam extra Germaniam, quod ille ex chronico MATTH. WESTMONASTER ^{p)} obseruauit,

poe-

m) IVV. lat. 4. v. 50 sq.

n) Hrn. Hannß Friedrich von Flemming vollkomme-
ner Teutscher Jäger, P. I. p. 53.

o) VARRO III. 3.

p) CAROL. du

FRESNE in gloss. med. & inf. latin. T. III. voce: pareus. p. 158. ex Matth.
Westmonaster. ad. a. 1246.



poenas acerbissimas iam olim illis propositas, qui *furtive damna faciunt alienis parvis & viuariis.*

Nostri quidem plerique, si quis ex *piscinis* furtum piscium fecerit, propter *incertitudinem numeri* piscium, qui illis continentur, quae prohibet, ne de *corpore delicti* & summa legibus definita penitus constare videatur, capitis poenam vix admittunt. Sed memini *ICTOS Vitembergenses* capitis poenam *furi piscium* dictitasse, cum omnino manifestum esset, magnum numerum piscium ab ipso furiptum esse, ut dubitari non posset, quin pretium illorum summam furti magni legibus Saxonice expressam vel expleuerit, vel superauerit. Nimirum pessimus nebulo plura furta confessus erat, quorum pretium, propter inopiam, non restituebat. Atuero furto- rum, de quibus constabat, pretium non superabat nouem Joachimicorum aestimationem. Sed fur confitebatur, se praeterea magnum numerum piscium e piscina abstulisse. Dominus, quamuis, quos pisces fur abstulerit, certe affirmare non posset, tamen piscinam vacuum esse, in quam ultra trecentos pisces insignes; ante tempus aliquod coniecisset, iureiurando asseuerabat. Responsum est, hoc furto piscium illud exiguum, quod summae furti magni deesset, certissime suppleri, hinc furem laqueo videri, puniendum.

Sed ut ex diuerticulo, non satis iucundo, in nostra viuaria reuertar, certum est, feras, quas *septis* nostris continemus, *nostras* esse, & ad nostrum patrimonium referri. Sed opportune PAVLLVS monet, illas non solum nostras esse, sed etiam *a nobis possideri*, si *viuariis* illas *includerimus*, aut pisces coniecimus in piscinas nostras. l. 3. §. 14. *de adq. vel amit. poss.*

Neque locus esse potest dubitationi, cum & emanant plerumque a venatoribus, & *viuario* includantur, & pabula interdum de manu accipiant, & seruis alenda & *custodienda* assignentur: quod supra est a nobis comprobatum. Enimuero recte NERVA filius tradidit, haecenus res mobiles a nobis possideri, quatenus ita sunt in nostra *custodia*, ut naturalem possessionem, quodcumque voluerimus, nancisci, & res illas arripere possimus, l. 3. §. 13. *de adq. vel amit. poss.*

Itaque, cum in *viuariis* quidem plerumque penitus sciamus, quod ferae a nobis nutrantur, & illae ita ad manus sint, ut, quod COLVMELLA ait, ^{o)} quasi ex cella promi possint, apparet, illas a nobis corpore & animo omnino possideri. Quod quamuis ita sit in promtu, ut res disputatione non egeat, tamen quodammodo disputatum est ab eodem PAVLLO, d. l. 3. §. 14. 12. D. *de adq. vel amit. poss.* qui negat, *feras*, quae in *sylvis circumseptis* libere vagantur, a nobis possideri: quia relictas sint in libertate naturali.

Supra

o) COLVMELL. IX. prooem.



Supra a nobis obseruatum, PAVLLVM nobis, hoc loco, obieciſſe non exiguam difficultatem: cum ipſa *viuaria* ſint *ſylua* quaedam *circumſepta*, qua *ſylueſtres pecudes* paſcantur. Igitur quidam interpretes, vt nodum Gordium ſcinderent, verbis PAVLLI, particulam *non*, interſerere auſi ſunt: vt PAVLLVS hoc extremo loco de ſylua *non circumſepta* tractaſſe videatur, in qua ferae dicantur non poſſideri a domino, ſed libertatem naturalem retinere.

Verum enimvero, non auſim verba PAVLLI perturbare, cum, ſi de ſylua *non circumſepta* ab ipſo diſputatum eſſet, fere fuiſſet ſuperuacuum, monere, quod animalia, quae in hac libere vagentur, retineant naturalem libertatem. Igitur videbimus, an ſoluere poſſimus nodum, quem alii ſcindere & dilacerare voluerunt. Mihi quidem certius videtur, PAVLLVM vel de *viuariis*, quae retibus duntaxat, non *perpetui uſus* ſed *praefentis venationis* cauſa, a poſſeſſoribus clauduntur, vel de illis, quae quidem *muro ſepta* ſunt, aut *ſepibus* munita, ſed plura tamen iugera comprehendunt, & per longius ſpatium excurrunt, tractauiſſe. De vtriſque certum eſt, animalia, quae in illis concluda ſunt, *non poſſideri* a domino, ſed naturalem *libertatem* retinere. Ipſa enim *naturalis libertas* dicebatur facultas, liberius & per ſpatium *laxius* vagandi. PROCVLVS enim l. 55. D. de *A. R. D.* naturalem *laxitatem* appellauit, quam alii *libertatem* nominarunt: vt intelligatur feras *liberas* videri, quibus ſpatium *laxius* datum fuerit, in quo libere vagentur. Et quomodo *poſſideri* poſſent ferae ſingulae, quas dominus *ignorat* in ſuo viuario verſari? TRYPHONINVS enim l. 62. §. 1. D. de *uſufr.* monuit, in laxa illa viuaria interdum feras quasdam *ſua ſponte incidere*, & poſſeſſore ignorante, ſuo ingenio *delabi*, vt incertum ſit, quot ferae in viuario alantur. Enimuero ab illuſtri Dn. a FLEMMING, p) didici, etiam apud nos accidere, vt ferae liberae in viuaria ſubinde delabantur. *Germani* den *Einsprung* appellant. Si enim ipſum audiamus, viuaria ad radices montium decliuum, ſyluis obſitorum, commodiſſime muniti poſſunt, vt *cerui*, odore cadauerum, aut aliis odoribus, allekti, ſponte eo veniant, & ſaltu in illa delabantur. De his igitur ignorat dominus, quod & quando in viuarium peruenerint, & quis numerus illarum munitione concludatur. Sed opportune PAVLLVS monuit, non poſſe cuiusquam rei *poſſeſſionem*, niſi a *ſcientibus*, adquiri: vt ne *theſaurus* quidem quamuis in fundo lateat, niſi loco motus, & noſtra *cuſtodia* comprehenſus fuerit, a nobis poſſideri videatur. Extremo de his omnibus, quae in *magis Ingeſtegetois*, in denen Thier-Gärten, libere vagantur, verum eſt, quod GAIVS l. 5. §. 1. D. de *A. R. D.* monuit, multa poſſe accidere, ne a nobis

p) Dn. de FLEMMING Deuſcher Jäger, P. II. p. 300.



nobis capiantur, neque prorsus perueniant in nostram potestatem. Itaque nec penitus nostrae sunt; neque omnino possidentur.

§. X.

*Ferae quae sunt in viu-
rio non sunt
fundi portio.* Apparent igitur, feras pecudes, quas in viuariis alimus, & nostras esse, & a nobis quandoque possideri. Sed, ut solet alia dubitatio ex alia enasci, non satis conuenit inter interpretes, utrum ferae illae, quas circa villam educamus, portio villae aut fundi esse, & cum villa & fundo ad successores singulares fundi instru- transire videantur. Inprimis enim MENOCHIVS ^{q)} rem intricauit, qui etiam continet- pisces in viuarium non custodiat, sed redditus & quaestus causa, a domino an- tur? Ad coniectos fundi partem esse, ait, & pro rebus immobilibus haberi. Enim- beredes non uero, quamuis illam de piscibus disputationem, cum illorum natura ab ani- ad successores malibus syluestribus multis modis sit discreta: merito nunc omittamus, ta- feudales per- ment. men generaliter, si de feris, quas in viuariis alimus, tractatur, potius faci- mus cum VLPIANO atque POMONIO, qui l. 15. & 16. D. de act. emt. negant, pisces, qui in piscina sunt, aut cetera animalia, quae in fundo sunt, partem aedium aut fundi esse, aut cum villa ad emptorem peruenire. Enimuero supra a nobis obseruatum est, illas syluestres pecudes plerumque emi a venatoribus, & viuario includi, & opera feruorum saginari, donec ad macellum possint peruenire, ^{r)} Itaque intelligitur, nihil illas pecudes ad fundum, sed ad separatam domini negotiationem pertinere, quae in fun- do & villa dominica exerceatur.

Neque vero nobis facile quisquam obiecerit, quod partus illorum ani- malium, quae ex foetu arborum immobilium & reliquis villae fructibus ali- solent, videantur ad fructus fundi pertinere, quos constat, secundum VLP- IANVM l. 13. §. 10. D. de A. E. V. emptoribus cedere, nisi aliud conuenerit in lege emtionis. Verum enim vero non illa omnia, quae in fundo perci- pimus, sed quae ex fundo capiuntur, inter fructus fundi in emtione re- feruntur. Imo vero si concedamus, animalia in viuariis edita ad fructus pertinere, quia TRYPHONINVS l. 62. D. de usufr. etiam usufructuario quandoque illa occidere permittit, tamen res ipsa loquitur, partus in nostra custodia editos pro fructibus perceptis merito haberi, cum a nobis nutrantur, & nunquam cohæserint cum ipso fundo. De fructibus perceptis autem lucu- lenter VLPIANVS l. 17. §. 1. D. de act. emt. vend. illos villae partem esse non videri: cum & vinum non sit fundi portio, quamuis ex fundo sit redactum.

Sed hoc forte esset speciosius, quod illa animalia, quae in viuariis habe- mus, usus perpetui & quaestus causa in villis esse videantur. LABEO enim, l. 17. §. 7. D. de act. emt. iudicauit, quae perpetui usus causa in aedibus aut villis habeantur, villae aut aedificii partem esse, quod VLPIA-
NVS

^{q)} MENOCH. I. consuet. §. I. gloss. §. n. 18. 19. 20.

^{r)} VARRO III. c. 3.



nus etiam probauit. Sed, vt taceam, hæc animalia non propter villam sed in villa, propter voluptatem aut quæstum domini, haberi; certius est, istas feras, non ad vsum perpetuum, sed potius præsentem, pertinere. Supra enim ex COLVMELLA comprobatum est, has feras, nisi ceruos forte excipias, in viuariis non ferri ultra quadrimatum: post quatuor enim annos illas senescere, & inutiles videri. Igitur post quatuor annos aut nouae comparandae sunt, aut ex partu aliæ submittendae, ex quibus reditus sperari possit. Sed disputatione non indiget, quæ per quatuor duntaxat annos utilia esse possint, non ad vsum perpetuum sed ad præsentem comparata esse, ideoque non cum fundo ad emptorem peruenire l. 17. §. 7. D. de act. emt. Imo vero abscisse MARCIANVS l. 67. de leg. 3. saltu æstiuo legato animalia, quæ perpetuo ibi esse soleant, ad legatarium non transire, ait, nisi etiam res omnes, quæ ibi sint, legauerit testator.

Sed si fundus cum instrumento venditus aut legatus fuerit, difficultate non caret, vtrum dicamus, cum viuario etiam feras pecudes deberi. VLP-
PIANVS enim rem perturbat, qui l. 8. §. 1. D. de instr. & instr. leg. quibusdam in regionibus, ait, si saltus pastiones habeat, etiam greges pecu-
dum instrumento contineri. Et addit IAVOLENVS, eandem rationem esse in auibus, quæ in insulis maritimis alantur, vt, si ex his etiam sit redi-
tus, ipsæ quoque debeantur. l. 11. D. de instr. & instr. Hoc SABINO et-
iam & CASSIO placuit l. 12. §. 13. D. eod. Sed PAVLLVS quidem l. 9. D. eod. hanc dubitationem diluit, vt ausim affirmare, feras illas, regu-
lariter, non comprehendi villae instrumento. Ait enim, in grege & simi-
libus distinguendum esse, vt, si pecudes comparatae sint, vt ex illis fru-
ctum capiamus, non contineantur instrumento: sin vero ideo coemptae sint,
quia non aliter ex saltu fructus percipi potuerint, tunc illas in instrumento esse,
cum per illas fructum ex saltu capiamus. Verum enim vero, supra ex
VARRONE & COLVMELLA obseruauimus, feras non propter fundum
educari, sed quæstus aut voluptatis causa, viuariis includi. Igitur ma-
gis est, quod dicamus, feras apud venditorem aut heredes domini manere,
quamuis fundus sit venditus, aut alii legatus. Imo vero abscisse iterum
PAVLLVS noster neque fructus repositos, neque equitium, instrumento
contineri ait. l. 19. §. 1. D. de instr. & instrum. vt certum videatur, pecu-
des cum fundo non transire.

Paullo aliter dicemus, si fundus instructus sit legatus. VLPPIANVS
enim l. 12. §. 39. D. de instruct. & instrum. præcipit, hoc legato omnia,
quæ in fundo fuerint, quo dominus instructior esset, adeoque etiam vina,
quæ ibi fuerint, ad legatarium transferri. Itaque, cum instituamus hæc

K 2

viua-

s) VARRO III. 3. 12. 13. COLVMELL. IX.



viuaria, vt iucundius in villa habitemus; ¹⁾ potest videri, feras ali in viuariis, vt villa sit instructior ad iucunditatem. Enimuero certius est, hoc distinctio nem recipere, si villa instructa sit legata. *VLPIANVS* enim d. l. 12. §. 27. D. de *instr. vel instr.* obseruauit, quae non vsus sui, sed custodiæ causa, dominus in villa habuerit, & *quasi in horreo*, vt postea vendantur, legato villæ instructæ non omnino contineri. Sed sæpius comprobatur, viuaria plerumque propter *quaestum* institui, vt ferae faginatae & nutritæ in macellum perueniant, & aliis vendantur. ²⁾ Igitur pauca illa, quae suae voluptatis causa dominus comparauit & nutrit, ad legatarium, reliqua, quae paterfamilias vendere cogitauerat, ad heredem eius pertinebunt.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, non potest esse obscurum, quo iure vti debeamus, si inter successores *feudales*, & ultimi possessoris proximos heredes controuersia, de feris in *viuario* nutritis, oriat. Enimuero si possessor illas emerit, & in fundo educauerit, certum est, feras bestias non *feudo*, quod inuestitura demum constituitur, sed *allodio* inesse. Sin possessor illas in fundo feudali ceperit, & deinde viuario incluserit, dicemus pecudes ab ipso *captas* fructibus *perceptis* contineri. Sed de fructibus perceptis nemo dubitat, quin ad heredes allodii pertineant, & a feudo separentur II. F. 86. Igitur feras illas in *viuariis* heredi relinquemus: quod video etiam *SCHRADERO* placuisse. ³⁾

§. XI.

Vsufactus viuariorum. Satis quidem diximus de *proprietate* & *possessione* pecudum syluestrium, quae viuariis custodiantur: consequens est, vt etiam de *usufructu* videamus.

Sed, vt supra diximus, *venationum* quæ in fundo sunt, & *aucupiorum* fructus, secundum *CASSIVM* & *TRYPHONINVM*, l. 9. §. 5. & l. 62. pr. D. de *usufr. fructuario* debentur. Si enim aprum aut ceruum ceperit, non *proprium* domini capere videtur, sed hos fructus percipiendo *suos* facit: vt pleno illos iure adquisiisse censeatur. Quae res habet rationem, cum, si *VLPIANVM* atque *PAVLLVM* audiamus, quidquid in fundo nascitur, & quidquid *inde* percipitur, ad fructuarium debeat referri. l. 5. pr. et l. 62, dr. de *usufr.*

Igitur vtetur etiam venationibus: seu vtrum feris, quos in *viuario* habemus, alia inspectio est, coniuncta cum aliqua difficultate. Si viuarium propter *quaestum* habeamus, quod plerumque fieri supra a nobis obseruatum est, nemo dubitat, illos redditus ad *fructus* passionis villaticae referri. Igitur & *TRYPHONINVS* permittit, vt fructuarius *viuario* vtatur, vt ipse feras aliquas *includere* possit in viuario, semel constituto, vt etiam, si quae postea

¹⁾ *VARRO* loc. cit. *COLVM.* proem. L. IX. IX. & VIII. I. p. 442. T. I.

²⁾ *VARRO* III. 3. *COLVMELL.* ³⁾ *SCHRAD.* tract. feudal. II. P. IX. part. princ. sect. III.



postea sua sponte in illud deciderint, aut delapsae fuerint, a fructuario subinde capiantur. l. 62. §. 1. D. de usufr.

Sed, si, voluptatis causa maxime, atque ad pascendos domini oculos, *viuarium* habitationi sit subiectum, quid iuris fructuario competat, expediamus. Illud quidem dubitationi locum non facit, quod *viuarium* a domino instructum detrahere & euertere non possit. Hoc enim *VLPIANVS* atque *PAVLLVS* & *NERATIVS* non admiserunt. l. 7. §. 3. l. 3. §. 4. 5. 6. & 8. l. 14. & l. 44. D. de usufr. Enimvero licet quid multo *utilius* malit substituere, & multo minorem ex viuario fructum capiat, tamen utilitatem ex voluntate domini aestimare debet, ut nihil immutare possit, quamvis ad voluptatem duntaxat pertinere videatur. Contra, si domino *viuarium* non placuerit, ipse illud instituere, aut munitionem, viuarii causa, *ampliolem* aut nouam, facere non potest: & generaliter aedificium non ponere, nisi ut fructus consueti ex fundo capiantur. l. 7. §. 3. & l. 13. §. 6. & 8. D. de usufr. Effet enim periculum, ne rationes domini perturbarentur, aut res quaedam, quae dominum oneraturae sint, aut apparatus aliquem desiderent, voluptatis causa, a fructuario quandoque instituerentur.

Igitur, quamvis instituere *viuarium* non possit, tamen fructuarius illo, quod dominus instituit, utetur: sed ut meminerit, quod *CELSVS* monet, l. 9. pr. D. de usufr. recte eum colere debere. Quapropter, cum, secundum *CASSIUM* & *PAVLLUM*, arbores alias, in locum demortuarum, afferere & substituere, aut *seminarium* paratum semper renouare debeat, & instrumentum agri conseruare, l. 7. §. 3. l. 18. & l. 9. §. 6. de usufr. nemo dubitabit, ad officium fructuarii spectare, ut viuarium plenum & integrum seruetur.

Enimvero etiam in usufructu gregis concessio, quod *GAIVS* & *POMPONIUS* praecipunt, l. 68. §. 2. & l. 69. D. de usufr. in locum defunctorum capitum ex agnatis submittere, & ex foetu alias pecudes ipsum substituere oportet: ut, quamvis, post editos foetus grex plenus fuerit, tamen posterior gregis casus, si aliquae pecudes post partus editos emoriantur, fructuario noceat, & ab ipso ex foetibus aliae debeant submitti.

Itaque intelligitur, etiam in *viuario*, in demortuarum locum ex foetu alias substituendas, ut voluptas domini integra seruetur.

Atvero in ceteris quidem gregibus sufficit, si ex foetu alias pecudes submittat: sed nulli nascentur, officio patris familias vix continebitur, ut nouas emat, quae substituuntur. Si enim *CATONEM* audiamus, ^{y)} vendacem esse, non emacem, patrem familias oportet. Sed in *viuariorum usufructu* videamus fructuarium arctius teneri. *TRYPHONINVS* enim l. 62. §. 1. D. de usufr. praecipit, ut idem numerus, per singula genera ferarum,

finito

K 3

y) CATO de re rust. c. 2.



finito usufructu, domino *restituatur*: idque propter difficilem discretionem singulorum animalium receptum esse ait. Virum igitur dicemus, fructuarium etiam de *periculo* & casu fortuito teneri? Et certum est, postquam uti frui coepit viuario, postquam vnam feram aliquam occidit, postquam vnam aliquam arripuit ex foetu, *casum*, qui postea sequatur, fructuario nocere, propter difficillimam casus & culpa, in viuariis, probationem. Contra vero, si, antequam uti coeperit, omnes ferae extinguantur, periculum videtur ad dominum spectare.

Hoc enim in usufructu omnium illarum rerum, quae usu consumuntur, receptum est, ut, si illae, antequam fructuarius illas attigerit, omnino extinguantur, illud domini sit detrimentum l. 5. §. 1. D. de usufr. ear. rer. & l. 5. D. de rebus cred. Sed de hoc argumento copiosius, in libro singulari de usufructu praedii voluptarii, a praeside est disputatum. Vnum tamen omittere non possum, quod ab aliis non observatum esse video, TRYPHONINUM d. l. 62. de illis exiguis duntaxat *leporariis* sentire, in quibus pecudum numerus iniri possit, ut totidem capita restituantur. In *Ingorga-pelois* igitur & maioribus viuariis, quae per plura iugera & gentes tractus pateant, ut numerari pecudes non possint, iure communi fructuarius utetur.

§. XII.

An ius viuarii cum iure venandi sit coniunctum? An in fundo proprio viuarii munire licet iur. Quiritium?

Vidimus, quid usufructuario iuris competat, in viuariis, quae in fundo fructuario habentur, & comprobatum est, ipsum, invito domino proprietatis, non posse viarium munire. Qua re intelligitur, multo minus illi, cui ius venandi invito domino, in fundo alieno sit tributum, instituere viarium licere. Siue enim hoc ius praedio vicino, iure servitutis rusticae, competat, sine personae sit concessum, iure usufructus ad venationem & aucupia restricti; certe *duriolem* causam servientis facere non poterimus, ut viuario instituto, locum quendam, perpetuo in fundo alieno occupemus. Fiet enim ius servientis deterius, si servitutem *discontinuum*, quale est ius venandi, cum interdum & per intervalla venandi causa in fundum alienum ingredimur, in *continuum* mutemus, & *perpetuum* quoddam viarium in fundo alieno occupemus. Enimuero aperte PAVLLVS obloquitur, l. 6. §. 1. D. de servit. praed. rust. & negat, mihi licere, *tugurium* in fundo alieno instituere, quamvis ibi habeam pascui servitutem, nisi conuenerit, ut tugurium mihi habere liceat in fundo alieno.

Neque enim placet nobis philosophia quorundam interpretum, qui munitionem viuarii a venatoribus pro *retibus* & *cassibus* subinde usurpari, dicunt, ideoque non dubitant, cum ille retibus uti possit, cui ius venandi sit permissum, ipsum etiam munitionem & sepem facere posse, qua venatores pro retibus utantur. 2) Enimuero, quamvis non ignorem, quod POMPO-

NIVS

2) BIEDENBACH. quaest. nobil. 12. HARPRECHT ad §. *ferae*, instit. de rer. diu. n. 112. GOTHFR. CHRISTIAN LEYSER iur. georg. III. c. 12. §. 79. p. 577.



NIVS ait, l. II. D. *commun. praed.* constituta servitute, tacita quaedam iura sequi, quae in servitute inesse videantur, & sine quibus servitus non possit expediri; tamen certius est, venationem innumeris modis explicari posse, quamvis locus nullo sepimento muniatur. In servitutibus autem constat, hunc modum eligendum, qui domino quam minime molestus esse videatur. Haec igitur multo magis obtinebunt, si ius venandi *praescriptione* fit quaesitum, quam & ipsam, novimus, strictissimam interpretationem duntaxat admittere, ut ad plura & similia non extendatur.

Imo vero ne quidem inter omnes convenit, utrum in fundo proprio, iure Quiritium, liceat *sepem & munitionem* facere, qua ferae includantur. Certe GAILIVS ^{a)} & ZASIVS ^{b)} mihi non satis faciunt, qui ad auctoritatem ALFENI l. 29. D. *locati*, prouocarunt. Enimvero Ictus illo loco de formula locationis agit, qua convenit, ne conductori syluam *caedere vel cingere* omnino permittatur. Sed ex hac prohibitione suspicantur, & domino & conductori, nisi aliter conuenerit, syluam cingere permitti. Sed PAVLLVS, l. 5. D. *arbor furt. caesi* interpretatus est, hunc demum syluam *cingere* videri, qui arbores *deglabrauerit*, & ira perdiderit, ut emoriantur. Hoc igitur lege illa locationis conductori erat interdictum. Sed id nihil commune habet, cum iure syluam *sepe & munitionibus cingendi*, quo utuntur, qui viuarium instituunt in suo fundo.

Magis posset aliquem mouere, quod GAIVS quidem l. 3. §. 1. D. de *adq. rer. dom.* praecipit, si quis in nostrum fundum venandi causa ingrediatur, illum a domino, si is praeuiderit, *iure prohiberi*, ne ingrediatur. Videtur enim dominus, qui alterum *prohibere* potest ne ingrediatur posse, etiam *munitionem* instituere, quo venatores arceantur.

Verum enim vero, quamuis, quod ad ius Quiritium attinet, non vehementer obluetari velim, quin domino *syluam* liceat *munire*; tamen magis est, quod dicamus, GAIVM illo, quem adduximus, loco, non de *munitione* cogitasse. Ait enim dominum, si venatorem *praeuiderit*, prohibere posse, ne ingrediatur. Sed, quis credat, dominum, cum venatorem venientem praeuiderit, confestim *munitiones* posse instituere, aut *sepem* facere, ut venator arceatur. Igitur certius est, GAIVM de prohibitione, quae manu fiat, aut opere *subitatio*, non de viuarii munitione, tractauisse.

Ex multis profecto causis probabile videtur, suspectas fuisse imperatoribus priuatas illas in syluis laxioribus munitiones, in prouinciis imprimis. Enimvero ex VARRONE ^{c)} supra didicimus, *altam munitionem* viuarii desiderari, & *Ἰνδοτροφεῖα* interdum multas regiones tractusque ambitu comprehendere.

^{a)} GAILIVS II. obs. 68. n. 7.
RO III. 12.

^{b)} ZASIVS cons. 6. n. 1. vol. II.

^{c)} VAR-



prehendisse. *d)* Sed nemo me adducet, ut mihi persuadeam, in prouinciis inconsulto principe, syluas, latronum plerumque receptacula, *muniri* potuisse. Audiamus MACRVM, qui l. 3. pr. D. de *oper. publ.* opus nouum quidem, *priuato*, etiam sine principis auctoritate, facere permittit, sed illas tamen machinationes excipit, quae *materiam seditionis praebere posse* videantur. Sed quis non videt, materiam seditionis & nouarum rerum in prouinciis praebere, si latrones & alii priuati in syluis laxioribus instituunt altissimas munitiones. Sed de illo *iure praeses* in commentatione singulari, de *iure muniendi vrbes, & munitiones reficiendi*, paragrapho V. diligentius tractauit.

§. XIII.

Apud Germanos rara viuaria nisi in aulis principum & secessibus cleoricorum. Hagae Germanorum.

Tandem venio ad *Germanos* nostros, quos, propter gloriam gentis & innocentissima instituta, primo loco nominare debuissim. De his quidem supra, ex commentariis CAESARIS, *e)* obseruatum est, ipsos olim vitam in *venationibus* egisse, sed campos & syluas apertas maxime sectatos, alienos a studio *munitionum*, quas Galli diligentius instituebant. *f)* Neque tamen Germani ignorauerunt *muros* atque *claustra*, in quibus ferae virtutis congenitae obliuiscantur. *g)* Praeterea in possessionibus suis defendendis quaedam genera *naturalium tutelarum* & munitionum elegerunt, quibus iniuriam inuasorum prohiberent. Si enim TACITO fides est *h)* suam quisque domum spatio circumdabant, & sepe muniebant. Neque in syluis muniendis otiosi penitus fuerunt. *Hagam* enim, dicebant, quam nos *ei nen Hagen und Wild-Jaun*, ein Geheege, appellamus, sepe ad feras vel *arcendas* vel *occludendas* comparatam. Ita enim CAROLVS DU FRESNE *i)* vocem patriam ex multis medii aevi tabulis interpretatur, quas describere non vacat. Neque aut res aut nomen a posteris est ignoratum. Nuper cum haec scriberem, incidi in legem venaticam *comitum Hohenloerorum*, qua Hagas suas refici & instaurari praeceperunt. *Daß die Häge, welche in Abgang gerathen, wiederum geschlagen werden sollen.* *k)* *Nostri* plerique *ius hgae*, das Recht zu Hagen, oder das Geheege, *ius cingendi syluam lignis circumcisis*, aut aliam *munitionem* venationis causa faciendi, ex usu gentis nostrae, interpretati sunt.

Ita enim ZASIVS, WEHNERVS, *m)* BESOLDVS, *n)* & GOTHOFREDVS CHRISTIANVS LEYSERVS *o)* tradiderunt. Ut intelligatur, *ius*

d) COLVMELL. IX. I. *e)* CAES. bell. Gall. VI. c. 21 sqq. *f)* Idem. VII. 22. 23. AMMIAN. MARCEL. L. XVI. c. 10. *g)* TACIT. IV. hist. c. 64. *h)* Idem. de morib. German. c. 16. *i)* CAROLVS DU FRESNE, gloss. med. & infima latinit. voce: Haga T. II. p. 691. *k)* Hohenloerische Jagd-Ordnung tit. 17. von Hagen, apud FRITSCHIVM in corpore iuris venat. P. III. p. 235. *m)* WEHN. obser. pract. voce Forst-Recht p. m. 120. *n)* BESOLD. thes. pract. voce: Forst-Obrigkeit p. m. 260 lqq. *o)* LEYSERVS iur. georg. III. c. 11. p. 555.



ius *hagæ* celebrati illius iuris, quod *bannum ferinum* appellamus, præcipuam partem esse: cum *bannum* comprehendat ius illud *prohibendi ne feris insidiæ fiant*, & *venationi nostræ a quoquam sine nostra venia officietur*. Hoc enim video etiam auctori consultationis, *de iure hagarum* apud FRITSCHIVM, o) itemque illustri FLEMMINGIO p) omnino placuisse.

Neque tamen dissimulo eandem vocem *hagæ*, *Heegen*, *Heege*, *Graben*, *Einsfang*, etiam ad alias *munitiones*, imprimis urbium, referri. Extat apud LVNIGIVM q) tabula *Maximiliani I.* qua *Rothenburgensibus* inter alias *munitiones*, ius *hagæ Heege und Graben zu machen*, liberaliter concessit. Inuenio etiam *Fridericum III.* imperat. *Frankofurtensibus* facultatem dedisse *Schläge, Thurn, Graben, und Einsfang zu machen*, r) quam & CAROLVS V. *Halenfibus*, inter *sueuos*, hac formula concessit, *dass sie besugt seyn sollen mit Heegen, Riegeln und Schranken ihre Stadt zu besetzen*. s)

Sed, vt ad Germanorum *hagas venaticas*, & *viuaria* simplicissima, reuertar, *clericis* imprimis illa *viuaria*, claustris illorum & habitationibus adiecta, placuerunt. Multa enim *parcorum* & *hagarum*, quæ ad *clericos* pertinent, exempla CAROLVS du FRESNE in *glossario* congeffit. t) Neque enim commode vti potuerunt alio genere venandi: postquam, non solum *canonum* præcepta, sed *imperatorum* etiam interdicta, hac detestabili in illis voluptate ipsos arcuerunt: quod supra est a nobis obseruatum. Subit enim mirari, cur nihilominus *imperatores*, profusa liberalitate, plerisque capitulis & monasteriis *saltus amplissimos*, cum *iuræ hagæ & banni ferini*, sint largiti. Enimvero, vt huic dubitationi occurrerent, hæc iura episcopis & abbatibus, non vt ipsi venarentur, sed plerumque hac formula: ne quis *sine ipsorum venia* in saltibus illis venaretur, concesserunt. Hac enim apud LVNIGIVM u) CAROLVS M. in tabula, qua ecclesiæ *Osnabrugensi* saltum insignem donauit, & *Henricus III.* in tabula donationis, qua ecclesiæ *Brixinensi* syluam attribuit x) item Otto III. in donatione sylvarum ecclesiæ *Mindensi* assignatarum, y) & alibi passim, vsi sunt.

Magnam tamen subinde clericos illos *carnis ferinae* cupiditatem inuasisse, non solum ex *imperatorum* edictis, quæ supra allegauimus, & quibus illam coercuerunt, sed imprimis ex disceptatione illa capitularium *Herbipolensi*.

o) FRITSCH. corp. iur. venat. P. I. p. 903 sqq. & p. 1167 sqq. p) von Flemming vollkommener Teutscher Jäger, P. I. p. 5 seq. q) Königs Reichs Archiv. partis spec. cont. IV. P. II. Tit. von Reichs-Städten p. 346 sqq. r) Id. Part. spec. cont. IV. p. 637. s) Id. ibid. p. 916. t) du FRESNE gloss. voce: haga & parcus. u) Königs Reichs Archiv spicileg. eccles. P. II. p. 578. tit. von Hochstiftern. x) Id. ibid. p. 148. y) id. ibid. in appendice von Hochstiftern, p. 104. Fasc. VI.



lensum cum suo episcopo, intelligitur. ²⁾ Quare quærendum fuit genus aliquod venationis occultæ, quæ sine magno strepitu & apparatu posset explicari. Hanc autem opportune in *viuariis* videntur inuenisse.

Sed, ut tandem finiamus, hodie, si illustrem FLEMMINGIVM audiamus ^{a)} vix aliud genus animalium sylvestrium in viuariis præter *damas* toleratur. Hoc enim iucundissimum est. Reliquis autem feris plerumque non conuenit cum alio genere ferarum. Sed in aulis *principum*; inter *regias* iucunditates, frequentissime *viuaria* instituuntur: *priuatis* vero, sine *venia principis*, ius *viuarium* habendi, & *syluas muniendi*, non competere, plerique omnes, quos supra allegaui, præter GAILIVM ^{b)} & ZASIVM ^{c)} magno consensu tradiderunt: nisi, quod forte *leporarium* exiguum, in quo paucas quasdam feras dominus, delectationis causa, in loco priuato, ad venationem apertam & naturalem non accommodato, quandoque impune instituat. Sed cum de hoc iure *viuarium instituendi præses* commentatione singulari, quæ huic opusculo adiicietur, exponere constituerit, iam quidem satis erit, *de iure Quiritium* disputasse.



XLVI.

P R O G R A M M A

D E

I V R E H A G A R V M

E T

VIVARIORVM APVD GERMANOS.

VITEMBERGAE, DAB. XXVIII. DEC. A. Q. S. P. E. MDCCXXX.

Inter plura *Germaniæ* nostræ, & *Saxonie* inprimis, ornamenta, illud non postremum esse nouimus, quod, ipsis profitentibus Romanis, maiorum instituta tanto diligentius custodimus, quanto illa certius ab ipsa simplicitate naturæ profecta sunt & a congenito quodam studio honestatis & virtu-

2) Aft. Herbipolens. p. 488. & 493. apud LVNIGIVM in select. illustr. script.
^{a)} de FLEMMING loc. cit. p. 55. ^{b)} GAIL. II. obl. 68. n. 6. & 7.
^{c)} ZASIVS II. conf. 6. n. 1.



virtutis. Quapropter operae pretium videtur, ut, cum clarissimus *candidatus* noster, cuius honori ut inferuiam, hæc a me scribuntur, de iure *viu-
riorum ex iure Quiritium*, publice verba sit facturus, iam quidem de *Ger-
manorum & imprimis Saxonum* legibus & iustitutis non nihil adiiciam, &
quid mihi, de iure *hagarum & viuariorum apud Germanos*, in mentem
venerit, breuiter exponam.

Enimuero nunquam animum inducere potui, ut cum ZASIO ^{a)} & GAIL-
LIO ^{b)} facerem, qui *ius hagam faciendi*, & *syluam venatoriam muni-
tionibus cingendi*, crediderunt ipso iure *venandi simpliciter concesso compre-
hendi*. Sed ausim affirmare, *pruato* quidem, cui ius venandi sit tributum,
nunquam sine principis *expressa venia* licere syluam venatoriam, quamvis
eius propriam, & nemini deuinctam, munitione aliqua cingere, ein Gehee-
ge und Wildzaun zu machen, aut *viuarium* publicum instituere, in quo
syluestres pecudes circumseptæ a domino pascantur. Ita enim ut sentiam,
multæ apud me caussæ effecerunt.

Primo enim ipsæ *munitiones a priuatis* institutæ, sed maxime muni-
tiones *nemorum*, in quibus plerumque fures & latrones stabulantur, dici
non potest, Germanorum principibus quam suspectæ semper fuerint: cum
materiam seditionis & rerum nouarum continere viderentur. Sed de *impe-
ratorum* quidem edictis, quibus *munitiones priuatas* feuerissime coercue-
runt, alio loco copiosius tractaui. ^{c)} Igitur de *Saxonibus* maxime monebo,
illos ab antiquissima origine, aduersatos esse & suspectas habuisse munitiones
priuatorum. Enimuero iam tum a compilatore *speculi Saxonici* est obser-
uatum, maiores nostros vix circa domum cuiusque priuati sepem subitariam,
maioris altitudinis, munitionis causa institutam, tolerasse. Ita enim ille de
priuatorum munitionibus 3. M. art. 66. præcipit, man soll keine Heeg noch
Thurn bey Dörffer machen ohne des Land-Richters Urlaub. Ohn sein
Urlaub mag man aber wohl Graben aufwerfen, als tief ein Mann mit sei-
nen Spaden aufschießen kan die Erde, also, daß er keinen Fuß, Schemel
noch Gerüste dazu mache. Man mag auch wohl bauen, mit Holze oder mit
Steinen, dreier Baden hoch, über einander, einen in der Erde, und die
andern zween oben, doch also, daß man ein Thor mache in den nieder-
sten Baden über der Erden, eines Knies hoch. Man mag auch wohl
befesten einen Hoff mit Zäunen, oder mit Stecken, oder Mauern, als hoch
ein Mann reichen mag, auf einen Roß sitzende, Zinnen, und Brustwehren
sollen auch nicht daran seyn. Neque vero posterius deseruerunt maiorum in-
stituta, sed sapientissimorum *principum* providentia cautum est, ne vn-
quam

L 2

^{a)} ZASIVS II. conf. 6. n. 1. ^{b)} GAIL. II. obl. 68. n. 6 sqq.

singulari, de iure vrbes muniendi & munitiones reficiendi.

^{c)} libello



quam a priuato fiat munitio, quae securitati publicae periculosa & suspecta videatur. Inprimis in *Saxoniae electoratu* ne in agris sepes contra ferarum incursionem fiant, *ultra modum altitudinis consuetum*, neque palis praecutis, daß die Verheckung und Vermachung derer Felder nur in gewöhnlicher Höhe nachgelassen, auch Stecken ohne Spitzen darzu zu gebrauchen, feuerissima lege interdictum. *d)* Maxime in syluis, ne qua *tuguria* sine principis venia constituentur, neue quisquam in propriis etiam syluis caedendo ligna, aut alia omnino ratione, durch das Verhauen, nisi in casu necessitatis repentinae: aliquid praeter morem faciat, diligentissime prospectum est: *e)* vt intelligatur, non omnino liberam priuatis muniendi facultatem esse, & inprimis in nemoribus & syluis, propter latronum insidias, omnem machinationem insolitam suspiciones parere, & sine venia principis non ferendam in republica videri. Quis igitur credat, *munitiones* illas *nemorum*, quas plerique in viuariis altas desiderant, in Germania & Saxonia innocuas videri, atque facultatem illas pro lubitu instituendi, cuilibet, qui ius venandi habet, nisi *principis* expressa cum venia, promiscue permitti. Neque enim *WEHNERO* assentiri possum, *f)* qui tunc admittit has munitiones, si vel sine vicinorum incommodo, vel bona ipsorum cum venia, in fundo proprio instituantur. Enimuero res ipsa loquitur, quae propter publicam securitatem constituta sunt, non pactione priuatorum immutari, sed *principis* auctoritate duntaxat ius singulare, extra ordinem, a quibusdam impetrari.

Habes primam rationem, ob quam nobis suspecta nemorum munitio videtur. Sed ad hanc accedunt aliae complures.

Enimuero, *publice interfuit*, ne cuilibet priuato, qui ius venandi habeat, animalibus syluestribus insidias modis omnibus, pro cuiusque ingenio, facere premitteretur. Nimirum cupiditas illa incredibilis venandi, quae Germanos, ab antiquissimis temporibus, inuasit, atque etiam ad posteros subinde propagata est, multorum etiam auaritia, efficeret, vt nisi optimi principes rei modum statuissent, intereundum esset omni generi ferarum. Quae cum ita essent, plerisque legibus venaticis in Germania non solum tempore & locorum limitibus circumscripta est licentia venandi, sed etiam prospectum, ne loco & tempore consueto incontinentius in feras illi sauiant, quibus ius

ve-

d) General. Bestallung vor die Forst-Bedienten d. A. 1575. cod. Aug. T. II. p. 520. mandat. de A. 1650. cod. Aug. T. II. p. 559. *e)* Ehursl. Sächs. Forst- und Holz-Ordnung, de A. 1560. cod. Aug. T. II. p. 495. & p. 506. videatur mandatum de dato d. XXIX. April. 1734. verbis: Und bey herannahender Gefahr in die Wälder sich saluiren, und darinnen verhauen. *f)* *WEHN.* pract. obseru. voce: Forst. p. 123.



venandi est tributum. In primis in Saxonia electorali ne quis feras in fundum suum esca aut odoribus alliciat, aut foueas faciat, venationis causa, das Wildpret durch keinerlei Fütterung und Gedreyde zu fôrnen und zu locken, auch keine neue Wild-Gruben zu machen, g) interdictum: vt sola facultas, feras libere vagantes canibus aut aliis modis licitis, subinde capiendi, vasallis, qui ius venandi habent, a principe concessa, sed feris via quaedam elabendi semper relicta esse videatur.

Ex quibus rebus intelligitur, legibus patriis aduersam esse illam nemorum munitionem, qua animalia syluestria vel sepe facta, vel muro excitato, vel lignis circumcisis, includuntur, vt elabi & syluas foetibus locupletare & escam idoneam quaerere non possint. Vt taceamus, ex praeceptis venatorum, h) munitiones illas ad radices montium decliuum & virgultis obsistorum fieri, vt ferae, atque inprimis cerui, ipso conspectu & iucunditate loci & odoribus alliciantur, vt sponte insiliant, & augeant numerum captarum, quasi voluntaria deditione. Solent enim hoc illecebrarum genus nostri den Einsprung appellare. Quod ipsum quam periculosum sit, & quo cum incommodo coniunctum, & Germaniae, quas commemorauimus, legibus aduersum, ex his, quae supra disputata sunt, apparet.

Igitur dicemus, non duntaxat propter *optimi principis* venationem, & banni ferini libertatem, sed etiam propter publicam vtilitatem, ne genus ferarum extinguatur, prohibitam videri animalium syluestrium in viuariis inclusionem. Quapropter ausim affirmare, etiam in illis nemoribus, quae principis bannum ferinum non proxime attingunt, sed ab eo remota sunt, quamuis cum vicinorum venia & consensu, permissam non esse priuati viuarii munitionem.

Extremo ipsa natura iuris venandi prohibet, ne ius *hagarum* & munitionum cum illo coniunctum esse arbitremur. Constat enim, & expeditum est, Germanos ius venandi ab antiquissimis temporibus inter *iura regalia*, aut regalia, omnino habuisse. Neque enim audiendi sunt interpretes, qui in partem aduersam disputare ausi sunt, quia in celebratissima illa lege, 2. F. 56. ius venandi inter iura regia non connumeretur. Enimuero satis est, ius piscinarum illo loco inter regalia referri, vt ex vna specie de toto genere venationis iudicemus. Præterea leges illae feudales, si vel in campis Roncalicis editæ vel alio in loco Italiae prolatae sunt, ideoque ad possessiones illas Italicas inprimis pertinent, ita Germanorum principes non obstringunt, vt ipsorum iura regia ex istis æstimemus. Rectius de illo iure ex antiquissi-

L 3

ma

g) vid. mandat. reg. & elect. d. A. 1697. die Wild-Bahne betreffend, in cod. Aug. T. II. p. 596. h) Dn. de FLEMMING im Deutschen Jäger, T. II. p. 303.



ma imperii consuetudine & veterum Germaniæ regum institutis iudicatur. Sed disputatione non indiget, quod reges Germaniæ tutelam animalium, totumque illud ius venandi, crediderint ad se imprimis pertinere. Audiamus LVDOVICVM PRIMVM, qui iam suis temporibus, ne comites *vllam forestem*, sine eius iussu, nouiter instituant, sed nouiter institutas continuo dimittant, lege publica, ⁱ⁾ præcepit. Quod exemplum imitati sunt posteri, & CONRADVS II. imprimis, qui & ipse, ne quis, sine regis venia, in syluis atque campis venari audeat, omnibus priuatis interdixit. ^{k)}

Igitur apparet, semper ius venandi a Germanis pro *iure regio* acceptum esse. Postea cum territoriis & feudis regalibus, constat, iura regalia in toto territorio ad principes & proceres imperii per inuestituram peruenisse. Imo vero sapius, si nemora & saltus territorio continerentur, ius banni ferini & venationis ipsa formula inuestiturae imperatoriae, principibus concessum est. Extant sexcentae eiusmodi tabulae apud LVNIGIVM quas exscribere non vacat. ^{l)}

Satis igitur ex his, quae adhuc disputata sunt, apparet, ius banni ferini & omne illud ius venandi ab imperatoribus ad principes imperii, sed ad priuatos nunquam, nisi ex voluntate principis subinde, peruenisse. Iam vero non potest locus esse dubitationi, quin iura *villa regia* priuatis a principe extra ordinem permissa, quamuis plenissime concessa esse videantur, ita interpretatione stricta temperanda sint, ne totum ius principis interuertatur. Publice enim interest, *iura principum* non infirmari. Igitur dicemus, ius venandi, quod ad priuatos peruenit, ita semper accipi, ne banno ferino principis, neue publicæ securitati & vtilitati communi, a venatoribus officiat. Sed hæc omnia, vt supra obseruatum est, dissuadent munitio-nes illas nemorum, quibus ferae bestiae a priuatis intercipiuntur. Enimuero non pertinet ad institutum, vt expediamus, vtrum cum *iure forestali* & banno ferino ius territorii & superioritatis necessario coniunctum esse videatur. Hæc enim olim controuersia magna contentione animorum agitata est, cum de separatione feudorum Limburgicorum ab allodio cum cura singulari tractaretur. ^{m)} Sed illud certe caret dubitatione *iure forestale* & bannum ferinum ad principem spectare, & vi inuestiturae imperatoriae cum superioritate territoriali coniunctum esse, nisi horum iurium quaedam particula quandoque ad vassallos a principe, luculenta concessione, transferatur.

Cer-

ⁱ⁾ Capit. LVDOVICI PII 22. apud Goldastum constit. imperial. T. III. p. 251.
^{k)} Constit. III. CONRAD. II. ap. Goldastum loc. cit. p. 313. ^{l)} Lünigs Reichs-Archiv. spicil. eccles. P. II. p. 578. von Hoch. Stifftern. It. spic. eccles. P. II. p. 140. & 148. It. P. III. spic. eccles. p. 101. ^{m)} Sabers Europ. Staats-Gangley P. XVIII. p. 64 sqq.



Certe superioritas illa forestalis, quam dicunt, vi cuius omne ius regium in syluis a principe duntaxat, aut nomine eius exercetur, & inter alia, leges etiam forestales & venaticae conduntur, denique cauetur, ne quid res publica per sylvarum & nemorum abusum detrimenti capiat, non permittit, vt, inuito aut non consulto principe, in memoribus, quamuis illa ad priuatos quodammodo pertineant, machinationes suspectae & periculosae temere instituantur.

Satis, credo, comprobatum est, ius Hagarum das Geheette, priuatis etiam in fundo proprio non competere, nisi expressa atque luculenta voluntate principis quibusdam concedatur. Sed apparet, quae a nobis dicta sunt, ad *Engelsteiche* maiora illa viuaria duntaxat pertinere, quae in syluis venaticis instituuntur. Haud paullo secius de leporariis priuatis sentiendum est, quae circa villam in loco priuato, & venationibus vacuo, habentur, vt feras ab aliis coemptas, aut iusto titulo a nobis adquisitas voluptatis causa viuas nutriamus. De priuatis enim viuariis nihil Germanorum legibus constitutum inuenio, quod a iure Quiritium discedat.

 XLVII.

DISSERTATIO

DE

 IGNORANTIA FACTI PROPRII
 INTERDV M INNOCVA.

AD L. XXII. PR. D. DE CONDICT. INDEBIT.

 VITEMBERGAE, AD D. . MART. A. Q S. P. EST, CIO IO CC XXXXI.

§. I.

Augetur aliquando humanae conditionis incommoditas, quod non Oblivio & tantum sensu mali praesentis, sed praeteritorum etiam subinde memoria & ignoratio recordatione, perturbamur. Neque enim M. TULLIVS a) mihi persuadere voluntaria. potuit, suauem malorum praeteritorum in quiete memoriam videri. Ipse Ignorantia affectata. enim

a) CIC. L. II. de fin. c. 32.



enim, alio loco, ^{b)} fugit acerbis *recognitiones*, quae, quasi morfu quodam, dolorem efficiant, & ^{c)} animi curam molestiamque renouare videantur. Quandoquidem enim tunc demum sensu nostrae miseriae attingimur, cum intelligimus, in quas difficultates inciderimus, & in quae retia delapsi sumus, adeoque non magis corpore, quam rerum imagine & cogitatione afficimur ac dolemus; non potest esse obscurum, quod contemplatione ac memoria pristinae calamitatis, repetamus incommoda temporis prioris atque in pistrinum illud, in quo antea vexati sumus, & quod denuo nobis obiectum quasi oculis cernimus, acerbis *recognitione* retrahamur. Enimvero, qui de malis praeteritis gauisi sunt, non tam de grauitate periculi, & de incommodis suis ac dolore, cogitarunt, quam de magnitudine animi sui, aut de opportunitate, quae ipsis oblata est, ut elaberentur, aut de fama suae victoriae, qua maximas difficultates superarunt: quae voluptas tamen ipsa memoria difficultatis aliquantisper diluitur & infirmatur. Ita CÆSAR aliquando, quod HIRTIUS ^{d)} ait, memoria victoriae, ad Zielam partem, incredibili lætitia affectus est, non quod in summum periculum illapsus esset, sed, quod maximum bellum tanta celeritate confecisset & quod facilis victoria ex difficillimis rebus accidisset. Quod cum tandem intelligeret M. TVLLIUS apud DIONEM CASSIUM, ^{e)} auocauit animum a contemplatione praeteriti temporis, & hanc solam *recognitionem* malorum in sapiente ferri posse iudicauit, quae nos doceat cauere, ne in easdem insidias, ex quibus aegre elapsi sumus, incuria nostra recidamus.

Imo vero, si TROGV M POMPEIVM ^{f)} & CORNELIVM GALIVM ^{g)} audiamus, ne iucunditatum quidem pristinarum grata commemoratio videtur, cum augeat desiderium felicitatis atque commodorum, quibus careamus, & tanto magis sit molesta, quanto impatientius opportunitatem nobis elapsam requirimus, & quanto grauius plerumque ex rerum vicissitudine dolemus. Quae cum ita essent, idem ille, quem antea appellauimus, M. TVLLIUS maluit aduersa, quorum recordabatur, quasi perpetua *obliuione* obruere, ^{h)} aut iniurias aliorum *voluntaria* quadam *obliuione* conterere, ⁱ⁾ & discordiarum memoriam *obliuione* sempiterna delere, ^{k)} ut melius gratia & iucunditate temporis praesentis frueretur. Hæc est *voluntaria* illa *obliuio*, quam Graeci ἀμνηστειαν vocant, & gentes liberae plerumque, cum leges

^{b)} CIC. ad Attic. L. XII. ep. 18.

^{c)} Id. de oratore III. I.

^{d)} HIRT. belli

Alexandrin. c. 77.

^{e)} DIO CASSIUS l. 44. p. 289. τὸ γὰρ τις μόνον

τῶν κακῶν ἀπονέμει, τὸ μὴδὲν αὐτοῦ ὁμοίον σφίσι παθεῖν φυλάσσει.

^{f)} IVSTIN. L. 32. c. 1.

^{g)} CORNEL. Gall. I. fine.

^{h)} CIC. II. de finibus,

c. 32.

ⁱ⁾ Id. ad Lentulum l. ep. 9. n. 76.

^{k)} Id. I. orat. Philipp. I.



ges pacis perferuntur, mutuo promittunt, ut ne vnquam priorum iniuriarum memoria resuscitetur.

Igitur multi *fugiant* interdum recordationem praeteriti temporis, quae vel cum pudore coniuncta sit, vel indignationem mouere possit, vel taedium afferre, vel officiorum admonere, quae propter memoriam pristinae conditionis desiderari posse videantur. Hoc est, quod illi apud MARONEM ^{l)}

— — — Lethaei ad fluminis undam,
Securos latices & longa obliuia porant.
Scilicet, immemores supera ut conuexa reuisant,
Rursus & incipiant in corpora velle reuerti.

Hoc consilio SOCRATES ille apud ARISTOPHANEM ^{m)} cum ex ipso, vtrum memoria valeret, quareretur, si quisquam sibi debeat, se satis recordari, si ab ipso debitum antiquum exigatur, *obliuiosum* esse & immemorem, respondit.

Εἰ μὲν γ' ὀφείλεται μοι, μνήμων πᾶν,
Ἐὰν δ' ὀφείλω χεῖτερος, ἐπιλήσμων πᾶν.

Sed, ut diximus, multi serio dant operam, ut quarundam rerum memoria, ex quarum scientia & recordatione vel periculi aliquid, vel incommodi & molestiae, ad ipsos peruenire posset, in animis ipsorum deleatur. VLPIANVS enim l. i. §. i. D. de act. emt. in venditionibus fundorum obseruauit, quosdam emtores illud de industria *agere*, ne *recordentur*, aut *cognoscant*, quae seruiutes vicino debeantur: illosque se ipsos decipere *voluntaria & affectata ignorance*. Alii, qui memoriam non in potestate habent, & quibus inuitis recordatio prioris temporis subrepat atque obuersatur, cum alia ratione officium & pericula subterfugere non possint, *ignorantiam*, aut *obliuionem* praeteriti temporis, vel per mendacium, *simulant*, ne pudor ipsorum oneretur.

Ita, si PLAVTVM ⁿ⁾ audiamus,

Vbi quid faciendum est mulieri male atque malitiose,
Ea sibi immortalis memoria est meminisse, & sempiterna:
Sin bene quid aut fideliter faciendum est, eo deueniunt,
Obliuioſa ut fiant, meminisse nequeant.

TAVB.

l) VIRGIL. aen. VI. v. 715. & 750.

m) ARISTOPH. in nubib. act. i. sc. 6.

n) PLAVT. in milit. glorios. act. 3. sc. 3. v. 14.



TAVEMANNVS noster ^{o)} illas ideo a PLAVTO *immemorabiles* appellari, ait, quia confestim, utcumque res tulerit, *obliuionem* temporis praeteriti comminiscantur. Hic est *simulatus* ille atque affectatus error, quem *impe- ratores* l. 4. C. de *incest. & inutil. nupt.* accusant, & ab errore *vero* atque *acerrimo* seiungunt. Sed hoc consilium mentiendi ne quis foeminis duntaxat accommodatum esse existimet, audiamus virum, apud TERENCEM, ^{p)} qui, se sui ipsius oblitum esse fingit, ne cogatur vera enarrare.

Ita enim ille:

— — Egone? nescio hercle, neque unde eam, neque quorsum eam:
Ita prorsus oblitus sum mei.

§. II.

Error, igno-
rantia, du-
bitatio,
quandoque
infirmant
negotia iure
Quiritium.
Non item na-
turali ratio-
ne.

Accepisti, qua de causa iuuert interdum, quaedam ignorare, atque obliuisci temporis prioris, ut multi, vel data opera obruant memoriam casuum suorum, vel, si delere non possint, illam certe obtegant, & fingant, se non recte meminisse.

Et hoc quidem in illis ferri poterat subinde, qui, quietis suae causa, cum secum habitant duntaxat, animum a cogitatione aduersitatum *obliuione* voluntaria auertunt, aut, ne in nouas difficultates incidant, omnino malunt quarundam rerum obliuisci, quam aliorum litibus, cum indignatione multorum, immisceri.

Sed haud paullo secius ineunda est ratio, cum *in contrahendis negotiis* versamur. In his enim, cum de alterius *damno* quaeratur, si rationem naturalem audiamus, nemini debebat *error* suus aut *ignorantia* prodesse. Siue enim *culpa* non vacat, qui in errorem incidit, nihil tam naturale est, quam ut ex sua quisque *negligentia* enatam incommoditatem ipse sentiat, & suo periculo discat aliquando cautius mereari; sin euitare hunc errorem, & veritatem detegere non potuit, ab aliis seductus atque circumuentus, ipse potius feret hunc casum, sui infortunii, quam ut sensum illius in aduersarium, qui & ipse suis incommodis vrgetur, transferat, aut cum damno alterius, erroris fortuiti obtentu, fidem pactorum deferat, qua societatis neruus continetur.

Sed, utcumque haec existimata fuerint, illud expeditum est, *iure Quiritium*, errorem, *probabilem* in primis, plerumque causam idoneam haberi, ex qua negotium contractum infirmetur. PAPINIANVS enim l. 76. D. de *reg. iur.* in totum omnia, quae *animi destinatione* peragenda sint, *inutilia* esse praecipit, nisi *vera* atque *certa scientia* perficiantur. Quae res effe-

cir,

^{o)} TAVEM. ad Plaut. cistell. act. 2. sc. 2. p. 381.
sc. 3. v. 13.

^{p)} TERENCE. eunuch. act. 2.



cit, ut non solum, qui falsum aliquid animo per errorem conceperint, sed etiam qui dubitauerint de vero, & generaliter, qui veritatem ignorauerint & non prorsus perspexerint, quam recte rem administrauerint, nihil egisse, aut certe ex negotio contracto non teneri, viderentur. Nihil enim inter errorem, ignorantiam, & dubitationem interest, ubi vera & certa scientia desideratur. Audiamus PAVLLVM atque VLPIANVM, qui l. 14. & 15. D. qui testam. fac. poss. negant, illos recte testamentum facere, quos constat de statu suo errauisse, aut incertos fuisse atque dubitasse; quamuis in illo statu fuerint, ut iure testari potuissent. Imo vero iidem ICI etiam alio loco l. 22. l. 32. & l. 34. de adq. vel omitt. hered. heredem illum, qui putauerit, defunctum seruum fuisse, quamuis liber fuisset, vel testatorem viuere, quamuis defunctus esset, aut qui incertus fuerit & dubitauerit, vtrum iure testari potuerit defunctus, quamuis vere eius conditionis fuisset, ut testari potuerit, negauerunt in illa incertitudine hereditatem adire, aut creditoribus ac legatariis omnino obligari potuisse, cum certam scientiam heredis exigamus.

Idem etiam IUSTINIANO placuit, qui l. 11. C. de condict. indebit. & l. 22. §. 1. C. de furt. incertos, errantes, dubios, & ignorantes, inter se coniunxit, & eodem iure censendos existimauit, ideoque etiam illud, quod animo dubio & ancipiti indebitum solutum esset, repeti condictione permisit, quasi per errorem & ignorantiam indebitum solutum esset.

Sed hoc quidem iure vimur, inprimis, cum de quasi contractibus cognoscimus, quorum ius & obligatio mera ratione naturali & æquitate continetur. Neque tamen aliud usu venit, ubi de veris contractibus controuersia incidit. In omnibus enim negotiis contrahendis, si POMPONIO & IAVOLENO fides est, quoties error aliquis interuenerit, aut per ignorantiam quid administratum fuerit, ut alius aliud sentiat, nihil efficaciter agitur, res omnis perturbatur, l. 55. & 57. D. de oblig. & act.

Ita enim etiam in emtionibus ius dicitur, ut, si vel in corpore, vel in genere materiae, & substantia, vel in titulo fuerit erratum, secundum VLPIANVM, PAVLLVM atque GAIVM, l. 34. D. de acquir. vel amitt. possess. l. 9. 11. & 14. D. de contrah. emt. l. 9. §. 3. & 7. D. de A. R. D. impune a negotio contracto discedatur. Sed de hoc quidem argumento præses alio loco q) copiosius tractauit: in præsentiarum autem actum agere non vacat.

§. III.

Vides, magistros artis nostrae indulgentiores fuisse, quam vox naturæ Ignorantia postulasset, si venia erroris peteretur. Tanto diligentius operam dare debuerunt, ne quis, per hanc occasionem, obtentu ignorantiae, impunitatem crassa & stupida non prodest in
atque veniam negligentiae aut fraudis impetraret.

M 2

Igi-

q) Præses: de proprietate rei donatæ, ad eum, qui quasi mutuam accepit, transiunte. §. V. sq.



*distrabendis**negotiis sed**culpa igno-**rantis æsti-**matur pro**gradu dili-**gentie qui**in quouis ne-**gotio deside-**ratur.*

Igitur duo desiderarunt, ut quis in *distrabendis* atque *infirmendis* *negotiis* erroris excusatione uti posse videretur. Primo, ut errore *probabili*, non *crasso* & *supino*, lapsus esset, qui *ignorantiam* obtenderet: deinde, ut appareret, *vere* aliquem errore *probabili* deceptum, non *ficta* & *affectata* *ignoratione*. Igitur de utroque capite seorsim videamus.

Et primo quidem admittimus duntaxat *probabilem* errorem. Ita *NE- RATVS* rem definiuit; qui hunc demum errorem *tolerabilem* putauit, qui *probabilis* & non *supinus* esse videatur. l. 5. §. 1. D. *pro suo*. Sed in disputatione ancipite versatur, quem maxime errorem *probabilem* dicamus. Veteres enim obscura circumscriptione vsi sunt, ut res in medio relicta videatur, &, nisi per exempla, intelligi vix possit, quid illi senserint de *probabili* errore.

PAPINIANVS quidem l. 55. D. *de ædil. edict. dissolutam* *ignorationem* repudiat, ut illa excusationem parere non possit. Sed *SABINVS* atque *CASSIVS* & *POMPONIUS* l. 3. §. 1. D. *de iuris & facti ignor. non deperditi* & *nimum securi* hominis errorem duntaxat admiserunt. *PAVLLVS* etiam admonuit, non *stultis*, sed *errantibus*, succurri. l. 9. §. 5. D. *de iuris & facti ignor.* & hanc demum *ignorantiam* admitti, quae in *supinum* hominem non cadat l. 15. §. 1. D. *de contract. emt.*

Vides, rem in loco ambiguo hæere: cum nec *VLPIANVS* illam expedit, qui l. 6. D. *de iur. & facti ign.* *ignorantiam* *crassam* & *supinam* & *nimiam securitatem* reprehendit, ut hæc illi non sufficiat, qui negotium, obtentu *ignorantiæ*, retractet. Neque *AFRICANVS* rem impeditam extricauit, dum damnat errorem atque *ignorantiam*, cuius quis *iustam causam* non habere videatur. l. 11. D. *pro emtor.*

Sed ausim affirmare, *naturam negotii* inprimis æstimandam esse, in quo quis errore & *ignorantia* se deceptum esse conqueratur: ut, si error in *contractu* obuenerit, in quo diligentia maxima desideretur, hic demum error *probabilis* & *tolerandus* dici possit, qui surrepserit inuito, & curiosissime inuestiganti, ut ne *culpa* quidem *leuissima* errantis accusari posse videatur: contra, in quibus negotiis *diligentiam ordinariam*, ut in plerisque, exigimus, quae cum boni patrisfamilias officio coniuncta sit, in his inuestigationem quidem, sed non scrupulosam & nimis sollicitam, desideremus, ut *ignorantiæ* excusatio locum inuenire possit.

Igitur in aliis atque aliis negotiis, alius atque alius error *probabilis* dicetur, pro gradu diligentiae, ad quem in quolibet negotio contrahentes obstringuntur. Ita enim ut sentiam, illud me imprimis mouet, quod illam *ignorantiam* veteres, quam *stultam* atque *crassam* & *dissolutam* ac *supinam* appellarunt, cum gradu quodam *negligentiæ* plerumque coniunxerunt: ut intelligatur, *ignorantiam*, pro gradu *culpæ* & *negligentiæ* in quouis nego-

tio



tio admissae, aestimari. Ne quis locus dubitationi relinquatur, audiamus VLPPIANVM, qui l. 6. D. de iuris & fact. ignor. scientiam hoc modo aestimandam esse, ait, ut nec negligentia crassa, nec nimia securitas expedita sit, neque delatoria curiositas omnino exigatur. Imo vero apertius atque luculentius omnino PAVLLVS noster, l. 9. §. 2. D. eod. tunc non ferendam esse ait ignorantiam, si erranti *summa negligentia* obiiciatur: & recte LABEO scientiam neque *curiosissimi* hominis, neque *negligentissimi* accipiendam esse, censuit, sed eius, qui eam rem, *diligenter* inquirendo, inuestigare potuisset.

Igitur apparet, ex gradu negligentiae constitui, utrum ignorantia errantis ferenda esse videatur. Sed gradum diligentiae cum in aliis negotiis alium omnino exigamus, non potest esse obscurum, pro natura negotii alium atque alium errorem excusatione dignum & probabilem haberi.

Ne quis exempla desideret in re manifesta, observabo pauca, in quibus, pro gradu negligentiae ipsi etiam gradus ignorantiae constituuntur. Opportune occurrit MARCIANVS, qui l. 11. D. de incend. & ruin. tunc demum excusat ignorantiam illius, in cuius aedibus incendium factum esset, si non tam lata eius culpa fuerit, ut luxuriae aut dolo comparetur. Eandem rationem CONSTANTINVS l. 1. C. de falsa monet. sequitur, in illis iudicandis, qui ignorantiam obtendunt, & se sciuisse negant, quod in aedibus suis falsa moneta cuderetur. Ait enim, incuriam & negligentiam illius puniendam esse, qui cum in proximo habitaret, ignorauerit, quid malae rei in suis aedibus administraretur. Ipse etiam VLPPIANVS, alio loco, ignorantiam cum culpa comparavit, & negligentiam appellavit, cum quis illud ignoret, & non intelligat, quod omnes intelligere & scire videantur l. 213. §. 2. D. de verb. signif. ideoque etiam tutores teneri censuit, si, per ignorantiam latamque negligentiam non bonam conditionem in commendis praediis elegerint; cum in hac parte de lata culpa teneantur l. 7. §. 2. D. de administ. tut. Itaque disputatione non indiger, in diuersis negotiis alium atque alium errorem excusatione dignum & probabilem censer. Quae cum ita sint, necesse est, iurisconsultos interdum, in venia errori danda, difficiliore esse, & aegrius ignorantiae excusationem admittere, si quid in illis negotiis, quae diligenter atque circumspicte administranda sunt, per ignorantiam peccatum esse videatur. Ita certe de iure sponsaliorum iudicamus, ut non facile sponsum audiamus, qui errore & ignorantia se deceptum esse ait, cum conditionem eligeret, qua scire potuerat, se, postquam negotium semel contractum fuerit, perpetuo vsurum esse. Deuisses enim illam, quam petebas, etiam atque etiam adspicere, quod poeta ait: r)

ne mox
Incuterent aliena tibi peccata pudorem.

M 3

Prae-

r) HOKAT. I. epist. 18. v. 77.



Præses recordatur, *ICTis Vitembergensibus a consistorio Magdeburg.* M. Majo A. c10 10 cc xxxii. eiusmodi speciem oblatam, cum maritus, cui cum vxore sua pessime conueniebat, se, per *errorem*, vxorem pessimam duxisse quereretur. Apparebat, vxorem eius, priusquam ab ipso duceretur, vitam turpissimam egisse: illam aliquando, abreptam & accensam amore cuiusdam iuenculi, quiescere non potuisse, sed, quasi furiis quibusdam agitatam, cum se iuene, quem penitus deperibat, potiri posse desperaret, vestibus depositis, nudam se in flumen coniecisse, vt extinctis illis faculis suffocaretur: sed, magna hominum turba confluyente, extractam a piscatoribus, vitæque restitutam, inter ciues ignominiosam cum magno opprobrio vixisse. Maritus, se hæc *ignorasse*, a nemine admonitum fuisse, sed captum atque irretitum blanditiis puellæ, intra biduum, nemine consulto, in conditionem nuptiarum consensisse, deceptum esse ignorantia, nihil ratum esse illorum, quæ per errorem gesta sint, nuptias omnino nullas esse, clamitabat, fidem deorum atque hominum, vt hæc ipsum peste liberarent, inuocabat. Responsum est, secundum ea, quæ proponerentur, petitioni eius locum non futurum: rem, priusquam contraheret negotium, diligentius inuestigari debuisse: rem, quæ omnibus nota esset, sciscitando cognosci potuisse: non allegari posse ignorantiam hominis deperditi & dissoluti, qui in re ardua negligentissime versatus sit, &, quod *VLP IANVS* ait, l. 213. §. 2. D. *de reg. iur.* non intellexerit, quod in ciuitate omnes, & confores etiam, intelligebant.

§. IV.

Ignorantia facti proprii plerumque crassa & affectata est ideoque stoliditati comparatur.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, intelligetur, duo requiri, vt excusatio *erroris & ignorantie* admitti possit: alterum, vt ne *supina* sit ignorantia, sed probabilis, & quæ *culpa* carere videatur, alterum, vt demonstratur, *vera* ignorantia, non ficta atque simulata, aut voluntaria ignoratione, ab illo peccatum esse, qui de errore suo cum altero controuersiam exercet. Sed de hoc postremo capite deinceps locus erit exponendi.

Sed *ignorantia & obliuio facti proprii* nec tolerabilis videtur, cum sæpiissime cum *culpa & dissoluta negligentia* coniuncta sit, & plerumque *ficta* atque *affectata* est, vt probari facile non possit illa excusatio, sed suspicionem pariat, *ignorantiam facti proprii* per mendacium obtendi.

Et primo quidem, quanto quisque facilius secum habitare potest, & in se descendere, &, quid rei gerat, obseruare, quanto altius animo & memoriae infiguntur, quæ nos proxime attingunt, quanto rarius illarum rerum obliuiscimur, quæ nos viuidius & vehementius afficiunt, tanto minus excusationem inuenire potest, qui sui ipsius fere oblitus sit, & quæ ab ipso administrata sint, memoria & recordatione repetere non possit. Quandoquidem enim, quæ ab homine sano & intelligente perficienda sunt, cum circum-

cum-



cumspectione quadam & deliberatione animi suscipiuntur; quis credet homini, qui non truncus esse videatur, confestim omnia, quae animo comprehensa, atque a voluntate decreta sunt, quae contentionem neruorum, motum musculorum, mentis & corporis laborem aliquem desiderarunt, totum denique hominem sensu praesentissimo & certo attigerunt, ex animo elabi, ut vestigium sui prorsus non relinquunt, & perpetua obliuione deleantur.

Enimuero parum a stoliditate & fatuitatis opprobrio abesse iudicatur, qui sui ipsius & facti proprii memoriam deposuisse videatur. Hoc M. TULLIO in mentem venit, qui senem obliuiosum aliquando stultum appellauit, stultosque & obliuiosos inter se coniunxit, cum quis non facile obliuiosus esse possit, quem non fatuum & stultum possimus appellare.

Audiamus C. VALERIVM CATVLLVM, ¹⁾ qui stultissimum municipem suum hoc inprimis argumento stultitiae accusat, quod sui ipsius & rerum suarum penitus obliuiscatur. Ita enim ille ad Coloniam suam:

Quendam municipem meum de tuo volo ponte
Ire praecipitem in lutum, per caput pedesque:
Verum rotius ut lacus putidaque paludis
Liuidissima maximeque est profunda vorago.
Insulsiſſimus est homo, nec sapit pueri instar
Bimuli, tremula patris dormientis in vlna.
Nec se subleuat ex sua parte, sed velut alius
In fossa liguri iacet supernata securi.
Tantundem omnia sentiens quam si nihil sit vnquam,
Talis iste meus stupor, nil videt, nihil audit
Iple quis sit, vtrum sit, an non sit, id quoque nescit,
Nunc enim volo de tuo ponte mittere pronum.
Si pote stolidum repente excitare veternum,
Et supinum animum in graui derelinquere caeno:
Ferream ut soleam tenaci in voragine mula.

Vides, quae vota conceperit CATVLLVS noster pro insulsiſſimo municipe, qui rerum suarum obliuisci videbatur. Enimuero etiam SCÆVOLA admonuit, omnino omnes, qui non desipiant; aut deperditi sint ac dissoluti, etiam in vltimis voluntatibus, eorum non prorsus immemores futuros, quae viui, tempore superiori, quamuis ante annos plurimos, administraſſent, l. 31. pr. D. de adimend. & transfer. leg. Neque enim, qui factum proprium ignorant, longo discrimine ab his seiuncti sunt, qui sui nominis obliuiscuntur: quos IUSTINIANVS homines supinos atque stultos & crassa excusatione vsos, arbitratur. l. 14. C. de hered. instit.

Enim-

1) C. I. C. de senectut. c. 11. & 18.

2) CATVLL. epigr. ad Coloniam.



Enimvero, si rationem audiamus, per *summam* illa *negligentiam* administrata esse oportet, quorum quis confestim, quamvis ipsa ea perfecit, obliuiscatur. Si quis enim illorum non meminerit; quorum omnes recordantur, si quis sui ipsius oblitus esse videatur, per *culpam latissimam*, quod *VLPIANVS* ait, l. 213. §. 2. D. de *verb. sign.* & per dissolutam *negligentiam* peccauit. Sed *M. TVLLIVS* ^{u)} auctor est, omnem *supinam* negligentiam cum stupore aliquo coniunctam esse, & inertiam ac *fatuitatem* nominari. Hoc videtur *VLPIANO* in mentem venisse, qui, alio loco, illorum *segni-
tiam* rusticitatem, inertiam, simplicitatem, *ineptiam* accusat, qui culpa latiori, & *supina negligentia*, promeriti fuerint, ut a munere tutelae arcerentur. l. 3. §. 18. D. de *suspect. tut.*

Igitur apparet, plerumque vel desipere, vel *fatuum* & *ineptum* esse ^{x)} qui, *supina negligentia*, factum proprium ignoret. Sed opportune *PAVLIVS*, itemque *SEVERVS* atque *ANTONIVS* monuerunt, non *stultis*, sed *errantibus* succurri, l. 9. §. 5. D. de *iuris & fact. ignor.*

Quandoquidem igitur *supinam* negligentiam in nullo negotio ferimus, sed, qui per hanc peccauit, illum damna suae negligentiae sentire patimur; non eget disputatione, facti proprii obliuionem nunquam fere probabilem videri, aut excusationem idoneam parere, ut erranti succurratur. Ita enim nisi sentiremus, facile fuerit cuius, negotia tantum non omnia peruertere & infirmare. Luculenter & generaliter *IUSTINIANVS* l. 12. C. de *contrah. stipul.* quemlibet, quæ aliis promiserit, *memoria seruare* iussit, ne, obtentu *ignorantiae*, fides pactorum dissoluatur: cum nemo postulare possit, ut sui officii ab aliis *admoneatur*. Hoc *PAVLLVS* intellexit, qui l. 3. §. 19. D. de *adquir. vel amitt. poss.* a veteribus præceptum esse docet, sibi ipsi neminem, causam possessionis, ne quidem obtentu *ignorantiae*, & quasi *oblitus* esset prioris tituli, mutare posse. Ideoque, si eundem *PAVLLVM* audiamus, ad *usucapionem* non sufficeret, si quis in ea *opinio* sit, ut putet, se ab aliis emisse, quod non emit; sed subesse debet vera causa emtionis: cum factum suum nemo possit ignorare. l. 2. pr. D. *pro emtor.* & l. 1. D. *pro donat.*

Vides propter maximum odium & turpitudinem *supinae negligentiae*, illum non facile audiri, qui *ignorantiam* facti proprii alleget. Imo vero si etiam subinde audiendus esse videretur, res certe in ambiguum difficilemque disputationem adduceretur, annon, per mendacium, *obliuionem facti proprii* alleget. Recte enim *IACOBVS MENOCHIVS* ^{y)} obseruat, desiderari *apertissimas probationes*, si quis velit sibi propter *ignorantiam* succurri. Sed *IUSTINIANVS*, ut supra obseruatum est, non praesumi hanc stolidita-

^{u)} C. C. II. de inuent. 192.

^{x)} vid. V. C. GERH. NOODT L. I. probabil. c. ult.

^{y)} MENOCH. T. V. conf. 410. n. 23. & conf. 454. n. 7. & 8.



ditatem, ait, neque iudicem sibi persuadere posse, quod aliquis tam *stultus* fuerit, ut nomen aut factum suum ignoraret.

Ita quidem *ICTis Vitembergensibus* visum est, cum ante aliquot annos talis species proponeretur. Iauolenus aduersus Africanum ex cambio agebat, quod ipse, tanquam correus debendi, subscripsisse, dicebatur. Africanus negabat, se cambium omnino subscripsisse, et iurare etiam paratus erat: nostri *iuramentum diffessionis* appellare solent. Iauolenus replicabat: Africanum, datis ad se litteris, confessum esse, quod cambium subscripserit, *prolongationem* etiam, quam vocant, seu laxamentum temporis, sibi dari postulasse, solutionem promississe. Reus agnoscebat litteras, quibus debitum confessus erat; sed illas *per errorem* a se datas esse obtendebat: se per varia negotia distractum, in illa opinione fuisse, vt putaret, se correum debendi esse, et cambium omnino subscripsisse: Iam vero, re penitus perspecta, se paratum esse ad iurandum. Responsum est: non idoneam videri excusationem *ignorantiae*, quum quilibet quid debeat, *memoria seruare* iubeatur.

Daß Beklagter Principal zu der angebotenen eydlichen Diffession des fol. 3b. Vol. I. in Abschrift befindl. Wechsels nicht zu lassen, sondern, die weil Beklagter die Documenta sub B. C. und D. recognosciret, so ist der selbe die libellirte Wechsel, Post in denen verschriebenen Münz. Sorten, nebst dem Interesse morae, von der Verfall Zeit an, auch allen verursachten Schäden und Unkosten, Klägern zu bezahlen schuldig. Res erit luculentior ex rationibus adiectis: diweil Beklagter, in dem fol. 4. befindlichem Brieffe, daß Er Klägers 1000. Thlr. nebst N. assureiret, und in abgewichener Michaelis. Messe zu bezahlen schuldig, eingeräumt, hiernächst fol. 30. daß er in angeregtem Schreiben sich zu der libellirten Wechsel. Schuld bekannt, und Klägern vor seinen Wechsel. Gläubiger auf 1000. Thlr. hoch agnosciere habe, zugestehen müssen, dahingegen der vorgeschützte Irrthum Beklagtem hierbey nicht zu statten kommen mag, in mehrerer Erwegung die ignorantia facti proprii, nach klarer Verordnung derer Rechte,

l. 7. D. ad SCt. Vellei.

l. 14. C. de hered. instit.

keine restitutionem wirkt, wenigstens diese Ausflucht also, daß sie wider klare Brieff und Siegel in processu executivo attendiret werden könnte, nicht qualificiret, so ist, gesprochener Maassen, billig erkannt. Africanus quidem querebatur, *stoliditatem* sibi ex l. 14. C. de hered. instit. obiectam esse, quam parcius viris, in dignitate non exigua constitutis, obiciendam meminisse deberemus. Sed iussimus ipsum cum imperatore conqueri, qui facta, non dignitatem personarum, accusarit.

Fasc. VI.

N

§. V.



§. V.

*Etiā in dam-
nis vitandis non
semper prodest
facti proprii
ignorantia, in-
terdum tamen
toleratur.*

Satis, credo, comprobatum fuit, ignorantiam facti proprii plerumque cum stoliditate quadam & summa negligentia coniunctam esse: sed errores ex negligentia contractos non parere omnino excusationem, in illis negotiis, in quibus gradus quidam diligentiae desideretur. Sed me non fugit, multos obliuionem facti proprii errantibus ignoscere subinde, si de damnis vitandis, aut de elidendo periculo amittendae rei suae, laborare videantur. Hoc enim intelligo non solum MENOCHIO, ²⁾ sed etiam CARPZOVIO, ^{a)} & aliis non paucis, placuisse. Plerique fidem PAPINIANI inuocant, qui l. 8. de iuris & fact. ignorant. etiam ignorantiam iuris, quod nemo sine turpitudine ignorat, in damnis amittendae rei suae, nemini nocere arbitratur. Neque enim videtur causa idonea subesse, cur in illis causis, in quibus ne iuris quidem ignorantia nocere possit, damno illum afficere velimus, qui facti proprii, & sui ipsius, oblitus esse videatur.

Verum enim vero, non videntur rem acu tetigisse, qui generaliter, in damnis amittendae rei vitandis, credunt facti proprii obliuionem erranti non nocere. Primo enim a iuris ignorantia, ad facti proprii obliuionem non satis expedite ducemus argumentum. Illa quidem certe, propter subtilitatem artis nostrae, quandoque veniam meretur: haec plerumque ex fatuitate, & summa negligentia nascitur, quam in contrahendis negotiis non ferri posse, supra est nobis comprobatum.

Deinde, ipsam regulam PAPINIANI ne quidem in iuris ignorantia generaliter accipiemus, ut illa in damnis vitandis non nocere videatur. Neque enim satis expeditum est, quando quis dici possit duntaxat de damno vitando laborare, quamuis multa in illam partem disputata sint a DESIDERIO HERALDO. ^{b)} Plerumque enim, etiam dum lucrum & ius quaesitum nobis extorquetur, quod certe ad nos pertinere arbitrati sumus, cuius causa spes longas inchoauimus, cuius cogitatione res nostras liberalius & sumtuosius ordinauimus, damnum aliquod timemus, quod vitari posset, si lucrum illud nobis relinqueretur. Deinde, etiamsi quis de damno amittendae rei suae laborauerit, ignorantiae obtentu, certe etiam aduersarius, a quo rem nostram supina ignorantia amissam repetimus, damno non caret, si illam nobis reddere omnino iuberetur. Sed scimus, in pari causa pro possessore iudicari. Denique, qui, damni vitandi causa, facti sui ignorantiam allegat, propter summam negligentiam, ne sentire quidem damnum hoc videbitur: in quod omnino sua culpa, illaque maxima & prorsus non tolerabili, incurrit. Ita enim POMPONIUS praecepit. l. 203. D. de reg. iur.

His

²⁾ MENOCH. T. I. conf. 91. n. 51 sq. Id. Tom. VII. conf. 706. n. 19. ^{a)} CARPZ. iurisp. forens. P. II. constit. 28. def. 21. n. 5. ^{b)} DESID. HERALDVS obseruat. c. 35. apud Otton. in Thef. iur. T. II. p. 1356.



His igitur causis moueor, vt credam, etiam in *damnis vitandis*, & cum de *periculo amittendae rei nostrae* agitur, *facti sui* ignorantiam errantibus nocere. Ne longius quaesieris exempla, IUSTINIANVM audiamus, qui l. 12. C. de *contrah. & commit. stipul.* etiam si poena, stipulatione comprehensa, propter moram commissa fuerit, negauit, debitori ignorantiam debiti sui & obliuionem facti proprii prodesse, sed ipsum efficaciter de poena, conueniri affirmavit. Imo vero PAVLLVS l. 12. D. de *nouat.* praecipit, aduersus creditorem alterius non dari repetitionem indebiti, si quis per *ignorantiam facti proprii*, a debitore, cui ipse non obligatus erat, se delegari passus sit; cum creditor suum consequatur. Ex quibus locis apparet, etiam in *damnis & poenis* euitandis, aut cum *indebitum* repetitur, non promiscue errantibus, propter *facti proprii ignorantiam*, succurri.

§. VI.

Quid igitur dicemus? An prorsus *ignorantiam facti proprii* omnem-
que *obliuionem* temporis praeteriti damnabimus, cum illa ne quidem in
damnis euitandis promiscue prodesse videatur.

Nimirum ita sentio, non aliter de *obliuione facti proprii*, quam de
reliquis generibus *ignorantiae & erroris*, iudicandum esse. Sed de his qui-
dem supra §pho III. a nobis comprobatum est, aestimandum esse gradum
negligentiae, ex qua error & ignorantia enascantur, vt, si gradus ille cul-
pae, qui, pro natura cuiusque negotii, in quouis contractu praestandus
est, elidi possit, tunc *ignorantibus errantibusque* succurramus. Cum
enim ipsa *ignorantia* species quaedam *culpae*, & cum quadam *negligentia*
coniuncta sit; non erit ratio idonea, cur aliter de *gradibus ignorantiae*, ac
de ipsis *gradibus culparum* iudicemus. Sed *facti proprii obliuio*, quod co-
piose demonstrauius, plerumque argumentum est *supinae negligentiae*,
& *culpae*, quam solemus *latam* appellare. Igitur in illis negotiis admitte-
tur *ignorantiae* illius excusatio, in quibus ne *lata* quidem *culpa* accusari
possit, vt, si de *dolo* aduersarii tractetur. Hic enim, qui in *dolo* versabitur,
culpam nostram accusare non poterit, per quam ab ipso decepti su-
mus, & in periculum adducti. Quanquam enim non ignoro, non mul-
tum a *dolo* abesse *supinam* negligentiam, & in causa dubia, *pro possessore*
litem iudicari; tamen minus certe illi fauebimus, qui ex *dolo* suo, cum
damno aduersarii, sit factus locupletior, quam huic *ignoranti*, qui suum
repetit, quod per *supinam negligentiam* suam, & per *dolum* aduersarii a-
misit. Hoc igitur casu demum recte dicimus *ignorantiam facti proprii*
nobis non nocere, cum de *damnis vitandis* agitur, si nempe nobis contro-
uersa fuerit cum altero, quem appareat, in *dolo* aut *lata culpa* versari, aut
cum damno nostro & iniuria locupletiores factum esse.

Vt intelligatur, ita fere etiam veteres sensisse, eamus per exempla.

N 2

Et



Et primo quidem audiamus POMPONIVM, qui l. 22. pr. D. *de condict. indeb.* hanc speciem proponit: Tullius Tertulliano decem sestertia exsoluit, quia *per ignorantiam facti proprii*, putavit, se Stichum aut Tertulliano decem promississe. Postea apparet, Tertulliani personam stipulatione non fuisse comprehensam. Quaerebatur, an repeti possent decem, quae Tertullianus acceperat, quasi indebite soluta. Placuit, Tullio indebiti conditionem dari, qua repeteret solutum. Si quaeris rationem, haec in promptu est, quod Tertullianus id egisse videbatur, ut cum damno Tullii locupletior fieret, qui ipsi decem non sponderat in stipulatione. Igitur causa Tullii potior habetur, qui de damno vitando laborat.

Eodem iure veteres usi sunt in speciebus aliis trecentis. Sed operae pretium videtur, ut paucas delibemus. Occurrit enim IULIANVS, qui l. 32. §. 1. D. *de indeb. condict.* in eandem sententiam responderet, & erranti liberaliter succurrit, cum adversarius *dolo* aut *lata culpa* ipsum decessisset. Ecce enim, fideiussor cum Pamphilo, apud quem pro Stichum intercesserat, stipulatus erat, ne ab ipso pecunia promissa peteretur. Fideiussor, pacti sui oblitus, solvit pecuniam Pamphilo, a quo, exceptione pacti de non petendo, tutus esse potuisset. Pamphilus contra bonam fidem accipit pecuniam, quam fideiussor exsoluit. Proponebatur, virum repetitioni locus esse videretur. Placuit, conditionem fideiussori dandam esse, qua solutum repeteret, ne alter aliquid cum damno eius, contra bonam fidem retineret.

Huic disputationi non absimilis est species, quam PAVLLVS l. 12. D. *de novationibus* tractavit. Plotius Apuleium, debitorem quondam suum, Florentino delegavit. Sed Apuleius nihil Plotio debebat, cum doli mali exceptione adversus Plotium se tueri posset. Sed Apuleius, *oblitus* exceptionis suae & *facti proprii*, per *ignorantiam* Florentino solutionem promiserat, cum a Plotio, tanquam verus debitor delegatus esset: postea etiam exsoluerat promissum Florentino. Tractabatur, Apuleius a Florentino an a Plotio conditione posset repetere, quod exsoluisset. PAVLLVS respondit: nihil posse repeti a Florentino, qui suum accepisset: sed a Plotio restituendum esse, quod Apuleius exsoluisset. Quod habebat rationem, cum Florentino *nulla culpa* imputari posset, qui scire non poterat, quid actum esset inter Plotium & Apuleium. Igitur, adversus Florentinum innocentem non audiendus erat Apuleius, qui *ignorantiam facti proprii*, cum summa *negligentia* coniunctam, allegabat. Sed Plotius omnino tenebatur, qui *dolo* malo, aut certe summa *negligentia* Apuleium, exceptione tutum, tanquam debitorem Florentino liberationis causa delegaverat, ideoque de Apuleio conqueri non poterat, qui indebitum solutum, quamvis obtentu *ignorantiae facti proprii*, cum summa ipsius negligentia coniunctae, ab ipso repetebat.

Ex



Ex his intelligitur, *ignoranti factum proprium* succurri aduersus illum, qui & ipse *doli* vel *culpa latae* accusari posse videatur. Sed in aliis negotiis, in quibus sibi *diligentiam* debent contrahentes, non credo audiendum esse aduersarium, qui ob *ignorantiam facti proprii*, a *supina negligentia* profectam, auxilium iudicis impleret. Vna enim huius erroris excusatio superest, si quis se, *sine culpa sua*, facti proprii oblitum esse comprobaret. Quod quibus modis fieri posse videatur, diligentius trademus.

VII.

Igitur expediemus, an quis *sine culpa* & *supinae negligentiae* turpitudine aliquando videri possit *facti proprii oblitus* esse. Enimvero, si *SENECAE* c) fides est, memoriam & recordationem praeteriti temporis ex omnibus animi facultatibus in primis *fragilem* & *delicatum* nobis natura attribuit, ut leui aliquando & fortuita offensione perturbetur. Certe *LVCRETIVS* d) *memoriae illam* que *natura* *lem* aut *morbo* aliquo *contractum*.

- - quosdam cepere obliuia rerum cunctarum. neque se possent cogoscere vt ipsi

Sed hos apparet, *sui suorumque* sine dedecore *oblitos*. Enimvero etiam posteri fidem dictorum agnouerunt. *IOANNES SCHENCKIUS* enim auctor est, e) *Antonium* quendam *Senensem* morbo subitario correptum, donec venter ipsi fluere inciperet, & bilem viridem deiceret, ita rerum omnium *oblitum*, vt ne rerum quidem nomina seruaret. Idem fere in aliis, qui *febris acuta*, vel *siccitate* debilitati fuerint, vel nimia neruorum & *ingenii contentione* infirmati, obseruauit, quos ipse narrat viros quasi *repue- rascere*, & imperitos esse, & omni rerum praeteritarum recordatione & imagine carere. f) Fama est, etiam *BAMBAM* illum, *Gothorum* aliquando ducem, cum venenum ipsi propinatum diceretur, vsu *memoriae* exutum prioris temporis non recordari potuisse. g) Sed nolim aliorum oculos excutere.

Illud meretur obseruari, quod *VALERIUS MAXIMVS* h) commemorauit, *Athenis* aliquando virum, in litterarum studio diligentissime versatum, *ictu lapidis* capite percussum, cum aliarum rerum commode recordaretur, litterarum omnium memoriam deposuisse.

N 3

De

c) *SENEC.* in prooem. controuerf. d) *LVCRET.* L. VI. de rer. natur. circa finem.
e) *IOANN. SCHENCK.* de capite humano obseru. 115. p. 150. f) *Id.* ibid. obs. 116. & 117. g) *Id.* obs. 119. h) *VAL. MAX.* L. I. c. 8. de miracul. n. 2. inter externa.



De ANTONINO CARACALLA SVIDASⁱ⁾ memoriae reliquit, ita ipsum corporis exercitatione virtutem mentis fregisse atque perturbasse, ut *litterarum omnisque disciplinae obliuisceretur*. Quod, ne quis inauditum & plenum miraculi existimet, C. PLINIUS^{k)} exempla plurima congeffit, quibus comprobavit, *vim recordandi* omnino fragilem, & morborum iniuriis, multisque casibus ita esse obnoxiam, ut quidam e tecto prolapsus matris & affinium & propinquorum, & *Messala Corvinus sui etiam nominis* oblitus sit, quasi omnium rerum memoria in eius animo penitus deleta. Non vacat, in re nota & tralatitia diligentius conquirere exempla. Vnius maxime IOANNIS SLEIDANI inter multos misratio me subit, qui, cum ipse memoriam temporum cum cura singulari tradidisset, postea, non sine veneni suspicione, rerum omnium memoriam in animo oppressam esse sensit, ut ne liberorum quidem, & quo nomine illorum quemque appellaret, neque uxoris, nec familiae recordaretur.

In tanta fragilitate generis humani, *ignorantiam illius probabilem* qui, dicemus, debilitate naturae, & casu repentino ita se perturbatum esse comprobavit, ut temporis praeteriti, & *facti sui*, maxime *antiqui*, memoriam deposuisse videatur.

Enimuero hoc debilitatis sensu, homines conditionis suae admonentur, ut desinant de virtute sua gloriari; & cum diuinus ille spiritus, quo reguntur, si fragilis corpusculi ministerio usuque partis minimae quandoque careat, confestim elanguescat, & deferueat, & perturbetur, discant aliquando, fragilitatis suae meminisse, & praeclarum hunc diem, quo ad illud diuinum animorum concilium coetumque proficisci, atque ex hac turba & culluione discedere poterunt, animo forti & constanti expectare. ^{l)}

Certe cogitatio humanae conditionis iudici suadebit, ut a poena negligentiae maximae & dissolutae, quam solam PAVLLVS atque VLPIANVS l. 9. §. 2. & l. 6. D. de iur. & fact. ignorant. omnino reprehendunt, illos absoluiamus, quos per vim maiorem fractos & debilitatos ex medicorum inprimis iudicio intelligitur.

§. VIII.

Excusatur Igitur apparet, dari veniam *errori*, si turpitudine *supinae negligentiae* qui *facti sui praesumptione* quadam, aut idonea *probatione*, elidatur. Sed ipsa *facti ant-*
sed antiqui *tiqutitas* & temporis elapsi *diuturnitas* *memoriam* & recordationem rerum
oblitus est antea gestarum sine sensu fere frangit & extinguit: ut videamur in sola
inprimis si *factum sub-* etiam antiquitate & diuturnitate temporis excusationem quandam ignoran-
rarium fue- *tiae & obliuionis* inuenire. Ipso enim *laxamento* temporis & successione re-
vit. rum

i) SVIDAS, Ἀντωνίνος p. m. 314. ἐν τέττων τρόποις τινὰ ἐξήλωθη, τῆς δὲ παιδεύσεως, ὡς ἔδει τὸ ὄνομα αὐτῆς ἀληθοῶς, ἐπελάθετο. k) FLIN. hist. nat. l. VII. c. 24. l) CIC. de senect. c. 23.



rum aliarum memoria subinde quasi *obruitur*, ut recordari temporis superioris commode non possit. Apud PAPINIANVM quidem l. 44. pr. de *exigui momenti* *acquir. vel amitt. possess.* extat eiusmodi species, in qua homini peregre profecto, qui pecuniam custodiae causa, in terra condiderat, ignoscebatur, quamvis reuersus locum thesauri conditi *memoria* repetere non posset. Sed PAPINIANVS quidem, si CATONEN MAIOREM & M. TVLLIVM IUDICEM adhibuisset, hominem repellere omnino potuisset. Ille enim se non audiuisse, ait, quemquam senum facile *oblitum*, quo loco thesaurum *obruisset*. ^{m)} Sed aliter Icto visum est, qui cum proponeretur, virum senex ille, qui locum thesauri conditi *memoria* repetere non posset, pecuniam *sepultam* possidere desisset, respondit, *infirmitatem memoriae* damnum possessionis homini obliuio non afferre, ideoque non peremptum esse ius *possessionis*. Quod habebat rationem, cum probabile esset ad fidem, peregre profecto per tempus longius multa accidisse, quae memoriam loci, atque *facti* ante annos plurimos ab ipso perpetrati, potuerint obruere in animo delere. Ita etiam IULIANVM accipio, qui l. 37. D. de *condict. indubit.* dominum excusat, qui oblitus sui domini, seruum suum, forte fugituum, & per tempus longius a se seiunctum, sed iure tamen domini prior domino deuinctum, per *ignorantiam* emerat, & re comperta, pretium a venditore repetebat.

Neque enim inauditum est, aut a fide prorsus alienum, ipsa longinquitate temporis subinde rerum, quamvis antea nobis familiarium, & saepius frequentatarum, in nobis vestigia imaginesque dilui, & paulatim, sine sensu aliquo, extingui.

Itaque dicemus *obliuionem facti proprii quidem*, sed *antiqui*, non *supinam* esse, sed excusationem parere, ut *damna* nostra eitemus. At vero disputatione res non caret, si quaeras, quo demum tempore elapso, factum *proprium*, *antiquum* appellare posse videamur. Haec enim talia constanti perpetuaque definitione non omnino comprehensa sunt, ut multum religioni iudicantis permittamus, in temporis antiquitate aestimanda. Sed plerisque quidem *decennium* suffecit, ut hoc spatio elapso facti proprii obliuionem excusamus. ⁿ⁾ Enimuero veteres inprimis tempus longum *decennium* finiuere l. ult. C. de *praescrip. long. temp.* Hoc elapso, etiam qui *nundinas* a principe impetrauerant, si illo iure vsi non essent; quasi *obliti* suarum *nundinarum*, priuilegio excludebantur. l. 1. D. de *nundin.* Imo vero testatores, post conditam supremam voluntatem, vita adhuc *decennium* emensi, *mutasse* voluntatem suam credebantur, si coram tribus testibus, quam-

^{m)} C. I. C. de senect. c. 7. ⁿ⁾ MENOCH. T. III. conf. 203. n. 42. & conf. 265.
D. 21. Id. de arbitr. iud. II. 26. & plures ibi allegati.

quamvis minus solenniter, testari essent, se a priori voluntate discessisse l. 27. *C. de testam.*

Itaque post decem annos tolerabilis *obliuio* facti proprii videtur: cum, qui ista exculpatione post illud tempus vitur, non iniustam causam erroris habeat, quod desiderauit AFRICANVS, vt ignorantiae succurri posse videatur l. II. D. *pro. emtor.*

Sed hoc vnum duntaxat exceperim, vt facti *non* prorsus *subitarii*, sed *egregii*, & *notabilis*, & cum *magno apparatu* ac studio administrati, *obliuio* non facile post decennium aut tempus longius omnino surrepisse videatur. Enimvero, quae consulto, & toto animo aguntur, & magna virium contentione perficienda sunt, plerumque altius in animum descendunt, penitusque infiguntur atque ita inhaerent, vt difficulter dimoueri & euelli possint, nisi ex causa luculenta & insigni haec animo erepta & oppressa esse, comprobetur.

Hoc INNOCENTIO III. in mentem venit, cum de manibus *clerico* illatis, & poena *violentiae* aduersus *clericos* admissae disputaret. Ille enim c. 32. X. *de sentent. excommunicat.* Abbatibus monasteriorum hanc facultatem dedit, vt hos diuinae pacis violatores, facti *memoriam non habentes*, adeoque facti proprii *oblitos*, mitius tractarent, & damno monasteriis pensato, ab excommunicationis poena, peracta poenitentia, absoluerent, *nisi factum graue & notabile* fuerit, vt violenter contra *obliuionem* & *ignorantiam* negantis praesumatur. Quae cum ita sint, feremus quandoque, facti *antiqui*, quamvis *proprii*, *obliuionem*, nisi factum *notabile & insigne* fuerit, quod non facile animo excidere credimus, nisi alia quaedam causa idonea probetur.

§. IX.

*Toleratur
ignorantia
senum impu-
berum.*

Ex his, quae adhuc disputata sunt, non difficile erit, etiam de *senum obliuione* iudicare. Et nolim quidem illorum auctoritati detrahere, aut conditionem contemnere, qui sciam, non solum illos, qui ad remos sedant, aut per foros cursant, aut malos scandant, aut sentinam exhauriant, in nauigando aliquid agere, sed etiam illum, qui clauum teneat, & in puppi quietus, non illa faciat, quae a iuuenibus administrantur. o) Succurrit enim, quod CALLISTRATVS, l. 5. D. *de iure immunit.* tradidit, Romanos eundem fere honorem *senibus*, quem magistratibus, plerumque tribuisse. Neque dissimulare ausim, etiam *senibus* quandoque *ingenium* manere, modo studium & industria maneat, p) multos etiam in senectute retinere aliquid adolescentuli, q) si viribus animi, quod CATO apud TULLIUM praecipit, succurrant, & quasi lumini oleum instillent, ne prorsus extinguatur. Sed illud tamen ne ipsi *senes* quidem facile dissimulabunt, in tanta

o) C. I. C. de senect. c. 6.

p) Id. ibid. c. 7.

q) Fd. ibid. c. II.



tanta defectione virium, & enervatione totius corporis, in laxatione partium solidiorum, in illo frigore, quo partes omnes contrahuntur, ipsam etiam vim mentis & memoriae paulatim elanguescere, & infirmari, & sine sensu propemodum extinguui. Ipse M. CATO, quamvis magnifice de senibus sentiat, tamen *memoriam* illis *minui*, fatetur ^{r)} vt, nisi medicinam ingenio adhibeant, quod CAECILIUS dicebat, non raro *stulti* sint, aut *creduli, obliuiosi, dissoluti*. ^{s)} Inprimis, si medicos audimus, nullus senibus familiarior morbus est, *memoriae defectione*. ^{t)} Quae cum ita sint, & omnium memoria temporum abunde comprobentur, facilius *senibus* credimus, qui aiunt, se *facti proprii oblitos* esse, & prioris temporis non recte meminisse.

Sed, quandoquidem *senes* illi *repuerascere* dicuntur, in mentem venit admonere, etiam *impuberum memoriam fallere & fragilem* videri, vt sapius, ne quidem si adoleuerint, de illis, quae in tenera aetate ab ipsis suscepra sunt, satis tuto affirmare posse videantur.

PAPINIANVS enim nihil *scire* impuberes, & IVSTINIANVS, illos quid videant, & agant, *ignorare*, crediderunt. l. 10. D. de iuris & facti ignorant. l. 1. C. de falsa monet.

Certe INNOCENTIVS III. facilius impuberibus iuenculisque facti proprii, illarumque rerum, quas in pueritia pessime administrauerint, *obliuionem* & ignorantiam subinde credi posse tradit, quam discretis & adultis c. 32. X. de sent. excommunic. in fine.

§. X.

Adhuc a nobis disputatum est, non excusari facti proprii obliuionem, nisi suspicio vel doli & mendacii vel negligentiae sic amoveatur, vt magis *grauiter aemiseratione dignus* sit, qui facti sui ignorantiam allegat, quam vt negligens *obliuio* irem-tiae aut doli possit accusari. Sed generaliter sciendum est, quae *festinanter* ^{que} illorum, atque *obiter* administrantur, non facile in animis haerere, sed quanto ^{qui occupati sunt aut in} leuiori opera perfecta sunt, quanto minorem contentionem animi & virium ^{magna per-} desiderarunt, tanto facilius *successione rerum aliarum* deleri atque extinguui. ^{turbatione} Igitur supra obseruatum est, facilius cuique credi *facti subitarii obliuionem*, ^{mentis ali-} quod etiam pontifex probauit. c. 32. X. de sentent. excommun. Quae ^{quid fece-} vera sunt, non difficilis erit aut anceps disputatio, si de factis *grauiter de-* ^{runt.} *cumbentium* & aegrotorum iudicemus.

Hos enim constat, in tanta *agitatione spirituum*, & humorum perturbatione, vix supremis digitis attingere, quod faciendum susceperunt, vt rei vestigium relinqui & *infigi animo* non posse videatur. Igitur non solum illorum, quae *per morbum* ab ipsis facta sunt, *obliuionem* ipsis facile igno-

r) c. c. de senect. c. 7.

s) Id. ibid. c. 11.

t) IOAN. SCHENCK. de

capit. human. obs. 152. & 155.

Fasc. VI.



ignoscimus, sed ne quidem desideramus, ut rerum antea gestarum recordentur: cum & ipsa recordatio & repetitio omnium imaginum, in animo relictarum, contentionem aliquam virium desideret, quae ab illis frustra expectatur.

Qua re perspecta generaliter *IUSTINIANVS nou. 18. c. 6.* praecipit, ut facilius credamus, illos, qui ex morbo aliquo decumbunt, *facti proprii*, eorumque, quae ab ipsis in liberos collata sint, *oblitos*, & tumultu mortis angustiatos, prioris temporis *memoriam* deposuisse.

Haud multo fecius de illis sentiemus, qui in magna *perturbatione mentis* aliquid egerunt. Quandoquidem enim, qui *vehementius* animo concitati, aut *ira* maxime accensi sunt, aut aliis quibusdam furiis & stimulis vexantur, *vehementer* quidem, & *cum impetu*, res suas administrant, sed *confestim* tamen, atque *inconsulte*, ante quam *deliberent*, quasi a sensu alienati ad gerendum negotium accedunt; non potest esse obscurum, quae ab ipsis suscepta sint, rerum & factorum, quorum aliud ex alio in illo tumultu nascitur, multitudine confundi, memoriam illorum confestim obrui & in animo extingui. Igitur dicemus, si quid in tumultu & magna agitatione ab aliquo gestum esse appareat, reum facilius veniam, aut certe mitiorem poenam promereri, qui ignorantiam & *obliuionem* illorum allegauerit, quae ab ipso per *impetum* suscepta esse comprobentur. *Praeses* certe meminit, haud ita pridem *ICTos Vitembergenses* eiusmodi speciem tractasse: proponebatur, quendam Lucretium diras incredibiles, horrendas dictu, in ipsum illud numen, quod omnes cum tremore veneramus, coniecisse: producti erant testes quinque, qui se diras illas audiuisse affirmabant; sed reum atrocissimis iniuriis multisque incommodis ab aduersario affectum esse, ostendebant, ut visus sit, cum verba nefanda euomeret, ab omni sensu alienatus penitus fuisse. Reus pertinaciter negabat, se cuiusdam vel verbuli vel facti meminisse: exhorrescebat ad dirarum mentionem, quae ab ipso prolatae dicebantur: Dei hominumque veniam & miserationem expetebat. Secundum ea responsum est, admittendum esse reum; ut iureiurando comprobaret, *se nihil illorum recordari*: quod cum adstantibus sacerdotibus, magna hominum turba confluyente, animo erecto & confirmato praestitisset, poena extraordinaria in ipsum animaduersum est; qui, si peccasset *consulto*, poenam capitis subire debuisset.

Discedam ab hoc loco, si *homines occupatos* & per multa negotia distractos, attigero, qui & ipsi saepius *obliuionis* suae veniam merentur.

Neque enim difficulter excusationem inueniunt, qui in magna *occupatione*, ab aliis ad alia transeunt, ut, quae ab ipsis perfecta sint, tenaciter non inhaerescant, sed ipsa varietate sua & multitudine confestim deleantur. Hoc accidit caesari *AVGVSTO*, qui, si litteras scriberet, plerumque
littera-



literarum elementa permutabat, & alia pro aliis substituebat, vt breui post, si relegeret, neque quid scripserit, neque quid scribere voluerit, recordaretur. Hoc enim SVETONIUS TRANQVILLVS ^{u)} tradit.

Miror etiam, pontificem maximum, qui errare non debebat, hoc humanum a se non alienum putauisse, sed professum esse, propter negotiorum multitudinem subinde facti prioris quamuis proprii memoriam in animo extinguere. Hac enim excusatione INNOCENTIUS III. usus est, si forte rerum sententia excommunicationis ex ecclesia eiectum blandius honestiusque salutasset, cum illud non relaxandi causa fiat, sed per negligentiam, aut ignorantiam, aut occupationem nimiam, ab ipso commissum videatur c. 41. X. de sentent. excommunic.

IACOBVS MENOCHIVS ^{x)} obseruat, ob hanc causam, ex diuersis principum rescriptis, interdum antiquius praeferri, maxime si de gratia & priuilegio tractetur: cum princeps, propter summam occupationem & varietatem rerum incredibilem, prioris rescripti facile oblitus esse censeatur. Hoc ipse imperator non obscure professus est, l. 4. C. de emancip.

Sed non minus hoc priuatis accidit quandoque. Recordor, amici cuiusdam Lipsiensis, viri honestissimi & eruditi, cui illud aliquando obuenit, vt facti proprii, quamuis egregii, confestim obliuisceretur. Hic iussus erat proximo die ex suggestu sacro verba ad populum facere, propter casum quendam repentinum. Pridie ab amico inuitabatur, vt disputandi causa in auditorium publicum veniret. Amicus meus, honoris causa, quod dicunt Lipsienses, subsellia opponentium occupauerat, confestim discessurus, ne praeses ipsum prouocaret ad certamen. Sed accidebat, vt exemplo a praeside prouocaretur. Amicus meus nonnihil hac allocutione perturbatus, oratione compta atque luculenta veniam petebat, & longa excusatione vsus, gratulationis officio defungebatur, finita oratione discedebat. Vix pedem auditorio extulerat, cum ipse, qui haec omnia coram audiueram, illi occurrerem, & me mirari ostenderem, cur in tanta occupatione in auditorium venisset, & tempus oratione extraxisset. Ille se a me ludibrio haberi, suspicabatur: pertinaciter negabat, se vel verbum emisisse: ita prorsus oblitus erat sui. Ego vero instabam, & subridens, cur ipse me ita luderet, ex illo quaerebam: me his auribus orationem eius longam atque eruditam audiuisse, affirmabam. Tunc vero ipse attonitus, cum illud serio a me dici cerneret, per fidem amicitiae me obtestabatur, vt quid ab ipso dictum factumque sit, ingenue narrarem, cum ipse orationis suae, & quod vel verbum dixerit, recordari penitus non posset. Idem ab aliis sollicito sciscitabatur. Cum omnes consentirent, & nihil illepidum aut inelegans ab ipso dictum esse testarentur, mirifice perturbatus, sancte affirmauit, & per varia

O 2

ria

u) SVET. vit. Aug. c. 88.

x) MENOCH. T. IV. conf. 350. n. 7.



ria temporis interualla serio ostendit, se illius orationis, & quid in auditorio gestum sit, non meminisse, sed in illa opinione esse, quod tacitus discesserit ex illo hominum conuentu. Sed valebat amicus meus, & postero die sacram orationem, approbantibus omnibus, habebat. Atque ita quidem de *fragilitate* humana sentiendum esse existimo.

§. XI.

Probatio obliuionis facti proprii maxime in delictis excusandis.

Venio ad postremum caput, quod in hunc locum distuli, vt de *probatione* huius excusationis breuiter admoneam. Enimvero, ex his, quae disputata sunt, intelligitur, probationem *difficilem* videri, si quis obrendat, se *facti proprii oblitum* esse. Plerumque enim suspicio est, ne per *mendacium* haec allegentur: cum, quod imperator ait l. 14. C. de *hered. instit.* nemo tam stultus videatur, vt factum proprium *ignoret*. Sed ipsi tanto difficilius credemus, quanto magis apparebit, quod necessitas illud mendacium suggerat, vt reus incommodo se liberaret.

Igitur dicemus, neque in *ciuili*, neque in *criminali* causa, cum de supplicio queritur, *iuriurando* illius credi posse, qui dixerit, se *facti proprii* non meminisse: sed repelli illum, qui in ciuili negotio, ob supinam negligentiam & facti proprii turpissimam atque incredibilem *obliuionem*, auxilium iudicis & veniam exposcat: in delictis vero, quanto atrocius fuerit peccatum, tanto facilius reum *tormentis* etiam subiici. Hoc enim etiam *MENOCHIVS* agnoscit. y)

Neque tamen cum illis sentio, qui in ciuili & in criminali causa reum *pro confesso* habent, qui *facti proprii ignorantiam* allegauerit, aut, quod nostri aiunt, *nesciendo* responderit, cum de facto eius proprio disceptaretur. Enimvero in *delictis* apertissimas probationes exigimus, vt constet, alterum omnino *dolo* aliquid fecisse, inprimis, si de *poena capitali*, aut *grauiori* quadam controuersia tractetur. Sed de *dolo* quidem non conuictus est, qui se facti sui non recordari asseuerat. Neque ficta illa *confessio*, quae ex responsione incongrua elicitur, sufficiet ad poenam capitis infligendam, aut sententiam horrendi carminis dicendam.

Itaque eruendae veritatis duriori remedio vtremur, si capitis reus obliuionem facti proprii obtendat. In *delictis leuioribus* etiam *ficta* confessio subinde condemnationi locum facit, vt in illum *quasi confessum* animaduertamus, qui excusatione ignorantiae vtatur.

Sed quae adhuc dicta sunt, duntaxat locum inuenient, si nulla causa probabilis, si nulla *praesumptio*, quam Icti appellant, reo subueniat, vt credi possit, illum vere *facti proprii oblitum* esse. Igitur, si forte de facto *antiquo* quaereretur, & facinus in magna *perturbatione* animi a reo perpetratum

y) *MENOCH. T. I. conf. 74. n. 16.*



tratum videretur, etiam in atrocibus delictis ad *iusiurandum* tanto facilius reum admitteremus, quanto certius a *dolo*, qui maxime punitur, causa etiam *fatua* excusac. Enimvero, quamvis non parum absit a *fatuitate*, qui *factum proprium* ignoret, tamen videtur audiendus esse, qui ex *probabili causa* dixerit, se factum per *ignorantiam*, & cum nesciret, quid ageret, perpetravisse. 2) Ipse etiam *pontifex* ab illa sententia non alienus est, ut in delicto etiam graviore excusatio probabilis ignorantiae & obliuionis admittatur. c. 32. X. de *sentent. excommunic.*

Quae cum ita sint, si *caussa* quaedam *idonea obliuionis*, ex his, quae ante adductae sunt, ostendatur, in *atrocibus delictis* non *tormentis*, sed *iuriurando* ignorantia probabitur, in *leuioribus* etiam non statim reo quasi *confesso* poena inferetur, sed probatio ignorantiae & iusiurandum rei admittetur, quo se *nescire*, quod illud delictum perpetraverit, & si peccauerit, se peccasse per *ignorantiam*, confirmet. Hac enim formula utimur:

Dass er nicht wisse, dass er solches gethan, er auch zu der Zeit, da solches geschehen seyn solle, seiner Sinnen nicht mächtig gewesen, und nicht gewußt, was er eigentlich vorgenommen.

Sed ita quidem in *capitali* causa ius dicere solemus. Neque vero in *ciuilibus negotiis* confestim reus pro *confesso* accipiendus est, si se *factum proprium* nescire in *litis contestatione* ostenderit, aut cum de facto proprio iurandum est, ad *iusiurandum credulitatis* se admitti postulauerit. Quamuis enim, ut supra comprobatum est, *supinae ignorantiae* non succurratur; tamen *ignorantia supina* dici non poterit, quae ex his causis enata sit, quas supra copiose a nobis accepisti. Itaque cauebunt aduocati, ne vel ipsi *ignorantiam facti proprii*, clientium nomine allegent, nisi causam aliquam *probabilem obliuionis*, ex his, quae a nobis adductae sint, afferant, neque aduersarium confestim pro *confesso* habeant, qui ex *caussa idonea* dixerit, se factum proprium *nescire*, & temporis praeteriti oblitum esse: cum in his causis iuriurando *credulitatis* locus dari posse videatur.

2) MENOCH. III. conf. 148. n. 18 & 38. Id. T. VII. conf. 614. n. 10.



XLVIII.
DISSERTATIO
DE
TUTORE ANECLOGISTO
ET
QUANDO RATIONES TUTELAE
REPOSCI NEQUEANT.

AD L. V. §. VII. D. DE ADMINISTR. ET PERICULO TUTOR.

VITEMBERGAE, D. IVN. A. Q. S. P. EST MDCCC XXXI.

§. I.

*Sanctitas tu-
telae. Bona
fides. Lucrum
facere ex tu-
tela nemo
debet.*

Sapienter aliquando patres, teste T. LIVIO, ^{a)} cum Porfenna urbi immineret, plebem portoriis & tributis liberarunt, ut diuites conferrent, qui oneri ferendo esse viderentur. Censuerunt enim, pauperes satis stipendii pendere, si liberos subinde educarent. ^{b)} Enimuero, si PAVLLVM audiamus, ad honorem civitatis legatum illud pertinet, si quid in alimenta aetatis infirmas, inprimis pueris aut puellis impuberibus relictum fuerit, ut respublica civibus amplificetur. l. 122. pr. D. de leg. 1. Sed tanto diligentius rem administrari prolemque educari voluerunt, quanto certius illa providentia & cura non solum spes temporis praesentis, sed etiam futuri, & posteritatis, continetur. Itaque non satis esse visum est, suos cuique liberos a natura commendari, sed pupillos maxime, quibus parentum studia aut fati festinatio aut alius quidam casus interceperit, regi & foveri voluerunt a tutoribus, qui paterna in illos sanctitate vterentur, & desiderium parentum caritate & diligentia explerent. Certe A. GELLIVS ^{c)} auctor est, quod aliquando, cum de gradu & ordine officiorum, quibus nos ea prioribus potioribusque facere oporteret, quaesitum esset, inter plurimos conveniret, ex moribus populi Romani, primum iuxta parentes locum pupillos, tutelae fideique nostrae creditos, tenere, secundum eos proximum locum clientes, qui se in patrocinium nostrum dediderint, habere, tum tertio loco esse hospites, postea cognatos & affines. Quod cum non ignoraret M. CA. TRO, in oratione, quam dixit apud censores contra Lentulum, maiores sanctius omnino habuisse, docuit, pupillos defendere, quam non fallere clientem; ideoque posse quenquam aduersus cognatos testari pro cliente aut pupilo.

^{a)} LIV. L. II. c. 9.

^{b)} Id. ibid.

^{c)} A. GELL. noſt. Attic. L. V. c. 13.



pupillo, non testimonium dicere aduersus pupillum aut clientem. ^{d)} Hoc & MASSURIUS SABINO in mentem venit, qui, libro tertio iuris ciuilis, apud maiores in officiis ita obseruatum esse, ait, vt primum *tutelae*, deinde hospiti, dein clienti, tum cognato, postea affini, studeamus. ^{e)} Quod ne cuiquam durum videatur, M. TULLIUS ^{f)} non minus, qui pupillos defendendos suscipiant, quam qui rempublicam administrent, de patria, & de posteris mereri, aut certe vtrumque studium multa communia habere, iudicauit. Sed hoc vnum tamen diligentissime admonuit, vt *procuracionem reipublicae*, ita *tutelam*, ad eorum *utilitatem*, qui nobis commissi sint, non ad eorum, quibus commissa sit, gerendam esse. ^{g)}

Enimuero abscesse CLAUDIUS TRYPHONINVS itemque SCAEVOLA praecipunt, tutorem *lucrum* facere ex tutela non debere. l. 58. pr. D. de *admin. & pericul. tut.* Quod ne fiat, CALLISTRATVS maxime in tutoribus requirit l. 33. pr. D. *eod.*

Iubemus igitur tutorem *bona fide* in rebus *pupillaribus* versari. Quam ne quis perfunctorie & modulo quocunque metiatur, ULPIANVS *dolum* praestari iubet, & praeterea etiam *culpam*, &, quantam in suis rebus, *diligentiam*, vt pupillos proximo post seipsum loco habere videatur. l. 1. pr. D. de *tutel. & rat. distr.* Imo vero non paullo plus CALLISTRATVS desiderauit: qui non contentus est, tutorem res pupilli, vt suas, procurare, sed, vt solent parentes maiorem pro liberis, quam pro se ipsis, curam suscipere, eandem *diligentiam* exigendam esse docuit, circa administrationem rerum pupillarum, quam non tutor duntaxat, sed quilibet alius paterfamilias, *ex bona fide*, rebus suis debeat praebere l. 33. pr. D. de *administ. & pericul. tut.* Neque GAIUS tutoribus ignoscit, qui pecuniam pupillarem cessare passi sunt, si arguantur, eodem tempore, *suam* pecuniam bene collocasse. l. 13. § 1. D. de *administ. & peric. tit.* Vt non possit esse obscurum, appellatione *bonae fidei*, quam a tutore exigimus, non modo consilium a fraude & cupiditate lucri alienum, sed etiam *diligentiam*, illamque figuralem, qua quis fere magis, aut certe non minus, rebus pupilli prospiciat, quam suis, comprehendit.

Igitur, vt diximus, secundum CALLISTRATVM, non videtur tutor *bona fide* rem gessisse, nisi eandem diligentiam rebus pupillaribus accommodauerit, qua homo frugi res *suas* debeat administrare. l. 33. D. de *admin. tut.* Quae inquisitio ne fiat difficilior, aut ne quid omnino, quod minus diligenter gestum sit, dissimulatione & ignorantia tegatur, ULPIANVS ad officium tutoris pertinere, ait, vt *rationes actus sui* conficiat, & pupillo reddat: ceterum, si non fecerit, aut factas non protulerit, ipsum tutelae iudicio teneri, l. 1. §. 3. D. de *tutel. & rat. distr.*

Ratio-

^{d)} A. GELE. loc. cit.

^{e)} Id. ibid.

^{f)} CIC. I. offic. 25.

^{g)} CIC. loc. cit.



Rationes igitur reddere debet, qui videri velit *bona fide* pupillum defendisse. Neque tamen CALLISTRATO placuit, *reliqua in folle* duntaxat ab illo offerri, qui rationes reddere iussus sit, sed *rationes* primum legendas, deinde computandas, dari voluit, ut explorari possit, imputationes probe, an improbe, ab ipso referantur, accepta an recte relata sint, an minus recte; denique, ut omnia examinentur, ut excipiat, ut res, causa cognita, conficiatur. l. 82. D. de condit. & demonstrat.

Extremo, cum, si SCAEVOLAE fides est, l. 57. pr. D. de administr. & pericul. tut. de dolo fere & de rationibus, nisi ex inventario, cognosci nequeat, ULPIANVS etiam repertorium fieri voluit, & tutorem qui illud non fecerit, dolo fecisse iudicavit l. 7. pr. D. de administr. & pericul. tut.

§. II.

*Rationes ad-
ministratio-
nis quibus-
dam lege re-
mittuntur.
Tutela Ger-
manorum
fructuaria.*

Accepisti, qua cautione opus sit, ut *bona fide* res pupilli defendisse videamur. Quae res, cum magnam diligentiam & sollicitudinem desideraret, plerosque ita deterruit, ut inter summa beneficia acciperent, si *vacatione* vterentur. Alii, si hanc necessitatem subterfugere non possent, *pactione* efficiebant, ut ne rationes tutelae scrupulosius a se reposcerentur. Alii, quos ipsa ostentatione fiducia & spei efficacius mouere voluerunt, ne diligentiae ipsorum diffidere omnino viderentur, *testatores*, illud *suprema voluntate* tribuerunt, ne ab ipsis rationes rerum pupillarium exigerentur.

Sed *Germani* quidem, quanto liberalius de tutoribus sperarunt, tanto indulgentius illos subinde tractauerunt. Quibusdam enim, & *proximis* pupilli *heredibus* inprimis, aut lege aut certe moribus, necessitatem reddendarum rationum remiserunt.

De *Saxonibus* quidem, quidquid alii sentiant, expeditum est, illos olim a tutore legitimo, pupilli proximo herede, finita tutela nihil exegisse, nisi ut ipsa bona, a parentibus profecta, redderentur. Ita enim L. I. iur. prou. Sax. art. 23. cautum est. Ihr ältester ebenbürdiger Schwermagen nimmt das Heergewelt alles zu sich, und ist der Kinder Vormund daran, bis sie zu ihren Jahren kommen, so soll ers ihnen darnach widergeben, und dazu alles ihr Gut, er könnte denn berechnen, wohin ers ihnen zum Nutz gethan habe, oder daß es ihm raublich, oder von Unglück, und ohne seine Schuld, abgegangen etc. Wo aber der Vormund auch Erbe mit ist, so darff er niemand des Kindes Gut berechnen, oder Bürgen setzen. Sed hoc quidem, dici non potest, quanta consensione in exemplum traxerint & imitatione quadam moris innocentissimi ad suos transtulerint reliquae Germanorum ciuitates. ^{h)} Pleraque enim *matri* in primis tutelam *fructuariam* dederunt. ⁱ⁾

Sed

^{h)} GIESERERT. pericul. statut. II. L. I. tit. 24. p. 266. Illustr. a LVDEWIG. reliqu. MSC. T. VII. p. 114. It. T. II. opuscul. p. 1206. ⁱ⁾ EYBEN. de tut. faem. P. II. membr. II. n. 7. a LVDEWIG. diff. iur. rom. & German. XVI. p. 1157. sq. HERNECC. de usufruct. materno iur. Germanici.



Sed BERLICHIVS quidem, ^{k)} & RICHTERVS ^{l)} etiam hodie vestigia moris prisca obseruarunt, vt a *matre* rationes tutelae, extra electoratum Saxoniae, nisi aliud cautum sit, non reposci posse videantur. Idem certe olim in *feudis* obtinuit, vt proximus successor vassallo, cum ad pubertatem perueniret, feudum duntaxat restitueret, sed ipse fructus, interea perceptos, lucraretur. I. F. Sax. art. XXVI. Neque enim domino directo molestum fuit, tutelam vassalli impuberis suscipere, & feudum ipsi integrum seruare, sed fructus interim suos facere, percipiendo. Arbeitet ein Herr oder ein Mann des Kindes Garten, der zu dem Lehn gehört, und beschütet ihn, bis auf St. Urbans Tag, und hat sich dann das Kind noch nicht bejahret, so nimmt der Lehn-Herr die Frucht herab. Hat auch der Lehn-Herr lassen säen des Kindes Land, ehe es sich bejahret, er behält die Saat mit Recht. II. L. R. 58. Sed ne quis de consensione Germaniae vniuersae dubitet, audiamus Sueuos, qui c. 224. §. 2. iur. Suen. idem praeceperunt: hat er das Gut zu Lehen von einem Herrn, so wird dem Herrn das Geld, das Gut behält er. Denique, vt morem latius serpsisse videamus, etiam Normanni tutelam *fructuariam* vassalli impuberis, *custodiam*, *la garde noble royale*, appellant. ^{m)} Idem iuris Lotharingiae ductibus, ab HENRICO, rege Rom. A. MCCXXII. & Treuironum archiepiscopis a CAROLO IV. A. MCCCLXXIII. concessum esse, vt vassallos impuberes in tutelam recipiant, MIRAEVS ⁿ⁾ & LIMNAEVS ^{o)} comprobarunt. Imo vero aliquando obtinuit, vt dominus directus etiam aliis subinde tutelam vassallorum fructuariam, *mundobardiam* vassalli impuberis & bonorum eius, cum spe succedendi, iure inuestiturae largiretur. Iur. feud. Sax. art. 26. iur. feud. Alem. 49. & 55. Extat tabula FRIDERICI II. imperat. apud illustrem a Ludewig, qua comiti Hohenloico tutelam fructuariam liberorum Rudolphia a Kieselow, concessit, ^{p)} vt intelligatur, maiores nostros fructum aliquem & lucrum non exiguum ex tutela impuberis vassalli quaesuisse.

Sed haec sufficiat in transcurso indicasse. Ab aliis enim occupata sunt, & imprimis ab illustri HEINECCIO, ^{q)} clarissimi viro ingenii, diligentius & copiosius tractata.

§. III.

Ex his igitur causis olim, apud Germanos, in magna veterum paupertate, tutores, de quibus ipsos benignius iudicare boni moris simplicitas, ^{Rationes tutelae paulo remissae}

^{k)} BERLICH. P. II. conclus. 12. n. II. & 14. ^{l)} RICHTER. P. I. dec. 18. n. 12. sqq. ^{m)} CAROLVS DV FRESNE glossar. voce: *custodia*. ⁿ⁾ MIRAEVS donat. Belg. L. I. c. 95. ^{o)} LIMNAEVS iur. publ. T. I. lib. III. c. v. Europäischer Herold P. I. p. 280. CRAG. iur. feud. II. 20. p. 284. ^{p)} Dn. a LVDEWIG. reliqu. MS. T. II. p. 220. ^{q)} HEINECC. elem. iur. Germ. T. I. tit. XV. §. 347. sqq. & 354. sqq. it. tit. XVI. §. 375. .



haec pactio tas, & ipsa vox naturae, & personarum coniunctio, iubeat, necessita-
non donatio tem reddendarum rationum declinabant. Sed alii, qui *lege* durius tracta-
est sed trans- bantur, quandoque *pactione*, vt supra obseruatum est, impetrauerunt, ne
actio. rationes rerum pupillarium reposcerentur. Enimuero luculenter DIOCLET-
 IANVS & MAXIMIANVS, imperatores, l. 8. C. *arbitr. tut.* praecepe-
 runt, non praescriptione quidem, sed *transactione* tamen, vel *nouatione*,
 vel *acceptilatione* aliquando, tutores *liberari* posse iudicio tutelae. Sed ap-
 pareret, tutelae iudicio perempto, rationes rerum pupillarium efficaciter
 exigi non posse. Imo vero generaliter alio loco VLP IANVS, *omne dam-*
num, quodcumque ex tutela quis senserit, remitti posse ait. l. 5. §. 7. D. de
administ. & pericul. tut. in fine.

Igitur nemo dubitat, quin de rationibus etiam, *ne reddantur* aut *inspi-*
ciantur, recte transigamus; cum appareat, efficaciter de ipso *damno* tran-
 sigi, quod, *rationibus excussis*, praestari debuisset. PAPINIANVS enim
 obseruauit, *conuentione remitti posse*, vt doli, ita & *culpa praeteritae* tu-
 torum, quaestionem. l. 39. §. 13. D. de *administ. & pericul. tut.*

Quapropter dicemus, *tutorem liberari*, si cum illo, cuius tutelam
 gesserit, finito officio tutelae, paciscatur, ne omnino rationes reposcantur:
 aut si det chirographum, aut etiam cambium, quo *reliqua* contineantur,
 quaestione tutelae & rerum pupillarium, per *nouationem* expressam, peni-
 tus extincta.

Vnum PAPINIANVS monet, vt ab illo remittatur culpa quaestio,
 qui auxilio *restitutionis* non iuuetur. d. l. 39. §. 13. D. de *administ. tut.* Ex
 quo loco intelligitur, neque tutorem, qui cum *minore* de culpa praeterita
 transegerit, omnino tutum esse, neque illum, qui cum pupillo, quamuis
 auctore alio tutore. Igitur multo minus liberabitur, qui de dolo aut *cul-*
pa futura cum pupillo pactus est, durante officio tutelae. Sed a *maiore*
facto remitti debet culpa quaestio tutori, quod *imperatores* probauerunt,
 l. 2. C. *si maior. factus rat. habuer.*

Cum *maiore* igitur, cuius tutelam gesserit, qui quondam tutor fuerat,
 de culpa *praeterita*, cum fructu paciscetur. Sed quid negotii gestum di-
 cemus, si culpa quaestio tutori remittatur? Opportune PAPINIANVS
 subiicit, *non donatum*, sed *transactum* videri, si tutori *culpa* sit remissa.
 l. 39. §. 13. D. de *administ. & periculo tut. in fine.* Quod habet ratio-
 nem, cum *ambiguum* sit tutelae iudicium, & multa in rationibus tutelae
 vtrinque imputentur, & tutor, quod VLP IANVS ait, l. 1. pr. D. de *con-*
trar. tut. act. etiam pupillum sibi obligatum habeat, ex rerum pupillarium
 administratione.

Igitur dicemus, litis & difficultatis declinandae causa, *transactum*
 videri cum tutore, si ipsi vel rationum reddendarum necessitas, vel quaestio
 culpa,

culpa, sit remissa. Quod cum sit expeditum, disputatione non indiget, etiam a minore aliquando, *curatore* alio adhibito, ex *caussa probabili*, efficaciter remitti rationes tutelae antea administratae. Quamvis enim PAVLVS l. 22. & l. 46. §. 7. D. de *administr. & pericul. tut.* curatori nec *donare*, nec cum debitoribus, *deminuendi caussa*, *transigere* permittat; tamen certius videtur, in caussa ambigua, & virimque imputationes varias habente, etiam a minoris curatore, cum debitoribus, ex caussa idonea, efficaciter tractari posse, ut a lite discedatur. Enimvero GAIVS l. 54. §. 5. D. de *furtis*, comprobavit, si *curator transegerit* cum fure, evanescere omnino furti actionem. Praeterea ALEXANDER l. 6. C. *arbitr. tutel.* monuit tutores, ne calumniosas actiones instituunt, aut lites exerceant nomine minoris aut pupilli, ex quibus fructum aliquem sperare & capere non possit. Ex quibus rebus intelligitur, si non sint magnae *minoris* facultates, si appareat, reputatione facta, minorem etiam tutori obligatum esse, si difficultas infructuosa iuste metuatur ex iudicio tutelae, curatorem commodius remissurum esse tutori administrationis gestae rationes: cum non *donasse*, sed *transegisse* videatur, qui difficultatem excutiendae rationis pactione euitavit.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, non potest esse obscurum, ex iisdem causis, ex quibus a *transactione* disceditur, rescindi posse pactionem, qua conuenit, *ne rationes a tutore exigantur*. Contra propter solam iniuriam illius, qui antea tutor fuerat, aut propter alias quasdam causas, de quibus IUSTINIANVS l. 10. C. de *reuoc. donat.* exposuit, non retractabimus omnino rationes, quae semel tutori sunt remissae: cum non donatum sed transactum videatur. Ceterum, si non *generaliter*, sed de certa summa, cum tutore transegisti, ALEXANDER l. 3. C. de *transact. reliqua* iudicio tutelae repeti, permittit. Hoc enim etiam veteribus placuit, ut, quamvis cum aduersario transactum sit, lites, de quibus non est cogitatum, integrae retineantur. Fregit enim interpretatio prudentum *captiosam liberalitatem*, si PAPINIANVM audiamus l. 5. D. de *transact.*

Imo vero, si *generaliter* transactum sit, actione tutelae vel curae administratae penitus consumpta, tamen ALEXANDER de *dolo* actionem, intra consueta tempora admittit, ut a pactione discedatur l. 4. C. de *transact.* nisi specialiter de *dolo* sit transactum. Sed recte DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS l. 2. C. *eod.* obseruauerunt, non facile audiri, qui, maior XXV. annis, transegerit cum curatore, & *doli* contestatione uti velit ad transactionem rescindendam. Igitur dicemus, luculentam doli suspensionem ab illo indicandam esse, qui retractare velit rationes, quarum necessitatem tutori in legitima aetate constitutus liberaliter remisit. Idem enim *imperatores* alio loco tradiderunt, si quis *donationis*, seu potius *transactionis* caussa, *administratae tutelae* obligationem tutori remiserit, frustra illum de *dolo* conqueri, cum *dolus*



volentibus non inferatur. l. 34. C. de *transact.* Quamvis igitur ipsa haec remissio reddendarum rationum nonnihil suspicionis habeat; tamen de dolo actio non facile succedet, nisi machinationes quaedam captiosae interuenerint, quibus quis ad transigendum inductus esse videatur. Neque enim ob *errorem*, praetextu specierum post illud tempus repertarum, a transactione generali discedetur. l. 28. C. de *transact.*

Quae cum ita sint, apparet, plerumque ratam esse pactionem, qua quis, in *legitima aetate*, de administratione *praeterita*, cum tutore quondam suo, qui nunquam rationes reddiderit, transegit; inprimis, si quod ALEXANDER l. 4. C. de *transact.* monuit, etiam de dolo fuerit transactum.

Sed de his, qui *veniam aetatis impetrarunt*, videamus, an cum fructu remittant tutore rationes. IUSTINIANVS quidem certe l. 3. C. *si maior fact. rat. hab. donationes* rerum suarum etiam illis interdixit, qui per *veniam aetatis* liberati sint a curatore. Atuero nihil illa de rationibus a tutore nunquam reposcendis pactio commune habet cum *donatione*, quam Iustinianus infirmavit; ut ausim affirmare, qui *veniam aetatis* impetraverit, tutore rationes perceptorum fructuum, & gestae administrationis efficaciter remittere, si non de ipsa *rerum immobilium substantia* cum tutore quondam suo paciscatur. Contra *ipsas res immobiles*, nisi decreto interueniente, nunquam, ante legitimam aetatem, & ne quidem post *veniam aetatis impetratam*, in tutorem transferemus. Hoc enim & IUSTINIANO placuisse video, l. 3. C. de *his, qui veniam aetat.*

Satis, credo, ex tam sollicita prudentum disputatione, intelligetur, crebro, & plerumque, Romanos cum tutore *viuo* de rationibus administrationis nondum redditis, aut certe nondum penitus excussis, transegisse. Igitur discedam ab hoc loco, si hoc vnum adiecero, tutores aliquando, si *viui* liberationem impetrare non potuerint, *suprema voluntate* hanc legem pupillis suis adscripsisse, ut heredes testatoris, qui tutelam gesserit, necessitate reddendarum rationum liberarent. Extat elegans eiusmodi species apud SCAEVOLAM l. 26. D. de *liberat. legat.* in qua tutor decedens, scriptis aliis heredibus, pupillo suo, cuius tutelam gesserat, tertiam partem bonorum dari voluit, *si heredibus suis tutelae causa controuersiam non fecerit, sed omnes liberarit.*

Neque vero locus esse potest dubitationi, quin pupillo necessitas quaedam imponatur *remittendarum rationum*, si ex testamento tutoris, agnouerit legatum. Sed SCAEVOLA pupillo *aetatis beneficio* succurrit, ut, si paratus sit, reddere, quod ex fideicommissio percepisset, tutelae actione aduersus tutoris heredes audiat, l. 26. D. de *liberat. leg.*



§. IV.

Vides, quā sollicitudine id egerint tutores, ut vel seipso^{rum} viui *pactio* Tutoris aneclogisti ex re-
ne, vel *testamento*, difficultate reddendarum rationum liberarent. Sed *testamento vel*
 non minus frequenter ipsi, quorum bona ab aliis administrata sunt, sponte *patris vel mi-*
suprema voluntate, tutoribus exactionem istam remiserunt. Enimvero *minorum; for-*
nones, qui rationibus a tutore nondum redditis supremo fato fungebantur, *mulae, qui-*
 ut vel gratiam tutoribus referrent, de quorum fide & beneuolentia ipsis *bus liberatio*
 constabat, vel, quia ipsorum post mortem non in tererat, utcunque ratio^{rum} *tutoribus ve-*
 nes redderentur, non raro tutoribus quondam suis liberationem testamento *linquuntur.*
 reliquebant. Sed omnium maxime *parentes*, qui impuberes liberos in testa-
 mento fidei & tutelae aliorum commendabant, ne *diffidere* tutorum pru-
 dentiae & bonitati viderentur, sed, ipsa spei de ipsis maximae significatione,
 studium illorum accenderent, & prouocarent, aliquando rationes ab illis
 exigi prohibuerunt. Quandoquidem vero alii indulgentius tractandi sunt,
 cum aliis durius agendum, prout alia atque alia atque alia *formula* immu-
 nitas ipsis, aut liberatio, relicta est, operae pretium videtur, ipsas for-
 mulas adiciere, quibus plerumque vsi testatores:

Enimvero aliae omnino *plenam* significationem habent, quod PAVL-
 LVS ait, l. 38. §. 4. D. de *usur.* aliae strictius immunitatem largiuntur. Sed
 ita quidem plenius: *Quidquid mihi ex rationibus debet, concedi ipsi volo,*
 quod SCAEVOLA habet, l. 31. §. 4. D. de *liberat. leg.* item, secundum
 POMPONIVM, *veto heredem meum agere cum tutore meo*, l. 8. §. 6. D. de
liber. leg. Damnas esto heres meus, *quidquid ab eo exegerit tutelae actio-*
ne, id ei restituere, vel actionem remittere. l. 9. D. de *liberat. leg.* aut, quod
 habet MODESTINVS, iubeo heredem meum, tutores *liberare, & si quid*
eos dare facere oportet, non exigere, l. 19. D. *eod.* itemque. *Quaestio-*
nem curatoribus meis nemo faciat, rem enim ipsam tractavi, l. 20. §. 1. D.
 de *liberat. leg.* aut, quod SCAEVOLA suggerit, *tutelae causa controuersiam*
ipsis nemo faciat. l. 26. *eod.* aut, ne rationes actus mei ab ipso exigatis, eo-
 que nomine eum liberetis, l. 28. §. 9. D. *eod.*

Sed his quidem verbis *plenius* tutori consulebant testatores: contra ve-
 ro strictius, si *rationes* duntaxat exigi ab illo prohibebant: Occurrunt eius-
 modi sexcenta. Apud VLPIANVM certe l. 5. §. 7. D. de *administ. tut.* Tuto-
 res filiorum meorum *aneclogistos esse volo.* Apud SCAEVOLAM *τῶν τῶν*
βέλομαι ἐν αὐτῶν ἀνεκλόγιστος. l. 23. §. 2. D. de *pecul. leg.* Apud PAPINIA-
 NVM: Tutori *quaestio culpa remittatur.* l. 39. §. 13. D. de *administ. tut.*
 Apud SCAEVOLAM: *Rationem tutelae, quam egit, posci ab eo nolo, eo-*
que nomine causa omni eum liberatum volo. l. 28. §. 4. D. de *liber. leg.*
 itemque, si quid me viuo gessit, *rationes ab eo exigi veto*, l. 31. §. 1. D.
eod. aut, *ne ratio ab ipso exigatur.* l. 72. §. 3. D. de *condit. & demonstr.* aut



paullo aliter: *rationem* tutelae meae ab eo *reposci* nolo, l. 31. §. 2. D. de *liberat. leg.*

Ita quidem veteres tutori difficultatem illam remittebant. Nostri non minus solcite tutoribus subinde cauent in tabulis supremæ voluntatis. *Praefidi* quidem haud ita pridem testamentum, quod occasionem scribendi nobis dedit, oblatum est, quo liberatio *hac* formula relinquebatur: Daß der Vormund schlechterdings mit Abforderung einiger Administrations-Rechnung durchaus nicht beschweret werde, sondern der Erbe, und sonst jedermanniglich, damit, daß Er auf sein Priesterlich Gewissen anzeige, was, nach errichtetem Inventario, bey angetretener Vormundschaft, annoch vorhanden, und ihm zuständig gewesen, zufrieden seyn solle: Item nouissime aliud, his verbis conscriptum: Daß meine Wittib, so lange sie unverrückt im Wittwen-Stande bleibet, die Administration und Verwaltung, auch Nutzung aller meiner Güther, Inventarien, worüber nach meinem Tode, zu Abwendung aller unnützen Weitläufftigkeit, und davon entstehenden Gelegenheit zu Defecten und Streitigkeiten keine Consignation gefertiget, sondern auch den Pachtbriefen die Nachricht erhohlet, weiter aber durchaus nicht inquiriret werden soll, bis meine Kinder das 25ste Jahr ihres Alters erfüllet, ohne alle Rechnung, als welche ich derselben hiermit wohlbedächtig und gänzlich erlassen haben will, und ohne alles Widersprechen, haben und behalten solle. Quod quo fructu factum esse videatur, superest, vt exponamus.

§. V.

Scribte interpretamur legatum quo tutori rationes remittuntur.

Sed illud quidem expeditum est, si ab ipso *minore*, cuius quis tutelam gessit, omnis tutelae vel curae administratae quaestio, quoad tempus praeteritum, plenissima formula, in testamento, remittatur, vt nihil ab illo exigi, nihil *reposci*, omnia potius ipsi concedi, aut etiam reddi iubeantur, quod supra ex l. 8. §. 6. l. 9. l. 15. l. 19. l. 20. §. 1. l. 31. §. 4. D. de *liberat. leg.* obseruauimus, consumi omnino actionem, & tutorem liberari. *VLPIANO* enim placuit, *omnibus* omnino *debitoribus* ea, quae *debent*, obligatione iam contracta, recte legari & remitti. l. 1. pr. D. de *liberat. leg.* Igitur caret dubitatione, *culpam praeteritam*, & *reliqua*, quae ex rebus pupillaribus apud tutorem inueniantur, & omnem *exactionem rationum* administrationis *gestae* efficaciter remitti, si ex formula apparet, de illis omnibus sensisse testatorem.

Ceterum, nisi omnia *specialiter* expressa, aut plenissimis certissimisque verbis comprehensa sint, strictam rationem sequimur, in legati interpretatione, quo tutori *liberatio, non inspectis rationibus*, relinquatur a testatore. Enimuero obsequimur *PAPINIANO*, qui *liberalitatem captiosam & enormem* interpretatione prudentum fractam esse ait. l. 5. D. de *transact.* vt *non cogi-*



cogitata, ne quidem *transactio* inter viuos, multo minus legato, comprehensa videantur.

Sed, *enormem* esse liberalitatem illam atque a regula iuris omnino alienam, disputatione quidem tanto minus videtur indigere, quanto certius, *bonam fidem*, non solum a fraude & lucri cupiditate penitus auersam, sed etiam cum *diligentia* eaque singulari & notabili coniunctam, in tutoribus desiderari, ideoque & rationes ab ipsis reddi, & inuentarium confici debere, ex l. 5. §. 7. l. 13. §. 1. & l. 33. pr. D. de *administ. tut.* supra §pho I. est a nobis comprobatum. Imo vero luculenter IULIANVS & PAPINIANVS, cum quaestio de *tutoribus aneclogistis* incidisset, *ius publicum* omnino *neminem* priuatum his cautionibus *remittere*, aut *formam antiquitus constitutam* *immutare*, nec *liberationem tutoris*, nec *voluntatem patris* tutoris officium infringere omnino posse, docuerunt. l. 5. §. 7. & 8. D. de *administ. & pericul. tut.* Enimuero cum propter spem posteritatis publice inter sit, pupillos a tutoribus defendi, generaliter rescripsit HADRIANVS, ne quidem *magistratum conuentione ius publicum de sanctitate tutelae* propositum, mutari l. 1. §. 9. D. de *magistr. conuen.* Hanc igitur regulam IULIANVS atque SCAEVOLA in omnibus illis speciebus, ubi liberatio legata, & *rationum reddendarum* necessitas administratoribus remissa, solcite sequuntur, ut, nisi quid *specialiter*, quod IULIANVS ait, sit *remissum*, illud hoc legato non contineatur. l. 12. l. 28. pr. l. 31. §. 5. D. de *liberat. legat.* Video illud etiam hodie illustri BOEHMERO, ^{r)} insigniter de arte nostra merito, non semel placuisse.

§. VI.

Restringimus igitur *captiosam* & iuri communi aduersam liberalitatem *Restitutio* retestatoris, qua tutori rationes administrationis, aut iam tum gestae, aut *liquorum* etiam futurae, remittuntur. Quae cum ita sint, apparet, *reliquam ex ad-* non *remissa* *ministratio*ne, id est, quae tutor lucratus est, & accepit, sed in viilitatem *pupilli* non impendit, non contineri hoc legato, quo prohibuit testator, *ne* ^{*videretur*} *scilicet* ^{*rationes*} *rationes a tutore exigantur.* Et primo quidem de administratione iam tum *statur.* *gesta* videamus. Tractat eiusmodi speciem SCAEVOLA l. 28. §. 4. D. de *liberat. legat.* Maevia enim Iuliani, quondam tutoris sui, pupilla, post pubertatem ita legauerat: *rationes tutelae*, quam egit Iulianus, (ut appareat, de administratione *praeterita* sermonem esse) *posci ab eo nolo*, eoque nomine, *omni causa illum liberatum esse volo.* Quaerebatur, an, si *qua pecunia* ex tutela apud eum *mansit*, illa nihilo secius ab ipso peti posse videatur.

Et dici posset, fauere partibus tutoris, quod *omni causa liberatus* esset testamento. Sed SCAEVOLA respondit, nihil proponi, cur pecunia, quae pupil

^{r)} BOEHMER. consult. iuris priuat. T. I. decis. 64. n. 37. p. 951.



pupillae esset, & apud tutorem manserit, legata videretur: cum sequamur strictam interpretationem, si tutori, contra ius commune, rationes remittantur. Idem etiam in alia specie placuit, qua Titia a Maeuio, tutore quondam suo, generaliter *rationes* tutelae reposci prohibuerat. Videbatur enim Titia nihil de pecunia sensisse, quae apud tutorem ex tutela *remansisset*. l. 31. §. 2. D. de *liber. legat.* In eandem sententiam *MODESTINVS* respondit, cum Gaius Seius, adolescens, cauisset testamento, ut curatoribus suis nemo *quaestionem* moueret, *quod ipse adolescens omnem rem tractasset*. Quamuis enim ipsa actio curationis seu tutelae remissa videretur, & praeterea ipse adolescens fassus esset testamento, non curatores, sed se ipsum sua negotia tractasse, ut superuacuum dici posset, de curatorum administratione quaerere, quam non gessissent; tamen censuit *MODESTINVS*, si quae res testatoris apud curatores essent, eo nomine conueniri illos posse, ut restituantur. l. 20. §. 1. D. de *liberat. legat.*

Eandem veteres rationem etiam in aliis administratoribus secuti sunt, ut, quamuis testator illos liberos & *ἀνεξέταστος*, *inexcussos*, esse voluerit, tamen peculia & *reliqua*, quae ex administratione apud illos mansissent, non legata viderentur. Ita enim *SCAEVOLA* respondit, l. 23. §. 2. D. de *pecul. legat.* Sed apertius paullo *MARCIANVS* de seruo, quem testator a se manumissum rationes reddere prohibuit, l. 119. D. de leg. 1. disputat, non illud seruum consecutum esse, ut ne, quod apud eum sit, reddat, illudque lucrifaciat, neque ut peculium retineat, de quo non senserit testator. Denique generaliter *PAPINIANVS*, legato, quo tutores actus sui rationem reddere verentur, negat *liberationem* eius, *quod ex tutela illi percepissent*, contineri l. 41. D. de *administ. & pericul. tut.* Et *VLPIANVS* saepissime rescriptum esse, ait, ut si quis *rationes exigere* vetetur, *reliquas*, quas tutor *reliquauit*, repetere omnino non impediatur. l. 9. D. de *liberat. leg.* Enimvero si eundem *VLPIANVM* itemque *CALLISTRATVM* audieris, *rationes reddere & reliqua* ex tutela *restituere*, diuersa tutorum officia videntur. l. 8. §. 5. D. de *liberat. legat.* & l. 82. D. de *condit. & demonstr.* Vti igitur, qui *rationes reddere* iussus est, non defungitur officio, si *reliqua* tantum restituat, sed rationes recte ordinatas non exhibeat, ita, cui necessitas rationum remissa est, nihilominus tenetur de altero officio, ut *reliqua restituantur*.

Hoc igitur iure utimur, si administrationis *iam tum gestae* rationes remittantur, ut tutor nihilominus de *reliquis*, quae apud ipsum ex tutela manserint, conueniatur. Sed idem multo magis dicemus, si de *futurae administrationis* rationibus tractetur, & pupillus illas aliquando, cum ad pubertatem peruenerit, a tutore exigere, prohibeatur parentis testamento. Abscisse enim *IULIANVS* l. 5. §. 7. D. de *administ. & pericul. tut.* negat, tuto.

tutorem, quem pater *aneclogistum* esse iusserit, quasi ex fideicommissio aliquid consequi aut retinere posse, sed nisi, *bona fide*, omnia reddiderit, hoc nomine damnandum esse, ne ius publicum, & forma tutelae antiquitus constituta, priuatorum cautione immutetur. Adiecit enim rationem CLAVDIVS TRYPHONINVS, quod semper Romanis placuerit, tutorem *lucrum facere ex tutela* non debere, l. 58. pr. D. de *administ. & pericul. tut.* Tanto minus igitur ferri posset, si ad *futurum* etiam *lucrum* traheretur captiosa liberalitas, quanto magis negotia illa auersamur, quibus occasio tutoribus offertur, licentiosius grassandi in rebus pupillorum, quos reipublicae & posteritati educamus.

§. VII.

Nihil igitur tutori, quem testator rationes reddere vetuit, omnino *Dolus nec relinquimus*, quod ad *lucrum* eius pertinere videatur. Superest, ut etiam *praeteritis* de *damnis* exponamus. Sed *damnum* quidem *praeteritum* quod quis ex *nec futuris* *gesta* iam tutela senserit, VLPIANVS ait, & legato & fideicommissio efficaciter remitti posse, si hoc *specialiter* testator voluerit remitti. l. 5. §. 7. D. de *aneclogisto*. *administ. & pericul. tutel.* Omnibus enim debitoribus, quae debent, legari posse, supra, ex l. 1. pr. D. de *liberat. leg.* a nobis obseruatum est. Sed nisi hoc expresse egerit testator, secundum POMPONIVM, non videbitur id sensisse, ut obligatio, quam administrator *dolo* vel *fraude* quadam contraxerit, legata sit tutori l. 8. §. 6. de *liberat. leg.* Qui enim hoc voluerit, teste VLPIANO, ita legare debet, ut heres, quidquid a tutore exegerit tutelae actione, ipsi restituat, vel remittat tutelae actionem. l. 9. D. *eod.* Contra vero, si *rationis* tantum *reddendae* necessitas remissa sit, PAPINIANO etiam placet, rationi exigendae modum duntaxat adhiberi, non vero intelligi, *dolum* etiam *remissum*. l. 72. §. 3. D. de *condit. & demonstrat.* Enimvero, si res pupilli ille perdidit, cui testator remisit rationes, etiam contutores eius tenebuntur, qui eum *suspectum* facere omnino debuissent. l. 41. D. de *administ. tut.* Neque MODESTINVS dubitauit, quin de *dolo* etiam *praeterito* omnino teneatur, quamuis adolescens *quaestionem fieri* omnino *curatori* suo interdixerit *suprema* voluntate. l. 20. §. 7. D. de *liberat. legat.* Generaliter rem definiuit MARCIANVS, ut nihilo secius *fraudium* & *doli* rationem habeamus, quamuis vetuerit testator, ne rationes redderentur. l. 119. D. de *leg. 1.*

Ex his, quae adhuc disputata sunt, apparet, ne ex *gesta* quidem *administratione* *quaestionem fraudium* remitti, nisi hoc luculenter expresse- rit testator. Quid igitur dicemus, si pupilli pater prohibuerit, ne tutores red- dant rationem *futurae* *administrationis*, quae mortuo demum testatore a tutoribus geretur. Sed enucleate IULIANVS tradit, ius publicum mutari

Fasc. VI.

Q

non



non posse cautione testatoris, ut *dolus futurus* remittatur. l. 5. §. 7. D. de *administ. tut.* PAVLLVS enim intercedit, ne vel inter viuos pactione omnino possit effici, ne *dolus* in posterum praestetur. l. 27. §. 3. D. de *pact. & CELSVS* auctor est, bonae fidei iudiciis contrarium videri, si conuenerit, ne *dolus* in posterum praestetur. l. 23. D. de *reg. iur.* Quae cum ita sint, expresse IULIANVS, tutorem *damnandum* esse, ait, nisi *bonam fidem* in administratione praestiterit, quamuis testamento comprehensum sit, ut tutor *aneclogistus* esset l. 5. §. 7. D. de *administ. tut.*

§. VIII.

Bonam fidem *Damnandus* igitur videtur tutor *aneclogistus*, si, non *bonam fidem* praestitisse rebus *pupillaribus* intelligatur. Sed *bona fides* quam multa in bet tutor tutore comprehendat, & quanta *sanctitate* pupillis praestanda sit, supra §pho *aneclogistus*, primo a nobis disputatum est. Quid igitur dicemus, si non res pupilli, an etiam *cul-* ut *suas*, aut diligentius quam *suas*, administauerit. Hoc enim GAIVS *pam? scrupu-* non obscure desiderauit in tutore, qui videri velit *bona fide* rem gessisse. *lusa inquisi-* l. 13. §. 1. D. de *administ. tut.* Neque enim CALLISTRATVS tutorem *tio remitti-* *bona fide* circa res pupillares versatum esse credit, qui non eandem diligen- *tur, rationes* tiam in illis praestiterit, quam paterfamilias rebus suis *ex bona fide* debeat *in folle ad-* praestare. l. 33. pr. D. de *administ. tut.* Denique quid fiet, si non *mittuntur,* *instrumenta* *reper-* torium confecerit, quod, siue *luculenta doli* nota, non omitti posse a tu- *ab ipso exhi-* tore, VLPIANVS comprobauit. l. 7. D. *eod.* *beri debent.*

Verum enim vero haec omnia si a tutore *aneclogisto* exigantur, parum proderit legatum, quo *rationes* ipsi remittuntur.

Ita quidem certe quibusdam visum est, quos longo ordine MENOCHIVS, vir summi ingenii & acuti, excitauit. s) Fidem enim VLPIANI inuocant, qui l. 2. D. de *pact. dotal.* ne inter maritum quidem & uxorem pactum seruandum esse, ait, si conuenerit, ut dos, mortua vxore, apud maritum remaneret: cum ita ius publicum turberetur. Multo magis igitur aduersus tutorem pupillis fauendum esse, docent, quos, publice interfit, a tutoribus defendi. Praeterea transactionem ad non cogitata non proferri posse, aiunt, nec ferendam esse *captiosam testatoris liberalitatem*, qua tutoris nequitiae & indulgentiae indulgeatur: cum & PAPINIANVS illam ratam non habuerit. l. 5. D. de *transact.* Praeterea hoc legato ad fraudium & lucri ineundum consilium tutores inuitari, dicunt, si sperare possint, rationum reddendarum se necessitatem declinatuos esse probabili obtentu: Extremo, nisi inuentarium & *rationes* a tutoribus exhibeantur, de *dolo* & *bona fide* cognosci penitus non posse: ut superuacuum sit, de *dolo* teneri tutores *aneclogistos*, nisi *rationes reddere* omnino teneantur.

Sed,

s) MENOCH. T. I. consil. XXII. n. 3. sqq.



Sed, quantumvis illa non inepte ad speciem dicantur, tamen ausim affirmare, non prorsus inutile legatum esse, quo rationes rerum pupillarium tutori remittuntur. Enimvero non omnino omnia, quae de pacto contra dorem in fraudem vxoris inito dicuntur, satis idoneo argumento ad tutorum obligationem accommodari possunt: cum sciamus, multa extra ordinem, in fauorem dotis, constituta esse, contra rationem, quae ad alias causas trahi commode non possunt. l. 15. & 16. D. de *legibus*. Deinde, quis illa, quae de pactis & transactionibus afferuntur, ad ultimas voluntates pertinere credat? inprimis si luculenta sit voluntas testatoris. Denique ipse *VLPIANVS* aliquando tutori necessitatem inuentarii remittit, si *iusta* causa appareat, cur illud non factum esse videatur. d. l. 7. D. de *administ. tut.* Sed disputatione non indiget, iustissimam causam esse, si testator prohibuerit, ne fiat *inuentarium*, aut ne rationes reddantur a tutore.

Itaque certius videtur, prodesse hoc tutori, si testator vetuit *repositi rationem*. Nimirum id effectum esse iudicamus, ut *bonam fidem* & diligentiam tutoris *remissus* & benignius interpretemur. Opportune enim *PAPINIANVS* monet, his verbis: *ne reddantur rationes*, rationi non reddendae *modum adhiberi*; scilicet, ut *culpa*, non ut *dolus*, *remissus* videatur. l. 72. §. 3. D. de *condit. & demonstrat.* Nec minus eleganter *MARCIANVS*, illud tutorem hoc legato consecutum esse, ait, non, ut lucrifaciat, sed ut ne *scrupulosa inquisitio fiat*: hoc est, ut *negligentiae ratio non habeatur*, sed tantum fraudium, l. 119. D. de *legat.* 1.

Igitur de *culpa leui* & *negligentia* non tenetur tutor, a quo, testator prohibuit, ne rationes exigantur, ut sola quaestio *fraudium* & *lucris* a heredibus tractari posse videatur. Sed quomodo de *fraudibus* & *lucris* iudicabimus, nisi *rationes* reddantur a tutore. Enimvero, ut dicam quid sentiam, videtur illa *solennis forma*, & *scrupulosa rationum excussio* remissa, de qua *CALLISTRATVS* l. 82. D. de *condit. & demonstrat.* tractauit: ut luculenter conscribantur, ut legendae offerantur rationes, deinde ut computentur, denique ut exploretur, an non potuerit aliquid comparci. Haec igitur *scrupulosa inquisitio* remissa est tutori *aneclogisto*: et admittetur, si *in folle reliqua obtulerit*, non difficili & diligenti computatione. Hoc enim videtur *CALLISTRATVS* sensisse. d. l. 82. D. de *condit. & demonstrat.*

Dicemus igitur, propter testatoris iudicium, *facilius credi* tutori *aneclogisto*, si *reliqua in folle offerat*, & profiteatur, se *bona fide* rem administrasse: Cum, citra hoc legatum, quod *CALLISTRATVS* obseruat, non audiendus sit administrator, qui, cum rationes reddere iussus sit, *reliqua in folle* audeat offerre. d. l. 82. D. de *condit. & demonstrat.* Hoc placuit *PAPINIANO*, qui negat, tutorem de *culpa* recte conueniri, quae ipsi remissa



missa sit a testatore, dum prohibuit, ne rationes a tutore exigantur, l. 41. D. de *administ. tutel.*

Credemus igitur, nisi aliud quid obstat, *bona fide* rem administratam, si *reliqua* heredi offerantur. Sed opportune tamen monuit CALLISTRATVS, eum, qui res alienas administraverit, illos, ad quos res pertinet, *notitia* instruere debere, ut sciant, quid a debitoribus exactum sit, quid adhuc ab ipsis peti possit: ut vires patrimonii sui indagare, ut secum habitare queant, & suo se modulo metiri. l. 82. D. de *condit. & demonstrat.* Quapropter SCAEVOLA, alio loco, quemlibet administratorem, quamvis ipsum *rationes reddere* vetuerit testator, *chartas qualescunque*, in quibus ipse *rationes conscripserit*, & omnia omnino instrumenta, ex quibus *reliqua* & *vires patrimonii* exculpi atque disci possint, domino, ad quem res pertinet, exhibere iussit; cum nec *vindicatio* tabularum domino negari posse videatur. l. 31. §. 1. D. de *liberat. legat.*

Itaque *priuatam consignationem*, cum *tabulis & instrumentis*, finito officio, exhibebit tutor *aneclogistus*, si videri velit, bona fide in tutela versatus esse; cum bona fides non admittat, tutorem res *alienas* miscere atque perturbare, & nihil denique illorum notare, ex quibus *reliqua* & quae ad patrimonii substantiam pertinent, *intelligentur*.

Sed haec quidem multo certius a tutore, etiam *aneclogisto*, postulari possunt, si haec forma specialiter *statuto* sit praescripta, ut omnia, si non publice, certe *priuatim*, a tutore conscribantur. Enimvero recte a plerisque observatum est, tutorem non omnino liberari, nisi forma *statuto* definita, & quae testamento non specialiter remissa est, ab ipso observetur. ¹⁾ Sed inuenio, *statuto Lipsiensi* ²⁾ constitutum esse, ut, non obstante testamento, omnia priuatim consignentur a tutore & cognatis. Als soll es in solchen Fällen also gehalten werden, daſſer die vornehmen Bürger oder Handelsleute, bey ihrem Leben, oder durch ihre Testaments-Verordnung, schaffen und disponiren werden, wie es diesfalls, ihren Kindern zum Besten, angestellet und gehalten werden solle, daſſ man es dabey, gestalten Sachen nach, bewenden lassen, aber den Vormündern darneben angezeigt, und auferleget werden solle, daſſ sie nichts desto weniger vor sich selbst, ein ordentlich und richtiges Inventarium aufrichten, und jährlich einen Extract, wie es um ihrer Pflege-Kinder Sachen, Handel und Vermögen beschaffen, übergeben, und versiegelt bey dem Deputirten hinterlegen, auch darauf ihre Administration künfftig vertreten und verantworten sollen. Haec igitur *forma* si neglecta sit, dubito, ne *fides* tutoris *aneclogisti*, quam praestare debet, suspecta videatur.

§. IX.

¹⁾ MONTAN. de tutel. c. 38. n. 142. sq. MEYIVS P. VIII. dec. 21. BOEHM. consult. 611. n. 7. FABER. L. V. cod. tit. 34. def. 3. ²⁾ Leipziger Vormundschaffts-Ordnung §. 31.



§. IX.

Satis, credo, a nobis comprobatum est, nec *reliqua* tutori aneclogisto facile concedi, nec *doli* quaestionem penitus remitti: de *culpa* tamen non temere controuersiam fieri, sed *facilius* ipsi *credi*, si *reliqua* in folle, cum priuatis instrumentis, offerantur. Quid vero faciemus, si iusta videatur dubitatio, ne *bona fide reliqua* pupillo aut heredi indicentur. Neque vero quisquam facile nobis obloquetur, si dicemus, *admitti* pupillum & heredes ad probationem *doli*, aut maioris quantitatis, si *reliqua in folle* offerantur. Effet enim superuacuum tutores aneclogistos de reliquis teneri, si *credere* simpliciter illorum affirmationi deberemus, & si non tutelae iudicio audiri posset heres, qui suspiceretur, maiorem quantitatem ex tutela, apud illum, qui nunquam rationes reddiderit, mansisse.

Neque tamen cum illis prorsus sentio, qui *plenam probationem* desiderant, ut tutoris fides infirmitur. *) Certius videtur, multum *arbitrio iudicis* permitti, in aestimanda fide tutoris, quem pater aneclogistum esse iussit testamento. Audiamus enim *VLPIANVM*, qui l. 3. §. 3. D. de *administ. tut.* interdum *recedendum* esse, ait, a iudicio parentis, si ille, minus *penso consilio*, tutorem dederit, vel si eo tempore, quo datus sit, bonae vitae & frugi visus, sed postea male coeperit versari, aut postea bonis sit exutus.

Quapropter dicemus, iudicem ex vita & moribus, & aliis, quae circumstant, iudicare diligentius debere, an credendum sit tutori, qui *reliqua in folle* offerat pupillo. Sed in primis *SCAEVOLA* admonuit, in eiusmodi legatis *ex qualitate disceptationis* aestimaturum esse iudicem, quousque liberatio tutori praestanda videatur. l. 28. §. 9. D. de *liberat. leg.*

Igitur ausim affirmare, *plerumque* quidem *tutoribus aneclogistis*, si qua caussa probabilis appareat, *iurisiurandi* necessitatem imponendam esse, ut quantitatem patrimonii & *reliquorum*, quae ad pupillos pertinent, excutiamus. Hoc enim ut desideretur, iudicem suspiciones doli idoneae tanto facilius mouere possunt, quanto magis ipsa haec tergiuersatio tutoris suspecta est, qui rationum reddendarum officium detrectet, quod vel *pudoris* sui & *modestiae* caussa, sponte obire debuisset. Neque enim *MENOCHIVS* y) mihi persuadebit, *praesumptiones* doli, *ex iure communi*, non opponi posse tutoribus, quos pater aneclogistos esse iusserit: quandoquidem publice interest, tutorum rapacitati obicem opponi, ne res pupilli deuorentur.

Igitur plerumque iurisiurandum exigimus a tutore, qui rationes non habear in promptu.

Vnum tamen ille, quem antea inuocaui, *SCAEVOLA* adiecit, *personis coniunctis*, maxime filii emancipati parenti tutori, cui rationum neces-

Q 3

*) BOEHM. respons. 92. n. 25. sq.

y) MENOCH. conf. 22. n. 3. seq.



fitas remissa & liberatio legata sit, parcendum esse, ne de fide eius dubitemus: cum *praesumptio* propter *naturalem* affectum faciat, ut omnia patri concessa, omnia ab illo rectissime administrata, videantur. l. 28. §. 3. D. de *liberat. leg.* Hoc enim iure etiam Saxones utuntur. decis. elect. XXI.

§. X.

Contutori non prodest si alter tutor liberatus sit necessitate reddendum ratio-

Non igitur potest esse ambiguum, tutores, qui rationem reddere ventur, de *reliquis*, de *dolo*, de *instrumentis*, de *bona fide* maxime, teneri: sed hanc quidem *remissius* in illis aestimari ut reliqua in folle accipiantur, ut *culpa* ratio vix habeatur, sed tota causa *arbitrio iudicis* definienda sit, qui, tutoribus iurisiurandi necessitatem imponere, omnino non prohibeatur.

Sed res in maiorem difficultatem adducitur, si *plures* sint tutores, testator autem de *uno* duntaxat praecepit, ne ab ipso rationes poscerentur. Enim vero quaesitum est, utrum in *culpa* quaestione, *liberatio* unius alteri prodesse videatur. Hoc enim ratione probabili ad speciem poterat defendi, ne unius liberatione partes contutitoris onerentur; cum huic certe, si propter alterius liberationem *in solidum* damnandus esset, actio aduersus contutorem *liberatum* cedi efficaciter non posset, qua partem a contutore repetere omnino potuisset. Hoc certe *PAVLO* in mentem uenit, qui l. 45. pr. D. de *administ. tut. inprobe* alterum tutorem interpellari, ait, nomine illius, quem pupillus, post pubertatem tutelae actione liberasset.

Sed nihil moueor, ne contutorem ex *sua culpa*, & *pro sua parte*, damnandum esse existimem, quamuis alteri culpa & rationum exactio remissa sit, vel transactione vel legato. Nimirum, postquam *diuisionis beneficio* utuntur, qui plures ad eandem tutelam vocati sunt, l. 2. & ult. C. de *diuid. tut.* l. 1. §. 11. D. de *tut. & ration. distrah.* vix ille poterit conqueri, qui ex sua culpa, aut pro parte sua, a pupillo vel heredibus conueniatur: quamuis nulla ipsi credatur actio aduersus contutorem. Enimvero luculenter *IULIANVS* l. 3. §. 3. D. de *liberat. leg.* ex pluribus *unum* efficaciter omnino liberari, ait, neque alteri debitori, nisi *focui* fuerint, prodesse liberationem. Sed speciatim de tutoribus exponit *VLPIANVS* l. 15. D. de *tut. & rat. distrah.* Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegeret, etiam ob communem dolum, transactionem nihil alteri prodesse. Apertius omnino *ANTONINVS* l. 1. C. de *transact.* nec pactum nec transactionem, cum quibusdam ex tutoribus factam, auxilio ceteris futuram esse, ait, in illis negotiis, quae separatim communiterue gesserint, vel gerere omnino debuissent. Extremo *SCEVOLA* noster nominatim tractat eiusmodi speciem, si pater ab altero ex tutoribus rationes exigere prohibuisset testamento: et respondet, *contutorem* non videri *liberatum*, quamuis alteri culpa sit remissa. l. 31. §. 3. D. de *liberat. leg.*

Igitur



Igitur apparet, contutorem, pro sua parte, & rationes reddere & culpam leuem praestare pupillo vel heredibus debere, quamuis ab altero tutore rationes exigi non possint. Imo vero PAPINIANVS auctor est, interdum contutorem etiam de parte alterius, qui legato liberatus sit, teneri. l. 41. D. de administr. tut. Enimvero faciamus, alteri tutore, qui non soluendo sit, sed aliquid dolo commiserit in tutela, rationes actus sui remissas testamento: contutores ex culpa sua nihilominus conuenientur, si quid alter, qui liberatus est, dolo commiserit, & ipsi, cum suspectum facere potuerint, illud neglexerint. Tunc enim, ex sua negligentia, etiam propter contutoris dolum tenebuntur. Ita certe PAPINIANO visum est, d. l. 41. de administr. tut.

§. XI.

Vidimus, quo fructu tutore necessitas reddendae rationis remittatur, An impugnari possit parentis testamentum, quo tutores pupilli liberantur.

Et primo quidem, si pupillus conqueratur, magnam hoc legato partem hereditatis interuerti, & culpa leui tutoris sui, quae testamento ipsi remissa, res suas ita dissipatas esse, vt ne legitimam quidem portionem saluam habere videatur: recte tutorem aneclogistum conueniet, vt legitimam partem suppleat, quam culpa leui deminuit, aut interuertit.

Neque enim, quantum ad legitimam partem attinet, obstabit parentis testamentum: cum sciamus, illam sine onere liberis reliquendam esse, aut certe onus detrahendum, si quod adiectum esset a parente. l. 32. C. de officiis testam. & Nou. 115. c. 3.

Igitur, si dubitetur, vtrum legitima portio salua sit, efficaciter omnino exigentur rationes a tutore, etiam aneclogisto.

Idem dicemus, si de alimentis pupillo decernendis controuersia tutore moueatur. VLPPIANVS enim auctor est, si non constet, quis modus facultatum sit, tutorem, causa cognita, grauiori comminatione compellendum esse, vt profiteatur, quae sit penes se summa, vt alimenta decernantur. l. 3. §. 4. D. ubi pupill. educ. Vt dubitari non possit, iudicis arbitrio relinqui, quomodo inuestigare velit summam facultatum.

Praeterea vix rationum reddendarum necessitatem tutor subterfugiet, si ipse, contraria tutelae actione, impensas repetat, ex quibus patrimonium pupilli auctum esse videatur. Idem enim VLPPIANVS l. 1. §. 5. & 6. & l. 3. D. de contrar. tut. act. ex facultatibus pupilli aestimandum esse, impensae an recte a tutore in res pupilli factae videantur, & imputationes admittendas, si tutor aliquid pereceperit ex administratione. Igitur vix conficiemus negotium, nisi rationes qualescunque reposcantur. Et generaliter magi-



magistratus, si res suspecta sit, poterit deferere iudicium parentis, & rationes a tutore exigere, ne pupillus bonis exuatur. l. 3. §. 3. D. de *administ. tut.* Sed haec, satis est, digitis supremis, quod aiunt, attigisse.

§. XII.

*Iudicium de
specie singu-
lari.*

Ex his, quae adhuc disputata sunt, intelligetur, quid nuper *ICtos Vitembergenses*, cum a serenissimo duce *Meclenburgico* consulerebantur, permouerit, ut tutorem *aneclogistum*, non solum reliqua restituere, sed etiam instrumenta, & priuatam consignationem exhibere, praeterea etiam summam reliquorum iureiurando confirmare, & ita demum omnem suspicionem effugere, iuberent. Haec enim species proponebatur: sacerdos quidam, famae optimae, pupillo tutor datus & postea *aneclogistus* esse iussus erat. Enimvero a pupillo, cuius tutelam gesserat, post pubertatem, impetrauerat, ut ipse suo testamento, decedens, prohiberet, ne a tutore quondam suo rationes redderentur: praeterea pupillus mirifice laudauerat fidem eius sibi probatissimam, & multis argumentis idoneis perspectam: ipse etiam minor decedens affirmabat testamento, se omnino nosse, quod omnia rectissime administrata sint, omnia a se probata esse. Sed heredes pupilli de rationibus controuersiam tutori faciebant: inprimis, ne legitima portio, per hoc legatum & liberationem tutoris, parte aliqua deminueretur, non sine idonea causa postulabant. Igitur, secundum ea, quae proponebantur, responsum est, iureiurando tutoris opus esse, illique locum dari posse, sed instrumenta administrationis vniuersa cum heredibus communicanda, ut de viribus patrimonii cognoscerent, & voluntati testatoris in reliquis capitibus obsequerentur. Audiamus formulam responsi:

Daraus so viel zu befinden, würde Beklagter vermittelst Cydes erhalten, und daß seines verstorbenen Pflēgbefohlenen Vermögen ein mehreres, als er angezeigt, nicht betragen, hiernächst er bey Verwaltung der Vormundschaft, mehr als er angegeben, nicht eingenommen, auch weniger, als in der Rechnung enthalten, nicht verwendet, sondern den verbliebenen Vorrath getreulich berechnet, schweren, immaßen ihm zuzörderst zu thun obliget, so hat derer Klāgerer wider denselben auf eine anderweitige Specification und Berechnung gerichtetes Suchen zwar nicht statt, sondern es ist nunmehr mit Ausantwortung der streitig gewesenen Erbschaft und dem Vermächtniße, nach Anleitung des am 13. Febr. des 1738sten Jahres eröffneten Rechtskräftigen Urtheils, auch derer übergebenen Specificationen und Rechnungen, gebührend billig zu verfahren, jedoch nichts desto weniger Beklagter die zu seiner bisherigen Administration gehörigen Inuentaria und Brieffschaften Klāgern auszuantworten pflichtig, die beyderseits aufgelauffenen Unkosten aber, sind gegen einander zu compensiren, in maßen Wir sie hiermit compensiren und aufheben, W. A. W.

Res



Res erit luculentior ex rationibus adiectis:

Obwohl eines Theils Beklagten auf seines verstorbenen Pflegbefohlenen letzten Willen, nach dessen Inhalt er, besage derer im sechsten §pho befindlichen ausdrücklichen Worte, mit Abforderung einiger Administrations-Rechnung durchaus nicht beschweret werden, sondern der Erbe und sonst jedermann damit, daß er auf sein Priesterliches Gewissen anzeige, was, nach errichtetem Inventario, bey angetretener Vormundschaft annoch vorhanden, und ihm zuständig gewesen, zufrieden seyn solle, sich berufet, demnach mit einem förmlichen Ende und weiterer Verantwortung verschonet zu werden verlangt, andern Theils Kläger, daß, durch dergleichen Testamentarische Verordnung, dasjenige, so in denen gemeinen Rechten, derer Vormünder halber, vorgeschrieben, nicht aufgehoben werden könne, vorwenden,

Cum ius publicum remitti eiusmodi cautionibus, & forma antiquitus constituta mutari, non possit.

l. 5. §. 7. D. de administ. & peric. tut.

demnach dieselbigen die Edition derer vorigen Inventarien, und Ablegung einer ordentlichen Rechnung, dem Ansehen nach, um so viel billiger verlangen, als dergleichen Vormünder, denen die Berechnung in einem Testamente erlassen worden, auch als suspecti wohl belanget, und dahin, daß dieselben sich mit des Pupillen Schaden nicht bereichern, angestrengt werden mögen,

l. 41. D. de adm. & per. tut.

Quia lucrum ex tutela facere nemo debet,

l. 58. pr. D. eod.

mithin die Uebermasse, welche ohne Ausantwortung eines Inventarii und ordentliche Berechnung nicht füglich ausfündig gemacht werden kann, von ihnen gebührend einzubringen,

l. 23. §. 2. D. de pec. leg.

l. 20. §. 1. D. de liber. leg.

allenfalls denen Erben desjenigen, so die Rechnung dem Vormunde erlassen, die Wahrheit auf andere Weise zu untersuchen und heraus zubringen, nachgelassen,

l. 31. §. 1. D. de liber. leg. &

l. 1. §. 3. D. de tut. & ration. distrab.

aufferdem das Großmütterliche Pflicht-Theil, welches durch des Erblassers Disposition nicht geschmälert werden kann, ohne ein richtig Inventarium und ordentliche Berechnung, nicht wohl ausfündig zu machen, mithin derer Klägerer Suchen, allerdings in so weit gegründet, und die wider Beklagten Specification und Rechnung gemachten Einwendungen, nicht unerheblich zu seyn scheinen mögten, D. a. D. derer Klägerer. Erblasser, welcher

Fasc. VI.

R

eigent.



eigentlich die Rechnung nebst dem Inventario von Beklagten zu fordern berechtiget gewesen, in dem 6ten §pho des angezogenen Testaments, daß Beklagter das Seinige nach äußerstem Vermögen besorget und zusammen gehalten, auch sonst zusammen zu bringen und einzutreiben gesucht, wie nicht weniger überhaupt, als ein getreuer Vormund, sich seiner und des seinigen angenommen habe, ausdrücklich bezeuget, und dieserhalb ihn aller beschwerlichen Berechnung ent schlagen wissen wollen, demnach Beklagter, wenn auch derselbe die Vormundschaft gebühlich nicht verwaltet, sondern ihm einige Fahrlässigkeit dießfalls beygemessen werden könnte, aller dießfalls an ihn zu machenden Ansprüche ausdrücklich entlassen worden, mithin dasjenige, so von remission der Rechnung wegen einer zukünftigen Administration in denen Rechten

l. 5. §. 7. & l. 58. pr. D. de administr. & per. tut.

verordnet, auf gegenwärtigen Fall, da der testator, dessen facta die Klägere nicht impugniren können, wegen der bereits geführten Administration disponiret, nicht so schlechterdings zu erschrecken, vielmehr bey dieser Bewand, muß alle Ansprüche wegen einer begangnen Fahrlässigkeit hinwegfallen,

l. 41. D. de administr. & per. tut.

und der Rechnungsführer zu einer beschwerlichen Verantwortung nicht gezogen werden mag,

l. 119. D. de leg. 1.

gleichwohl diese Testamentarische Verordnung von einer verborgenen Gefahrde, welche besonders, nach des Erblassers Tode sich ereignen dürfte, mithin de dolo futuro, nicht anzunehmen

l. 27. §. 3. D. de pact.

sondern der Rechnungs-Reß getreulich anzuzeigen, und denen Erben abzustatten,

cum scrupulosa tantum inquisitio remissa videatur.

l. 9. & l. 29. §. 1. D. de liberat. leg. d. l. 119. de leg. 1.

folglich Beklagter, welcher auch nach des N. N. Tode fernerweit administrirt, der endlichen Bestärkung seiner übergebenen Specification und des Rechnungs-Bestands um so viel weniger sich entbrechen kann, als demselbigen auch das oberwehnte Rechtskräftige Urtheil, vermöge dessen er eine juratam specificationem übergeben sollen, in gewisser Maasse entgegen steht, und kein andrer Weg, ohne Weitläufigkeit des N. N. Vermögen auf etwas gewisses zu setzen, und die erregten Zweifel zu heben, übrig bleibt, Klägere hingegen, da der Erblasser selbst diesen Weg vorgeschrieben, sich darben billig beruhigen müssen, hiernächst der wegen des Pflicht-Theils erregte Zweifel durch die Rechts-Kraft obberührten Urthels ebenfalls gehoben wird, außer dem ein Rechnungsführer, wenn ihm auch die Rechnung erlassen worden,

den, dennoch die zu seiner Administration gehörigen Urkunden und Briefschaften auszuantworten allerdings verbunden ist,

l. 31. §. 1. de liberat. leg.

Dahero zwar die von Klägern aus Beklagten Rechnung gezogene Defecte nicht zu attendiren, auch die angespinnene Weitläufigkeit denenselbigen nicht zu gestatten, jedoch nichts desto weniger der Rechnungs-Bestand endlich anzuzeigen, und die Urkunden auszuantworten, So ist, wie im Urtheil enthalten, von uns billig erkannt worden.

XLIX.

OBSERVATIONES

DE

CAVTELA SOCINI

ET

QUANDO ILLA SIT INVUTILIS.

VITEMBERGAE, D. AVG. A. Q. S. P. EST MDCCC XXXI.

§. I.

Ipsa quidem natura suos cuique liberos, quos illa propter spem *Favor hereditatis legitimae odium exheredationis crudelitatis & avaritiae matrum.* temporis futuri & posteritatis edidit, & quorum successibus & incrementis nervus reipublicae imprimis continetur, ita commendavit, ut his parentes non solum ante omnes prospectum cupiant, sed omnem etiam pestem & calamitatem, quamvis cum detrimento quodam suo, a liberorum capite tanto diligentius avertant, quanto longius spem vitae suae & generis humani, etiam post fata, per liberos proferri arbitrantur. Hoc PAVLLO in mentem venit, qui l. 8. §. 3. D. *quod met. caus. gest.* pro affectu, ait, parentes, si vis quaedam liberis inferatur, *magis* in liberis terreri. Quae cum ita sint, in illis gentibus imprimis, apud quas plus boni mores, quam alibi bonae leges, valuerunt, *sui cuique liberi heredes* sunt. *a)* Certe, si *naturale* plerorumque *votum* audiamus, fructum sudoris sui ad suos liberos peruenire cupiunt parentes, aut, quod senex ille, qui iam decrepitis novum opus in hortis inchoauerat, apud CATONEM, *b)* affirmavit, arbores posteritati ferunt,

R 2

a) TACIT. de moribus German. c. XX.

b) CIC. in Caton. de senect. c. 7. f.



ferunt, illaque se iucunditate consolantur, quod animo praeuideant utilitates liberorum, quas suo ipsis labore pepererunt.

Quapropter *suspectae* sunt pleraeque heredum institutiones, quibus parentes, liberis parte aliqua exclusis, ad successionem vocant extraneos heredes: ut, nisi magna illos indignitate liberorum commotos esse appareat, artibus & fraude aliorum seducti & corrupti esse videantur.

Sed *imperator* quidem *nou.* XVIII. c. 3. *uxores* maxime accusat, quarum blanditiis mariti ab ipso officio naturae auocentur. Multos enim, ait, non *paterne*, neque, ut *viros* oporteat, sed nimis *molliter* ac *remisse*, institutiones facere *uxoribus*, ut si non proprietates, tamen ususfructus, suprema parentis voluntate liberis interuertatur. Est enim non levis suspicio, ne matres, quamuis indulgentissime tractent liberos, maritorum hereditatem, cum sanguinis sui iniuria, subinde aucupentur, ut *contentum viduitatis* suae, quem metuunt, *opulentia* ac rerum *copia* superent, & neglectis abiectisque liberis, ad spem omnium ordinum & temporis futuri comparatis, in sua aula dominantur. Ita quidem *Gaius* noster, cum matrum naturalium pudori pepercisset, de *nouercis* suspicatur, quae *nouercilibus delinimentis & instigationibus* parentum ingenium corrumpant, ut *maligne* de sanguine suo sentiant in tabulis supremae voluntatis. l. 4. D. de *inoff. testament.*

Ex his igitur, quae adhuc disputata sunt, non potest esse obscurum, quod *non fauendum esse videatur* parentis testamento, quo vel matri, vel alii heredi extraneo, cum liberorum fraude & incommodo, prospexit. Sapienter enim *imperator* monet, *subtiliter* prospiciendum esse liberis, ne spes ipsorum iniuria parentum minuat. *Nou.* XVIII. c. 7. f. Quapropter vel infirmabimus, vel certe strictissime interpretabimur parentum potestatem, qua hereditates liberorum *onerant & interuertunt*. Aperte enim *PAVLLVS* l. 19. D. de *lib. & posthum. hered.* praecipit, *exheredationes* liberorum, & omnes malignas institutiones, interpretatione *non adiuuandas* esse; quamuis alias heredum institutiones benignius accipiamus.

Sed ita quidem ex *iure civili* de hereditate liberorum disputamus. Si vocem *naturae & rationem* audiamus, certius videtur, nullam necessitatem parentibus imponi, hereditatem liberis, maxime *adultis*, relinquendi. Enimvero officio defuncti sunt, qui viui illos aluerunt. Postquam fato peremti sunt, omnia parentum & officia & iura extinguuntur. Natura enim, quod alio a nobis loco comprobatum est, ignorat testamenta: & satius fuisset, arbitrio reipublicae, cuius ornandae & amplificandae causa facti & procreati sumus, penitus permitti, ad quem illa vel hereditates mortuorum peruenire. Sed, postquam inualuit, suo patresfamilias iudicio deligere heredem; omnino multa sunt, quae naturali ratione nos mouere possint, ut *li-*
beris

beris inprimis prospiciamus testamento. Vt cetera taceam, illud expeditum est, *durissima conditione* plerumque vsuros esse liberos, quibus hereditatis paternae spes eriperetur. Non enim ipsis ignorantibus, parentum fortunae cumulantur, & administrantur, ut *nesciant*, quam messem expectare possint. Ita aluntur, ita educantur, ut videant, qua nascendi felicitate vsi sint, ad quas spes se comparare possint. Eam vitae consuetudinem eligunt, eam rationem ineunt, ad quam sequendam fortuna nascendi sufficere ipsosque inuitare videatur. Quam expectationem si magna rerum conuersio, ex parentis testamento subsecuta, fefellerit, necesse est, opulentiorum ciuium liberos, in rerum omnium inopia versari, & durius affligi, quam proletariorum liberos, quos parentum conditio & quotidiana cogitatio domesticae & hereditariae egestatis ad quoscunque casus indurauit.

§. II.

Stricte igitur interpretamur supremam parentis voluntatem, qua de naturali illa liberorum hereditate aliquid detraxit. Sed, ne tamen parentes, propter liberorum cupiditatem, iucundissima illa dulcissimaque voluptate, quam ex amicitiiis exercendis dandisque beneficiis capimus, carere, & liberis omnia promiscue deglutienda relinquere, cogantur, primo, *interpretatione* est. Per cautela Socini *legitima oneratur*. *Falcidia*, quarta pars hereditatis a parentibus relinqueretur: cum liceret hereditatem, vsque ad illam partem, legatis & fideicommissis exhaurire. Vt enim credam, a *ICtis* duntaxat, post tempora *AVGVSTI*, hoc inuectum esse, *PLINIVS SECVNDVS*, junior, c) apud me effecit. Ille enim, ut filium a matre exheredatum consolaretur, „si mater, inquit, ex quarta parte „scripsisset te heredem, num queri posses? Quid si heredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita *exhausisset*, ut non amplius apud te, quam „quarta, remaneret?

Ex quo loco apparet, ad exemplum heredis extranei, qui quarta contentus esse debet, quamvis ex asse heres institutus sit, etiam liberis quartam hereditatis paternae maternaeue partem attributam esse. d)

Sed, haec utcumque existimata fuerint, illud constat inter omnes, postea etiam *legibus expressis* & imperatorum constitutionibus non solum confirmatam esse prudentium de portione *legitima* opinionem, sed etiam auctam & amplificatam, ut imposterum liberis modo *triens* modo *semissis* deberetur. *Nov. XVIII. c. 3.*

Igitur, si non tota hereditas, certe *portio legitima* liberis relinquenda est ex patrimonio parentum. Neque tamen in eo substitit veterum diligentia, sed *portionem* illam liberis *plenissime* voluit relinqui. Vt reliqua ta-

R 3

ceam

c) PLIN. epist. I. L. V.

d) GERARD. NOODT. ad lib. V. digest. tit. II. p. 169.



ceam, quae copiosius ab aliis traduntur, illud meretur obseruari, quod IUSTINIANVS l. 35. §. 2. & l. 36. C. de *inoffic. testam.* praecepit, liberos, quamuis iam agnouerint parentis iudicium, tamen, si postea appareat, minus legitima portione ipsis relictum esse, non prohiberi, quin postulare possint ab heredibus, ut portio legitima ab ipsis repleatur. Ideoque, etiam si fundus loco legitimae relictus sit, quamuis filius, agnoscens iudicium parentis, illo contentus esse velit, tamen ubi ille vel totus, vel quoad partem aliquam, euictus, & portio illa legitima nouis casibus, sine filii facto, quocunque modo deminuta fuerit, efficaciter experietur ad portionem legitimam replendam d. l. 36. pr. C. de *inoff. testam.* Enimuero nequaquam tacite renunciaffe filius censetur portioni legitimae, quam ipsius prudentia legislatoris definiuit: ut semper conqueri posse videatur de legitimae portionis deminutione, nisi expresse pactus sit, quod contentus parte iam accepta, nullam praeterea cum heredibus habeat de legitima portione quaestionem. d. l. 35. §. 2. C. de *inoffic. testam.*

Dicemus igitur totam omnino illam portionem, quae legibus sit definita, liberis deberi, ut de illa, si forte casu quocunque deminuta sit, ab heredibus replenda, cum spe victoriae, experiri possint. Sed IUSTINIANO quidem non satis est, totam liberis portionem illam legitimam tribui, sed voluit illam liberis etiam sine onere, aut sine grauamine, relinqui. l. 32. C. de *inoff. testam.* Quod ne cuiquam sit obscurum, ipse interpretatus est, conditiones quascunque, itemque dilationes, moram, modum, & aliud denique quodlibet incommodum liberis impositum, quo plenissimus illius portionis fructus & liberorum circa illam liberrima potestas perturbetur, pro onere & grauamine haberi, atque ita accipi, quasi nihil eorum omnino adiectum esset testamento. d. l. 32. C. de *inoff. testam.* Immo vero vehementius alio loco commouetur imperator, & parentem fame liberos necare, illosque occidere, affirmat, nisi ius plenissimum & liberrimum liberis in portionem legitimam ab ipso tribuatur: ideoque ne vsumfructum quidem illius portionis liberis ad tempus aliquod eripi, aut matribus a testatoribus subinde assignari, permittit, sed & proprietatem & vsumfructum iubet liberaliter ad liberos ex testamento peruenire. Nou. XVIII. c. 3.

Ex his igitur apparet, parentibus omnino nihil permissum esse illarum artium & machinationum, quibus portionis legitimae vel quantitas vel libertas aliquantulum deminuatur. Idem etiam pontifici placuit, qui c. 16. & 17. X. de *testament.* legitimam, vel naturali iure, liberis simpliciter deberi, ait, adeoque conditionem, & onus legitimae adiectum, omnino detrahendum, illamque portionem liberaliter, & sine omni incommodo, liberis a parente relinquendam. Sed SOCINVS ^{e)} iun. quem & DE-

CIVS

^{e)} SOCIN. iun. consult. 121. in sec. dub. L. I. id. consult. 112. n. 24. L. I.



CIVIS. f) & GVALDENSIS, d) & MENOCHIVS, b) & ANTONIVS PEREGRINVS i) & alii fere trecenti longo ordine secuti sunt, inuenit formulam, qua liberis necessitas suscipiendi oneris, quod ipsam *portionem legitimam* restringeret, efficaciter imponi posse videretur. Enimuero praecepit, ut filius, si onus, quod testator heredis institutioni adiecerit, suscipere detrectet, *legitima portione contentus* esse, & reliquam hereditatem alii restituere, in testamento iuberetur: ut ecce: *filius meus heres esto*: sed usufructum hereditatis vniuersae matri suae relinquit, quae ipsi alimenta annua praestabit: si voluntati meae non obtemperauerit, legitimam duntaxat portionem capiat: in reliqua parte matrem eius instituto heredem.

Et SOCINVS quidem vitur non *improbabili obtentu*. Ait enim, hac cautione legibus, quae liberis certam portionem tribuerunt, satisfieri, si filius legitima contentus esse iubeatur: neque vero filium recte conqueri, quod onus a parente, cum *conditione*, legitimae adiectum sit: quandoquidem filius, si legitimam partem haberet, etiam *pure* a reliqua hereditate excludi potuisset: ipsi igitur iniuriam non fieri, cui optio detur a parente, utrum *totam* hereditatem, quae ipsi *necessario* non relinquenda est, accipere *cum onere adiecto*, an *portione legitima* contentus esse, adeoque lucrum exiguum percipere, quam spem magnam, coniunctam cum aliquo incommodo, expectare malit. In quo argumento utrum recte senserit *Socinus*, operae pretium videtur, ut diligentius expediamus.

§. III.

Res erit luculentior, si a prima origine repetemus, quid induxerit SOCINVS, ut hac cautione, quam praescripsit, utendum esse crediderit parenti, qui totam liberorum hereditatem, atque etiam legitimam illorum portionem, onerare velit. Sed hoc apparebit, si quaedam generaliter admonuero de *conditionibus*, quae in liberorum hereditate a veteribus admissae sunt: cum, illud argumentum non exiguum difficultatem habere videatur.

Et primo quidem abscisse *imperator onus* hereditati *liberorum* a parentibus impositum *pro non adiecto* habet, nisi expresse portio legitima sine onere fuerit relicta. Ait enim IUSTINIANVS, ita rem procedere, *quasi* *Secus* iure *canonico*, & *usu forti*. *Liberi omnimodo heredes* nihil eorum *adscriptum* esset testamento. l. 32. C. de *inoff. testam.* Quae eorum ita sint, dicemus, filium familias, quem pater ex asse heredem cum *conditione* instituit, ex mente IUSTINIANI, pure institutum videri, ut totam hereditatem consequatur, quamvis non paruerit conditioni; nisi legitima portio *institui* ne ipsi *sine onere* expresse sit relicta. Enimuero si tota illa conditio, nisi legitima ab onere excepta & liberata sit, *pro non scripta* accipitur, quae potest esse

Iure civili onus filiis impositum quoad totam hereditatem
pro non adiecto accipitur nisi legitima expresse excepta sit.
Quae canonico, & usu forti. Liberi omnimodo heredes institui nequeunt sub conditione, quae non sit in ipsorum potestate.

f) DECIUS consil. 688. g) GVALDENS. de arte testand. tit. de substit. caut. 31. h) MENOCH. T. I. conf. 71. n. 9. i) PEREGRIN. de fideic. art. 36. n. 62. p. 334. b.



esse dubitatio, quin tota hereditas, quasi pure relicta, filio ex testamento relinquatur.

Igitur, si *ius civile* audiamus, onus heredis institutioni simpliciter a testatoribus adiectum, pro non scripto habebitur, ut tota hereditas *pure* filio relicta videatur. Sed *pontifex* videtur imperatoris sententiam interpretatione pervertisse. Ille enim, quam vis *obscure*, onus toti hereditati a parente impositum, de *portione legitima* duntaxat detrahit, ut illa *pure* perveniat ad liberos, sed in reliquis partibus hereditatis acquirendis obtemperandum esse censet testatoris voluntati, ut illis filius non nisi cum onere adiecto potiri posse videatur c. 16. & 18. X. de *testament.*

Haec igitur prima dubitatio fuit, quae SOCINO in mentem venit, cum de *conditione* liberis in heredis institutione a parentibus adscripta cogitaret. Sed accedebat etiam alia non leuior difficultas, quam *ius civile* conditionibus, heredis institutioni a parente adiectis, opponebat. Enimvero veteribus placuit, filium non posse sub alia *conditione* heredem institui, quam quae *in eius potestate* esse videretur. Ita PAPINIANVS atque VLPIANVS responderunt l. 28. D. de *condit. institut.* & l. 4. D. de *hered. instit.* Imo vero adhuc luculentius ALEXANDER l. 4. C. de *institut. & substit.* tradidit, non valere patris testamentum, si filio adscripta esset conditio, quae non ab eius voluntate duntaxat, sed etiam a *casu* & alio eventu, pendere videatur, nisi forte filius ex causa idonea *expresse exheredatus* & in locum eius alius heres scriptus esset a parente, in hunc casum, si conditio non impleteretur.

Quandoquidem vero his legibus nunquam postea derogatum est, plerique omnes, usque ad MARTOLVM, quod testatur PEREGRINVS ^{k)} & meo quidem iudicio, recte consueverunt, etiam hodie conditionem *casualem*, aut *mixtam*, liberis a parentibus adscriptam, non solum quoad legitimam, quae *pure* relinquenda est, inefficacem, sed de tota heredis institutione detrahendam esse, ideoque patris patrimonium, quasi nulla esset conditio, ad liberos, simpliciter pertinere, nisi *expresse* in hunc casum in reliquis bonis, praeter legitimam, alius heres illis surrogatus esset, si liberi conditioni non obtemperassent. Haec igitur talia SOCINVM impulerunt, ut formulam excogitaret, qua testatores utrique difficultati mederentur. Itaque praecepit, ut *expresse* filius in *legitima* duntaxat, sed *pure* institueretur, si conditionem toti hereditati adscriptam noluerit implere: ne tota illa conditio; secundum *ius civile*, pro non scripta haberetur: deinde etiam liberos a reliquis bonis, praeter legitimam, *expresse* excludi & alium heredem ipsis surrogari voluit, si non agnoscerent conditionem: quod necessario fieri debebat, si conditio *non potestatiua* liberis imponeretur. Quapropter in hunc fere modum concipitur *formula Socini*: Filius meus heres esto, sed *usumfructum* omni-

^{k)} PEREGR. de fideicommiss. art. 36. n. 63. p. 331.

omnium bonorum matri suae, quam diu vixerit, relinquat: si voluntati meae non obtemperauerit, legitima portione contentus esto: in reliquis enim bonis matrem eius instituo heredem.

Sed ex his quidem, quae adhuc a nobis obseruata sunt, non difficile erit, iudicare, quo fructu & effectu parentes hac formula vtantur.

§. IV.

Sed veteri quidem iure, prorsus non dubito, inefficacem fuisse Socini Cautela ^{cautionem}, qua liberi bonis omnibus, praeter legitimam, in patris testamento excluduntur, nisi totam hereditatem, atque etiam legitimam portionem, cum conditione & onere agnoscant. Enimuero disputatione vix indiget, magis poenam, quam conditionem, Socini cautione contineri. ^{cautionem con-} MARTINET IDEO-
CLANVS enim l. 2. D. de his quae poenae causa relinquuntur, poenam ait ^{que veteri} a conditione testatoris voluntate maxime distingui. Iam vero nemo dubita-
bit, quin cogendi coercendique heredis causa testator Socini cautione vti ^{fuisse.} videatur. Id enim hac cautela a parente agitur, vt filio necessitatem imponat, qua onus portioni legitimae & toti hereditati ab ipso impositum accipere, & legis, quae portionem legitimam vult sine onere relinqui, beneficium dimittere, aut, si non obtemperauerit, damnum sentire, &, accepta portione legitima, reliquis partibus carere cogere. At vero aperte imperator §. ult. I. de legat. poenae causa relictum esse ait, quod coercendi heredis causa relictum esse videatur.

Poenam igitur continet Socini formula, & heredis coercendi cogendique causa excogitata est.

Sed veteri quidem iure non valebat, quidquid poenae & coercendi heredis causa relictum esset. Ita enim AFRICANVS praecepit, l. 1. D. de his, quae poenae causa relinq. Et iam antea SABINVS, heredis cogendi & coercendi gratia ne quidem coheredem efficaciter heredi scripto dari posse, obseruauit §. ult. I. de leg. omnemque poenam respuit in testamentis. Neque enim rata fuit heredis institutio: Titius heres esto: si Titius Seio filiam in matrimonium collocauerit, etiam Seius heres esto. Quae enim cogendi heredis causa adiecta esse intelligebantur, pro non scriptis accipi debebant.

Quae cum ita essent, nec Socini formula utilis fuisset, qua pater filium heredem scribit, & uxori suae relinquit vsumfructum, sed filio, si non obtemperauerit, uxorem coheredem adiicit suprema voluntate.

Et mihi quidem veteres videntur rectissime sensisse, qui negauerunt, in testamento, poenae causa, posse aliquid relinqui. Nimirum ipsa potestas testandi patribus familias hac maxime ex causa iure prisco attributa est, vt haberent facultatem collocandi beneficia, & bene de aliis etiam in supremo

Fasc. VI.

S

iudi-



iudicio merendi: non, ut poenas constituerent, & iras exercerent. Quare liberaliter TIBERIUS CAESAR hereditates omnium repudiavit, nisi quas *amicitia* meritus fuisset: ^{l)} & saepissime rescriptum est, ne *principem* quidem agnoscere, quod *puniendi* heredis causa, non ex testatoris in *principem* affectu, sit relictum. d. §. ult. l. de *legat.* Non enim locus esse potest dubitationi, quin ex invidia & feueritate in heredem potius, quam ex affectu & benevolentia in substitutum aut coheredem, profecta sint, quae *poenae causa* alii in testamento assignantur.

Sed, quamvis haec quidem verissima sint, tamen favere Socino videbitur correctio IUSTINIANI, qui *omnia* omnino testamenti capita, quamvis *poenam* heredis contineant, *rata* esse voluit in suprema voluntate l. un. C. de *his, quae poenae nomine.*

Vnum duntaxat excipit IUSTINIANUS, ut, si heredi aliquid *legibus interdictum*, aut *probrosus*, aut *impossibile*, imposuerit testator, & vel coherede dato, vel legatis *poenae* nomine relictis, heredem cogere voluerit ad iniquissimam eius voluntatem adimplendam, tunc negligatur praeceptum testatoris, & hereditas quasi *pure* relictæ, plenissime perueniat ad heredem institutum. Igitur superest, ut videamus, an non *probrum* aliquid & *fraudis* & *iniquitatis* contineat cautio Socini.

§. V.

Cautela Socini etiam hodie inefficax est, si filius ad onus aliquod contra leges scriptas suscipiendum cogitur. Conditio in fraudem legum adiecta pro non scripta habetur.

Nimirum ita sentio de *cautela Socini*, quoties per illam liberis aliquid obtrahitur, quod leges fieri *prohibuerunt*, & liberrima illa circa portionem *legitimam* potestas constringitur & imminuitur, aut *facultas investigandi vires patrimonii* & verae quantitatis, quae portione legitima contineri debet, intercipitur, quod fere semper fieri videmus, toties illam *probrum* continere, & iniquam esse, & *pro non adiecta* merito habendam. Enimvero *publice* interest, & magna providentia legislatoris constitutum, ut tandem aliquando liberi, post parentum mortem, ipsi aliquid in plenissima potestate habeant, quo se exhibere, res suas componere & ordinare, certam perpetuamque vitae rationem inire, supellectilem & instrumenta artis suae instruere & comparare, nidum denique, in quo necessitatibus suis consulant & utilitates aliquas reipublicae procurent, facere, atque ita vitam demum inchoare posse videantur. A cuius sapientissimae constitutionis fructu capiendo nulla condicione, nulla iactura, nullius metu *ignominiae*, in parentum testamentis sibi *ostentatae*, deterreri debent. Certe *periculosum* exemplo foret, liberos quacunque machinatione prohiberi, ne experiri possint, utrum *portio* illa, lege definita, parentis iudicio ipsis interuersa sit, aut deminuta: quod video illustrem LEYSERVM ^{m)} nostrum iam pridem observasse.

Illud

^{l)} TACIT. II. annal. 42.

^{m)} de LEYSER medit. ad pandect. spec. 93. n. 3. sq.



Illud expeditum est, si vel omnia alia recte se haberent, tamen *ignominiam* aliquam, qua pudor oneratur, liberis obiici, per *SOCINI cautionem*. *Poenae* enim *caussa* a reliquis partibus hereditatis excluduntur, si *beneficio legum uti* & onus legitimae adiectum detrectare audeant, aut inuestigare, an legitima ipsis, secundum praecepta legum, integra & salua a parente sit relicta. Sed quis, sine *pudore*, audiat, se, *poena causa*, & quia iussum parentis neglexerit, a parte aliqua hereditatis *exclusum* esse *iudicio parentis*. Hac arte *difficultas maxima* liberis obiicitur, ne legum beneficio libere utantur. Sed *PAVLLVS* intercedit, ne liberis *difficultates* *aliquae* omnino opponantur, in hereditate parentum acquirenda l. 4. pr. & §. 1. D. de *hered. instit.*

Certe, si intelligerent parentes, suos subinde liberos, si per *cautelam* *SOCINI* a reliquis partibus hereditatis excludantur, propter *metum ignominiae* deterri, ne onus legitimae impositum detrectent, aut quantitatem legitimae portionis sibi debitam inuestigent, frustra leges de *legitima portione* latae sunt, & nihil impedimento erit parentibus, quo minus, *uxorum* delinimentis maxime illecti, quod *GAIVS* ait, iniquissime de sanguine suo statuant, legumque saluberrima praecepta interuertant. Quid enim faciat filius, si pater ipsi in testamento *vsufructum* bonorum omnium, in *uxoris* gratiam, ademit, aut si praecepit, ne *inventarium*, aut *specificationem iurata* hereditatis paternae a matre, aut alio quocunque possessore, exigat, sed ut coeco obsequio omnino credat, optime sibi consultum esse. Hicere non audebit, qui videat, si obloquatur, *poenam* cum quadam *ignominia* coniunctam ex parentis testamento sibi imminere. Sed haec talia in *fraudem legis* a parentibus fieri & *periculosa* exemplo esse qui non fateatur, ex illo velim discere, quomodo quis possit proteruius aliquid in *fraudem* legis machinari.

Atuero *POMPONIVS* prohibet, ne *conditiones*, quae *fraudem legum* respicerent, in supremis iudiciis admitterentur. l. 7. D. de *condition. instit.* Et generaliter, secundum *PAVLLVM*, *remittendae* sunt *conditiones*, quae *contra bonos mores* inferuntur. l. 9. D. de *condit. institut.* Sed inter *conditiones bonis moribus* aduersas hanc imprimis habet, si forte adscriptum sit: *ne patrono alimenta praebeantur*. d. l. 9. de *condit. instit.* Iam vero, si contra bonos mores est, cogere heredem, ne patrono alimenta praebeat; an non turpius videbitur, si metu *ignominiae* cogatur filius, se ipsum fraudare *alimentis*, & legitimam portionem dimittere, qua si exuatur, reipublicae utilis esse nequeat. *Fame* enim *necare* liberos videtur parens, qui hanc portionem liberis ademit, nou. XVIII. c. 3.

Idem etiam *MARCIANO* placuisse video, qui l. 14. D. de *condit. instit.* omnes, ait, *conditiones* contra edicta, *contra leges*, aut contra *bonos mo-*



res, aut *derisorias*, aut illas, quas *praetores* improbauerunt, pro *non scriptis* accipi debere. Sed *contra leges* esse videbitur conditio, qua filius, cum metu ignominiae, prohibetur, ne *onus* adiectum *legitimae* detrectet, aut ne inuestiget, vtrum vere sibi a parente *legitima portio* relicta sit.

Inprimis vero in *filii* receptum est, ne instituantur a parente sub conditione, quam *senatus*, aut *principes*, improbauerunt. Ita enim PAPI-
NIANVS respondit, l. 15. D. de *condit. instit.* Sed quis non videt, improbari a principe hanc *conditionem*, qua filio interdicitur, ne *onus legitimae* detrectet, neue *inuestiget*, vtrum legitimam saluam habeat, vtrum legi sit satisfactum a parente. Hanc certe cautionem non obscure IUSTINIA-
NVS improbavit. l. 32. C. de *inoff. test.*

§. VI.

Cautela Socini in frau- & metu ignominiae liberos subinde prohibere, ne beneficio legum uti, ne *onus legitimae* adiectum detrectare, ne vires patrimonii inuestigare possint. Sed vtrum ex his, quae adhuc disputata sunt, sequatur, illam *in fraudem legis* inuentam esse, diligentius excutiemus.

Nimirum plurimi negarunt, per *cautelam socini* legibus *fraudem* fieri, cum portio *legitima*, quae sola liberis necessario relinquenda sit, in hac *socini* formula, sine omni onere, *expresse* relinquatur. Ipse enim *imperator* parentibus de reliquis bonis disponendi liberrimam videtur facultatem tribuisse. *Nou. CXVII. cap. 1.* Quae igitur *fraus* videri possit, si liberis suum, id est, portio lege definita, sine onere omnino per *cautelam socini* relinquatur.

Sed hos quidem interpretes seduxit PAPINIANVS, qui l. 79. D. de *reg. iur. fraudem*, ait, ex *consilio & euentu* iudicari. Iamvero nec *consilium* fraudis apparere, aiunt, nec *euentum*, si liberis, per *cautelam socini*, *legitima* relinquatur, quae ipsis debebatur.

Verum enim vero nihil moueor, quo minus existimem, *fraudem legibus* fieri per *socini* cautionem, quamuis legitima liberis salua relinquatur. Nimirum largior *pruatis*, de quibus PAPINIANVS illo loco disputat, *fraudem* nunquam fieri, nisi & consilio fraudis & euentu in damnum inducantur: neque dissimulo, ex *cautela socini* liberos non semper *damnum* aliquod sentire, cum interdum plus lucrari possint, si *totam* hereditatem *cum onere* accipiant, quam si partem *legitimam* cum summa libertate nanciscantur. Sed in his negotiis, quae non tam *in fraudem singulorum*, quam *in fraudem legis* potius, contrahuntur, *fraudis* vocabulum laxius interpretamur.

Enim-



Enimuero *legi fraudem fieri* dicimus, quoties *consilium* & *finis* legislatoris interuertitur, quoties *machinatio* & *difficultas* aliqua excogitatur, qua quis uti legis beneficio & fructum ex lege capere prohibeatur, quoties inveniuntur artes quaedam, quae *exemplo periculosa* sint, & alios inuitare possint ad eludendam legislatoris voluntatem. Audiamus PAVLLVM atque VLPIANVM, qui l. 29. & 30. D. de *legibus*, in fraudem legis aiunt aliquid fieri, quoties saluis legum verbis illarum *sententiam* circumuenimus, aut quoties id molimur, quod lex fieri *noluit*, quamvis expresse non vetuerit.

Sed quis dubitabit, *nolle* legislatorem, ut legi suae quaedam *difficultas* & *machinatio* obiciatur, quae legis beneficium peruertat, & malo exemplo alios alliciat ad delinquendum.

Quae cum ita sint, non potest esse obscurum, in *fraudem legis* inuentam esse formulam SOCINI. Voluerunt enim veteres, liberrimam liberis *legitimam* relinqui & omne onus a liberis detrectari, quod legitimae adiiciatur. Sed SOCINVS hac formula effecit, ut liberi metu *ignominiae* & damni deterreantur, ne onus legitimae impositum detrectent, ne inuestigent, an legitima portio ipsis salua relinquatur. Ita parentes *exemplo* inuitabuntur, ut, si videant liberos rem inuestigare non ausuros, ipsi liberos legitima tacite, adiecto onere, defraudent, quamvis illos cum onere ex asse scripserint heredes. Sed si *imperatores* audiamus, quae in *fraudem legis* excogitata sunt, *inutilia* sunt, & pro *infestis* merito accipiuntur l. 5. C. de *leg.* Imo vero maxime in heredum institutionibus obtinuit, secundum POMPONIUM, ut conditiones, quae ad *fraudem legum* respicerent, heredibus remitterentur. l. 9. D. de *condit. inst.* Hoc est, quod PAPINIANVS praecipit, *pruatorum cautione* legibus non refragandum esse. l. 15. §. 1. D. ad *legem Falcid.* quod & IULIANVS, in *ultimis voluntatibus* maxime, probauit. l. 5. §. 7. D. de *administ. & peric. tut.*

§. VII.

Accepisti accusationis nostrae praecipua momenta: nunc de excusatione SOCINI videamus. Cautela Socini legibus

Et multi quidem eius partes ex hac causa maxime defendunt, quod nihil clanculum a testatore fiat in formula SOCINI, sed res aperte admittretur, & liberis *optio* relinquatur, utrum hereditatem totam cum onere agnoscere, an legitimam duntaxat accipere, illaque integra & salua contenti esse malint. Neque enim liberi recte de illa formula conqueri videntur, cum sciant, quid agatur, cum utramque viam videant, & alteram eligere possint, & rebus suis, utcumque visum est, consulere, & ne quid damni uam habere accipiant, cauere. Negat enim VLPIANVS recte illos *fraudem* aliorum accusare, qui sciant, quid agatur. l. 145. D. de *reg. iur.* fraudem facit, quamvis detur liberis electio, utrum conditionem agnoscere an legitimam saluam habere malint. Ex alternatiuis

S 3

Sed



conditioni-
bus si altera
turpis &
iniqua est,
neutra valet.

Sed his quidem satisfaciet, si dicamus, "ex alternatiuis conditionibus neutram valere, si altera in fraudem legis concepta sit, & metuatur, ne quis, electione data, ad iniquam conditionem urgeatur. Tractauit simillimam speciem *VLPIANVS*, l. 8. §. 5. D. de *condit. institut.* quam breuiter exponam. Testator aliquem sub *iurisiurandi conditione* instituerat heredem. Sed *conditio iurisiurandi*, secundum *MARCELLVM*, pro *turpi* habebatur. l. 20. D. de *condit. & demonstr.* Igitur testator, metuens, ne heredi conditio remitteretur, *alternata conditione*, praeceperat, vt vel pareat conditioni, & iuret, vel Titio mille exsoluat. Quaerebatur, an valeret institutio: quandoquidem heres, si millia exsoluerit, securus sit, & necessitatem iurisiurandi euitare possit. *VLPIANVS* respondit, *utramque* conditionem remittendam esse, ne *conditio altera ipsum urgeat*, vt iuret, & turpis conditionis necessitatem sibi imponi patiatur.

Vix disputatione indiget, eandem rationem ineundam esse, si de *cautela SOCINI* iudicemus. In hac enim non secus, atque in illa specie, quam *VLPIANVS* proposuit, *alternatiua conditio* adiicitur filio in heredis institutione. Nimirum iubetur filius vel totam hereditatem *cum onere*, quod ipsam *legitimam* afficiat, agnoscere, vel *legitima* contentus esse, & reliquam hereditatem aliis permittere. Prior conditio iniqua est, & quantum ad legitimam attinet, pro *non scripta* haberi debet, cum legitimae portioni omnino nequeat onus aliquod imponi. Igitur nec posterior conditio valebit, qua filius urgeri posset, vt consentiret in priorem conditionem, quam leges scriptae improbarunt. Hoc enim tanto magis timeri potest, quanto vehementius plerique metu cuiusdam *ignominiae* terrentur. Sed metui omnino posse ignominiam, si quis, quasi contumax, & improbus, in modum poenae, a bonis paternis, praeter legitimam, excludatur, & legitima contentus esse iubeatur, supra est a nobis comprobatum.

§. VIII.

Non excusa-
ri potest cau-
tela Socini
quamuis li-
beri legitima
contenti esse
deberent si
illa ipsis sim-
pliciter reli-
cta esset.
Quaedam
simpliciter
constitui pos-

Operam perdere videbimur, qui diutius heremus in re manifesta. Sed, ne quid obtendi possit, breuiter tractabimus de alia *SOCINI* excusatione. Aiunt enim, *iustissimam* esse formulam, qua iubeatur filius *legitima* contentus esse, nisi paruerit conditioni, quae toti hereditati sit adscripta: nullam enim iniuriam fieri liberis, qui contenti esse debuissent, si vel *simpliciter* in parte legitima duntaxat heredes instituti & a reliquis partibus *pure* exclusi essent a parente.

Sed huic dubitationi, quamuis non improbabilis esse videatur, occurri potest, si admoneamus multum interesse, vtrum aliquid *pure & simpliciter* constituatur, an *cum conditione*, quae in fraudem legis excogitata esse videatur.

Nimi-



Nimirum, si pure filius a reliquis partibus exclusus & ex sola portione ^{sunt quae at-} legitima heres institutus esset, appareret, ^{ternatiue} *seriam* hanc parentis ^{constituta} *voluntatem* ^{vim suam} fuisse, ut partes reliquae hereditatis in alium heredem transferantur. Huic ^{perdunt.} igitur iudicio parentis filius merito obtemperaret. Sed cum, secundum *so-*
CINI formulam, filius ex asse heres scribitur cum onere, & tunc demum, si hoc onus detrectet, iubetur legitima contentus esse, intelligitur; non illud *serio* & *principaliter* actum esse a parente, ut filius tantum legitimam portionem habeat, sed ut his minis filius cogatur, totam hereditatem cum conditione accipere, & onus etiam legitimae impositum, inuita Themide, agnoscere, cum partem illam prorsus integram & saluam habere debuisset.

Ut rem totam paucis comprehendam, conditione illa proditur animus parentis, ideoque intelligitur, patrem in *fraudem legis* aliquid *machinatum* esse, & filio necessitatem oneris suscipiendi imponere omnino voluisse, a quo ferendo liberos legislatoris providentia absoluit. Quod consilium cum periculosum *exemplo*, & cum *contemptu legis* coniunctum esse videatur, merito remittitur conditio, & pro *non scripta* accipitur, quasi heres *pure & ex asse* institutus esset a parente.

Hoc in mentem venit MODESTINO, qui l. 195. D. de *reg. iur.* quaedam, si *expressa* sint, nocere ait, quae si non *expressa* essent, innocua fuissent. Enimvero si simpliciter legitima duntaxat relicta esset, nulla conditione liberis adiecta, sine dubio heredis institutio valeret, sed cum conditio *exprimitur* & causa illa proditur, ex qua testator liberos, si non paruerint conditioni, legitima contentos esse velit, infirmatur illud iniquissimum consilium parentis. Occurrunt sexcenta eiusmodi exempla, etiam in extraneis heredibus, quibus conditio remittitur, sub qua instituti sunt, quamvis testator illos praeterire aut *pure* excludere a tota hereditate potuisset. Eo pertinet illa species VLPiani, quam supra diligentius tractavi. Potuisset testator heredem *pure & simpliciter* iubere, ut Titio mille exsoluat: sed cum hoc sub *conditione* alternata praeciperet, ut vel *iuraret*, legibus inuitis, vel Titio mille solueret, remittenda est conditio soluendorum millium, ne per illam heres necessitate iurisiurandi oneretur. l. 8. §. 5. D. de *condit. instit.*

Sed occurrit & alia species non minus luculenta, apud eundem VLPIANUM, de qua l. 15. §. 1. D. ad *leg. Falcid.* copiose disputauit: frater sororem scripserat heredem: sed cum Seio centum donare vellet, sororem cum Seio pacisci iussit, ipsam lege Falcidia non usuram esse, sin fecus fecisset, Seio centum daturam. Sed, quamuis frater Seio *pure & simpliciter* centum donare potuisset, tamen inutilis esse visa est illa cautio, & sorori obligatio remissa, quod appareret, illud onus sorori in *fraudem legis* impositum fuisse. d. l. 15. §. 1. D. ad *leg. Falcid.*

§. IX.



§. IX.

Si heres editionem inuentarii aut iuratae specificationis cum cautela Socini petere prohibeatur illa prorsus est inutilis. Poena constituta est in possessorem hereditatis qui legitimam integram reddere detrectat.

Sed frequentissime quidem formula *Socini* vtuntur testatores, cum nollunt *editionem inuentarii* aut *iuratae specificationis*, quam dicunt, ab uxoribus aut hereditatis possessore exigi, sed his simpliciter fidem adhiberi praecipunt. At uero in hac quidem specie omnium minime toleranda est cautio *Socini*. Hac enim si testator vteretur, aperte legi iniuria fieret, quae *legitimam* iubet liberis & totam, & sine onere, relinqui. Neque enim constare posset liberis, an non portio legitima ipsis interuerteretur. Sed admonendi sumus etiam *poenam* olim in possessorem hereditatis fuisse constitutam, qui partem legitimam liberis reddere detrectet. *Iustinianus* enim *duplo* eius auaritiam coercet, vt cum portione legitima, liberis alteram partem tertiam reddere cogatur, nisi statim, & sine strepitu iudicii, legitimam exhibuisset. l. 33. C. de *inoff. test.* Hanc igitur testator *poenam* eludere conatur formula *Socini*, aliamque *poenam*, ex suo ingenio, constituit heredi, si illud audeat exigere, quod possessor, cum *poena* legibus expressa, praestare iubebatur. Sed quis ferat, hominem priuatum sua cautione *ius publicum* mutare, & heredem iactura reliquarum partium hereditatis, in modum *poenae* testamentariae, mulctare, ne *poena* iuris publici locum inuenire possit.

§. X.

Iudex potest deferere iudicium parentis. Turbissimum consilium aduersus formulam Socini vt officium iudicis modesto impleretur.

Ex his quidem causis, quae adhuc copiosius tractatae sunt, formula *Socini* nobis non solum suspecta, sed etiam *inutilis* videtur. Sed confido, tanto facilius me illas aliis approbaturum, quando certius, *exheredationi* liberorum non fauendum, omnemque *malignam institutionem* strictius accipiendam esse, auctoritate *Pauli* & *Iustiniani* confirmatur. l. 19. D. de *lib. & posthum. Nou. XVIII. c. 3.*

Iampridem hoc agnouerunt cordatissimi iurisconsulti, qui *Socino*, in ipsis fere huius formulae incunabulis se opposuerunt. Ex multis aliis occurrit *Carolus Rvinus*, qui *Socini* formulam diligenter impugnauit. ⁿ⁾ Idem ex veteribus *Nicolaus Suprano* ^{o)} in mentem venit, qui & ipse non ferendam esse credidit *Socini* cautionem. Sed, ne quid dissimulem, vincimur numero illorum, qui consilium *Socini* amplectuntur. Quapropter raro illud deferitur in foro, nisi appareat manifesta iniquitas crudelis testatoris. Neque tamen illis, qui hac formula in testamento onerati sunt, omnis spes intercipitur victoriae forensis. Enimuero officio iudicis continetur, ne permittat, homines novos, &, qui mortuo parente demum in suam potestatem veniunt, atque ad vtilitatem reipublicae succrescunt, testatorum iniuria occidi, quod supra ex nou. XVIII. c. 3. a nobis

ⁿ⁾ CAROL. RVINVS. CONF. 149. II. 13.

^{o)} NICOL. SUPRANVS CONF. II. 20. & 32.



a nobis obseruatum est. *ULPIANVS* quidem certe l. 3. §. 3. D. de *admīnistr. & peric. tut.* luculenter praecipit, aliquando *recedendum esse* a iudicio parentis, si appareat aliquid minus penso consilio a parente constitutum. Facile enim propter summum affectum parentis, praetor sibi persuadebit, testatorem omnino mutaturum fuisse sententiam, si intellexisset, quantam filio iniuriam fecerit in testamento.

Quae cum ira sint, *tutissimum* consilium videtur, ut, qui cum *formula* *SOCINI* oneratus est, non tam directe impugnet parentis iudicium, quam potius *imploratione officii iudicis utatur*, & causas iniquitatis & iniuriae, ex parentis iudicio acceptae, modestius exponat, atque vtrum a iudicio parentis recedendum sit, iudicis *arbitrio* permittat. Ita enim facilius, ut iniquitas illa corrigatur, impetrabit, & *poenam* a testatore constitutam euitabit, cui, propter *strictam* interpretationem, nunquam locum damus, nisi incontinentius & liberius impugnetur iudicium parentis.

L.

D-E

DEPOSITO

CVM

FIDEICOMMISSO UTILI
VT RES POST MORTEM DEPONENTIS,
TERTIO RESTITVATUR

AD L. XXVI. D. DEPOSITI ET L. LXXVII. DE LEGATIS I.

VITEMBERGAE, D. IVL. A. Q. S. P. EST cdo 1800 XXXII.

§. I.

Cum durare coniunctus ille, & communitas hominum non posset, *Sanctitas de-*
sed eueri & dirumpi necesse esset hanc nostri generis societatem, nisi *fidepositi. Haec*
& *amicitia* contineretur, & nisi esset aliquando inter homines, in cuius *interdum*
sinum confugere, in cuius tutela conquisceere possemus; recte *Qv. scævola* *postulat, vt*
apud *M. TULLIVM* ^{a)} existimauit, summam vim esse in illis arbitriis, *res non depo-*
nenti, sed
interrio restitu-
atur. Species
singularis
proponitur.

a) CIC. III. off. c. 17.



in quibus adiectum sit, ut ex *bona fide* res administretur. Hanc enim qui fefellerit, pulcherrimum illud praesidium humanae vitae censetur perdidisse. Sed *bonae fidei* nomen, scimus, secundum eundem SCAEVOLAM^{b)} latissime manare, & versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas conglutinatur. Neque tamen in vlla fere causa *bonae fidei* nomen sanctius habetur, quam ubi postulamus ab amicis, *ut depositum reddatur*. Pertinet ad laudem sanctissimae religionis nostrae, quod C. PLINIVS SECVNDVS^{c)} inter alia virtutis & *fidei* exempla commemorat, christianos sacramento, non in scelus aliquod se obstringere, sed ne furtum, ne latrocinium, adulteria committerent, ne *fidem* fallerent, *ne depositum appellati abnegarent*. ARISTOTELES^{d)} quidem certe, gravius & turpius, *δενόρεον*, haberi, docet, si *depositum*, quam si mutuum, negetur: *ἐτι ἀρχεόν, εἰδικεῖν φίλον*: cum sit inter res humanas turpissimum, *fidem* amicitiae deserrere, & iniuria afficere amicum. Οὐδεὶς γὰρ παρακατατίθεται μὴ πισεύων.^{e)} nemo enim aliquid deponit, nisi apud amicum, cuius *fidem* eligit, apud quem omnia *tuta* esse credit, in cuius manibus res depositas tam tuto versari existimat, quam in suis, a quo repetere res suas possit quodocunque, tanquam ex penu suo. Hoc HORATIO FLACCO in mentem venit, cum scriberet famosum illud:

— — — quidquid habes, age,
Depone tutis auribus.^{f)}

cum in magnis necessitatibus res nostras apud amicos deponamus, quorum *fidem* omnino *tutam* esse iudicemus.

Enimuero ita etiam veteribus magistris diuinae artis nostrae visum est, ut, si quis res suas *deposuerit*, *fidem* amici secutus eiusque *fidei* res suas *commisisse* censeatur. Audiamus VLPIANVM, qui l. i. pr. & §. 4. D. *deposit.* *depositum* ex eo, quod ponitur, dictum esse, tradit, & praepositionem, *de*, quod FESTVS etiam obseruat, §) augere depositum, ut ostendatur, *totum fidei* eius *commissum* esse, quod quis amico custodiendum dedit, nihilque tam conueniens esse illi negotio, quam, ut, secundum deponentis voluntatem, depositum reddatur. Hoc TRYPHONINVS intellexit, qui l. 31. pr. D. *depos.* *Bonam fidem*, ait, quae in deposito *exigitur*, *aequitatem maximam* desiderare.

Quae cum ita sint, dubitari non potest, cum de reddendo deposito tractatur, imprimis inspiciendum esse, quid ex *bona fide* cuique debeat praestari. Sed opportune monet Q. SCAEVOLA^{h)} in his negotiis, quae ex *fide*

b) CIC. off. III. 17. c) PLIN. L. X. ep. 97. d) ARISTOTEL. problem. sect. 29. n. 2. e) Id. ibid.. f) HORAT. I. Od. 27. v. 17. sq. g) FESTVS. in voce *decurtarunt*, *dedita*, *defrui*. h) apud CIC. III. off. c. 17.



fide bona debeant administrari, cum in plerisque iudicia sint contraria, *magni* esse iudicis, statuere, quid quemque cuique praestare oporteret. Cum enim fides amicitiae officiis omnino multis, illisque inter se diuersis arque variis, regatur: res habet aliquid difficultatis, ut constituamus, quid bonae fidei, quid communi hominum societati, conuenientius vtiliusque esse videatur.

In *deposito* quidem certe, dubitatum, an non *bona fides* aliquando desideret, ne deponenti depositum reddatur. Enimuero M. TVLLIVS auctor est, i) quaedam, quae natura *honesti* videantur esse, mutatis temporibus, fieri *non honesti*. Igitur promissa nonnunquam *non facienda* esse, neque semper *deposita reddenda*: „ut, si quis gladium apud te, cum sa-
„nae mentis esset, deposuerit, eumque repetat insaniens, *reddere*, pecca-
„tum, *non reddere*, *officium* videri: aut si is, qui apud te pecuniam de-
„posuerit, bellum inferat patriae, non recte te redditurum esse pecuniam,
„cum contra rempublicam facias, quae tibi carissima esse debeat. Igitur,
„facere promissa, stare conuentis, *reddere deposita*, commutata vtilitate,
„fieri non honesta, & interdum magis ex *bona fide* esse, si depositum ami-
„co *non reddatur*.

Nimirum, ut paucis rem expediamus, *bonam fidem* veteres ICI ex vtilitate non *singulorum*, sed *uniuersorum* & omnium, aestimauerunt. *Bona* enim *fides* non duntaxat, quod *singulis*, ex *fide data* & promisso, sed quod reipublicae & societati humani generis, debemus, comprehendit. Haec igitur aliquando desiderat, ut propter *plurium* vtilitatem, fidem promissi deseramus, & detrectemus depositum reddere, quod *bona fide* custodimus. Igitur recte TRYPHONINVS l. 31. §. 1. D. *depositi*, disputat, *bonam fidem* non inter eos tantum, inter quos contractum est, nullo extrinsecus assumpto, sed & respectu aliarum personarum, ad quas id, quod geritur, pertinet, aestimandam esse: ut ecce, si latro spolia quae mihi abstulerit, deponat apud Seium ignorantem: si, per se, dantem & accipientem intueamur. hanc esse *bonam fidem*, ut commissam rem recipiat is, qui dedit: sin totius rei acquitatem, quae ex omnibus personis, ad quas negotium illud pertinet impletur, cogitemus, mihi reddenda esse spolia, non latroni: ut suum cuique tribuatur.

Vides, ex *bona fide* aliquando non solum deponenti *non reddendum* esse depositum, sed etiam alii, quam qui deposuerit & cui fides a nobis data fuerit, restituendum esse. Ex hoc fonte deducitur, quod, secundum TRYPHONINVM, si reus capitalis criminis centum apud te deposuerit, & deinde deportatus sit, bonis eius publicatis, non ei, qui dedit, restitu-

T 2

enda

i) CIC. III. off. c. 25,



enda sint, sed magis in publicum deferenda. l. 31. pr. *D. deposit.* itemque, quod latroni, qui res domino subtractas apud eundem dominum per ignorantiam deposuit, non reddatur depositum; cum non patiat *bona fides*, dominum res suas praedoni restituere compelli. d. l. 31. §. 1. *D. deposit.*

Dicemus igitur, *bonam fidem* in *depositi* iudicio, ob summam aequitatem, qua hic contractus regitur, desiderare, ut interdum *stricti iuris* rationem atque verba sponsionis deferamus, & si hoc utilius honestiusque videatur, vel non reddamus depositum, vel, domino *inuito* & obloquente, illud, *tertio*, ad quem res illa pertineat, restituamus. Sed non minus a *regula iuris* subtilis alienum est, quod, cum alii per alium, qui non sit in eius potestate, acquiri obligatio non possit, tamen in *deposito*, ob bonam fidem, admittatur, ut depositum, non quidem domino *inuito*, sed tamen, *secundum deponentis voluntatem*, *tertio*, ad quem ille rem peruenire voluerit, *reddatur*. Propter summam enim aequitatem receptum est, ut, si honestas & publica societatis utilitas nihil prohibeat, abscisse voluntati deponentis obsequamur, & cum ille se nobis commiserit spemque suam & fiduciam in nostra fide collocauerit, depositum non solum quandocunque, sed etiam quomodocunque, & *cuiusque voluerit*, restituamus. Videmus illud & *iure gentium*, & si HERODOTO ^{k)} fides est, ipsius *oraculi Delphici* auctoritate comprobatum esse, ut depositum non deponenti duntaxat, sed ex eius *voluntate*, etiam *tertio*, reddatur. GLAUCO enim, illi Spartano, apud quem hospes quidam Milesius pecuniam, cum occulta quadam nota, hac lege deposuerat, ut, quicumque tesseram cum ista nota attulerit, illi pecunia ab ipso redderetur, Glaucos, inquam, illi, tergiversanti pecuniam restituere, atque consultant, utrum fides depositi etiam *tertio*, qui notam attulisset, praestanda videretur Pythia respondit, ipsum cum familia & gente uniuersa perituum, ni confestim redderet pecuniam, secundum deponentis voluntatem.

Sed *veteres*, quidem iureconsulti in quibusdam speciebus aperte praeceperunt, ut res deposita *tertio* restituatur. Eo pertinet, quod, si rem meam apud te depositam, ad Titium te perferre iusserim, res Titio reddenda videatur l. 1 §. 11. *D. deposit.* aut, si seruus deposuerit pecuniam, ut domino, pro libertate, redderetur, secundum IULIANVM, domino pecunia utiliter restituatur, l. 1 §. 33. *D. eod.* aut, si deposuerim, ut post *mortem meam* res reddatur, nisi voluntatem mutauerim, res deposita debeat a te ad *heredem* meum peruenire, l. 1 §. 46. *D. eod.*

Sed luculentissime PAVLLVS definiuit, ratam esse voluntatem deponentis, qui praecepit, ut *tertio* depositum restituatur. Audiamus, PAVLLVM, qui, l. 26. pr. *D. deposit.*, Publia Maeuia, inquit, cum proficisceretur

„ad

k) HERODOT. L. VI. historiar. p. m. 86.



„ad maritum suum, arcam clausam cum veste & instrumentis commendavit Caias Seia, & dixit ei: *cum salua sanaue venero, restitues mihi: certe, si aliquid humani mihi contigerit, filio meo, quem ex alio marito suscepi.* Defuncta ea intestata, desidero, res commendatae cui restitui debeant, filio, an marito? Paullus respondit, filio.

Vix attinet monere, depositum, ex PAVLLI sententia, Publiae Maeuiae filio, non ut heredi, aut certe non ut unico heredi, a Caia Seia in hac specie restituendum esse. Neque enim fuisset causa dubitandi, quin filio heredi res a matre deposita reddi debuisset, cum PAVLLVS tamen dubitet, utrum hoc depositum recte filio reddatur. Enimuero apparet, hunc filium non unicum fuisse, cum ita illum designauerit Publia Maeuia, quod ex alio marito sit susceptus, ut a reliquis eius liberis hac descriptione discernatur.

Igitur ausim affirmare, PAVLLVM, in hac specie, tantisper discessisse a iuris subtilis ratione, &, quamvis filio, non unico heredi, per matrem actio in solidum non adquiratur, tamen in deposito, ob bonam fidem, & summam aequitatem, qua hic contractus regitur, admissum esse, ut res filio restituatur, secundum meram deponentis voluntatem, cui in deposito simpliciter obtemperamus. Ita enim ut sentiam, inprimis VLPPIANVS apud me effecit, qui l. 77. de leg. 1. in specie non absimili, *fideicommissum utile* subesse, ait, ut res deposita tertio, cui deponens illam restitui voluerit, ex rescripto DIVI PII, restituenda videatur. Ita enim VLPPIANVS: „Si pecunia fuit deposita apud aliquem, eiusque *fideicommissum*, ut eam pecuniam alii praestaret: *fideicommissum* ex rescripto DIVI PII debetur: „quasi videatur heres rogatus, remittere id debitori. Nam si conueniatur „debitor ab herede, doli mali exceptione uti potest: quae res *utile fideicommissum* facit.

In eandem fere sententiam, etiam ante VLPPIANVM, CERVIDIVS SCAEVOLA, & AFRICANVS, l. 37. §. 3. D. de leg. 3. & l. 108. §. 13. D. de leg. 1. responderunt, ut quamvis iste, qui rem acceperit, neque hereditatem defuncti, nec bonorum possessionem nactus sit, & nihil ex hereditate possideat, tamen, post constitutionem DIVI PII, res, quasi ex *fideicommissio*, debeatur illi, ad quem dominus illam voluerit a debitore post mortem suam peruenire.

Sed ne hoc suspectum videri possit, etiam DIOCLET. & MAXIMIAN. l. 8. C. ad exhibend. & l. 3. C. de donat. quae sub modo generaliter, benigna interpretatione, a diuis principibus admissum esse, aiunt, ut in eiusmodi negotiis, secundum domini aut deponentis voluntatem, accipiens tertio, quamvis uterque nec civilem nec praetoriam hereditatem a domino adepti sint, res acceptas restituere cogatur.



Ex his, quae adhuc disputata sunt, intelligitur, rem depositam ex rescripto *DIVI PII*, interdum *tertio*, cui deponens prospectum voluerit, secundum eius *voluntatem*, restitui debere. Sed non ita visum est iudici cuidam, qui nuper in specie quadam, *praesidi* postea oblata, sententiam dixerat *adversus* voluntatem deponentis. Tullia mater, suborta mortis cogitatione, apud Calphurniam quinquaginta aureos deposuerat, hac lege, ut, post mortem suam, illi quinquaginta filio suo, restituario, ad iura magisterii a collegio restitutorum redimenda, redderentur. Calphurnia, Tulliae deponentis voluntati obsecuta, post mortem eius, quinquaginta restituerat filio, ut in collegium opificum adoptaretur. Tulliae heredes repetebant depositum, &, Calphurnia defuncta, filium Tulliae restitutorium pulsabant actione, ut quinquaginta aureos, a Tullia depositos, & a Calphurnia ipsi restitutos, in communem hereditatem deferret, ut inter heredes Tulliae dividerentur.

Iudex filium Tulliae restitutorium quinquaginta aureos iussit heredibus restituere, his usus rationibus, quod neque actio ipsi a matre Tullia adquiri potuerit, & res Calphurniae tradita fuerit, sine omni solennitate, quam leges desiderant in donationibus mortis causa & in fideicommissis: ut inutilis videatur voluntas Tulliae, quae illos quinquaginta filio restitui praecepisset. *Praeses*, qui de illa specie consulebatur, respondit, quinquaginta aureos ad filium Tulliae restitutorium omnino pertinere & heredes Tulliae frustra illos repetere. Ita enim *PAVLLVM* l. 26. pr. *D. de pos.* & *VLPIANVM* l. 77. *D. de leg. 1.* & *SCAEVOLAM* l. 37. § 3. de *leg. 3.* & *AFRICANVM* l. 108. § 13. de *leg. 1.* in speciebus simillimis, ex rescripto *DIVI PII*, iudicasse. Sed digna res visa est, de qua diligentius tradamus.

§. II.

Fideicommissorum sanctitas quid intersit inter fideicommissum & depositum. Fideicommissum utile nullas solennitates desiderat.

Audiuiſti, ex *SCAEVOLAE* nostri, & *VLPIANI*, itemque *AFRICANI* sententia l. 37. § 3. *D. de leg. 3.* l. 77. *D. de leg. 1.* l. 108. § 13. *D. de leg. 1.* *fideicommissi* quandam speciem subesse, si quis rem acceptam *tertio* restituere in contractu iubeatur. Quod ut rectius intelligatur, paucis de natura huius fideicommissi exponemus.

Nimirum per se quidem inter *depositum* & *fideicommissum* est quaedam affinitas, ut alterum ab altero non multum abesse videatur. Vtrumque certe negotium *bona fide* in primis regitur, cum & in *deposito* *fidem* amici eligamus, & in *fideicommissio* personae *fidem* maxime spectemus, atque confidamus, illam obsecuturam esse nostrae voluntati. Imo vero luculenter *VLPIANVS*, l. 1. pr. *D. de pos.* in *deposito*, ait, rem totam *fidei* alterius *commissam* esse: ut intelligatur, non prorsus alienam esse naturam *depositi* a *fideicommissio*.

Prae-



Praeterea, si utriusque negotii formulam spectemus, parum videmus interesse inter *depositum* & *fideicommissum*. Enimuero, cum res deponitur, fidem amici inuocamus, *precibus* & *rogatione* ab illo impetramus, ut rem gratis custodiat, illamque, utcumque nobis visum fuerit, *restituatur* & *reddat*. Hac enim formula depositum contrahi ex *VLPIANO*, *POMPONIO* & *PAVLO*, l. i. §. 45. & 46. D. *deposit.* l. ii. & 12. l. 26. pr. D. *eod.* & ex aliis trecentis, intelligimus. Neque vero potest custodia gratuita nisi *precibus* & *rogatione* impetrari.

Sed eadem formula utimur in *fideicommissis*, cum *rogemus* heredem, aut legatarium, aut quemcumque a nobis honoratum, ut rem *reddat*, *restituatur*, ex nostra voluntate: quod *BARNABAS BRISSONIVS* ex locis quam plurimis probauit. 1)

Hactenus igitur conueniunt *depositum* & *fideicommissum*, ut utrumque *preces* & *rogationem* desideret, & in utroque fides accipientis ad *reddendum* ac *restituendum* adstringatur. Sed nolim tamen commisceri prorsus & confundi naturam depositi & fideicommissi. Hoc enim inter utrumque interest, quod *depositum* inter *viuos* magis contrahatur, *fideicommissum*, cum sit species ultimae voluntatis, semper mentionem *mortis* desideret, sine qua ne cogitari quidem potest *fideicommissum*. Qua re apparet, hoc demum depositum cum *fideicommissio* utili coniunctum esse, in quo accipiens depositum *post mortem deponentis tertio* restituere iubetur: sin autem conuenerit, ut uiuo deponente res *tertio* reddatur, nihil inesse fideicommissi, sed negotium subsistere intra solos *depositi* terminos, aut certe *depositum* cum *mandato* coniunctum esse, non cum fideicommissio. Ita enim *POMPONIO* & *VLPIANO* visum est, l. i. §. ii. & 12. D. *depositi*.

Habes primum discrimen, quo depositum & fideicommissum seiunguntur. Sed neque negligendum est alterum, quod *depositum* cum quocumque, cuius fidem eligimus, efficaciter contrahere possimus: quandoquidem haec natura est contractuum, qui ex *iure gentium* descendunt, ut inter omnes personas liberas communes sint, & nemo facile ab illis excludatur. Contra *fideicommissio* non omnes, sed heredes duntaxat, aut legatarii, aut qui alia quadam suprema voluntate aliquid a nobis acceperunt, onerantur. Aperte enim *GORDIANVS*, l. 9. C. *de fideicommissis*, praecipit, ab eo, qui neque legatum, nec fideicommissum, nec hereditatem, vel mortis causa donationem, acceperit, *nihil per fideicommissum* efficaciter relinqui.

Quae cum ita sint, & dubitari nequeat, quin praestatio fideicommissi personae a nobis *honoratae* duntaxat efficaciter iniungi possit; quid *VLPIANO* respondebis, qui ut supra obseruauimus, l. 77. D. *de leg. i.* *fideicommissum* ait, ex rescripto Diui Pii maxime, deberi, si pecunia apud aliquem

1) BRISSON. de formul. L. VII. c. 146.



quem *deposita* fuerit, eiusque fideicommissum, ut res alteri praestetur. Quis enim non videt, depositarium non suprema voluntate defuncti *honoratum* esse, sed pecuniam ex *contractu* depositi accepisse, & tamen videri *oneratum* esse fideicommissum, ut pecuniam alii praestaret.

Quid porro faciemus SCAEVOLAE, qui l. 37. §. 3. D. *de leg. 3.* affirmat, etiam illum filium, qui nec hereditatem patris adiisset, nec bonorum possessionem impetrasset, neque ex hereditate quidquam possideret, tamen, post rescriptum DIVI PII, ex *fideicommissum*, quasi debitorem conveniri posse, si promiserit parenti, se res a patre vivo acceptas, secundum voluntatem patris, *tertio* restitutum esse. Posset enim videri, *fideicommissum* onerari filium, quamvis non sit *honoratus* suprema parentis voluntate.

Denique, quomodo cum AFRICANO in gratiam redibimus, qui l. 108. §. 13. D. *de legat. 1.* etiam a *creditore pignoratitio* fideicommissum peti posse, ait, quamvis nihil ex testatoris ultima voluntate acceperit, modo rogatus ab illo fuerit, ut pignus vendat, & deducto debito suo, quidquid super fuerit, restituat testatoris filiae exheredatae.

Apparet, in his speciebus omnibus *debitorem* onerari fideicommissum, quamvis nihil acceperit, praeter illud, quod ex contractu debebat testatori. Imo vero generaliter VLPPIANVS ait, ab *omni debitore fideicommissum utile* relinqui posse. l. 77. D. *de leg. 1.*

An igitur dicemus, per rescriptum DIVI PII, ad quod SCAEVOLA & VLPPIANVS prouocarunt, mutatam naturam fideicommissi, ut illud a quocunque, quamvis non sit honoratus suprema voluntate, efficaciter potuerit relinqui? Ego quidem hoc asserere non ausim, cum, ut supra diximus, GORDIANVS imperator, qui post DIVVM PIVM imperio praefuit, lege 9. C. *de fideicommiss.* pertinaciter negauerit, recte quenquam fideicommissum onerari, nisi aliquid acceperit ex suprema voluntate testatoris.

Quorsum itaque confugiemus, ut tueamur *fideicommissum*, a *depositario* relictum, quem deponens rogauit, ut res depositae, *post mortem* suam, *tertio* restituantur. Nimirum ita sentio, non esse *proprium & verum* fideicommissum, si depositario necessitas imponitur a deponente, ut res depositas *tertio* restituat post mortem suam. Sed *figitur* fideicommissum, quo non depositarius, sed *heres* a defuncto oneratus esse videatur. Enimvero *depositarius*, & quicunque debitor, qui rem *tertio* restituere iussus est, secundum SCAEVOLAM, l. 37. §. 3. D. *de leg. 3.* non quasi ex ultima voluntate, sed *quasi debitor* ab illo conuenitur, cui res debet restitui post mortem testatoris. Imo adhuc apertius DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS in specie prorsus simili l. 8. C. *ad exhibend.* & l. 3. C. *de donat. quae sub modo*, rescripserunt, *utilem depositi* actionem a *tertio*, cui res deposita, secundum voluntatem deponentis, post mortem eius, ab accipiente reddi debet, institu-

tuen.



tuendam, & generaliter eandem actionem, quae defuncto competeat, ipsi accommodandam esse, ut voluntas deponentis impleatur.

Qua re intelligitur, debitorem, qui rem depositam tertio restituere iubetur, ne quidem post rescriptum *DIVI PII*, vero fideicommissio onerari. Neque enim fideicommissio in eius persona locus est, cum non sit honoratus in suprema voluntate; neque debitor onerari potest, qui illud, quod debet, duntaxat restituere iubetur, & eadem actione utili, qua defunctus ipsum pulsare potuisset, a tertio, post mortem deponentis, convenitur.

Igitur debitor, qui rem restituere iubetur, non ut fiduciarius, ex suprema voluntate, sed ut debitor, actione utili ex contractu convenitur.

Sed *VLPIANVS* tamen, & ante ipsum *SCAEVOLA*, itemque *AFRICANVS*, quod supra a nobis observatum est, fideicommissum subesse aiunt, quo efficiatur, ut res deposita ad tertium perveniat ex voluntate deponentis, d. l. 77. D. de leg. 1. l. 37. §. 3. D. de leg. 3. l. 108. §. 13. D. de leg. 1.

Itaque dicendum est, non debitorem, qui iussus sit tertio rem restituere, sed heredem deponentis onerari fideicommissio, ut hic quidem patiatur, tertium actione depositi adversus debitorem, ex voluntate deponentis, experiri, & rem depositam auferre, quae stricto iure, & nisi voluntas deponentis intervenisset, heredi eius deberetur. Ne quis dubitet, audiamus *VLPIANVM*, qui d. l. 77. D. de leg. 1. diserte docet, heredis personam fideicommissio oneratam videri, si defunctus praeceperit, ut res deposita tertio restituatur. Ita enim ille; „fideicommissum ex rescripto *DIVI PII* debetur; quasi videatur heres rogatus, remittere id debitori: nam si conveniatur ab herede, doli exceptione uti potest; quae res utile fideicommissum facit. „

Vides, preces deponentis, quibus debitorem suum rogavit, ut res depositas tertio restituat, ita ab *VLPIANO* inflecti, ut heres videatur rogatus a defuncto, & fideicommissio oneratus esse, ne impugnet defuncti voluntatem, qui rem tertio restitui praecepit. In hanc certe sententiam video etiam *AFRICANVM*, in specie non absimili, l. 108. §. 13. D. de leg. 1. respondisse. Proponit enim: Iauolenum, exheredata filia sua, filium duntaxat scripsisse heredem: sed, priusquam moreretur, Titio margarita pignori dedisse, hac nimirum lege, ut pignus venderet, & quidquid deducto debito, ex pignoris pretio superesset, illud restitueret filiae exheredatae. Apparet Titium Iauoleno eiusque heredibus, in quantum pignoris pretium summam debiti excederet, obligatum fuisse, eoque nomine conveniri potuisse a Iauoleno, eiusque filio herede. Sed quia Iauolenus Titium rogauerat, ut, quidquid ex pretio pignoris superesset, illud restitueret filiae exheredatae, *AFRICANVS* iudicavit, fratrem filiae exheredatae, id est, filium, heredem Iauoleni, obstrictum esse fideicommissio, ut agnosceret defuncti voluntatem.

Fasc. VI.

Y

Satis



Satis, credo, a nobis comprobatum est, *fideicommissum*, quo debitor rem *tertio* restituere rogatur, ad *onera* non debitoris, sed *heredis*, pertinere. Neque enim *SCAEVOLA* nos ab opinione auocabit, quamvis ille debitorem, dicat, a *tertio*, *ex fideicommissio* conueniri l. 37. §. 3. D. de leg. 3. Adiecit enim *SCAEVOLA*, hunc, quasi *debitorem*, id est, ex debito, quo ipse defuncto obligatus erat, conueniri; ut appareat, *fideicommissum* a *tertio*, non ut causam petendi, sed loco *legitimationis ad causam*, quam practici appellant, allegandum esse, quo ostendatur, in ipsum per *fideicommissum* translatam esse actionem, quae defuncto competebat.

Heres igitur, qui ex contractu defuncti agere omnino potuisset, obligatur *fideicommissio*, ut dimitat illam actionem. Neque tamen ipse etiam heres *fideicommissio* obstringitur, si defunctus rogauit deponentem, ut res post mortem suam *tertio* restituatur. Non cogitari potest *verum fideicommissum*, nisi *fides* illius, qui *fideicommissio* oneratur, electa sit a testatore, & nisi preces ad ipsam personam oneratam dirigantur. Quapropter, cum in hac specie, quam tractamus, non heres, sed *debitor* rogetur a defuncto, ut rem *tertio* restituat; quis ausit affirmare, illis precibus, quibus debitori a deponente restitutio iniungitur, *heredem* onerari *vero fideicommissio*.

Igitur magis est, quod dicamus, *fingi*, in hac specie, *fideicommissum*, & verba deponentis, benigna interpretatione ita inflecti, ut *heres* rogatus *videatur*, dimittere hanc actionem depositi, quae stricto iure ipsi competeat. Clare illud *VLPIANVS* tradit, l. 77. D. de leg. 1. qui deponentis verba sic interpretatur, *quasi videatur* heres rogatus, remittere id debitori: ut intelligatur, non *vero* heredem *fideicommissio* oneratum, sed ita rem accipi, quasi hoc *fidei* heredis a deponente sit commissum. Ex hac causa descendit, quod *DIOCLETIANVS* & *MAXIMIN.* l. 3. C. de *donat. quae sub modo*, l. 8. C. ad *exhibend.* l. 7. C. de *pact. conuent.* non *directam*, sed *utilem* duntaxat, depositi aut ex stipulatu actionem *tertio*, cui res restituenda est, concedant. Vnde conficitur, totum hoc negotium non tam ex regula iuris constituti, quam ex *fictione* & benigna *interpretatione*, descendisse.

Non difficile fuerit, causas indagare, quae *ICTOS* adduxerint, ut in hac specie *fingerent* aliquod *fideicommissum*. Enimvero, secundum iuris civilis rationem, non poterat admitti, ut *tertio*, ex pacto deponentis, actio, aut omnino ius aliquod, aduersus debitorem, cum quo ipse non contraxerat, acquireretur. De hac enim iuris regula deinceps locus erit exponendi. Sed rescripto *DIVI PII*, cuius fidem *SCAEVOLA* & *AFRICANVS*, itemque *VLPIANVS* in hac specie inuocant, l. 37. §. 3. D. de leg. 3. l. 108. §. 13. D. de leg. 1. l. 77. *eod.* *DIVI PII*, inquam, rescripto inductum est, ut in deposito propter *bonam fidem*, & summam aequitatem, qua hic contractus continetur, efficax voluntas deponentis haberetur, si iussisset debitorem, *ter-*
tio

tio rem restituere, post mortem suam. Et primo quidem, ut diximus, in deposito maxime admissum est, ut rata sit voluntas deponentis, si tertio rem reddi praecepisset. Postea, ut solent illa, quae extra ordinem inuecta sunt, raro ibi subsistere, unde coeperunt, *interpretatione* hoc ad omnes debitores porrectum est, ut cum illis efficaciter pacisci posset creditor, quo res debita post mortem suam tertio praestaretur. Ita enim DIOCLET. & MAXIM. l. 3. C. de donat. quae sub modo, l. 7. C. de pact. conuent. etiam in donationibus, & dotis constitutione, itemque AFRICANVS l. 108. §. 13. D. de leg. 1. in debiro pignoratitio admiserunt, ut *benigna interpretatione* valeret stipulatio, qua conuenerit, ut res donatae, post mortem donatoris, aut dos, soluto matrimonio, aut pretium pignoris, deducto debito, post pignoris venditionem, tertio restituerentur.

Igitur ex rescripto DIVI PII, & *interpretatione* benigna, obtinuit, ut in illis speciebus, quas tractauimus, tertio per stipulationem alterius, actio adquiri posset. Sed *ratio iuris ciuilis*, quod antea monuimus, hoc non ferebat. Quare ICI, quod ipsis familiare est in negotiis, quae extra ordinem, ob magnam aequitatem inuecta sunt, rem perturbatam *fictione* sanauerunt. Et erat commodissimum, cum de re post mortem stipulantis alteri restituenda tractaretur, *fideicommissum* fingere, cum sit haec formula fideicommissi, ut res tertio restituatur. Qua propter ita res accepta est, ex rescripto DIVI PII, *quasi* rogatus videatur heres, remittere id debitori, quod eius voluntate, ad tertium deberet peruenire. l. 77. D. de leg. 1.

Colore igitur *utilis*, non *veri*, fideicommissi utebantur interpretes, ut regulam iuris ciuilis defenderent, & voluntati tamen deponentis, qui res suas ad tertium peruenire vellent, ex rescripto DIVI PII commodius obsequerentur.

Quae cum ita sint, vix disputatione indigebit, ad formulas & leges *veri* fideicommissi non adstrictum esse *imaginarium* hoc fideicommissum. Quae enim, *coloris* & *aequitatis* causa, ab interpretibus *finguntur*, veritatem non immutant, neque, ultra finem interpretum, extendi possunt, aut pro *veris* penitus haberi. Sic querelam inofficiosi testamenti veteres introduxerunt, vti hoc colore, *quasi non sanae mentis* fuerit testator: neque tamen, quod IUSTINIANVS ait, *veri* furoris testatorem accusarunt; cum, si *vere* furiosus diceretur, *nullum* eius testamentum, & superuacanea fuisset querela inofficiosi testamenti. pr. l. de inoffic. test.

Igitur dicemus, in *fideicommissio utili*, seu *ficto*, quod *contractui adiicitur*, quamuis fideicommissa hodie legatis exaequata sint, tamen *solennitates non desiderari*, hinc illud subsistere, quamuis quinque testes non adhibiti fuerint, neque persona honorata, cuius fidei aliquid committitur, praesens fuerit, sed inter absentes etiam, solo *consensu* & pacto negotium



confectum & debitori a me per epistolam iniunctum sit, ut res tertio restituatur. Illa enim solennia, quae certum *numerus testium*, aut *praesentiam personae honoratae* desiderant, cum per se *odiosi* sint, & restringenda videantur, in *veris* tantum fideicommissis locum habent, non in his, quae, per *fictionem iuris* & interpretationem, propter aequitatem meram, subintelliguntur. Meretur enim observari, quod *VLPIANVS* l. 77. D. de leg. 1. hoc fideicommissum maxime *exceptionem doli*, seu aequitatis naturalis, adversus heredem, parere affirmit. Si enim debitor, qui depositum, ex voluntate deponentis, tertio restituit, conveniatur ab herede, debitor, secundum *VLPIANVM*, *doli* exceptione uti, id est, iniquitatis ipsum accusare potest: *quae res utile* fideicommissum facit. d. l. 77. de leg. 1. Ut intelligatur, praecipuum huius fideicommissi fructum in exceptione aequitatis naturalis consistere. Sed, quae ex mera aequitate descendunt, solennitates, quae non lege expressa praescriptae sunt, non facile desiderant, sed per se subsistunt, vimque suam ab ipsa natura nanciscuntur.

Hoc sensu recte *DECIVS*, ^{m)} *CRAVETT.* ⁿ⁾ & *MENOCHIVS* ^{o)} iudicaverunt, in omni *contractu* efficaciter constitui *fideicommissum*: id est, ratum esse pactum contractui adiectum, quo conveniatur, ut res debita tertio restituatur: neque hoc pactum aliam formam, quam quae in ipso contractu observanda sit, desiderare, neglectis solennitatibus *veri fideicommissi*.

Poterimus igitur haec *quasi fideicommissa* commodissime *conventionalia fideicommissa* appellare, cum *pacto* & *conventionione* efficiatur, ut res a debitore post mortem nostram tertio restituatur.

Vnum adhuc attinet monere, fideicommissum hoc conventionale ab *VLPIANO*, *utile* fideicommissum dici, ob *exceptionem doli*, quae ex illo enascatur: haec enim res *utile fideicommissum* facit. l. 77. D. de leg. 1.

Equidem non valde repugnauerim, si quis existimet, *utile* hoc loco dici, quia sit efficax, & pacto *inutili* atque infructuoso opponatur. Sed magis placet, *utile* ab *VLPIANO* appellari, quod per *fictionem* inducatur, & non prorsus impleat naturam *veri* fideicommissi. Eodem enim sensu *PAVLLVS* ^{p)} *utile fideicommissum* dixit, quod non verbis consuevis conceptum sit, sed aliis, quae, per *interpretationem*, pro verbis fideicommissariis accipiantur. Certe & actio, quae ex hoc fideicommissio conceditur, *utilis* duntaxat appellatur, quia per interpretationem demum est admissa. Hoc enim supra ex l. 8. C. ad exhib. l. 3. C. de donat. *quae sub modo*, l. 45. D. *solut. matr.* a nobis comprobatur est.

§. III.

^{m)} *DECIVS*, conf. 245. col. penult.

ⁿ⁾ *CRAVETT.* conf. 130. in fine.

^{o)} *MENOCH.* conf. 944. n. 37.

^{p)} *PAVL.* IV. recept. sent. tit. 1. §. 6.



§. III.

Habes utile fideicommissum, contractui adiectum, & pactione consti- Tacitum
tutum, qua debitor rogatur, ut post mortem deponentis, res deposita, fideicommissum
secundum voluntatem eius, tertio restituatur. Sed noli cum hoc *quasi fidei-* sum in frau-
commissio pactione commutare *tacitum* fideicommissum, quod inefficax & *dem legis*
improbum magis, quam utile, videtur. Enimvero *tacitum* quidem fidei- *conceptum*
commissum non minus, atque illud *utile*, quod antea tractauimus, secun- *inutile est.*
dum IULIANVM. neque testamento neque codicillis, sed *domestica cau-*
tione, vel chirographo, relinquitur, quo accipiens, sine solennitate, se ob-
stringit, ad rem *tertio* restituendam. l. 103. D. de leg. 1. MARCELLVS
enim, *tacitam fidem* appellat, si pactione, extra testamentum, accipiens ad
rem restituendam obligetur. l. 123. §. 1. D. de leg. 1. qua formula video
etiam VLP. IANVM q) aliquando usum fuisse. Sed GAIVS *tacite* promitti
ait, si quis vel *chirographo*, vel nuda pollicitatione sponderit, se rem
tertio, ex voluntate dantis, redditurum, l. 10. D. de his, quae ut indign.
MODESTINVS etiam, *tacitam fidem* interponi, docet, si accipiens pro-
mittat, se rem *tertio* restitutum. l. 46. D. de hered. petit.

Apparet igitur, etiam *tacitum* fideicommissum contractu & *pactionibus*
relinqui. Sed, ut ante diximus, noli naturam *taciti* fideicommissi miscere, cum
utili fideicommissio contractibus adiecto. Enimvero idem DIVVS PIVS, ex cuius
auctoritate, secundum VLP. IANVM. l. 77. D. de leg. 1. *debitur* & substituit *utile* fidei-
commissum idem inquam, DIVVS PIVS fideicommissa *tacita* damnauit, & om-
ne ex illis emolumentum heredibus auferri iussit, & *fisco praestari* voluit *tacita*
fideicommissa. l. 17. §. 2. D. de usur. Nimirum illud *tacitum*, quod in his fidei-
commissis inesse dicitur, *fraudem* aliquam notauit, qua *incapacibus* res, per perso-
nam interpositam, relinquebatur. Haec igitur persona si testatori promitteret,
se rem *incapaci* reddituram, aut aliquid omnino *contra leges* admissuram esse,
quasi in fraudem legis relictum, fideicommissum *tacitum* appellabatur. Hinc
IULIANVS ait, *fraudem legi* fieri per *tacita* fideicommissa, cum relinqua-
tur ei, qui capere non possit. l. 103. D. de leg. 1. & MARCELLVS, in *frau-*
dem legis, tacitam fidem accommodari, respondit, si quis legem circum-
ueniat *tacito fideicommissio*. l. 123. D. de leg. 1. denique MODESTINVS l. 46.
D. de hered. pet. illum praedonis loco haberi decet, qui *tacitam fidem* inter-
posuerit, ut *non capaci* restitueret hereditatem.

Igitur, in *tacito* fideicommissio, *incapacibus, & in fraudem* legum,
accipiens aliquid restituere promittit. Praeterea in omnibus illis speciebus
taciti fideicommissi, persona *honorata* *tacito* fideicommissio se obstrinxit, ad
rem restituendam.

V 3

Sed

q) VLP. tit. XXV. c. 17.



Sed nihil cum his commune habet *utile* fideicommissum, quod tractamus. Hoc enim *contractui* quidem adiecitur, sed hoc consilio, ut res tertio reddatur, cui deponens ipse viuis actionem suam cedere aduersus debitorem potuisset: & verba non ad heredem, sed ad debitorem diriguntur.

At vero admonendi sumus, nihilo secius, si quis in *fraudem* legitimae, aut creditorum, aut patroni, aut filii arrogati, apud aliquem quid deponat, & tertio restitui iubeat, ut hereditas exhauriatur, reuocationi ex l. 4. C. de *inoff. donat.* vel PAVLLIANAE ex l. 6. §. II. D. *quae in fraud. credit.* vel CALVISIANAE aut *quasi* CALVISIANAE actioni, ex l. 1. §. II. & l. 13. D. *si quid in fraud. patr.* locum dari. Nimirum, secundum AFRICANVM, l. 38. §. 1. D. *de solut.* ne quidem illi, qui *solutioni adiectus est*, recte soluitur, si creditor tertium, in fraudem legis, solutioni adiecisse videatur.

Huc enim pertinet, quod, si maritus uxori *donaturus*, debitorem suum iubeat soluere uxori, non rata sit voluntas creditoris, neque nummi uxoris fiant: cum a maritis donari vxoribus, salua iuris civilis regula, non possit: ideoque debitor, conditionem, quam aduersus mulierem habet, ad repetendam pecuniam, tenebitur cedere marito. d. 38. §. 1. D. *de solut.*

§. IV.

Debitor liberatur si de-positum tertio restituit secundum voluntatem deponentis. Sed, ut ex diuerticulo in viam redeamus, nisi deponens, aut *legi*, aut aliis, quibus ius perfectum antea quaesitum fuerit, *fraudem* fecisse videatur, rata erit voluntas deponentis, ut depositum, post mortem eius, tertio reddatur. Cui consequens est, *liberari debitorem*, qui, obsecutus deponentis voluntati rem isti restituerit, ad quem deponens iusserit depositum, post mortem suam, peruenire.

An tertius in hac specie solutioni adiectus videatur. An deponens mutare possit voluntatem suam. Enimuero, si omnia alia deficerent, certe, post rescriptum DIVI PII, *exceptione doli* tutus erit, & liberabitur; cum heres ex DIVI PII rescripto agnoscere cogatur defuncti voluntatem. Audiamus enim VLPIANVM, qui l. 77. D. *de leg. 1.* „fideicommissum, inquit, ex rescripto DIVI PII, „debebitur, „quasi videatur heres rogatus, remittere id debitori: nam si conueniatur debitor ab herede, *doli exceptione uti potest*: quae res *utile* fideicommissum facit.

Sed videamus, an non, etiam *sine fictione fideicommissi*, liberetur debitor, si a deponentis heredibus conueniatur. Ipsi certe deponenti, qui rem tertio restitui voluerat, si, post restitutionem depositum viuis repeteret, *pacti exceptio* sine dubio obstarat. Illud enim ante VLPIANVM, PAPINIANVS docuit, l. 26. §. 4. D. *de pact. dotal.* ut, qui, contra *propria placita*, illud petat, quod alii dari voluerit, exceptione repellatur. An igitur dicemus, eandem exceptionem doli, quae deponenti obstarat, etiam *heredibus*

bus deponentis opponi posse, sine fideicommissio, si res post mortem deponentis, secundum eius voluntatem, *tertio* sit restituta. Ita quidem videretur, nisi PAVLLVS turbas daret, qui l. 108. D. de *solut.* negat, debitorem, quem creditor post mortem suam *tertio*, id, quod sibi deberetur, solui iusserit, post mortem mandantis creditoris, recte *tertio* soluturum esse; cum *mandatum morte dissoluatur*. Quapropter magis est, quod dicamus, ipsum quidem *deponentem*, qui *mandauerit*, & pacto permiserit, rem sibi debitam *tertio* restitui, si res *ipso viuo* restituta sit *tertio*, depositum repetere non posse; sin vero conuenerit, ut res *post mortem* deponentis alii restituantur, *inutile mandatum* esse; ideoque, si depositarius, rem *tertio*, secundum voluntatem deponentis, post mortem eius reddiderit, illum, stricto iure, conueniri posse a deponentis heredibus, & exceptione pacti aut mandati, aduersus heredes deponentis, qui iusserit rem *tertio* restitui, non satis tutum esse, cum *mandatum morte* deponentis dissolutum esse videatur.

Equidem non ignoro, in quibusdam speciebus *mandatum* morte mandantis non dissolui, sed etiam *post mortem* eius a mandatario implendum esse. Ut ecce, ubi quis euidam mandauerit, ut, *post mortem suam*, sibi monumentum faceret, ille, etiam *post mortem* mandantis, ex mandato agere & conueniri potest: si MARCELLVM audiamus. l. 12. §. 17. D. *mandati*. Sed dubito, verum illud, quod *fauore monumenti* & sepulchri a MARCELLO admissum est, secundum CUIACII ⁷⁾ sententiam, trahi possit ad alias species mandati; cum PAVLLVS aperte doceat, morte dissolui hoc *mandatum*, si quis debitorem suum iusserit alii solvere, post mortem suam. d. l. 108. D. de *solut.*

Quae si cogitemus, non potest esse obscurum, stricto quidem iure, debitori, qui rem depositam *post mortem* deponentis, ex voluntate eius, *tertio* restituit, exceptionem *doli*, aduersus mandantis heredes, non competere, cum *mandatum* morte sit solutum; sed post DIVI PETRI rescriptum, quod hanc voluntatem deponentis ratam esse voluit, propter *fictionem fideicommissi*, heredes deponentis repelli exceptione *doli mali*, si audeant voluntatem deponentis impugnare & rem repetere a debitore.

Igitur *fideicommissi* fictione opus fuit, ut debitor, defuncto obsecutus, exceptione *doli* liberetur; cum haec non modo ex mandato, sed, secundum PAVLLVM, magis ex vltima quadam voluntate, siue vera, siue ficta, oriatur. l. 8. §. 1. D. de *except. dol. mal.*

Sed haud paullo secius iudicauimus, si *inter viuos* negotium substitute-rit, & res ita deposita fuerit, ut *tertio* restitueretur. Enimuero, cum res, *viuo* deponente, secundum eius *mandatum*, *tertio* restituitur, nemo dubi-

tat,

⁷⁾ CUIACIUS. obs. l. 1. c. 38.



tat, confestim debitorem *liberari*. Generaliter enim, secundum IULIANVM atque PAVLLVM, l. 34. §. 7. & l. 64. D. de *solut.* si vel creditori meo, vel alii, cui *donare* volueram, *iussu meo* solueris, quod mihi debes, tu quidem a me liberatus es: cum, quod illis solutum fuerit, mihi solutum videatur. l. 59. D. de *solut.*

Haec quidem locum habent, si quis non sibi, sed tertio duntaxat, illud solui velit, quod sibi debeat. Neque tamen aliud dicemus, si deponens pactus sit cum accipiente, ut res sibi *vel* tertio reddatur. In hac enim specie tertius *solutioni adiectus esse* videbitur, cui non quidem semper obligatio acquiritur, sed recte tamen *solui* potest, secundum voluntatem creditoris. Ita enim PAVLLVS atque VLPIANVS praeceperunt. l. 10. §. 2. l. 59. D. de *solut.* Imo vero maxime, secundum SCÆVOLAM & IULIANVM, si *tertium*, *donationis* causa, solutioni adiecero, ut vel ipsi vel mihi debitum soluatur, debitor, qui tertio exsoluit, ab omni obligatione, ipso iure, *liberatur*. l. 131. §. 1. D. de *verb. oblig.* l. 34. §. 7. D. de *solut.*

Ex his, quae adhuc disputata sunt, intelligitur, debitorem, si rem *tertio*, ex voluntate creditoris, *post mortem* deponentis restituerit, exceptione *doli mali*, propter *fideicommissi* fictionem, *sin viuo* deponente, eius iussu, *tertio*, vel *adiecto solutioni*, rem reddiderit, *vi mandati*, liberari. Igitur discederem ab hoc loco, nisi hoc unum expediendum esset, utrum debitor, qui *mutata deponentis voluntate*, rem tertio restituerit, recte illam reddidisse videatur.

Et constat quidem, debitorem, quem creditor depositum, vel *tertio simpliciter*, vel sibi aut *tertio*, *solutioni adiecto*, & quidem vel *se viuo*, vel *post mortem suam*, restituere iusserit, *mandato*, & si *post mortem deponentis* res restituenda sit, *cum fictione fideicommissi*, obligari. At vero disputatione non indiget, *mandatum* & *fideicommissum*, re integra, & priusquam res restituatur, efficaciter vtiliterque *reuocari*. Ideoque recte VLPIANVS, l. 12. §. 2. D. de *solut.* *non liberari* debitorem, ait, qui, ex mandato meo, rem tertio reddiderit, postquam *cognouerit*, me *mutauisse* voluntatem, & vetuisse tertium, ne rem acciperet a debitore. Cum enim debitoris fere non intersit, cui res restituatur, *mutare* possum voluntatem, & ipse a te repetere, quod vel me viuo, vel *post mortem* meam, tertio restitui volueram. l. 1. §. 45. & 46. D. de *deposit.* Non verbosus ero in re manifesta. Abscisse enim PROCVLVS l. 82. D. de *solut.* si vetuerit deponens aut creditor rem restituere tertio, cui illam antea omnino reddi voluisset, debitorem tertio non recte soluturum esse, docet. Imo vero, generaliter VALERIANVS & GALLIENVS itemque DIOCLETIANVS l. 4. & 5. C. *si quis alteri vel sibi*, praeceperunt, si quis rem tertio prorsus destinauerit, atque eius etiam *nomine* rem comparauerit, re integra, mutari posse voluntatem.

Sed



Sed nolim tamen, haec ita simpliciter accipi, ut *semper reuocationi* locum faciamus. Admonendi enim sumus, excipiendas esse quasdam species, in quibus *non mutari possit voluntas* deponentis. Et primo quidem opportune a GAIIO atque ULPIANO l. 106. & l. 12. §. 3. D. de solut. obseruatum est, si *stipulatione*, non simplici mandato, conuenerit, ut vel mihi vel *tertio* res restituatur, etsi creditor postea *prohibeat*, ne *tertio* soluatur, tamen, si *tertio* soluerim, me, *inuito* creditore, liberari. Enimvero, in *stricti iuris* negotio, verbis contractus inhaeremus, & quod, *nuda* voluntate non contractum est, reuocare non possumus mera & simplici *mutatione* voluntatis. Quod habet rationem, si quaedam debitoris *commoditas*, vel propter loci opportunitatem, vel compensandi facultatem, in ea re versetur, ut potius *tertio* solueret, quam creditori suo. Cum enim certam conditionem habet stipulatio, illam, cum promissoris incommodo, non imutare potest stipulator. l. 12. §. 2. D. de solut.

Habes vnum, quod ob stare possit, ne deponens discedat a priori voluntate. Si desideres alterum, PROCVLVS non obscure admonuit, si *tertius* ille interuenerit, & ipse etiam a creditore & debitore sibi cauerit, ut res ad se perueniat, ius quaesitum *tertio* non extroqueri, quamuis creditor *mutauerit* priorem voluntatem. l. 82. D. de solut. Hoc enim iure in *delegationibus* utimur, ut conuentio, vnius voluntate, nequeat mutari aut perueriti.

§. V

Itaque, si vel *stipulatione* debitori permissum, ut rem *tertio* restituat, *Depositum* eiusque intersit, reddi rem potius *tertio* quam creditori, itemque, si *delegatione* interueniente, *tertius* cum deponente & depositario pactus sit, ut *tertio restitutum* neque res sibi potius restituatur, ne *mutari* quidem potest voluntas deponentis, *ut heres deponentis neque* qui rem *tertio* restitui praecepit. Ceterum, extra has species, re *integra*, *depositarium* omnino efficaciter *reuocatur mandatum* deponentis cum vtili *fideicommissio*. *repetere possunt.*

Sed diligenter obseruandum est, *re integra* duntaxat, *mutari* posse *deponentis voluntatem*. Videamus igitur, an depositum a debitore, secundum deponentis voluntatem, *tertio* restitutum vtiliter ab eo repetatur. Et de ipso quidem *debitore* dubitari non potest, quin ille inutiliter rem repetat a *tertio*, cui ipse rem reddidit ex voluntate deponentis. Cum enim debitor, qui *post mortem* deponentis rem reddiderit, *exceptione doli* aduersus heredes deponentis tutus sit, ob vtile *fideicommissum*, & si viuo deponente, *tertio* simpliciter, vel tanquam *adiecto solutioni* reddere rem iussus sit, vi mandati & *ipso iure* liberetur; apparet, *non interesset* debitoris, ut rem recipiat, quam ad *tertium* transtulerit ex voluntate deponentis. Enimvero, si vel *inutilis* videri posset voluntas deponentis, tamen, quod per *erro-*

Iasc. VI.

X

erre-



errorem iuris solutum fuerit, efficaciter non repetetur. Nimirum, secundum ANTONINVM, si quis, quamvis ex *inutili fideicommissio*, tamen *conscientia* fideicommissi, voluntati defuncti obsecutus, tertio rem restituat, frustra de illa repetenda quaestio mouetur l. 2. C. de *fideicommissis*. Itaque is quidem, cui res restituta est, non habebit, quod timeat a debitore, qui rem restituit, ex voluntate deponentis. Sed diligentius res tractanda est, si a *mandante*, eiusque heredibus, res, quae ad tertium ex creditoris voluntate peruenerit, post restitutionem repetatur. Quam difficultatem ut expediamus, diuidenda est illa disquisitio, ut aliud, si mandans, se uiuo, tertio vel *simpliciter*, vel tanquam *solutioni adiecto*, rem restitui praeceperit, aliud, si rem tertio *post mortem suam* reddi iusserit, respondeamus. Enimuero, cum *inter uiuos* liberalitas non praesumatur, non locus erit dubitationi, quin *tertius*, aut *solutioni adiectus*, qui rem meam acceperit, & ad quem res mihi debita, a debitore meo, quamvis me iubente, peruenerit, vel *mandati*, si hoc ipsi ante indicauerim, vel certe *negotiorum gestorum* actione, efficaciter conueniatur. Hoc enim SCAEVOLAE etiam placuit. l. 131. §. 1. D. de *verb. oblig.* Imo vero quandoque *furti* actione accipiens tenetur, si, postquam creditor tertium, mutata voluntate, *vetuit* accipere, quod ipsi destinauerat, quodque ipsi a debitore suo reddi iusserat, nihilominus acceperit *inuito* & prohibente *creditor*. Hoc enim VLPIANVS tradit l. 18. D. de *solut.* Haud paullo aliter iudicandum est, si quis tertio, *donationis* causa, id est, ipsi *donaturus*, iusserit rem restitui a debitore suo. Non raro enim, *donationis* causa tertii personam interponi, discimus ex SCAEVOLA & IULIANO, l. 131. §. 1. D. de *verb. oblig.* & l. 34. §. 7. D. de *solut.* & res ipsa loquitur, plerumque hoc *donationis* causa fieri, si rem meam tertio restitui voluerim a debitore meo.

Igitur, inter *uiuos* quidem, inspiciendum est, quid actum sit, a creditore: ut si mandauerit duntaxat, ut res a tertio recipiatur, tertius vel *mandati*, vel *negotiorum gestorum*, vel etiam *depositi* subinde teneatur, l. 1. §. 1. D. de *pos.* sin totum hoc negotium *donationis* causa gestum sit, res ab illo, qui donationem *accepit*, sine causa idonea repeti non possit. l. 26. §. 4. D. de *act. dotal.*

Sed hoc quidem iure utimur, si, me *uiuo*, res tertio praestari iubeatur. Aliud dicemus, si quis post *mortem suam* rem voluerit ad tertium a debitore peruenire. In hac enim specie deponens, nisi aliud quid adiecerit, tertio censetur beneficium praestare, & hoc totum potius tertio, quam heredi suo, relinquere post mortem suam voluisse: quasi *rogatus videatur heres*, totum hoc remittere, secundum VLPIANVM l. 77. D. de *leg. 1.*



§. VI.

Depositum igitur, secundum deponentis voluntatem, nisi haec quidem *Falcidia* non mutata fuerit, ad tertium perveniet, quasi ex utili fideicommissio. Igitur, ex hoc fideicommissio. an quarta *Falcidia* ex hoc fideicommissio detrahatur, non superavacaneum commisso. est, disquirere. Enimvero, ad speciem, defendi posset, deducendam esse *Falcidiam*, cum non solum fideicommissa exaequata sint legatis, ex quibus fertur a *Falcidia* debetur, sed etiam ex mortis causa donationibus & quibusdam tertio, quod mortis causa capionibus, quibus haec voluntas deponentis simillima videtur, ipsi restitu- tur, quarta, secundum IUSTINIANVM l. 18. C. ad leg. *Falcid.* deducatur.

Nimirum haec voluntas deponentis, ut res, post mortem eius, tertio restituatur, cum mortis causa donationibus hoc quidem commune habet, quod donationis plerumque causa res tertio reddi iubeatur, ut supra est a nobis observatum. Sed, si credis absenti & ignoranti non donari posse, sed praesentiam donatarii desideras in donatione mortis causa, magis forte mortis causa aut certe propter mortem deponentis capere videbitur tertius, ad quem deponens rem, post mortem suam, iussit pervenire. Hoc enim IAVOLENVS l. 55. D. de condit. & demonstr. & IULIANVS itemque GALIUS l. 18. §. 1. & l. 31. D. de mort. c. donat. praecipere videntur, ut, qui aliquod, occasione mortis alterius accipiat, mortis causa capere omnino censeatur.

Sed expeditum est, nec donationem mortis causa inesse in hac specie, quam tractamus, cum donator, non cum tertio, sed cum debitore paciscatur, ut rem tertio restituat, nec mortis causa capionem, cum VLPPIANVS & reliqui hanc deponentis voluntatem fideicommissum utile appellent. d. l. 77. de leg. 1. Sed, secundum GALIUM, illae quidem accipiendi figurae, quae proprio nomine significantur, inprimis fideicommissa, discernenda sunt a mortis causa capione. l. 31. pr. D. de mort. c. donat. Praeterea ex mortis causa capionibus, nisi in fraudem legis *Falcidia* relictas sint, certius est, quartam non deduci. l. 1. §. 8. D. ad leg. *Falcid.*

Sed ex fideicommissio, ut diximus, etiam singulari, quarta *Falcidia* debetur: ut videri posset, illam recte peti ab herede deponentis, si res, ex deponentis voluntate, a debitore tertio sit restituta. Ausim tamen affirmare, non deduci *Falcidiam*, nisi ex vero legato aut fideicommissio, & cum ipse heres rogatus fuerit, rem tertio restituere post mortem testatoris. Sed, in hac specie, quam proposuimus, res, per debitoris personam interpositam, a deponente ad tertium transfertur: neque heres, sed debitor, rem restituere rogatur: ideoque, non vere subest, sed, regula iuris conservandae causa, fingitur subesse fideicommissum, quasi heres rogatus, videatur. Igitur magis est, quod dicamus, cessare in hac specie legem *Falcidiam*; cum



res non tam ex ultima voluntate, quam ex pacto potius, ad tertium perveniat, ut supra comprobatum est. Ita certe PAVLLO in specie simillima visum est, cum vxor pacta esset cum marito, ut portio dotis, post mortem suam, matri suae restitueretur. Respondit enim PAVLLVS, hanc dotis portionem, si matri vxoris redderetur, ad matrem, non tanquam ad heredem, sed tanquam ad matrem, neque occasione hereditatis, sed quasi ex pacto, pervenire. l. 59. §. 1. D. ad SCtum Trebell.

Quae cum ita sint, heres quidem certe non deducet Falcidiam ex quasi fideicommissio. Sed multo minus aliquid detrahet debitor, qui rem tertio restituere iubetur. Neque enim aut honoratus aut oneratus est a creditore, qui illud, quod debet, duntaxat restituet ex voluntate creditoris.

Desererem hunc locum, nisi una me inspectio teneret, utrum coheredes a coherede tertio, cui res parentis a debitore restituta fuit, recte petant, ut communicetur cum reliquis heredibus, quod ipsi soli restitutum est, aut, quod idem est, an coheres rem sibi restitutam, in iudicio familiae heriscundae conferre teneatur. Hoc enim in specie illa singulari, quam §pho I. circa finem, proposuimus, heredes Tulliae deponentis, a fratre restitutorio, cui quinquaginta aurei a Calphurnia restituti erant, postulabant. Sed res ipsa loquitur, frustra collationem in hac specie a coherede postulari. Enimvero manifesta est voluntas defuncti, ut ille inter liberos, cui res deposita a debitore restitui iubetur, illam praecipuam, non communem cum coheredibus, haberet. Hoc enim si defuncto placuisset, quo fructu rem vni duntaxat ex liberis restitui iussisset? Et dudum ab omnibus observatum est, ne praelegata quidem a liberis coheredibus conferri, l. 10. C. de collat. l. 4. D. de dot. collat.

Praeterea vix opus est, monere quae ad dignitates acquirendas liberis data sint, cum coheredibus non communicari, nec conferri. Hoc enim VLPPIANVS docet, l. 1. §. 16. D. de collat. Igitur frustra heredes Tulliae a fratre coherede repetebant, quod ad iura magistratus a restitutorio redimenda fratri, ex matris voluntate, restitutum erat, cum hoc ad dignitatem pertineret, & ex ipso negotio intelligeretur, fratrem hoc, ex matris beneficio, praecipuum habere.

§. VII.

*Tertio, cui res restitu-
tur acti com-
petit, non
realis, sed
personalis.
Secus ac re-* Deponentis igitur voluntas, qua rem a se depositam tertio restitui desiderat, est pactum, ex rescripto DIVI PII, aequitate, & fidei ne quasi fideicommissi, sustinetur, nullas solennitates desiderat, exceptionem doli adversus heredem deponentis parit, debitori, qui rem restituit, ad liberationem prodest, plerumque tamen reuocari potest efficitque, ut res deposita restituta ad tertium cum pleno iure pertineat, neque quartaie Falcidia de-tractio



tractione imminui debeat, neque per collationem cum coheredibus communicari. Habes iam omnia, opinor. Neque longiorem tractationem haec species desiderabit, si illud vnum adhuc confecerimus, *utrum* hoc depositum, si non sponte debitor restituat, etiam *peti possit*, quasi ex utili fideicommissio. ^{ter iure. Neque opus est, ut heres deponentis tertio actionem cedat.}

Sed PAPINIANVS quidem, etiam post rescriptum DIVI PII. negat, ex pacto vxoris cum marito, de dote matri vxoris post mortem suam, aut diuortium, restituenda, matri *actionem dari* posse, ad dorem repetendam l. 26. §. 4. D. de *pactis dotal.* quae res induxit ANTONIVM FABRVM, s) ut, quidquid postea de actionibus *utilibus* tertio accommodandis, in digestis proponatur, ipsi non ex rescripto DIVI PII, neque ex veterum interpretum ingenio, sed a Triboniani manu, quae optimas leges ex IVSTINIANI nouissimis constitutionibus interpolauerit, profectum esse videatur. Sed ego quidem malim in hac causa puras TRIBONIANI manus iudicare, cum nihil alieni ex IVSTINIANO veterum interpretum responsis admixtum videatur. Enimvero aperte quidem SCÆVOLA praecepit, filium emancipatum, qui nec partis hereditatem, nec bonorum possessionem nactus, sed a parente partem rerum ipsi donatarum *tertio* restituere iussus sit, *conueniri* posse, ut pars illa tertio restituatur. l. 37. §. 3. D. de *leg. 3.* In quo loco, nihil peccatum est a manibus TRIBONIANI. SCÆVOLA enim adiecit rationem, cur debitor a tertio possit conueniri: cum hoc *rescripto* DIVI PII sit *inductum*. d. l. 37. §. 3. D. de *leg. 3.* Res erit expeditior si inuestigauerimus, quomodo effectum sit rescripto DIVI PII, ut possit *tertio* ex voluntate deponentis aduersus debitorem actio *utilis* accommodari. Nimirum, DIVVS PIVS, quod saepe a nobis obseruatum est, propter summam aequitatem, in *deposito* admisit, ut debitor voluntati deponentis, qui *tertio* rem reddi iusserit, obsequeretur. Sed exercebat Ictorum ingenia, quomodo, salua iuris ciuilis regula, rescripto DIVI PII in hac specie obtemperarent. Et primo quidem facillimum erat, ut debitori, sponte rem tertio restituenti, *exceptio doli*, post rescriptum DIVI PII quasi ex fideicommissio utili daretur. l. 77. D. de *leg. 1.* cum facilius reo exceptio, quam petenti actio, accommodetur. Quare fingebatur, quasi videatur heres rogatus esse, ut remitteret hoc debitori, & pateretur, rem tertio relinqui, secundum deponentis voluntatem.

Ex hac fictione obtinuit, ut, quasi fideicommissum, valeret haec voluntas deponentis. Hoc peperit aliam interpretationem, ut non solum debitori ex illo exceptio daretur, sed etiam *tertio petitio* aduersus heredem deponentis, ad *cedendas* actiones, quibus debitor a *tertio*, quasi ex *persona* deponentis, possit conueniri. AFRICANVS enim auctor est, ex eiusmodi scriptura *peti posse* fideicommissum, ut heres actiones suas tertio praestaret. l. 108. §. 13. D. de *leg. 1.*

X 3

Habes

s) ANTON. FABER. L. XIX. c. 19. p. 748.



Habes alterum, quod per interpretationem inuectum est, ut iam non solum debitor, qui sponte rem restituerit, *exceptione* tutus esset, sed etiam inuitus *conueniri* posset, si tertius ab herede impetraverit, ut *sibi actiones cederentur*. Hoc enim si factum esset, *actione depositi directâ*, quam heres tertio *cesserat*, ad rem reddendam commodissime compellebatur: quod video a viro summo, IACOBO CUIACIO *) obseruatum esse.

Sed durum videbatur, tertium, cui res restitui debebat, per multos circulos & per ambages circumduci, donec ad debitorem perueniret. Igitur tentatum est, an non *utilis actio* concedi posset, ut debitor contestim a tertio conueniretur. See aegre hoc admissum, cum inhaereret in animis interpretum *iuris ciuilis regula*, quam QUINTVS MUCIVS SCAEVOLA, l. 73. §. 4. D. de reg. iur. & POMPONIVS l. 110. pr. D. de verb. oblig. & VLPIANVS l. 38. §. 17. D. eod. proposuerunt, *alteri extraneo ex stipulatione nostra actionem non adquiri*. Haec enim efficiebat, ut, si quid ex eiusmodi pactione tertio solutum esset, ex errore solutum videretur. l. 59. §. 1. D. ad SCt. Trebell.

Apud quosdam tamen interpretes *fauor dotis* praeualuit, ut ex pacto, quo vxor, aut alius, dotem a se constitutam alii restitui iubebat, *utilis actio* concederetur. Hoc enim PAVLLVS l. 45. §. 2. D. solut. matrim. & VLPIANVS l. 45. §. 2. D. de verb. oblig. receptum esse, docuerunt. Inprimis vero *inter personas* coniunctas, siue, quod PAVLLVS ait, l. 45. §. 2. D. solut. matrim. maxime propter *affectionem* personarum, ad hoc decurrebant, ut coniuncto pactum alterius coniuncti, de restituenda dote, prodesset aliquando, ad dotem repetendam.

Atuero, ut diximus, aegre hoc admissum ab interpretibus, & a quibusdam in illo argumento variatum est: cum euelli ex animo *regula iuris ciuilis* penitus non posset. GORDIANVS quidem, longe post tempora ANTONINI PII, l. 4. C. de pact. conuent. negat, per pactum dotale *matris*, quae cum marito conuenerat, ut dos filiae restitueretur, negat, inquam, filiae extraneae *petitionem dotis* dari posse. Paulo faciliores DIOCLETIANVM & MAXIMIANVM fuisse video in admittenda *actione utili*, quae ex pacto tertii concedi posset. Hi enim aperte, anno 290. rescripserunt, in *donationibus* ei, qui stipulatus non sit, id est, tertio, cui res donata ab accipiente restitui debeat, *benigna interpretatione* diuorum principum, *utilem actionem* competere, *secundum donatoris voluntatem*. l. 3. C. de donat. quae sub modo. Imo vero iidem imperatores, A. 293. in *deposito*, cum, secundum SENECAM **) res per se expetenda sit, *depositum reddere*, in deposito, inquam admiserunt, ut, si deponens tibi, qui heres eius non fueris, rem restitui iusserit, non quidem *stricto iure*, sed propter *aequitatis rationem*, *utilis tibi depositi actio* daretur. l. 8. C. ad exhibend.

Sed,

*) CUIAC. ad l. 108. de leg. 1. op. T. I. p. 1390.

**) SENECA. de bene-

ficiis Lib. IV. c. 10.



Sed, cum hoc durum esset & contra regulam iuris reciperetur, non nisi ob summam acuitatem aliquando obtinuit, ut *tertius*, ex pacto alterius, haberet actionem. Quapropter iidem DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS, anno proxime sequente 294. *variauerunt*, & l. 26. C. de iure dotium, in partem aduersam responderunt, & negarunt, extraneo, ex pacto alterius, ad restituendam dotem adquiri actionem potuisse. Sed mox, mutata sententia, eodem anno 294. l. 7. C. de pact. conuent. *utilem tertio accommodandam esse actionem*, iudicarunt. *) Ita res mansit in incerto. Donec illa veteris iuris subtilitas sensim, maxime post IUSTINIANI legem un. C. ut act. & ab hered. exploderetur.

Quae cum ita sint, dicemus, *tertio*, cui res, ex voluntate deponentis restituenda est, *utilem* aduersus depositarium *actionem dari*, ideoque non amplius necessarium videri, ut, quod antea l. 1. §. 11. D. de positi. & l. 108. §. 13. de leg. 1. desideratum est, tertius ab herede deponentis petat, sibi *actiones cedi* aduersus debitorem. Enimvero penes ipsum est, utrum *actione cessa* experiri, an *utili actione* debitorem, sine circuitu, conuenire velit. Ita enim DIOCLET. & MAXIM. l. 3. C. de donat. quae sub mod. & l. 8. ad exhibend. praeceperunt.

Apparet igitur, *utilem* omnino in hac specie actionem tertio competere, aduersus debitorem, ut depositum tertio restituat, secundum deponentis voluntatem. Sed SCAEVOLA quidem ait, debitorem ex fideicommissio conueniri. l. 37. §. 3. D. de leg. 3. An igitur admittemus, utilem ex testamento actionem dari, quasi ex suprema deponentis voluntate? Mihi quidem hoc recipi posse non videtur; cum debitor, neque hereditatem adierit, neque aliquid lucratus, neque omnino oneratus sit, suprema defuncti voluntate. Imo vero, ut supra obseruauimus, SCAEVOLA subiungit, ipsum quasi debitorem ex fideicommissio conueniri: ut intelligatur, commemorationem fideicommissi legitimationem ad causam continere: sed proprie debitorem actione utili ex contractu conueniri: quasi translata esset a deponente personalis illa actio, quae ipsi competebat, in tertium, cui res reddenda est ex ipsa formula contractus. Si dubitas, fidem te imperatoribus habere iubeo, qui l. 8. C. ad exhibend. *utilem depositi actionem*, & l. 3. C. de donat. quae sub modo, illi, cui res restituenda sit, eandem, quae defuncto competebat, actionem, id est personalem ex pacto aut contractu, dari censuerunt.

Itaque nec hypothecaria actione, quae ex vero fideicommissio dari solet, debitor a tertio conuenietur, cum, nec honoratus sit defuncti voluntate, & nihil, praeter rem depositam, ad ipsum peruenerit ex hereditate deponentis, quod hypotheca onerari potuisset, nec fideicommissio illo depositarius, sed heres rogatus videatur, ut res tertio restitueretur.

Satis

a) vid. GERARD. NOODT. c. 25. de pact. & transact. op. T. II. p. 554. qui medicinam huic loco parauit.



Satis diu tenui; ideoque dimittendus esses, nisi res ipsa postularet, ut expediremus, virum tertius, cui res restituenda est, illam etiam *vindicare* possit *reali actione*. *VLPIANVS* quidem l. 9. §. 1. D. de *iure dotium* affirmat, si quis alteri, in casum nuptiarum, aliquid dederit, ut, secus nuptiis, illud *dotis* loco haberetur, & heres voluntatem defuncti, secus *post mortem* eius nuptiis, agnoscere detrectet; *ipso iure dominium dotis transire ad maritum*. Quae res permouit *M. ANTONIVM PEREGRINVM* ut existimaret, *reali actione* rem vindicari posse a tertio, cui res restituenda sit ex deponentis voluntate. Sed ego quidem non ausim in iure *singulari*, quod *extra ordinem* admissum est, a verbis legum discedere, & quae in *vero* fideicommissio locum habent, pertrahere *ad quasi fideicommissum*. Absente enim debitorem duntaxat *quasi debitorem personali actione* pulsandum esse, *SCAEVOLA*, l. 37. §. 3. D. de leg. 3. itemque *imperatores* l. 8. C. *ad exhib.* l. 3. C. de *donat. quae sub modo*, censuerunt. Neque in l. 9. §. 1. de *iure dotium*, in tertium simpliciter, ex pacto tertii, dominium transfertur. *VLPIANVS* enim in illa l. 9. proponit res marito *traditas* fuisse, quarum *dominium* ad ipsum transire fingitur. Praeterea hoc *fauore dotium*, ne mulier *indotata* esset, obtinisset, ait: ut intelligatur, nihil hoc pertinere ad hanc speciem *utilis fideicommissi*, quod tractamus: cum multa extra ordinem recepta sint, *fauore dotium & nuptiarum*.

Igitur *debitor personali actione* conueniendus est. Heres ad *cedendas actiones*, si tertio ita visum fuerit, tenetur. Hoc enim ab ipso ex *quasi fideicommissio* peti potest. l. 108. §. 13. D. de leg. 1. Sin ipse heres praueuerit, & rem interceperit & recuperauerit a debitore, voluntatem defuncti agnoscere & rem tertio reddere compelletur.



LI.

QVOMODO LEGATVM N V D A V O L V N T A T E ADIMATVR.

AD L. III. §. XI. D. DE ADIMEND. VEL TRANSF. LEGAT.

VITEMBERGAE. D. IUL. A. Q. S. P. EST CLO MDCC XXXII.

§. I.

*Legatum est
nobilissima
species bene-
ficii ideoque*

Bene & sapienter *SENECA* praecepit, *a) etiam atque etiam* considerandum esse, cui *beneficium* a nobis *tribuatur*: omnem enim fructum bene-
y) PEREGRIN. de fideicommiss. art. § 1 n. 17. p. 336. a) SENEC. de benef. L. III. c. 14.



beneficii accipientis fide contineri: ideoque, postquam illud e manibus tuis *circumspecte* elapsum sit, nullam fere actionem, nullam *repetitionem* dari, nullum tibi *relinquendum* succurrere, nullam legem te in integrum restituere: ut tanto *Faen-* *dum est poe-* *nitentiae il-* *lorum qui* *ultimam vo-* *luntatem re-* *tractant aut* *legata im-* *merentibus* *adimunt.* *Species sin-* *gularis pro-* *ponitur.* *circumspectus eligeres*, qui tuo beneficio ornandus videretur: denique publice interesse, *ut beneficiorum temeritas inhibeatur.*

Enimvero, si vel *gratiae & utilitatis* nostrae, in tribuendis *beneficiis*, *rationem non habendam esse existimauerimus*, cum illa longissime ab his abesse debeat, qui indigentibus succurrere & bene de republica mereri cupiunt; tamen, quod idem *SENECA* alio loco *b)* ait, nec agricolae semina *arenis* committunt, nec senes illi, apud *STATIVM* *c)* & *TULLIVM* *d)* quamvis arbores non sibi, sed *posteritati* & Diis immortalibus serant, in quovis *solo* arbuta instituunt, aut, quoniam nulla ex his utilitas ad ipsos perveniret, negligenter rem administrant. Ut quisque est vir optimus, ita maxime annitur, ne quid illorum omnium, quae ab ipso profecta sint, pereat, aut fructu atque euentu careat, aut male collocetur.

Itaque, cum curiosus eligimus, cui beneficium a nobis tribuatur, id agimus inprimis, ut sit hoc *vere* beneficium, *e)* quod alteri tribuitur, hoc est, ut studio nostro & diligentia, qua alterum ornamus, reipublicae & posteris officium praestemus: cum quod homini turpi a nobis datum fuerit, nec honestum sit, nec beneficium omnino dici posse videatur.

Quae cum ita sint, quanto luculentius nobilisque beneficium paramus, tanto diligentius cauemus, ne gratia illius & dignitas negligentia nostra & temeritate corrumpatur. Igitur haec providentia inprimis *testatoribus* commendanda est, qui nobilissimo genere officii, etiam *post mortem suam*, bene de aliis merentur, ut *circumspectius* eligant, quorum utilitates *legatis & fidei-* *commissis* amplificari iubeant in tabulis *supremae voluntatis*. Hi enim fere, cum remota omni spe commoditatis & gratiae, quae ipsis defunctis ob merita referri ab accipientibus non potest, bona sua distribuunt, & elargiuntur, *Dei* immortalis beneficia, secundum *SENECAM*, *f)* videntur imitari, qui & ipse quam maxima confert in quam plurimos, *sine spe recipiendi*.

Quod cum veteres intelligerent, omnem testatoribus scrupulositatem permiserunt, ut, non solum ante *supremum iudicium*, quid de illis, quos beneficiis ornari velint, sentiendum esset, inuestigare, sed etiam in ipsis tabulis *testamenti* fidem illorum, *appositis conditionibus*, aut *modo* etiam *ad-* *iecto*, tentare & experiri possent, ne quid in *indignum* & nihil tale promeritum ab ipsis conferretur. l. 17. §. 3. D. de *condit. & demonstrat.*

Sed

b) *SENEC.* de benef. l. IV. c. 9. *c)* *STATIVS* in synephebis, apud *Cic.* c. 7. de senect. *d)* *CIC.* de senect. c. 7. *e)* *SENEC.* de benef. l. IV. c. 9. *f)* *Id.* de benef. l. III. c. 15. f. & l. IV. c. 9.

Sed opportune PLATO, & idem ille, quam saepius appellavi, SENECAG) obseruant, „*difficillimam humani animi coniecturam esse*, & non „*expectari posse certissimam rerum comprehensionem*, cum de alterius fide „& bonitate & animo deliberamus: igitur ea eundum esse, qua nos ducat „*verisimilitudo*: Sic nos ferere, sic nauigare, sic militare, sic uxores ducere, „sic liberos tollere, cum harum rerum omnium sit *incertissimus euentus*: „adeoque ad ea accedendum esse, de quibus *bene sperandum* esse arbitremur: hinc illi danda beneficia, quem *verissimile* sit, gratum & non indignum esse. „

In illa autem verisimilitudine, cum sciat sapiens, quantum liceat *erori*,^{h)} & quam facile nobis, colore meritorum & specie honestatis, etiam nequissimus imponat; non solum *deliberare*, priusquam aliquid constituamus, & ne decipiamur ab immerentibus, cauere, sed etiam constituta *corrigere*, & *mutare* sententiam, atque a priori voluntate, quam testamento expressimus, discedere, denique, quod aliis destinauimus, re comperta, indignis & male de nobis meritis *poenitentia adimere* licebit. Vbi enim de *mutatione supremæ voluntatis* quaesitum est, deseruerunt veteres ICI magnificam illam Stoicorum arrogantiam, qui *nunquam sapientem facti sui poenitere*, nunquam eum *emendare*, quae fecerit, nunquam *consilium mutare*, tradiderunt.

Igitur, quandoquidem *turpiter* omnino facit, qui homini *turpi* & ingrato *sciens* beneficium vel tribuit, vel attributum etiam relinquit, ut vel fides promissi potius deferenda, quam hoc committendum esse videatur; i) recte a veteribus constitutum est, semper dum spiritum ducamus, mutari posse iudicium supremæ voluntatis. Aperte enim in illa causa admisit & probauit *variationem* testatoris VLPPIANVS, ut si *gravis offensa* interuenierit, *ademptum* esse legatum, sin testatorem offensæ prioris *poenituerit* & ille cum legatario in amicitiam redierit, legatum *reintegratum* videatur: cum *ambulatoria* sit oranis *voluntas* testatoris, vsque ad vitæ exitum supremum l. 4. D. de *adimend. vel. transf. leg.* & l. 32. §. 3. de *donat. inter vir. & vx.*

Imo vero, ut intelligatur, fauisse veteres *mutationi voluntatis* in supremis iudiciis, luculenter idem VLPPIANVS. l. 3. §. 11. D. de *adim. vel. transf. leg. nuda*, ait, *voluntate adimi* legata atque fideicommissa: quod, video etiam DIOCLETIANO & MAXIMIANO placuisse, qui l. 27. C. de *fideic. sola poenitentia probata*, videri ademptum legatum & fideicommissum, & præstationis necessitatem heredibus remitti, rescripserunt. Et generaliter, secundum VLPPIANVM l. 3. §. 9. D. de *adim. vel. transf. leg.* quid-

h) SENEC. de benef. L. IV. c. 34.

i) Id. de benef. IV. c. 34. 35.



quidquid dari & adscribi potest, efficaciter etiam adimitur a testatore: ut ne libertas quidem, quamvis maxime *fauorabilis*, *necessario* seruis ex legato debeat, si, quod PAVLLVS & TERENCEVS CLEMENS aiunt, haec a testatore ipsa adempta videatur. l. vn. D. de *adempt. libertat.* l. 26. D. de *adim. vel transf. leg.*

Igitur *mutari* potest voluntas testatoris, & ne immerenti beneficium a nobis relinquatur, legatum, quamvis *rite & utiliter* relictum, efficaciter adimitur, & *nuda* quidem voluntate. d. l. 3. §. II. D. de *adim. vel transf. leg.* Sed res difficultate non carebit, si definiemus, quando legatum *nuda voluntate ademptum* videatur. Neque enim quodlibet aut *dictum* aut *factum* testatoris pro *nuda voluntate adimendi* aut *poenitentia* accipietur.

Superiori quidem anno ICtis *Vuembergensibus* proponebatur eiusmodi species, in qua dubitabatur, utrum legatum a testatore efficaciter *ademptum* videri posset. Apuleius, caelebs, Meuiam, cum qua amicissime vixisse dicebatur, heredem scripserat, sed usufructu 10000. Ioachimicorum illam contentam esse iusserat. Mox, cum in morbum grauissimum, ex quo deinde mortuus est, incidisset, dicebatur, ductus *poenitentia*, Meviae legatum *ademis*se. Probabatur, postquam S. coena usus esset. Notarium cum quinque testibus ad ipsum admissum esse: chartam testibus exhibitam, in qua nomen suum testes exprimerent: ipsum testatorem monuisse, ut adicerent, se *tanquam testes* nomen subscribere. Sed ipsi *codicilli* a testatore subscripti non extabant. Notarius ex protocollo exhibebat *apographum* codicillorum, ex quo apparebat, testatorem Meviae legatum *ademis*se: hic idem iureiurando etiam affirmauerat, *codicillos perfectos* fuisse, omnia ex testatoris voluntate administrata esse: saepius illum, quod Mevia de se *peffime merita & indigna* sit legato, ideoque nihil ex hereditate sua ad illam peruenire debeat, serio testatum esse, & iussisse, ut scriberentur codicilli, quibus legatum Meviae *adimeretur*. Accedebat & alius testis, qui sacramento esserebat, aliquoties dixisse testatorem, Meuiam *improbam* esse, & male de se *meritam*, se nihil ipsi relinquere; Die Canaille hat mich betrogen, sie soll nichts haben: testatorem perseuerasse in illa voluntate, ut legatum Meviae *adimeretur*. Mevia, his rebus mirifice commota, producebat testes illos, qui codicillis adhibiti fuisse dicebantur. Hi ostendebant, *tabulas vacuas* sibi subscribendas a notario & testatore exhibitas fuisse: ne vestigium quidem litterarum in illa charta, cui nomen testium inscriptum fuerit, apparuisse: si quid scriptum sit in illis tabulis, hoc postea, cum testes discesserint, *adiectum* videri, se praesentibus non *perfecto* fuisse codicillos.

In illa varietate animi iudicium in sententias diuersas trahebantur. Mouebat enim, quod *nec apparerent* tabulae codicillorum, & tempore subscriptionis *vacuae* fuisse dicerentur. Occurrebat VLPiani auctoritas, qui ne-



gat per *tabulas vacuas*, postea a restatore factas, quamvis a septem testibus signata sint, *rumpi prius testamentum*. Ita enim *VLPIANVS* l. 11. D. de *iniust. rupt.* „si binae tabulae proferantur, *diuersis temporibus* factae, vnae „prius, aliae postea, vtriusque septem testium signis signatae, & apertae „posteriores *vacuae* inuentae sint, id est, *nihil scriptum habentes* omnino, „*superius non est ruptum*, cum posterius nullum sit.,

Ex his igitur causis poterat legatum *non ademtum* Meviae videri. Sed placuit tamen, ad *ademptionem legati* non desiderari perfectos codicillos: sufficere, si *seria voluntas adimendi legatum* ab heredibus *probetur*. Fidem & protocollum notarii eiusque testimonium iuramento confirmatum per *negationem* testium, non prorsus infirmari, in primis cum alius testis accesserit, qui de *seria adimendi* voluntate depofuerit: itaque *iuramento suppletorio* locum dari posse; quod si ab heredibus praestaretur, dubitari non debere, quin *ademtum sit legatum*. Quapropter responsum est: Daß es, der eingewandten Zeuterung ungeachtet, bey vorigem, am 4. Aug. des iekt- laufenden 1741sten Jahrs eröffneten, fol. befindlichen Urtheil nochmahls billig bleibet, Es könnten und wollten Beklagte Principalen vermittelst Eydes erhalten, und, daß sie das Original des in dem Notariats-Instrumente fol. erwähnten Codicills nicht haben, noch gefährlicher Weise von Händen kommen lassen, auch nicht wissen, wo solches anzutreffen, hernächst, daß sie gewiß glauben und davor halten, daß ihr Erblasser, bey gutem Verstande, daß Mevia dasjenige, so er in seinem bey dem Amte N. niedergelegten Testamente ihr beschieden, nicht erhalten solle, deutlich und ernstlich sich erkläret, auch bey dieser Meinung bis an seinen Tod beharret, oder doch seinen wider Meniam gefaßten Unwillen nachdrücklich bezeigt, und sie eine Canaille geheissen, auch die Worte: Die Canaille hat mich betrogen, von ihr gebrauchet, nachhero aber, vor seinem Ende, mit ihr sich nicht ausgesöhnet, und, daß es dieses Vermächtnisses halber, bey oberwähntem Testamente sein Bewenden haben solle, nicht erkennen gegeben, schweren; auf solchen Fall sind dieselben die in ihres Erblassers bey dem Amte N. niedergelegten letzten Willen der Meviae ausgesetzten jährlichen 500. Thlr. so lange sie lebet, derselben zu bezahlen, und angeregtem letzten Willen dießfalls sich gemäß zu bezeigen, nicht schuldig, sondern von der erhobenen Klage zu entbinden und loß zu zehlen, die beyderseits aufgewandten Unkosten aber sind gegen einander zu compensiren und aufzuheben, W. N. W.

Res erit luculentior, ex rationibus adiectis, quarum partem aliquam exhibebo.

Ob wohl die bey diesem Codicille gebrauchten Zeugen, daß der Erblasser eines Codicills gegen sie nicht Erwähnung gethan, sie zu Zeugen nicht verlanget, und seinen Namen in ihrer Gegenwart nicht unterschrieben, über- dies

biß, sie auf dem Pappiere, so ihnen der dabey adhibirte Notarius vorgeleget, etwas geschriebnes nicht gesehen, sondern, auf Verlangen des nurgedachten Notarii, ihre Namen nur auf einen umgeschlagenen Bogen geschrieben, umständlich ausgesagt, dahero, daß solches Codicill gebührend nicht vollzogen worden, nicht undeutlich abzunehmen, hierüber das Original dieses Codicills sich nicht finden wollen, mithin auf die angegebene Revocation das Absehen um so viel weniger gerichtet werden zu können scheint, als einige Rechts-Lehrer zur ademptione legati 5. Zeugen schlechterdings erfordern, im übrigen dem Notario die fol. endlich angezeigten Ungebühnisse entgegen stehen, hierbey auch, daß die Zeugen denen in seinem Protocolle und Instrumente angegebenen Umständen, obgedachter maassen, ausdrücklich widersprochen, nicht gänzlich ausser Augen zu setzen, demnach, daß voriges Urtheil schlechterdings zu confirmiren, es das Ansehen gewinnt,

D. a. d. oberwehnte Zeugen, daß der Erblasser zu der Zeit, als der Notarius nebst denen Zeugen zu ihm gekommen, bey gutem Verstande gewesen, auch gleich vorher sich berichten lassen, und das H. Abendmahl genossen, vermittelst Endes bekräftiget, dahero, daß derselbe, gleich nach dem Genuß des H. Abendmahls, zu dem Codicille, wenn es damit nur ein Blendwerk gewesen, auf des Notarii Befragen, nach des 3ten Zeugen endlicher Aussage, sich bekannt, oder doch der Unterschrift, nur zum Schemer, begewohnet, und dieselbe von den Zeugen, laut ihrer Deposition fol. verlangt haben würde, keinesweges zu vermuthen, vielmehr des Notarii Protocolle, welches Er endlich bestärket, wenn auch das Original des Codicills nicht mehr vorhanden, nach den 5ten Spho n. 1. Kaisers Maximilian des ersten Ordnung derer Notarien halber, in zweifelhaften Fällen, Glauben beizumessen, dessen fides hingegen durch die obangezogenen testes negativos nicht völlig entkräftet, sondern durch die Aussage des andern unverwerflichen Zeugen unterstützt wird, inmassen aus dieser letztern, daß der Testator die Meviam eine Canaille geheissen, und die Worte: die Canaille soll nichts haben, sie hat mich betrogen, von ihr gebraucht, sich veroffenbaret, mithin Beklagte, wenn auch des Notarii endlicher Deposition und dem Protocolle eines und das andere entgegen gesetzt werden könnte, aus solcher Zeugen-Aussage wenigstens so viel vor sich haben, daß sie zum Erfüllungsynde disfalls wohl gelassen werden können, sodann aber, und wenn sie solchen End wirklich leisten, dieselbigen um so viel billiger zu absolviren, als zu Wiederrufung und Ademption eines legati *nuda voluntas*, und eine mit dem Legatorio angefangene Feindschaft, ohne erfolgte Versöhnung, in gleichen Schimpfworte, so der Testator wider den Legatarium ausgestossen, vor hinlänglich zu achten,

l. 3. § 11. D. de *adim. vel transferend. leg.*

l. 13. eod.

mit



mithin die Verrfertigung eines Codicills und die Gegenwart mehrerer Zeugen, wenn nur des Erblassers wahre Willens-Meinung erwiesen werden kann, zur Ademtion eines Vermächnisses nicht schlechterdings erfordert wird, gleichwohl die Ermangelung des Codicills, so der Notarius, nach Inhalt des abgelegten Editions-Endes, derer Beklagten Mit-Erben ausgeantwortet, eine Vermuthung wider dieselben erwecket, welche durch den Ihnen zuerkannten Eyd mit abzulehnen,

So ist, wie im Urthel enthalten, von uns billig erkannt worden.

Vides nudae testatoris voluntati hoc tribui, vt legatum, rite antea relictum, eius poenitentia ademptum censeatur. Sed res digna est, de qua copiosius a nobis exponatur.

§. II.

*Hereditas
plerumque
solemniter
adimitur.
Sufficit ta-
men ad
ademtionem,
si nomen
heredis in-
ductum aut
deletum sit.
Legata
etiam testa-
mento im-
perfecto adi-
muntur,
quamuis
posterior vo-
luntas cete-
roquin sit
inutilis.*

Nimirum, quod supra obseruatum est, fauemus poenitentiae & mutationi supremae voluntatis, ne beneficium vim suam perdat & indignis conferatur. Sed facilius tamen legata, quae beneficii duntaxat rationem habent, quam heredibus hereditates, adimuntur. Aperte enim VLPIANVS docet, hereditatem semel datam adimi facile non posse: l. 1. §. 4. D. de his, quae in testam. del. Ad quem locum ANTON. FABER^{b)} copiose commentatur. Imo vero luculentius idem VLPIANVS l. 2. D. de iniust. rupt. non rumpi prius testamentum, ait, nisi posterius rite perfectum esse videatur: itemque, si quid post testamentum mutari placeat, omnia ex integro facienda esse, l. 21. §. 1. D. qui testament. fac. Sed apertissime IVSTINIANVS; l. 27. C. de testament. non aliter reuocari permitti testamenta, nisi vel solemniter, vel inter acta, vel coram tribus testibus, testator mutauerit iudicium supremae voluntatis, & praeterea, si coram tribus testibus duntaxat reuocauerit, decennium etiam elapsum sit a tempore conditi prioris testamenti.

Hereditates igitur, nisi lapsus decennii accedat, plerumque vel solemniter, vel apud acta, reuocantur. Ceterum, testamentum posterius effectu careat, an subsistat, non interest. Enimvero, secundum PAPINIANVM, si quis in posteriori testamento heredes scripserit, quos instituere non potuerit, adeoque prius non vere ruptum fuerit, tamen hereditas defuncti non relinquatur illis, qui in priori testamento scripti sunt. His enim, cum supremam voluntatem non habeant, tanquam indignis senatus abstulit hereditatem l. 12. D. de his, quae vt indign.

Vnam praeterea viam VLPIANVS non interclusit, qua hereditas etiam minus solemniter heredi scripto interciperetur. Si enim inductum aut consulto deletum est, a defuncto nomen heredis, hereditas quidem non quasi adempta videbitur, sed quasi nec data heredi auferetur l. 1. §. 4. D. de his, quae

ii

^{b)} FABER coniect. L. XVIII. c. 17. p. 695. sq.

in testam. delent. quod video etiam MARCELLO & PAPINIANO placuisse l. 3. D. de his quae in testam. del. l. 16. D. de his, quae ut indign.

Denique vix attinet monere, si quis in fauorem heredum legitimorum, & qui ab intestato ad hereditatem defuncti veniunt, reuocauerit prius testamentum, quinque testes sufficere IUSTINIANO, l. 21. §. 3. C. de testam. Hoc enim expeditum est, & ab omnibus probatur.

Itaque apparet, si regulam sequamur, *solemniter adimi hereditatem.* Sed benignius de *ademptione legatorum* iudicamus. Primo enim *legata* etiam & *fideicommissa*, si testator nomen legatarii consulto *induxerit*, aut *deleuerit*, sine solennitate adempta videbuntur. POMPONIVS enim scribit, codicillos *deletos* non valere. l. 1. §. 5. D. de his, quae in testam. del. & luculenter PAVLLVS, nihil interesse, ait, *inducatur*, quod scriptum est, *an adimatur.* l. 16. D. de adim. vel transfer. leg. Si quid enim *consulto deletum* sit, petentes *exceptione* repelluntur, si VLPIANVM audiamus. l. 1. §. 3. D. de his, quae in testam. del. Sed meretur tamen observari, *inductione* aut *deletionem non adimi* legatum, nisi *specialiter* inductum aut deletum sit legatum. Quamvis enim *legata* sint *accessio* heredis institutionis, tamen, VLPIANVS ait, etiam si nomen heredis *inductum* aut *deletum* sit, nisi & *legata*, quae *ab herede nominatim* relicta sint, *specialiter* deleta esse appareat, in ambiguo ita rem accipiendam esse, *ut legata debeantur.* l. 2. D. de his, quae in testam. del.

Itaque, si *specialiter* legatum *deleatur* in iudicio supremæ voluntatis, ut hereditas, sic etiam *legata*, *adempta* videbuntur. Neque tamen ibi subsistit legis benignitas; sed *facilius legata* adimi permittit, quam hereditates. Enimvero *legata* secundum POMPONIVM & VLPIANVM l. 18. D. de leg. 3. & l. 1. §. 11. D. de adim. vel transf. legat. *generaliter nuda voluntate adimuntur.* Hoc enim inter *ademptionem* hereditatis & legati interest, quod hoc quidem etiam *inutili* & *imperfecto* testamento adimatur. PAPINIANVS certe *legata* hereditatibus eatenus opponit, ut, si testator aliquem heredem scripserit, & eidem legatum reliquerit, postea, inimicitiis obortis, aliud testamentum facere instituerit, sed illud non perfecerit, posteriore testamento *imperfecto* heredi non quidem hereditas, sed tamen *legatum* ademptum videatur l. 22. D. de adim. vel transfer. leg. Ex quo loco apparet, eodem testamento *imperfecto* eidem personae *legatum ademptum*, hereditatem non ademptam, iudicari. *Hereditariae* enim actiones, quod PAPINIANVS ait, ipsi non denegabuntur, sed *legatum* si peter, *exceptione doli mali* submouebitur d. l. 22. D. de adiment. vel transfer. leg. Non multum ab hoc recedit, quod, si POM-
PONIO fides est, quamvis illud, quod tibi legatum fuerit, in incapacem, eumque, cum quo non sit testamenti factio, *inutiliter translatum* sit, tamen quia translatum est, certe tibi ademptum videatur: cum *legata nuda voluntate* adimantur. l. 20. D. de adim. vel transfer. leg.

Eodem

Eodem pertinet, quod etiam *donatione*, quamvis *inutili & imperfecta*, legatum infirmetur. Finge enim testatorem *uxori suae* donauisse, quod tibi antea legauerit in testamento. Finge porro, poenituisse testatorem *inutilis donationis*, illumque *morte*, quae sola his donationibus vim aliquam largitur, *donationem non confirmauisse*. Expeditum est, inutilem donationem esse, quae mariti constantia & morte non sit confirmata. Sed PAPI-
NIANVS de illa specie respondit: posteriorem *voluntatem* potius esse; ideoque etsi non valeat donatio, tamen *ademptum* intelligi *legatum*: cum, qui postea rem legaram alii donare *voluerit*, certe a legato & priori voluntate discessisse videatur. l. 32. §. 3. D. de *donat. inter vir. & uxor.*

Itaque dicemus, etiam *imperfecto & inutili* negotio *perimi* legatum, si constet de *mutatione* voluntatis, & de *animo* legatum *adimendi*. Haud paullo aliter in *contractibus* iudicium fieri, si *posteriori* negotio *imperfecto & inutili* id actum sit, ut a priori negotio *perfecto* discedatur. Enimvero expeditum est, plerumque *valere prius* negotium perfectum, quamvis ex posteriori appareat, mutatam esse voluntatem. Igitur ponamus, pupillum, auctore tutore, aliquid emisse: nemo dubitabit, *perfectam* esse emtionem: sed porro faciamus, pupillum poenituisse emtionis, & sine tutoris auctoritate, pactum esse, ut ab emtione discedatur. Apparet *mutatam* esse pupilli voluntatem, sed negotio imperfecto. Igitur PAVLLVS respondit, cum initio emtio perfecta fuerit, vix bonae fidei conuenire, eo pacto stari, quod alteri *captiosum* esse possit: l. 7. §. 1. D. de *rescind. vendit.*

Vides igitur, aliud in *contractibus & hereditatibus* infirmandis, aliud in *legatis* adimendis, obseruari. Et habet rationem, ut aliter de *contractibus & heredis institutione* aliter de *legatis*, iudicemus. Enimvero haec quidem, cum *beneficii* naturam habeant, nisi quis in illo consilio usque ad mortem perseueret, perfecte non debentur; ideoque legatarius conqueri non poterit de mutata testatoris voluntate. Sed in *contractibus* durum est, *ius quaesitum* alteri negotio *inutili & imperfecto*, quod pupillo tantum pro-
fit, alteri nocere possit, cum magno eius incommodo & damno, extorqueri. Eadem fere ratio suadebit, ut benignius de *ademptione legati*, quam hereditatis, respondeamus. Illud enim si adimatur, *unius* duntaxat legatarii, sine hereditas auferatur, *multorum* commoditas & utilitas interuertitur & infirmatur. Cum enim non solum ipsius testatoris interesse videatur, ut habeat heredem, sed creditorum etiam, illorumque, quibus ex testamento aliquid deberetur, aliquando intersit, ne testator intestatus moriatur; humanius est, hereditatem non recte adimi *posteriori* testamento *imperfecto*: quandoquidem, si hereditatis ademptio valeret, ex neutro testamento testatori lubrico succederetur.

Satis,



Satis, opinor, comprobatur, est, nuda voluntate, etiam sine solennitate, negotio imperfecto, efficaciter adimi legatum. Igitur discederem ab hoc loco, nisi FLORENTINVS me teneret, qui, l. 14. §. 1. D. de adim. & transf. leg. ex iisdem causis etiam ademptionem legati inefficacem esse, ait, ex quibus datio legati inutilis videri posset.

Apparet legatum dari inutiliter, nisi in testamento, aut in codicillis: an igitur dicemus, secundum FLORENTINVM neque ademptionem subsistere, nisi in testamento, aut codicillis, legatum adimatur?

Sed ausim affirmare, FLORENTINVM illo loco, non de solennitate, qua legatum datur, vel adimitur, sed de materia legati dandi vel adimendi cogitasse. Illud intelligitur ex illo exemplo, quod FLORENTINVS huic regulae subiecit. Ait enim: veluti si viam pro parte adimas, vel pro parte seruum liberum esse veres, legatum inutiliter ademptum videri d. l. 14 §. 1. D. de adim. & transf. leg. Quare dubitari non potest, illum de materia legati duntaxat disputasse; ut, quod pro parte dari efficaciter non possit inutiliter pro parte adimatur. Nam constat, quae natura sua indiuisa sunt, & partitionem non admittunt, ut via & libertas, nec legato recte diuidi, ut pro parte dentur, pro parte adimantur.

§. III.

Ex his quae adhuc disputata sunt, non potest esse obscurum, legata Legatum vel & fideicommissa etiam sine solennitatibus, sola poenitentia & mutatione voluntatis, quandoque adimi & interuerti. Neque enim res disputatione indigeret, nisi ab eodem VLPiano, qui l. 3. §. 11. D. de adim. vel transf. leg. nuda voluntate legatum adimi posse docuit, alio loco res in dubitationem adducta videretur. Ille enim tit. XXIV. c. 29. fragment. testamenta duntaxat, & codicillos testamento confirmatos, commemorat, quibus adimi legata posse viderentur. Sed ne quidem ibi subsistit, ut testamento vel codicillis adimantur, sed praeterea praecipit, ut eodem modo, quo datum est, legatum adimatur. de tit. XXIV. c. 29. Inprimis in ademptione libertatis seruo legatae hoc ipsi placuit, ut libertas vel testamento, vel codicillis testamento confirmatis & eodem duntaxat modo, quo data esset, efficaciter adimeretur. tit. II. fragm. c. 12. In qua re etiam CERVIDIVM, SCEVOLAM & PAVLIVM & MARCIANVM consentientes habuit, qui l. 50. D. de fideicommiss. libert. l. 14. D. de leg. 2. l. 10. §. phus 1. de D. manumiss. testament. scripturae mentionem faciunt, qua libertas legata seruo adimatur. Si quaeris, quis sit ille modus, quo libertas & dari & adimi possit, audiamus eundem VLPIANVM, qui l. 35. D. de reg. iur. nihil tam naturale esse docet, quam eo genere quidque dissolui, quo est constitutum: ideo solenniter constituta, solenniter tollenda esse.

Fasc. VI.

Z

Habes



Habes difficultatem, quam VLP IANVS nobis obiicit; superest, vt illam diluamus. Nimirum *duobus* modis perimitur legatum; altero, cum *ipso iure* tollitur, altero cum *exceptione doli mali* opposita, propter *aequitatem* duntaxat, legatum infirmatur.

Itaque si legatum *ipso iure* tollitur, facio cum VLP IANO, & legatum *naturaliter*, atque commodissime, *eodem modo*, quo est constitutum, id est, vel in testamento, vel in codicillis, vel certe coram quinque testibus, *adimi* & dissolui, aio. d. l. 35. D. de *reg. iur.* Sed vna tamen non inutilis videtur obseruatio, ne credamus, vt in verborum obligationibus dissoluendis, sic etiam in legatis adimendis, *verba contraria* desiderari, vt illud eodem modo, quo constitutum est, sublatum censeatur. Quaecunque enim verba etiam a veteribus admissa sunt in ademptione legatorum. Occurrit eiusmodi species in l. 14. pr. & §. 1. D. de *leg. 1.* vbi quis eandem quantitatem saepius legaue- rat, sed postea subiecerat, *vt semel tantum solueretur*: quamuis enim verba non essent *contraria*, tamen secundum ARISTONEM, & CELSUM, & MARCELLVM, & PAPINIANVM, vna tantum quantitas debetur, ceterae *ademptae* videbuntur. d. l. 14. de *leg. 1.* Plures eiusmodi species BARNABAS BRISSONIVS collegit.^{h)} Vt adeo superuacanea sit IVSTINIANI quasi noua constitutio, qua praecipit, etiam *non contrariis*, & quibuscunque verbis, adimi legatum, pr. l. de *adempt. legat.* cum hoc diu obtinuerit, ante tempora IVSTINIANI.

Igitur *verba* quidem quaecunque admittuntur; sed *testamenti* tamen aut *codicillis* plerumque *adimi* legatum debet, vt *ipso iure* ademptum videatur. Neque tamen in illo rigore perstiterunt veteres, cum de *ademptione* legati tractauerunt. Apparuit enim, fauendum esse *mutationi voluntatis* in tribuendis beneficiis, & difficilius quosdam, quod SENECA^{m)} obseruat, animum appulsiuros esse ad destinanda beneficia, si intelligerent, semel destinata, non sine magna difficultate, *reuocari* posse. Igitur, ob summam *aequitatem*, & ne beneficia ad indignos perueniant, admissum est, vt quacunque *poenitentia* & *mutatione voluntatis* legatum, quasi *ademptum*, infirmetur. Sed, cum *ipso iure* non sublatum sit legatum, quod testator non *eodem modo*, quo dedit, legatario ademerit, peri poterat legatum, quod sola *poenitentia* & *nuda voluntate* ademptum diceretur. *Peti*, inquam, nihilo secius poterat legatum, sed petens *exceptione doli mali* ab heredibus submouebatur. Ita enim VLP IANVS rem interpretatur, vt, *exceptione doli mali* opposita, ob testatoris *poenitentiam*, legatum pro *adempto* habeatur. l. 3. §. 11. D. de *adim. vel transf. leg.* Idem etiam alio loco, illos, qui

^{h)} BRISSON. de formul. c. 144.

^{m)} SEN. de benef. L. III. c. 14.



In amore haec omnia insunt vitia: iniuriae,
Suspiciones, inimicitiae, induciae,
Bellum, pax rursus:

itemque alio loco: p)

Amantium irae, amoris indegratio sunt.

Enimvero solent amantes sibi inuicem grauissime irasci & tanto grauius indignari, quanto pluribus beneficiis alter alterum obstrictum tenent. Sed, in illa conglutinatione animorum, plerumque non difficilis reconciliatio & in gratiam reditus. Haec omnia plerumque remotis arbitris, aut certe, quae natura amicitiae est, admissis paucissimis, geruntur. Non solemus solenniter in apicam lucem proferre, quae inter amicos aliquando suboriuntur, odia illa temporaria, quamuis grauissima interdum, & cum magna concitatione animorum saepissime coniuncta. Igitur frustra in his solennitatem requisueris.

Non equidem ignoro, quid IACOBO RAEVARDO q) in mentem venerit, cum de inimiciis capitalibus & grauissimis, quas VLPPIANVS in ademptione legati desiderat, commentaretur. Ait enim, inimicitias denunciatas intelligi, quas quisque solenniter profiteri & inimico indicare soleat, ut sciat, sibi cum aduersario similitatem esse.

Sed res ipsa loquitur, VLPPIANVM non de denunciatis duntaxat inimiciis sentire: cum etiam poenitentiae & saepius reconciliatae gratiae mentionem adiunxerit, quae non confestim, nec facile, in denunciatis inimiciis speratur. Ne quis dubitet, audiamus eundem VLPPIANVM, qui l. 32. §. 3. D. de donat. inter vir. & ux ex coniugum dissidiis exemplum capit, cum constet coniuges plerumque sine solennitatibus inter se rixari. Ita enim VLPPIANVS: poenitentiam supremam accipere debemus. „Proinde si vxor, „ri donauit, deinde cum poenituit, mox desit poenitere, donationem vale, „lere, ut supremum eius iudicium spectemus: quemadmodum circa fidei, „commissa solemus, vel in legatis, cum de doli exceptione tractamus: ut „sit ambulatoria voluntas eius, vsque ad vitae exitum supremum. „

Vides in indignatione & poenitentia testatoris, ex qua ademptio legati indicatur, idem iuris esse, quod in rixis coniugum, qui modo alter alteri donant, modo indignantur, modo in gratiam redeunt: ut in utrisque supremum iudicium, id est voluntatem illam, in qua vsque ad vitae exitum perseuerent, maxime spectemus.

Igitur nemo dubitare potest, quin illò, quem supra excitauimus, loco, l. 3. §. 11. D. de adim. vel transf. leg. grauissimae inimicitiae tales significant, quae cum indignatione, & auersatione, coniunctae sint, & facto luculento indicentur, ut verisimile sit, quod VLPPIANVS l. 9. pr. D. de his,

Z 3

quae

p) TERENT. Andr. act. III. sc. 3. v. 23. q) RAEVARDO. de diuers. reg. iur. c. 19. op. T. I. p. 187. id. varior. L. V. c. 15. p. 742. sq.



quae ut indig. aufer. ait, ut, inquam, sit verisimile, testatorem noluisse legatum praestari; quod illi, quem postea auersatus sit, reliquerit in testamento.

Solam igitur *duersationem & poenitentiam* requirimus, sed illam, in qua quis vsque ad mortem perseuerauerit: & si crebro offensa & gratia per vices permutatae sint, *voluntatem nouissimam* sequemur. Sed ad hanc *verisimilitudinem*, inhumanum esset, si quis vel probationem *solennitatis*, vel omnino *plenam probationem* desideraret.

Superuacaneum erit, commemorare illa *indicia*, quibus *offensa & alienatio* atque animorum disiectio probetur. Vnum tamen attinet monere, *probra* inprimis, quae legatario a testatore inferantur aut obiiciantur, *voluntatem* legatum adimendi continere. Hoc enim MARCIANVS, l. 13. D. de *adim. vel transf. leg.* ex rescripto DIVI SEVERI & ANTONINI obseruauit, ut, si testator *postrema scriptura*, quaqua ratione motus, *pestimum* libertum esse, adiecisset, ea, quae *priori* scriptura ei relicta fuerant, *adempta* videntur. Igitur sola execratio testatoris efficiet, ut *probari* possit *mutatio* supremae voluntatis. Hoc etiam PAVLLO placet, qui l. 29. D. de *adim. vel transf. leg.* praecipit, si quis libertum, qui in priori parte testamenti legatum acceperat, postea, eadem scriptura, *ingratum* appellauerit, hunc, *commutata* voluntate, actionem ex testamento non habere.

Sed, ne quis existimet, MARCIANVM atque PAVLLVM *scripturam solennem* desiderare, quamuis *scripturae* mentionem faciant, obseruandum est, illos, primo, non *scripturam*, tanquam *formam*, praecipere, sed in *exemplo* duntaxat ponere scripturam: secundo, non omnia quae testamento adscribuntur, *solemniter*, id est, *coram testibus* adscribi testamento, sed multa, quae *mutationem* voluntatis contineant, *post consummationem* testamenti adiici subinde. Hoc enim ex VLPIANO, l. 1. §. 2. D. de *his, quae in testam. delent.* intelligitur. Itaque non incommode MARCIANVM & PAVLLVM ita interpretabimur, quod tractent de *probris*, quae testator legatario obiecerit, post consummationem testamenti. In his enim omnibus PAPINIANVS *probationem* duntaxat requirit, non *solennitatem*. l. 4. D. *eod.*

Accepisti igitur, *poenitentia verisimili & nuda voluntate probata*, ademptum legatari beneficiū videri: sed *ambulatoriam* esse illam voluntatem: hinc *variationem* admitti: ideoque, ut *ademptionem probata* poenitentia, ita *redintegrationem* legati, *probata reconciliatione & noua gratia*, sine *solennitatibus* doceri posse. Discederem igitur ab hoc loco, nisi operae pretium esset, admonere, uti *poenitentiam & mutationem* voluntatis, ita nec *reconciliationem & redintegrationem* legati & gratiae, praesumi, nisi *indiciis*
lucu-

qui *consulto deleta* petant, docet, *exceptione* submoueri, l. 1. §. 3. D. de *his, quae in testam. del.* Enimvero generaliter *VLPIANVS* illum, qui ex testamento aliquid, *contra voluntatem testatoris*, id est, *mutata eius voluntate*, & probata poenitentia, petierit, *exceptione doli mali* repellendum esse, ait. l. 4. §. 10. D. de *doli mal. & met. except.* Nocet enim *doli mali exceptio* omnibus, quibus *voluntas* testatoris *refragatur*. l. 19. D. de *reg. iur.* Ideoque, secundum *PAPINIANVM*, etiam heres *praelegatum* petens a coheredibus *exceptione doli mali* submouendus est, si testator illum, nouo testamento, remouere voluit a spe hereditatis, quamuis non *perficere* potuerit nouissimum illud testamentum: l. 22. D. de *adim. vel transf. leg.* quod supra est a nobis obseruatum. Huc etiam pertinet, quod *PAVLLVS* illi, qui rem legatam, post signatum testamentum a testatore *alienatam*, quamuis postea redemitam, petat, *exceptionem doli mali* ob stare doceat, vt, nisi *mutatam voluntatem* testatoris, quae ex *alienatione* intelligatur, reintegratam probauerit, a petitione repellatur. l. 15. D. de *adim. vel transfer. leg.* Imo vero heres cuiuslibet tertio, qui *voluntatem* defuncti non agnoscit, aliquid petenti, *exceptionem doli mali* vtiliter opponit. l. 1. §. 4. D. de *adim. vel transfer. leg.*

Et habet rationem, vt, *dolo malo*, id est, iniquissime petere credatur, qui quasi ex *suprema voluntate* petit, quod nouerit, sibi *voluntate nouissima* ademptum esse. Quae enim quomodocunque *adempta* sunt, secundum *CELSVS* & *MARCELLVM*, quasi *non data* videbuntur. l. 14. pr. D. de *leg. 1.* Quod video etiam *IACOBVM CVIACIVM*, quamuis a nobis dissentire videatur, agnouisse. n)

§. IV.

Igitur *voluntas*, secundum *POMPONIVM*, efficit, vt valeat, quod scriptum est in testamento l. 12. §. 3. D. de *leg. 1.* quae si petenti refragetur, *exceptioni doli mali* locum faciemus. Sed de *voluntate* tamen & poenitentia, omnino constat, necesse est, priusquam ademptum esse legatum arbitremur. Igitur, vt constat, de *voluntate*, testatoris, *nudam voluntatem*, aut *animum adimendi* *VLPIANVM* probari iubet ab heredibus, nisi animus & voluntas testatoris ex ipso facto elucescat. l. 3. §. 11. D. de *adim. vel transferend. leg.* l. 7. D. eod. l. 11. §. 12. D. de *leg. 3.* Idem etiam *DIOCLETIANO* & *MAXIMIANO* visum est, qui l. 27. C. de *fideicommiss. probandam esse poenitentiam*, praecipunt, vt quis petitione *fideicommissi* excludatur.

Sed in *probatione voluntatis non solennitas*, sed *veritas*, id est, *animus serius* legatum adimendi, demonstratur. Quid enim opus esset *exceptione*

Z 2

tione

n) *CVIAC.* ad l. 1. D. de *his quae in testam. del.* op. T. I. p. 1113. lit. D.



ione doli mali, si solennis ademptio, aut certe V. testium praesentia desideraretur. Hac enim solennitate legatum ipso iure tollere ur. Imo vero eidem, quem antea laudavi, VLPIANO satis est, si *verisimile* esse coeperit, *no- luisse* testatorem praestari legatum aut fideicommissum. l. 9. pr. D. de his, quae *ut indign.* Sed ad effingendam *verisimilitudinem* nemo desiderabit, ut indicia voluntatis solenniter prodantur. Ne diutius te teneam, audiamus ALEXANDRUM, qui ne *scripturam* quidem, multo minus *testes*, postulat, sed *solis rationibus*, ex quibus mutatio voluntatis intelligatur, contentus est, ut *novissimam* voluntatem, quomodocunque comprobata, in supremo iudicio sequamur: ita enim ille l. 5. C. *fam. hercisc.* „Si offensam „postea clementia flexerit, novissimam voluntatem arbiter familiae herci- „scundae sequetur. *Sed illud, licet scriptum non probetur, aliis tamen „rationibus doceri* nihil impedit: praesertim si talia merita deprehendantur, „ut ira domini potuerit mitigari.

Ex quo loco intelligitur, ex illis, *quae circumstant*, iudicandum esse, *utrum* mutaverit defunctus voluntatem: adeoque sufficere, si circumstantiae *facti*, ex quibus de *ademptione* fieri iudicium possit, ab herede *compro- bentur*.

Sed *probationem* ne quis subtilem aut scrupulosam & *plenissimam* desiderari existimet, idem ALEXANDER, alio loco, *voluntatis* quaestionem in *aestimatione iudicis* positam esse, & nulla fere certa & perpetua regula contineri, docet. l. 7. C. de *fideicommiss.* ut ausim affirmare, si quid deesset, *probationi*, iudicem *iuramento* vel *suppletorio* vel *purgatorio* posse locum relinquere, quo dubitatio suborta dilueretur.

Res erit luculentior, si eamus per exempla, ex quibus capiamus *iudicium mutatae voluntatis*. VLPIANVS quidem l. 3. §. II. D. de *adimend. vel transferend. leg.* & l. 4. eod. & l. 9. de his, quae *ut indign. inimicitias* inprimis commemorat, ex quibus iudicetur, testatorem *adimere* legatum voluisse. Vnum duntaxat monet, ut *capitales* sint, vel *gravissimae*; non *levis* quaelibet *offensa*, quibus *probat* fideicommissum ademptum censeatur: & cessare ademptionem, si iterum redierit in gratiam cum fideicommissario testator, & ipsum *poenituerit* prioris offensae: hoc enim si acciderit, *re- dintegrari* fideicommissum.

Sed quis credat, illas vices offensae & amicitiae & gratiae redintegratae, *solennitatem* aliquam poscere, quae si neglecta fuerit, voluntas novissima habere exitum non posset. Enimvero, si Parmenionem apud P. TERENCE- TIVM o) audiamus,

In

o) TERENCE. eunuch. l. sc. I. v. 14. sqq.

luculentis demonstratur: ideoque sufficere ad ademptionem *veteres inimicitias*, nisi reconciliatio probeatur. *SCAEVOLA* tractavit eiusmodi speciem l. 31. §. 2. D. de *adim. vel transf. leg.* Seia *Titio* legauerat auri pondo quinque: *Titius* Selam postea capitis accusat: vt grauissimae inimicitia subortae videantur. Seia post accusationem codicillos facit, sed legatum *Titio* expresse non adimit; postea decedit. Videri posset Seia remisisse iniuriam *Titio*, cum confectis post inimicitiam codicillis, in quibus commodissime legatum retractare potuisset, tamen *Titio non ademerit* legatum. Sed *SCAEVOLA* affirmat, legatum non deberi, cum ademptum videatur, neque, ex silentio in codicillis, remissio iniuriae & gratiae redintegratio probeatur d. l. 31. §. 2. Et generaliter *PAVLLVS* probationem nouae voluntatis, quamuis *non solennis*, desiderat, si semel *mutata* sit voluntas testatoris. l. 15. D. de *adim. vel transf. leg.* cum non possit poenitentiae praesumi.

Satis, credo, expediuius, solennitatem aut quinque testes, non desiderari, in *ademptione* legatorum, nec *plenam probationem* exigi, sed sufficere, si ex *verbis* vel *factis* testatoris *verisimile* indicium *mutatae voluntatis* eruatur. Ex his igitur apparebit, quid mouerit *ICtos Vitembergenses*, vt in illa specie, quam supra p. 8. seqq. proposuimus, *ademptum* Meuiæ legatum iudicauerint, si heredes, post semiplenam probationem, iurarent, testatorem verbis legatum Meuiæ ademisisse, illique indignatum esse, & probra illi intulisse, & in illa poenitentia perseuerasse. Sed *CVIACIVS* *) nobis scrupulum iniicit, & negat, *nudam* etiam testatoris *voluntatem* intelligi, nisi coram *tribus testibus* sit exposita a testatore: vt voluntas *nuda*, quamuis *seria*, *trium* testium praesentiam desiderare videatur. Inuocat enim auctoritatem *IUSTINIANI*, qui l. 27. C. de *testam.* anteriores constitutiones corrigat, ne *reuocari* posset testamentum, nisi testator *coram tribus testibus* declararet mutationem voluntatis.

Sed *CVIACIO* quidem satisfiet, si respondebimus, aliud in *adimendis hereditatibus* & *toto testamento retractando*, aliud in *legatis* adimendis, obseruari: quod supra diligenter a nobis comprobatum est. Neque enim *strictae interpretationis* ratio permittit, vt legem *correctoriam*, qua de *reuocatione heredis institutionis* & *totius testamenti* tractatum est, ad *legata* proferamus, quorum ademptio, omnium veterum consensu, sola *probatione* voluntatis sustinetur.

Neque vero *THEODOSIVS* nobis multum obstat, qui l. 8. §. 3. C. de *codicill.* in *omni* vltima voluntate, praeter testamentum, *V. testium* praesentiam desiderauit. Dicemus enim, illud plerumque obtinere, si quid *relin-*

*) *CVIAC.* consultat. LV. op. T. I. p. 708.



relinquatur suprema voluntate, non si haec reuocetur, aut relicta adimantur. In his enim nihil THEODOSIVS mutauit.

Sed magis fere HONORIUS nobis aduersatur, qui l. 20. C. de *testament.* negat: *solemniter scripta* testamenta, *sine scriptura*, commode mutari, aut hereditates *sine scripto* in principem transferri posse. Diluetur illa difficultas, si cogitaueris, HONORIUM de *hereditatibus*, non de legatis, de *translatione*, non de ademptione & reuocatione nuda, de *translatione in principem*, non de aliis mutationibus, tractasse.

Sed instat CUIACIUS, certe, si quis *constituerit*, coram testibus legatum reuocare, & hoc non perfecit, non sufficere *probationem nuda voluntatis* ad legatum adimendum. Hoc enim & LABEONI & SERUIO & IAVOLENO videtur placuisse, qui testatorem, si *coeperit* testamentum facere, nec perfecit, intestatum decessisse aiunt. l. 25. D. *qui testam. fac. poss.* Posset igitur videri. Apuleium in specie, quam p. 8. proposuimus, non efficaciter legatum ademisse, quamvis de eius voluntate constitisset. Apparebat enim, conuocatos fuisse testes, voluisse testatorem codicillos facere, nec tamen illos perfecisse: cum testes fere, tabulas, in quibus ipsi nomen suum scripserint, *vacuas* fuisse, affirmarent.

Sed faciemus cum IAVOLENO, si de *condenda* voluntate suprema, non si de *adimendis legatis*, de quibus nihil IAVOLENVS addidit, tractatur. Haec enim, quamvis testator voluerit testamentum facere, & quamvis illud non perfecit, *nuda voluntate* adimuntur: quod EX PAPINIANO l. 22. D. de *adimend. vel transf. leg.* supra est a nobis demonstratum.

§. V.

Adimitur.

legatum per

alienatio

nem volun-

tariam.

Ademptio ta-

cita. Adem-

ptio legati

sub conditio-

ne, quinque

testes deside-

rat. Adem-

ptio legati

stricto acci-

pienda est.

Auctoritas

fori & in-

terpretum.

Igitur, ut rem totam finiamus, dicendum est, legatum vel ipso iure, id est, coram quinque testibus, solemniter, vel ope *exceptionis doli mali*, perimi & interuerti, & quidem vel *verbis* expressis, cum indignatione aliqua coniunctis, vel *factis* etiam quandoque, quam speciem GAIUS *tacitam ademptionem* appellauit: l. 5. D. de *adim. & transf. leg.* Sed has quidem duas ademptionis species postremas sola *probatione voluntatis* sustineri, copiose demonstratum est. *Exceptione enim doli mali* sustinentur. l. 3. §. 11. D. de *adim. vel transf. leg.* Vix autem opus esset *exceptione*, si ipso iure, coram quinque testibus, eodem modo, ut constituta sunt, reuocarentur.

De *factis* autem, per quae legatum adimitur nolo iam cuiquam verbosa disputatione molestus esse: cum & alio loco de hoc argumento exponere constituerim, & res a multis interpretibus sit expedita. Sufficiet, quaedam extremis digitis a nobis indicari. De *donationibus* quidem, quibus res legata a viuo testatore in alios transfertur, MODESTINVS l. 18. D. de *adim. vel*

vel transfer. leg. observauit, per illas perimi legatum, nec querendum aut probandum esse, *quo animo & ex qua causa* donauerit testator, cum manifesta sit voluntas adimendi. Sed de venditionibus & alienationibus rerum legatarum PAVLLVS & PAPIANVS observant, si testator res legatas alienauerit, & pretium rerum in patrimonium redegerit, legatum non deberi: quamuis nulla fuerit offensa inter legatarium & testatorem, l. 15. & l. 25. D. eod.

Addit PAVLLVS, legatum per alienationem non solum ademptum videri, sed ne quidem reintegrari, quamuis rem antea alienatam postea recuperauerit aut redemerit testator; cum sufficiat semel mutatam esse voluntatem, nisi legatarius probauerit nouam voluntatem testatoris, d. l. 15. D. eod.

VLPIANVS tamen alienationem necessariam exceptit, ut, si urgente necessitate rem legatam alienauerit, legatum nihilominus efficaciter petatur, nisi ex aliis indiciis non obscuris probauerint heredes voluntatem adimendi l. 11. §. 12. D. de leg. 3. Sed res ipsa loquitur, non difficilem probationem heredibus futuram; cum, qui in eiusmodi necessitates inciderit, nisi magna conuersio fortunae subsequatur, plerumque dimittat animum liberalitatis exercendae. Sed haec talia ex iis, quae circumstant, iudicanda sunt, & plerumque iudicis arbitrio definiuntur. l. 7. C. de fideicommiss.

Contra vero libertas fideicommissaria seruo destinata, secundum PAVLLVM atque VLPIANVM, nunquam alienatione interuertitur: neque interest, ex qua causa seruum alienauerit testator: semper enim in hac specie seruo debetur libertas l. 29. & l. 24. §. 21. D. de fideicommiss. libert.

Apparet igitur, quomodo & quando probanda sit voluntas adimendi. Sed opportuna occasio est, ut admoneamus, stricte accipienda esse, quae de ademptione legatarum disputantur. Primo enim sola mutatione rei legatae, quamuis illa nomen suum perdat, secundum VLPIANVM, non videtur semper ademptum beneficium a testatore; l. 44. §. 2. sqq. D. de leg. 1. eum voluntatis mutatio desideretur. Ita enim VLPIANVS cum PAVLLO, qui l. 88. de leg. 3. ab ipso videtur dissentire, in gratiam reducendus est, ut voluntas, in hac specie, ex reliquis rebus, quae circumstant, iudicanda sit.

Deinde generaliter idem VLPIANVS, in ambiguo ita rem accipiendam esse, ait, ut legata debeantur l. 2 in fin. D. de his quae in test. del. Ex hoc fonte deriuatum est, quod, si duobus eiusdem nominis testator separatim aliquid legauerit, & vni ademerit, neque appareat, cui ademptum sit, utrique legatum debeatur. l. 3. §. 7. D. de adim. vel transf. leg.



Denique nec omittendum est, si *sub conditione adimatur*, quod pure antea legatum, magis esse, quod *non teneat conditio*, nisi coram V. testibus, vel in testamento, vel codicillis, *conditio* adiiciatur. Et DIOCLETIANVS quidem & MAXIMIANVS permittunt, vt legatum non pure duntaxat, sed etiam *sub conditione*, adimatur. l. 17. C. de leg. Sed multum interest, quod POMPONIVS l. 16. D. de *iniust. rupt.* obseruauit, *qualis* sit conditio, sub qua testator aliquid ademir. Si enim in *praesens* vel *praeteritum* collata sit conditio, apparet, per se *certam & puram* esse voluntatem testatoris, quae incerta tantum oratione exprimitur; cum testator duntaxat dubitet, de re illa praesenti vel praeterita, quam si penitus cognouisset, pure mutauisset voluntatem. Haec igitur talia pro *conditionibus* hoc loco non accipimus, cum de ademptione legati disputamus. *Pura* enim ademptio videtur, si illa a conditione in praesens vel praeteritum collata pendere iubeatur. Sed haud paullo fecius iudicandum est, cum *afuturo euentu* testator *suspendit*, vtrum praestari debeat legatum. In hac enim specie dubitari non potest, non tam *sub conditione adimi* legatum, quam potius illud, quod antea pure datum sit, *iam dari, sub contraria conditione*. Enimuero, si dixerit testator, Caia, *nisi uxorem duxerit*, adimo legatum, ita hoc accipiendum erit, ac si dixisset, Caio, si uxorem duxerit, relinquo illud, quod ipsi a me legatum est. Luculenter IULIANVS atque FLORENTINVS l. 10. & l. 14 D. de *adim. & transfer. leg.* praecipunt, legatum, si *sub conditione ademptum* sit, perinde accipi, ac si *sub contraria conditione datum* esset. Sed constat *legata* nisi coram V. testibus, efficaciter *non dari & relinqui posse*. Igitur conditio non tenebit, quamuis probetur *nuda voluntas* testatoris; nisi coram quinque testibus conditio adiiciatur.

Habes iam omnia, opinor, & intelligis, *puram ademptionem* praesentiam quinque testium non desiderare. Si veteres tibi non sufficiunt, certe auctoritati magnorum interpretum non nihil tribuetur. Appello enim COLEROS, ¹⁾ CARPZOVIOS, ²⁾ SCHNEIDEWINOS, ³⁾ HOPPIOS, ⁴⁾ BEYEROS, ⁵⁾ COCCIOS, ⁶⁾ WERNHEROS, ⁷⁾ qui vel singuli sufficient ad fidem faciendam.

¹⁾ COLER. P. II. decis. 49.

²⁾ CARPZ. P. III. const. 1. def. 19. n. 1.

³⁾ SCHNEIDEWIN. ad tit. inst. de ademptione legat. n. 15.

⁴⁾ HOPPIVS

ad h. t. instit. p. 481.

⁵⁾ BEYER. ad instit. h. t. pol. 2. 3. 12.

⁶⁾ COCC.

⁷⁾ I. iur. controu. T. II. L. XXXIV. tit. 4. qu. 1.

⁸⁾ WERNH. select.

obseru. forens. 300. P. I.



Juristische Schriften im Hendelschen Verlage.

Heisler, D. Phil. Iac. exercitationum academicarum ad diuersas materias iuris pertinentium fasciculus, de annis 1750-1755. X. mater. continens, cum indice. 4to. 10 gr.

Madihn, D. Georg. Sam. exercitationum academicarum Halensium ad praestantiora maxime iuris ciuilibus capita pertinentium, fasciculus; XIII. mater. continens, cum indice. 4to. 18 gr.

Reuter, D. Io. Hartw. exercitationes academicae praestantiora maxime iuris ciuilibus capita illustrantes. IX. mater. continens, cum indice. 4to. 9 gr.

Siccama, Sibr. Tetard. de iudicio centumuirali Libri II. iterum recensuit animaduersionibus & opusculis, argumentum illustrantibus auxit D. Car. Frid. Zepernick. med. 8vo. 1776. 21 gr.



Index diff. buius fasc.

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

