

Sup 92 590

DISSERTATIONVM

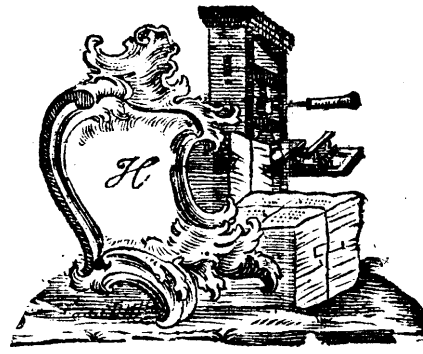
ATQVE

PROGRAMMATVM

CRELLIANORVM

FASCICVLVS V.

H. B.



HALAE AD SALAM

TYPIS ET SVMTV I. C. HENDEL.

1776.

Index diss. huius fasc. 4490

- XXX. *De bonis receptitiis uxori testamento paterno constitutis; disputab.*
Ioan. Henr. HOFFMANN, Harradæ-Thuringus. Vitemb. d. Iun.
1737. pag. 719
- XXXI. *Obseruatt. de probatione sanæ mentis; ad L. 27. D. de condit. in-*
stitut. defend. Iac. Ernest. Frider. CRELLIVS, Meinunga-Francus. Vit.
d. 5. Dec. 1737. 731
- XXXII. *De vasallo ad impensas in funus decessoris faciendas in subsidium*
obligato disputab. auctor Ludov. MAGEN, Lips. Vit. d. 17 Dec. 1737. 747
- XXXIII. *De fide instrumentorum inprimis publicorum; diff.* Christoph.
Dan. WEIGEL, Norimberg. Vit. d. 6. Iun. 1738. 778
- XXXIV. *De mutuo feminae aliis credituræ dato, ad leg. 11. & 12. D. ad*
Sciunt Vellejanum, disput. Christ. Henr. Lebrecht KLOPFER, Wal-
denb. Schcen. Vit. d. Iun. 1738. 790
- XXXV. *Progr., ex iure naturæ nat. & gent. bonorum immobilium possessio-*
nem saltem non item dominium tribui, nisi magistratus inuestitura acce-
dat, summos vir. iur. hon. Io. Aug. DOERINGI, Torgau., Vit. d. 19.
Aug. 1738. conferendos indic. 808
- XXXVI. *De clerico ob pactiorem cum patrono factam sacerdotio se abdi-*
cante, defend. auct. Woldemar Aug. FISCHER, Drefena-Misa. Vit.
d. Aug. 1738. 813
- XXXVII. *De præscriptione petitionis hereditatis paternæ & auitæ,* de-
fend. auct. Gottlob ERDMANN, Mansfeld. Vit. d. 17 Oct. 1738. 843
- XXXVIII. *Utrum liberi actione quasi Caluisiana venditiones parentum in-*
officiosas reuocare possint, ad Leg. ult. D. de rebus in fraud. patron.
disp. Valentin. Sigism. SITTIG, Lissa-Deliciensis. Vit. d. 21 Mart. 1738. 854
- XXXIX. *Obseruatt. de origine & virtute iuris non scripti,* defend. auct.
Christ. Guil. USWALD, Voigtsberga-Variscus. Vit. d. Iul. 1738. 873
- XL. *Obseruatt. de sermone maritali cum uxore testamenti faciendi causa,*
ad L. 3. D. si quis aliquem testari prohib. defend. Theod. Goth. BAHRDT,
Lubbenæ-Lufatus. Vit. d. Iul. 1738. 882



XXX.

D E

BONIS RECEPTITIS VXORI TESTAMENTO PATERNO CONSTITVTIS.

 VITEMBERGAE, AD D. . IVNII. A Q. S. P. E. M DCC XXXVII.

§. I.

Vt augeantur incommoda matrimoniorum, etiam *lucris cupiditas* in-Occasfo insti-
teruenit: postquam placuit, ex bonis vxoris aliquem fructum pertinere ad tuti.
maritum. Ausim enim affirmare, plerasque vxores melioribus vsuras viris,
& maritum aliquando vxore obsequentiori, quæ illi, cui fors corpus dederit,
facile etiam animum datura esset, nisi *lucra* quædam *matrimoniorum* atque
rei vxoriæ inuenta essent, & *dotes* in primis constitutæ. Enimuero per se
fatis dura est conditio coniugum, quam multi, vt ipsum matrimonium subin-
de, plus iusto reformidant. Inprimis feracissima dissensionum dicitur *con-*
iugum societas: & subit mirari, cur conglutinari penitus animi atque arctius
coniungi vix possint, nisi antea aliquid rixarum atque simultatum inter illos
oriatur; vt, cum illarum difficultatem superauerint, tunc demum prisca Ve-
nus redeat,

Diductos que iugo cogat aheneo. a)

Nimirum, quod Parmeno, apud P. TERENCEM ait b)

*In amore hæc omnia insunt vitia: iniuriæ,
Suspiciones, inimicitia, induciæ,
Bellum, pax rursus:*

Et, quod Ioui videtur apud PLAVTVM c)

*Inter eos rursus si reuentum est in gratiam,
Bis tanto amici sunt inter se, quam prius.*

Quapropter, cum amor sit *iniquitios*, & vix vnquam sine rixa, ad iras
mollendæ tædiumque huius rei mitigandum, *commoda rei vxoriæ* permilla
sunt maritis; vt cogitent, vxorem sibi non solum *iucundam*, sed etiam *uti-*
lem futuram. Si enim *Saturioni* apud PLAVTVM d) fides est,

Dum dos sit, nullum vitium vitio vertitur.

Certe facilius a quibusdam feruntur iniuriæ, si cogitent, quam multas pecu-
nia & quam mirificas pariat iucunditates. Sed, næ, illi non satis norunt

a) HORAT. L. III. Od. IX. v. 18.

c) PLAVT. Amphit. III. 2. 6L.

Fasc. V.

b) TERENCE in Eunuch. act. I. sc. I. v. 14.

d) Ibid. in Persa III. I. v. 59.

muliebre ingenium, qui his artibus gratiam inter coniuges conciliari crediderunt. Quanquam enim, quod imperatores aiunt, l. 8. C. *de pact. conuen. bonum erat*, mulierem, quæ se ipsam merito tradit, etiam *res suas* eius arbitrio permittere; tamen nihil efficacius odia mulierum accendit quam si intelligant, maritum aliquid lucri & commoditatis ex bonis suis aucupari. Hæc est illa pestis, quæ omnes delicias iucundissimæ coniunctionis pessime corrumpit: hæc materia irarum & dissensionum, quibus coniugum illa societas, per se mater rixarum atque iniuriæ, plerumque perturbatur. Enimvero constitutæ sunt dotes & commoditates rei uxoriæ, ut ne desit occasio altercationum, inter coniuges, quam ipsa natura facile suppeditasset. Audiamus *Demenætum*, senem, apud PLAVTVM e) qui

Argentum accepit, dote imperium vendidit.

Rara est inter illos gratia qui de lucro inter se contendunt. Obuenit nuper *ICtis Vitembergensibus* eiusmodi species, quæ animum incitauit ad scribendum. Fuerat aliquamdiu fribusculum inter coniuges & postea odium ex gratia ortum erat. Socer, ut animum generi emolliret, *testamento* constituerat, ut filia sibi quidem heres esset, sed *vsufructum portionis legitimæ* duntaxat, permetteret marito: reliqua tanquam *bona receptitia* haberet; donec maritus cum uxore in gratiam fuerit reuersus. Doch soll ihr Ehemann von ihrer Erbportion den usufructum oder Nießbrauch entweder gar nicht, oder im Fall es die Rechte nicht zulassen sollten, weiter nicht, als nur von der legitima, oder den Pflichttheil, wenn sie selbigem zu ihrer und ihrer Kinder sustentation nicht selbst bedarff, haben, und davon nur so viel, als sothaner Pflichttheil beträgt, pro paraphernalibus gehalten werden, von ihren übrigen aus meiner Verlassenschaft herrührenden Antheilen und Vermögen aber soll Er, ihr Ehemann, den usufructum keinesweges, sondern dasselbe *vim & effectum bonorum receptitiarum* haben. Wie ich denn meiner Tochter, ihm den usufructum von ihren Vermögen ausser den Pflichttheil zu kommen zu lassen, ernstlich verbiethe etc.

Quo iure cum vxor vteretur, tunc demum *accensi sunt animi utrinque*. Maritus impugnabat soceri testamentum: & *bona receptitia* non vltima voluntate, sed *pacto* duntaxat, constitui, sibi *ius quæsitum, ius mariti* eripi non posse, caussabatur. Digna res visa est, de qua copiosius tractemus.

§. II.

Recipere, recipiatio, dos receptitia.

Sed ut res commodius intelligatur, primo, de *bonis receptitiis* generatim exponemus. Nimirum, si *ICtos* audias, *recipere* dicuntur, qui *promittunt* aliquid alteri *consentienti*, & de re insolita, quæ, citra conuentionem, peti non posset ab inuitis, paciscuntur. Ita nautæ, caupones & stabularii

e) PLAVT. *Asinar.* l. i. v. 74.

larii dicuntur *recipere* custodiam illarum rerum, quæ ad illos inferuntur l. 1. §. 8. D. naut. caup. & stapul. vt *recept. rest.* Ideoque, vt prætor interpretatur, de eo, quod cuiusque saluum fore, *receperint*, tenentur l. 1. pr. D. eod. Eadem forma apud VLPIANVM arbitri videtur arbitrium *recipere*, dum iudicis partes suscipit, finemque se sua sententia controuersis impositurum, *pollicetur* l. 3. §. 1. l. 13. §. 2. l. 21. §. 9. D. de *recept.* & *qui arbitr.* Imo vero IUSTINIANVS l. 14. pr. C. de *iudiciis* ideo confundit *receptum* atque *compromissum*; quia vis vtriusque *conuentione* quadam continetur: quamuis alias *partes* duntaxat *compromittant*, sed *arbitri recipiant* arbitrium l. 1. C. de *recept. arbit.* adeoque aliquid interfit inter *receptum* atque *compromissum*. Eleganter illud GERARDVS NOODT, vir summus, obseruauit. f) Illud expeditum est, nunquam apud Romanos *receptitium*, aut *receptum*, appellari, nisi cum aliquid *singulare*, præter formam iuris, fuerit *conuentione*, aut alia declaratione voluntatis, definitum. In primis *receptum*, dicitur, quod in *uenditione* ædium & vniuersitatis *excipimus*, ne cum rebus reliquis ueneat, & venditori *reseruamus*. M. TVLLIVS g) accusat venditorem quendam: qui, cum ædes venderet, ne in rutiis quidem & cæsis folium paternum *recepisset*. Est etiam apud PLAVTVM h) adolescens, qui, posticulum aliquod *recepit*, cum ædes venderet, id est, quod BVDÆVS i) interpretatur, qui pactus est, ne posticulum cum ædibus, quibus cohærebat, ad emtorem perueniret.

Recipiunt igitur, qui aliquid insoliti *promittunt*, aut sibi *paciscuntur*; vt fere nunquam possit aliquid *receptum* dici, *sine pacto*. Certe MARCIANVS l. 1. D. de *receptat.* illos, qui latrones, cum possint apprehendere, pecunia accepta vel mercede constituta, dimiserunt, *receptatores* dici, ait, quia suffugium latronibus, atque facultatem elabendi & spem veniæ *promittant*. Imo vero etiam iure publico Quiritium, cum controuersie gentium *conuentione* dirimuntur, vt *res reddantur*, læsisque *satisfiat*, quod SERVIUS ait h) bellum *reciperatione præuerti* dicitur, quod indicendum esset per Fetiales, si res repetentibus non redderentur. l) Ita enim FOMPEIVS FESTVS m) ex ÆLIO GALLO: *reciperatio* est, inquit, cum inter populum & reges, nationesque & ciuitates peregrinas, *lex conuenit*, quomodo reddantur res, ipsique res priuatas inter se persequantur. Vt appareat a *pactione* solenni, quam clarigationem vocant, *reciperationis* nomen maxime profectum. GAIVS etiam l. 31. §. 1. D. de *donat. mort. causs. dotes receptitias* commemorat, id est aduentitias, quum ille, qui dotem dedit, *stipulatur* a marito

A 2 rito

f) GERARD NOODT comment. ad L. IV. Digest. tit. 8. p. 135. g) CIC. lib. II. de orat. h) PLAVT. Trinum. l. 2. v. 157. i) BVDÆVS ad h. l. Plauti. k) SERVIUS ad Virg. Aen. X. v. 14. l) BRISSON de formul. L. IV. 12. p. m. 321. m) FESTVS in voce: *reciperatio* p. m. 205.

rito, in mortem vxoris, vt dos sibi redderetur: quod cum accidit, dos *mortis causa capi* aut *recipi*, videtur *d. l. 31.* Enimuero, cum dotes aduentitiæ, quod *VLPIANVS* ait, *l. 22. pr. D. solut. matrim.* pertineant ad vxorem, aut ipsa mortua, ad mulieris heredes, aut maneant apud maritum, nisi aliter pacti sint illi, qui dotem mulieri dederunt; conueniens erat, dotem *receptitiam* appellari, si, *præter iuris formam*, extraneus, qui dotem dedit, pactus sit expresse & *receperit*, vt dos sibi redderetur. Ita enim *VLPIANVS* alio loco in *fragment. tit. VI. §. 5.* Aduentitia dos semper penes maritum manet, præterquam, si is, qui dedit, vt sibi redderetur, *stipulatus* fuit: quæ dos specialiter *receptitia* appellatur.

Itaque apparet, *receptitium* videri, de quo quis *specialiter*, contra regulam iuris, pactus est, aut voluntatem suam declarauit. *MARCVS CATO*, legem *Voconiam* suadensⁿ⁾ inducit mulierem, quæ marito magnam dotem addidit, sed magnam etiam pecuniam *recepit*, quam in viri potestatem non commisit: deinde vero, vbi irata erat, *seruum receptitium* immisit in maritum, qui ipsum sectaretur atque flagitaret, vt pecuniam *receptitiam*, quam ab vxore mutuam acceperat, restitueret vxori. Neque potest esse obscurum, quin pecunia, quam mulier *recepit*, aut, quod *GELLIUS* interpretatur^{o)} *retinuit*, sit illa portio bonorum, quam pactis dotalibus *excepta* mulier, ne illa ad maritum perueniret: item *seruus receptitius*, quem, cum pecunia reliqua, *recepit* mulier, nec in dotem dederat, sed *retinuerat* & suis vsibus propriis destinauerat duntaxat, excluso penitus marito. Ineptum enim *VERRIUS FLACCUS* p) & cum illo *POMPEIUS FESTUS* q) *seruum receptitium*, seruum, qui ob vitium *redhibitus* fuerit ab emtore, pessimum in familia mancipium, interpretati sunt. Enimuero irata illa vxor non potuisset seruo *receptitio* imperare, vt maritum flagitaret, nisi ipse fuisset seruus proprius vxoris. Adhuc inficetius *DOUZA* philosophatus est r) qui seruum *receptitium* prorsus eundem cum *dotali seruo* esse ait, quem mulier adduxit ad maritum. Hoc enim oppido ineptum est.

§. III.

Bona receptitia an sint tertie species honorum vxoriorum.

Satis credo intelligitur, illud demum receptum & *receptitium* videri, quod contra regulam iuris formamque consuetam, *pactione singulari*, aut declaratione quadam voluntatis, fuit exceptum atque definitum. Nunc operæ pretium est, vt de *receptitiis vxorum bonis* speciatim videamus. Neque tamen est locus dubitationi, quin *receptitia* bona non intelligantur, nisi inter virum & vxorem *illud actum fuerit*, vt quædam bona a rationibus mariti separentur. Certe *THEODOS* & *VALENT. Impp. l. 8. C. de pact. conu.*

n) *GELLIUS* not. Attic. XVII. c. 6.

o) Id. l. e.

p) *VERRIUS FLACCUS*

de obscuris Catonis apud *Gellium* 17. 6.

q) *FESTUS* v. *receptitius*.

r) *DOUZA* ad *Plaut. Asin.* l. 1. 72.

conu. prohibitionem vxoris desiderant, vt maritus a paraphernis, illorumque vsu, excludatur: nolunt etiam necessitatem aliquam vxoribus imponi, vt in communionem paraphernorum maritus admittatur. Sed facti magis quaestio est, quam iuris, an vxor prohibuerit maritum, ne se immisceat omnino paraphernis. VLP IANVS quidem l. 9. §. 3. D. de iure dotium, haud dubie pactionem desiderat in paraphernis: &, quid actum sit inter virum & vxorem, respiciendum esse, docet. Ait enim, si res dentur marito in ea, quae Græci παράφερνα dicunt, tunc demum res illas effici mariti, si hoc animo dentur, vt mariti fiant; & illas quidem soluto matrimonio non vindicari nec dotis actione peti, sed condici: adeoque esse in arbitrio vxoris, qua forma & quo animo res velit tradere marito. Plane interdum vxores libellum illarum rerum maritis dare, ait, atque res, quas solent in vsu habere in domo mariti, si illas in dotem dare nolint, in scripturam conferre, illumque libellum maritis offerre, vt subscribant, quasi res acceperint, sed hunc libellum velut chirographum aliquod ab vxoribus retineri, vt intelligatur, se res illas, quæ libello continentur, in domum maritorum intulisse. Atuero, dato hoc chirographo, non id actum videri inter virum & vxorem, vt dominium transferatur, sed magis, vt certum sit, res in mariti domum illatas esse: ne, si quandoque separatio fiat, hoc negetur a marito. Nemo igitur dubitat, ab initio esse penes coniuges, quo iure, vti velint in bonis paraphernis, & pacto definiri, vtrum dominium illarum rerum apud vxorem manere debeat, dato chirographo, an vero transferri ad maritum. Imo vero, etiam si conuenerit, vt dominium paraphernorum retineatur ab vxore, adeoque certum sit, res non effici mariti; nondum tamen expeditum est, quid iuris marito competat in his rebus vxoris, quas noluit in dotem dare, nec mariti efficere; sed in domum mariti duntaxat inferre, atque in vsu habere in laribus mariti. Iam igitur porro in arbitrio est vxoris, quid in illis rebus velit permittere marito. VLP IANVS enim d. l. 9. §. 3. D. de iure dotium testatur, maritum plerumque repromittere custodiam illarum rerum, quarum vxor dominium sibi quidem seruauerit, sed quas tamen commiserit marito: quod si factum fuerit, maritum, si res non reddantur, vel mandati vel etiam depositi teneri: interdum vero aliter obseruari, ait, vt res illæ potius vxori committantur, quam marito: quæ res & ipsa desiderat declarationem voluntatis. Hæ igitur, quarum custodia marito non permittitur, vel actione rerum amotarum, vel, si non amouentis animo maritus illas retineat, actione ad exhibendum repetuntur. d. l. 9. §. 3. in fine D. de iure dotium.

Quæ cum ita sint, nemo non videt, varie de paraphernis agi & tractari posse inter virum & vxorem; vt res illæ vel mariti fiant, vel maneat vxoris; &, si maritus a dominio exclusus fuerit, vt vel custodia ipsi committatur, vel vxor retineat custodiam rerum illatarum: quod extremum

neceſſe eſt euenire, ſi vxor maritum *prohibeat* omnino, ne ſe immiſceat in paraphernis. Sed, quamvis *paſſione* plerumque de his rebus conueniat inter virum & vxorem; tamen attinet mōnere, quod vxor, marito etiam inuito, retinere poſſit cuſtodiam rerum illatarum, & cogi non poſſit, vt conſentiat marito, qui illarum cuſtodiam poſtulat. ; VLP IANVS enim d. l. 9. §. 3. *D. de iure dotium*, contractum *mandati*, aut *depoſiti* deſiderat, ſi parapherna cuſtodix̄ mariti committantur. Sed eiſmodi negotia *conſenſu* contrahuntur. Præterea *imperatores* l. 8. C. de *paſt. conuent.* docent, *prohibitionem* vxoris ſufficere, vt paraphernis ſe immiſcere nequeat maritus. Maritus igitur ſola *voluntate* vxoris excluditur a cuſtodia & adminiſtratione rerum illatarum. Hanc vero ſpeciem bonorum, *quorum vxor ſibi cuſtodiam*, declaratione voluntatis *ſingulari atque inſolita*, reſeruat, & a quibus maritum prohibet omnino, *bona receptitia* dicimus. Hoc genere continetur magna illa pecunia, apud CATONEM ^{s)} quam vxor *recepit*, ſed in mariti poteſtatem non commiſit, & poſtea mutuam ipſi dedit, & reſlagitauit per *ſeruum receptitium*, quem & ipſum, GELLIO interprete ^{t)} cum pecunia *recepit*, nec doti dederat, ſed *cuſtodiendum* ſuisque vſibus adhibendum *retinuerat*, & ſeparauerat a rationibus mariti.

Ex his, quæ adhuc diſputata ſunt, facile erit iudicare, an *res illæ receptitiæ*, de quibus actum eſt, commode haberi poſſint pro *tertia ſpecie* bonorum, a dote & bonis paraphernis penitus ſeiuncta, an potius paraphernorum appellatione etiam *receptitia* contineantur. Magnam de illo argumento litem SCHILTERVS cum WEHNERO exercuit. ^{u)} Mihi quidem certius videtur, *receptitia* etiam *contineri paraphernis*. VLP IANVS enim l. 9. §. 3. *D. de iure dotium* itemque *imperatores* l. 8. C. de *paſt. conuent. parapherna* duntaxat a dote ſeiunxerunt; ſed de *paraphernis varie paſciſci* poſſe virum & vxorem, docuerunt. Quodſi igitur *ſpecialiter* conuenierit, vt *ne quidem illorum cuſtodia marito committatur*, aut, ſi vxor maritum *prohibuerit*, ne ſe rebus illis immiſceat; ſingularis quædam *ſpecies paraphernorum* enaſcitur, quam *bona receptitia* ſolemus appellare.

Ita quidem de *bonis receptitiis iure Quiritium* habendum. }

§. IV.

Bona receptitia etiam receptitia vxori committantur, excluſo penitus marito. Sed, *quo tempore durante matrimonio* de illis rebus conueniat inter virum & vxorem, fere non refert. Cum enim *ipſæ etiam dotes & propter nuptias donationes conſtante matrimonio augeri poſſint*, quod IVSTINVS l. 19. C. de *donat. ante nupt.* & IVSTINIANVS Nou. 97. c. 2. præceperunt; diſputatione non indiget, etiam de reliquis

^{s)} GELL. I. 17. c. 6.

^{t)} Ibid. l. c. circa finem.

^{u)} SCHILT. in not. ad

Wehneri obſeru. v. *Uinſhandgutere*, p. 10. b. & II. a.

quis bonis coniuges post nuptias efficaciter pacisci. IAVOLENVS enim l. 1. pr. D. de pact. dotal. itemque PAVLLVS l. 12. §. 1. D. eod. & SCÆVO-
LA l. 29. pr. D. eod. conjugibus post nuptias pacisci, quamvis antea nihil
conuenerit, permittunt. Vnum enim illud coniuges cauebunt, ne vel caus-
sa dotis fiat deterior, vel simplex donatio conuentione illa occultetur.

Igitur inter consentientes etiam post nuptias ius receptitiorum enascetur,
quamvis uxori suadeat BERGERVS x) ut re potius integra, id est, ante
contracta sponsalia, in ipsis tractatibus, recipiat partem aliquam bonorum.
Sed illud quidem consilium magis ad uxorem Saxonicam videtur pertinere,
quod deinceps apparebit. Imo vero, si quis dixerit, iure Romano, vx-
orem, inuito etiam marito, post nuptias repetere posse rerum suarum custo-
diam, ut illas, tanquam receptitias postea possideat, quamvis antea ma-
rito illas commiserit; non multum oblectabor. Enimuero VLPIANVS
l. 9. §. 3. D. de iure dotium restatur, maritum, cui vxor rerum suarum
custodiam tradiderit. Mandati aut depositi teneri. Sed constat, mandatum
& depositum, re integra, quandocunque posse reuocari, quod VLPIANVS
atque PAVLLVS l. 12. §. 16. & l. 15. D. mandat. itemque l. 1. §. 45. D. deposit.
docuerunt. Cum igitur illud negotium, quo vxor marito rerum suarum
custodiam permittit, depositi, aut si administrationem etiam ipsi concedit,
mandati naturam habeat, nihil omnino obstabit, quo minus illud vxor, iu-
re Quiritium, inuito etiam marito possit reuocare.

Vtrum vero vxor post nuptias, si quas res, liberalitate fortunæ inpri-
mis, nouiter acquirat, illas tanquam receptitias possit retinere & maritum
ab illis excludere, a quibusdam dubitatur. Sed nihil habet illa res difficul-
tatis. Enimuero, si ex legibus Romanorum disputes, erit penes uxorem,
quid iuris ipso marito velit permittere in bonis nouiter quæsitis. Generali-
ter enim imperatores l. 8. C. de pact. conuent. præceperunt, ne uxori pro-
hibente maritus se immisceat in paraphernis. Igitur vxor prohibere pote-
rit maritum, maxime si res nondum intulit in mariti domum, illasque non-
dum eius custodiæ permittit. Abscisse VLPIANVS l. 9. §. 3. D. de iure
dotium, ex uxoris voluntate rem æstimandam, esse, ait, & quid ab illa
actum sit & quo animo res intulerit, respiciendum. Priusquam igitur res
fuerint illatæ, potest sibi illarum rerum custodiam seruare, ut tanquam
receptitiæ potius in uxoris, quam in mariti, potestate sint. Neque habebit
facile maritus, de quo conqueratur; cum nihil ipsi iuris competat, in re-
bus uxoris ipsi non commissis. Itaque, quæcunque ab uxore non illata sunt
in mariti domum, bona propria uxoris videbuntur, aut si illas intulerit, sed
cum marito pacta fuerit, ut suæ custodiæ, excluso penitus marito, refer-
uentur ipsumue prohibuerit ab illarum usu, recte etiam post nuptias bona
receptitia constituentur.

Ex

x) de BERG. ec. iur. l. 3. 10.

Ex his, quæ dicta sunt apparet, *iure Romano* totum hoc negotium *uxoris voluntate* inprimis regi atque contineri, & maritum *cogi* posse, ut consentiat vxori, quæ rerum suarum custodiam velit *recipere*, & maritum prohibere, ne se immisceat in paraphernis.

§. V.

*Iure Saxoni-
co vxor ma-
ritum inmi-
tum non po-
test exclude-
re a para-
phernis.*

Sed Saxonice uxores quidem arctiori maritorum potestate coercentur. Dum enim thorum conscendunt, *curant omnium bonorum* suorum, cum fructibus illorum, confestim maritis committere, itemque *mobilia* post mortem illis relinquere, tenentur, nihil illorum interuertere, nihil ad alios transferre possunt. Luculenter enim *veteres*: Stirbt aber das Weib, bey des Mannes Leben, sie erbet keine fahrende Habe, denn allein Gerade und Eingen, als sie das hat, an ihren Nehesten: kein Weib mag auch ihres Guts nichts vergeben, ohne ihres Mannes Willen, daß er durch Recht leyden dürffe. Wenn ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt er sie in sein Gewehr, und alles ihr Gut, zu rechter Vormundschaft I. Land-N. 31. Neque quisquam facile dubitet, quin *omnium bonorum* appellatione, etiam *future*, & quæ nouiter vxori obueniunt, contineantur. Igitur nisi vxor ab initio, antequam accederet ad mariti thorum, *exceperit* bonorum quandam partem, *de bonis receptitiis* deinde, *marito obluſtante*, frustra cogitabit. Nihil enim postea in rebus suis habebit iuris atque facultatis. Neque *voluntate sua inter viuos* neque *mortis causa* marito ius per legem ipsi attributum extorquebit. Luculenter enim IUSTINIANVS Nou. 22. c. 33. ne lucra, quæ ex lege data sunt, cuiquam a priuatis vlllo modo auferantur, interdixit. Adhuc clarius in *Saxonie electoratu* res constitutione principis est definita: Wie denn auch hinwiederum dem Weibe nicht nachgelassen wird, dasjenige was dem überlebenden Ehe-Manne aus ihren Gütern zustehet, durch ein Testament oder andern letztem Willen zu vermindern, 2c. P. III. Const. VII. Igitur inter Saxones *bona receptitia, post nuptias*, ab vxore, non nisi bona *mariti* cum venia, constituuntur: sed, ne ipso consentiente quidem, si speciem illicitæ donationis contineat concessio receptitorum. Itaque ex iusta causa, veluti, ut se ipsam vxor alat, aut ut liberos commodius educet, aut, ut se dignius exhibere possit, & quæ sunt aliæ eiusmodi commoditates, recte a marito, etiam in *Saxonia*, constante matrimonio, *bona receptitia* vxori concedentur. Ceterum, *ipso inuito*, nihil agitur post nuptias contractas. Ita certe nuper *ICtis Vitembergensib.* visum est, qui in hanc fere sententiam *mensè Maio* huius anni responderunt: Obwohl denenienigen, welchen vermoge derer beschriebenen und anderer Rechte, gewisse Vortheile zustehen, das dadurch erlangte ius quæsitum, vermittelst des letzten Willens eines andern, dessen Erbschafft sie sich nicht angemasset, ohne ihre Einwilligung nicht entzogen werden mag,

Nou. 22. c. 33. in fine,

Solches auch besonders unter Eheleuten in dieser Maasse statt findet, daß ein Ehegatte dem überlebenden, die nach den Statuten jedes Orts ihm ausgesetzte Portion durch ein Testament, oder sonst auf den Todes-Fall, zu verkürzen nicht befugt,

Gail. 2. obl. 86. & 87.

Hartm. Pistor. q. 31. n. 7. lib. I.

Rittersh. ad nouell. P. 7. c. 17. n. 15. p. 433.

Überdies in der Ehursf. Sächsfl. Constit. VII. P. III. daß dem Ehe-Weibe nicht gestattet werde, dasjenige, so dem Ehe-Manne aus ihren Gütern gebühret, durch ein Testament oder andern letzten Willen zu vermindern, ausdrücklich enthalten, demnach des Ehe-Manns statutarische Portion dießfalls auch durch ein Fideicommiss oder Vermächtniß nicht geschwächt oder beschweret werden mag,

Carpz. P. III. Const. VII. def. 2.

Hiernächst die Güter eines Ehe-Weibes ordentlicher Weise pro paraphernalibus geachtet werden, dahingegen die qualitas bonorum receptitiorum, wenn nicht diesfalls deutliche Ehe-Pakta vorhanden, daran es in gegenwärtigem Bewandniß, daß Beklagtin Klägern die Administration und den Nießbrauch der Erb-Portion, so ihr von ihrem Vater zugewendet worden, allerdings überlassen müsse, es das Ansehen gewinnt.

§. VI.

Sola igitur vxor nihil immutabit, in Saxonia, circa parapherna, nihil marito subtrahet suarum rerum, quas non ab initio recepit. Sed inter-Testamento dum Deus ex machina rem perturbatam restituit, & miseratione attingitur & liberali- vxoriae illius seruitutis. Neque enim dubito, quin ex honesta liberalitate tum pa- aliorum vxor, etiam constante matrimonio, bona receptitia, quamuis marito extranei bo- obloquente, efficaciter adquirat. Enimuero generaliter quilibet beneficio a constituun- se profecto, quamcunque voluerit, legem dicit, quam mariti inuidia & cu- zur inuico- piditas euertere non potest. Ipsi etiam parenti, cuius tamen potestas sancti- etiam mari- or est, & naturæ conuenientior, quam durum illud imperium maritorum in so. vxores, ipsi inquam parenti, tum a matre & auia, tum, quod expresse addit imperator, etiam ab extraneis personis, ususfructus rerum, quæ ab ip- sis profecta sunt, adimitur subinde; quamuis iure patrio usumfructum bo- norum, quæ ab aliis ad liberos peruenerunt, vindicare posset, nisi hæc conditio donationi adiecta esset. Nou. 117. c. 1. Neque vero poterit ratio satis idonea adferri, cur non idem illud, quod contra ius patris matri & extraneo permissum, locum non inueniat aduersus ius mariti.

Enimuero, subtiliter in illa specie, quam sub initium dissertationis enarrauimus, philosophabatur maritus, cui ususfructus bonorum vxoriorum a socero profectorum, præter legitimam, testamento fuerat ademptus. Nimirum ius illud, quod aduersus parentem obtinet, vt illi aliquando efficaciter ususfructus adimatur, aiebat, discedere a *iuris forma*: ipsum peculium illud filii, a cuius usufructu pater fuerit exclusus, *extraordinarium & irregulare* appellari: hinc totum illud argumentum *strictè* accipiendum, & proferri aduersus maritum non debere; alias esse rationes *parentis ac mariti*: ius publicum voluntate priuatorum non perueri: maritum a *IUSTINIANO* in nou. 117. c. 1. non nominatum esse: legem *Saxonicanam omnia vxoris bona*, quæ non pactis dotalibus excepta sint, marito committere: nulla vxoris, inuito marito, esse *bona receptitia*: vxorem heredem a parente scriptam, hinc vsumfructum ipso iure pertinere ad maritum: sibi ius quæsitum adimi non posse contendebat. Sed profecto ille oppido deceptus est, dum negat in hac caussa duci posse argumentum a parente ad maritum. Primo enim, quod supra obseruatum est, omnino sanctior videtur potestas parentis, quam mariti: vt appareat, quod *contra ius parentis* obtinet, multo magis obtinere contra ius mariti. Solemus certe hanc interpretationem etiam *in odiosis* sequi, vt, quod ille, qui *plus* potest, nequit impedire, multo magis ille, cuius est *infirmior potestas*, admittere cogatur. Itaque, cum patri possit ususfructus adimi bonorum, quæ, ultra legitimam, ad liberos peruenerunt, multo magis ille marito a testatore aut donatore, qui hanc specialiter conditionem addidit, omnino adimetur. Deinde, quod præcipue me mouet, nego, hoc ius *singulare* esse, quod pater excludi possit ab usufructu bonorum, quæ liberis *non necessario* debentur. Ipsa enim *vox naturæ* atque *æquitatis* iubet, vt tum pater tum maritus admittere cogantur conditionem illam, qua ab usufructu liberalitatis, in liberos vel vxores ab aliis collatæ excluduntur. Quid enim efficeretur, si dissentirent parentes & mariti. *Noceret* liberis aut vxoribus dissensus ille, sed patri & marito *non prodesset*. Ipsi profecto liberi & vxores liberalitatem aliorum, cui hæc lex adiecta est, vt patri aut marito ususfructus adimatur, ne acquirere quidem possent, nisi conditioni adiectæ ante omnia obtemperarent; quæ nisi fuerit impleta, necesse esset, plane nihil ad liberos & vxorem peruenire. Aut, si *pro non adiecta* haberetur illa conditio; certe testatores atque donatores, cum intelligerent suam prohibitionem non attendi, interdum ipsos potius liberos excluderent suo beneficio, quam permetterent, vt ususfructus *ipsis inuitis*, parenti aut marito concedatur. Itaque, si faueremus parentum atque maritorum inuidiæ, qui conditionem admittere tergiuersarentur; nec ipsi quidquam lucrari possent, nec a liberis & vxore aliquid acquiri, sed *totum negotium infirmaretur*. At vero *natura* non permittit, vt quisquam aliquid, *quod alii noceat & sibi non pro-*

profit, moliatur. Ideoque merito coguntur, usufructu suo cedere potius parentes & mariti, ne & liberi atque vxores beneficiis aliorum simul exuantur, & ipsi parentes & mariti spem usufructus & omnis commodi amittant: quam necessario amitterent, si sua pertinacia possent efficere, vt totum illud liberale negotium peruerteretur. Ex quibus rebus apparet, iustissimam *IVSTINIANI* legem non solum *ad parentes* pertinere, sed multo magis *ad maritos*. Neque vero nos mouebat, quod illa conditio *in fraudem* mariti duntaxat adiecta esse videretur, cum parens filix quidem hereditatem vniuersam, sed bona præter legitimam, sub hac lege, vt marito adimeretur usufructus, reliquisset. Enimuero nulla potest *fraus fieri* marito in bonis, in quibus nec ipsi, nec vxori, antea omnino fuit ius *quæsitum*, & quæ tuto vtrique illorum *adimi* omnino potuissent. Igitur placuit, *repellendum esse actorem*, qui testamentum focerit, quo usufructus bonorum ab illo profectorum, præter legitimam, marito ademptus erat, impugnabat. Dicta enim est sententia in hunc fere modum: Daß Klägers Suchen nicht statt hat, sondern es ist derselbe mit dem Nießbrauch des Pflicht-Theils, so Beklagten Principalin aus der väterlichen Verlassenschaft erhalten, sich zu begnügen, so wohl die verursachten Unkosten, Beklagten und Mitbeklagten zu erstatten schuldig B. N. W.

Res erit apertior, si responsi huius rationes adscribemus:

Obwohl denenienigen, welchen vermöge derer beschriebenen und andern Rechte gewisse Vortheile zustehen, das dadurch erlangte ius quæsitum vermindert des letzten Willens eines andern, dessen Erbschaft sie sich nicht angemasset, ohne ihre Einwilligung, nicht entzogen werden mag,

Nou. 22. c. 33. in fine.

Solches auch besonders unter Ehe-Leuten in dieser Maasse statt findet, daß ein Ehe-Gatte dem Überlebenden die nach denen Statuten jedes Orts ihm ausgesetzte Portion durch ein Testament, oder sonst auf den Todes-Fall zu verfürzen nicht befugt,

Gail. 2. obseru. 86. & 87. n. 1.

Hartm. Pistor. qu. 31. n. 7. lib. 1.

Rittersh. ad nouell. P. 7. c. 17. n. 15. p. 433.

Überdieß in der Churfürstl. Sächsl. Const. VII. P. II. daß dem Eheweibe nicht gestattet werde, dasjenige, so dem Ehemanne aus ihren Gütern gebühret, durch ein Testament oder andern letzten Willen zu vermindern, ausdrücklich verordnet, demnach des Ehemanns statutarische Portion dießfalls auch durch ein fideicommiss oder Vermächtniß nicht geschwächet oder beschweret werden mag,

Carpz. P. II. constit. VII. def. 2.

ausserdem der Mutter und Groß=Mutter

Nou. 117. c. 1.

Zwar nachgelassen, den Nießbrauch von dem Vermögen, so sie ihren descendenten über das Pflicht=Theil zu wenden, denen Vätern dererelben zu entziehen, gleichwohl dergleichen außerordentliche Disposition der Rechte sonst striete anzunehmen, und auf andere Fälle, absonderlich auf den Nießbrauch des Ehemanns nicht erstreckt werden zu können scheint, hiernächst die Güter eines Ehe=Weibs, ordentlichweise, nach Sachsen=Rechte pro paraphernalibus geachtet werden, dahingegen die qualitas honorum receptitiorum, wenn nicht diesfalls deutliche Ehe=Pacta vorhanden, daran es in gegenwärtigen Falle ermangelt, nicht vermuthet wird, und bey solcher Bewandniß, daß Beklagtin Klägern die administration und den Nießbrauch der Erb=Portion, so ihr von ihren Vater zugefallen, allerdings überlassen müsse, sowohl das angezogene Testament und die darinne enthaltene fideicommissarische Verordnung, vermöge deren Kläger nach der Beklagtin und ihrer Kinder Tode, von der ihm sonst gebührenden successione in gewisser Maasse ausgeschlossen worden, in so weit zu Recht nicht bestehen möge, es das Ansehen gewinnt, D. u. d. denen Eltern nach Abzug des Pflicht=Theils über ihr Vermögen die freye Disposition allerdings zustehet.

L. 6. C. de inoff. testam.

Demnach dieselben ihre übrigen Güter entweder Fremden, oder auch denen Kindern, nach ihren Gefallen, allenfalls mit Bedingung und gewisser Vorschrift, wie sie solches gebrauchen sollen, zuzuwenden, und dieselben mit fideicommissis zu beschwehren, wohl befugt, hiernächst in erwähneter Nou. 117. c. 1. dasjenige was der Mutter und Groß=Mutter gestattet, auch andern Personen ausdrücklich nachgelassen worden, überdieß, zumahl nach denen Römischen Rechten, die Väterliche Gewalt denen Gerechtsamen der Ehe=Männer ohnstreitig vorzuziehen, mithin da ein Testator auch so gar dem Vater seines Erbens den Nießbrauch seiner Verlassenschaft entziehen kan, solches die Ehe=Männer sich noch vielmehr gefallen lassen müssen, in mehrerer Erwegung weder die Kinder noch ihre Ehe=Männer bey Lebzeiten der Eltern und Schwieger=Eltern ein Recht an dererelben Vermögen behaupten mögen,

L. 1. D. de hered. vel act. vendit.

Carpz. P. II. const. 13. def. 36. n. 2.

Sondern den Todes=Fall zu erwarten, und derer Eltern Disposition, außer dem Pflicht=Theile, nachzugehen schuldig,

L. 25. & 26. C. fam. hercisc.

Dahero Kläger, daß ihm ein ius quæsitum entzogen worden, nicht vorwenden kan, vielmehr dessen Suchen wiederrechtlich, mithin derselbe auch der Erstattung der Unkosten sich nicht entbrechen mag,

So ist, wie im Urthel enthalten von Uns billig erkannt.

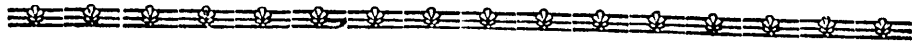
COROLLARIUM.

Cum hæc iam scripta essent, *præsidi* alia species obuenerit, quæ non multum ab illa abhorret, quam in dissertatione excussimus. Nimirum *matris*, ex statutis loci cuiusdam, *ususfructus* bonorum, quæ ad liberos peruenierant, vsque ad ætatem illorum maiorem, comperebat. Sed *pater* in testamento præceperat, vt bona a tutoribus, matre ab usufructu penitus exclusa, administrarentur. Mater ius ex statuto quæsitum inuocabat. Sed placuit, subsistere parentis voluntatem, quoad bona illa, quæ, *ultra legitimam*, filio reliquerat. Ita enim Icti Vitembergenfes responderunt, & has rationes adiecerunt:

Diemeilen aber, wenn auch der Klägerin der Nießbrauch, denen Statuten nach, gegönnet wird, dennoch ein jeder Testator, den Usufructum so gar dem leiblichen Vater seines Erben, welchem derselbe sonst schlechterdings gebühret, ausser dem Pflichttheil, zu entziehen wohl befugt,

Nou. 117. c. 1.

folglich Klägerin mit der vorbehaltenen Succession, so viel das Pflichttheil betrifft, sich zu begnügen hat 2c.



XXXI.

OBSERVATIONES
DE

PROBATIONE SANÆ MENTIS.

AD L. XXVII. D. DE CONDIT. INSTITVT.

VITEMBERGAE, AD D. IV. DEC. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVII.

§. I.

*N*on solum flere, sed *ægotare* etiam, imo *desipere* & *insanire*, si *Dulcis* inter quosdam audias, interdum *dulce* est, & cum voluptate aliqua coniunctum. *dnm est in-*
Ridemus mulierculas, quæ, quod *comicus* ait, *febrim in potestate habent: sania.*

B 3

quan-

quandocunque visum est, ægrotant, erubescunt, *pallent*, *valent*: & non solum *utilitatis*, vbi res postulat, sed *voluptatis* etiam & *ostentationis* causa, cum in mentem venit, capite, vtero, pedibus, toto corpore laborant atque infirmantur. Sed hæc inter alias ineptias ferri possent in *mulierculis* infania. Illud vero durius, quod aliquando *viris*. a)

INSANIRE LIBET

& sapientes interdum, si *venusinum* audiamus b)

Miscet stultitiam consiliis breuem:

Dulce est desipere in loco.

Certe poeta aliquando, vt res commodius succedat, quasi bene meriturus, dat operam, & *totum populum* conuocat vt illum *doceat* secundum regulas artis *insanire*. c) Imo vero ANACREON noster d)

Θέλει θέλει μωνήναι.

Cupit, gestit, insanire & furere & quiescere non potest, donec animo concipiat *furorem*. Facile credideris, illum furere & insanire, qui desiderat & optat, vt furore quodam perturbetur. Sed quibusdam aut *utilitas* & *pudor* hoc suffugium, aut *necessitas* hoc telum præbet, vt vel *furoris* & infaniæ obtentu scelus a se commissum purgent & diluant, aut, quæ recte constituta sunt, illo titulo infirmare studeant, atque impugnent, quasi ab *insanis* & *dementibus* profecta. Illa nimirum sola excusatione OVIDIUS NASO utebatur, cum puellam verberasset: e)

Nam furor in dominam temeraria brachia mouit,

Flct mea velana læsa puella manu.

Nullum etiam hodie in foris nostris facinorosi atque nebulones caussarum defensoribus paratius telum subministrant, quo scindant nodum gordium, atque ex laqueis, in quos inciderunt, ipsos expediant, quam *miserationem furoris*, quem simulant, & veniam mereri arbitrantur. Ipsi principes, TEODOSIUS, ARCADIUS & HONORIUS l.vn. C. *si quis imperat. maledix.* obreccationes improborum hominum & maledicta, quibus *principis* nomen lacessatur, ideo contemnenda esse censuerunt, quia, si ab *insania*, quod plerumque fit, profecta sint, *miseratione* dignissima esse videantur. Igitur pauci peccant hodie, qui non titulo *furoris* & *insaniæ* vtantur, quam suæ nequitiae prætexant. Iam olim *diuos fratres*, si VLPIANVM audiamus l. 13. §. I. D. d. *offic. præsid.* illud exercuit, quod plerique *simulato furore* facinus excusent. Ideoque *excutiendum* esse putauerunt, in persona eius, qui parricidium admiserat, vtrum *simulato furore* scelus admisisset,

an

a) VIRGIL. eclog. 3. v. 36. HORAT. III. od. 19. v. 18. b) HORAT. IV. od. 12. v. 27. c) Ibid. II. sem. 3. v. 63. d) ANACREON. od. 28. e) OVID. am. eleg. 7. v. 3.

an vero reuera *non compos mentis* fuisse videatur: vt, si simulasset, plecteretur, *sin fureret*, in carcere detineretur.

Sed nulla magis perplexa est disputatio in foro, quam cum de *furore* cognoscendum. Plerumque ad *medicorum* oracula confugiunt illi, qui malint insanire, quam sibi conscii omnino sui facinoris haberi. Et facile inueniunt, qui testes sint *furoris*, atque homini sano furias iniiciant. Recordatur præses, cum, ante quatuordecim abhinc annos, caussas Lipsiæ peroraret, & reum, qui parenti suo manus intulerat, defenderet, in foro, facillime sibi successisse, vt parricida mentis compos & recte animatus pro *furioso* haberetur. Enimuero *medicum* quendam adducebat ad inquisitum, qui de hominis *furore* testaretur. Ostendebat ipsi reum, capillis prolixis crispisque horridum, squalore carceris confectum, insigniter fordidum. & toto habitu corporis iniucundum, quales esse solent, qui diu in vinculis hæserunt. Confestim medicus spem iniiciebat, fore, vt res eueniret ex voto: se ex ipso vultu, quod ille homo insaniat & furiis quibusdam agitur, colligere, ostendebat. Accedebant testes duo, qui se audiuisse affirmabant, hunc hominem noctu quondam e lecto surrexisse cum *tumultu*, & inquietos, qui infra ipsum habitabant, expergestos, tota illa nocte obdormiscere non potuisse. Tunc vero plaudebat medicus defensori, & rem confectam esse, liberandum esse hunc reum: supplicio, & penitus *insanum* esse, clamitabat, quia e lecto exsilisset cum *tumultu*. Res etiam non caruit euentu. Reus enim facile absoluebatur. Sed postea apparuit, hunc hominem nihil vitii aut *furoris* contraxisse. Pater enim indicabat: filium aliquando matulam subuertisse, cum e lecto surgeret, illaque re expergestos inquietos. Sed profecto sapiebat reus, & patrem falsum esse, medicum rectius sentire, se omnino furere & insanum esse, affirmabat: haud multo secus: ac Menæchmus ille apud PLAVTVM, f) qui quid mihi melius est, inquit, „quam, quando „illi me insanire, prædicant, ego me *insimulo* insanire, vt illos a me absterream., Enimuero reus ille, de quo antea monui, impetrabat a iudice, vt magis faueret sententiæ, quæ ipsum absoluebat, & hominem sanum atque integrum *insanire* affirmaret.

Tam varie & sapienter interdum homines *sani* de *furore* constituunt.

§. II.

Sed hi quidem, de quibus adhuc disputauimus, cum *voluptate*, atque *Furoris* *cri-* aliquando *utiliter*, insaniant. Illud vero acerbius, homini *sano* interdum *minatio in-* obicit furias *inuito*, & *dementem insanumque fingi*, ab illis, qui ipsius *int-* *uis obiecta.* gri & intelligentis fidem & consilia sibi periculosa esse arbitrantur. Id quidem fere Menæchmo cuidam accidebat apud PLAVTVM, g) in quem serui &

f) PLAVT. in Menæchm. act. 5. sc. 2. v. 78.

g) Ibid. Menæchm. act. 5. sc. 7.

& lorarii immittebantur, vt raperent sublimem, & sanum integrumque, obrestantem Deum atque hominum fidem, toto iugere ellebori occidendum, ad medicos deferrent. Illa Tyndari erat nequitia, qui, ne ab Aristophante proderetur manifesto indicio, illum *furiosum* esse comminiscabatur. ^{h)} Ita enim illi:

Hic homo rabiosus habitus est in Aiide.

Ne tu, quid iste fabuletur, aures immittas tuas.

Nam istic hastis insectatus est domi matrem & patrem,

Et illic isti, qui spozatur, morbus interdum venit,

Proin tu ab isto procul recedas.

Eadem fabula sæpius agitur in foro, inprimis si de fide *testium*, aut *testatorum* voluntate infirmada, disceptatur. Ipsi *ICti*, quod *MARCIANVS* ait, l. 2. D. d. *inoff. test.* hoc colore testamentum, quod non ex officio pietatis factum est, impugnant, quasi *non sanæ mentis* fuerit, qui testamentum ordinasset. *CHRISTIANVS THOMASIVS*, ⁱ⁾ cuius cuidam ingenuo & probro, sed qui popinas & coetus hominum strepitumque fugeret, ad suggestionem improbi rabulæ, datum esse narrata prætoris Lipsiensis curatorem quasi *mente capto*; sed hunc eidem mox ademptum, cum ostenderetur, illum aliquando apte & ingeniosè talis, atque chartis gallicis lusisse.

Tam facile interdum homines vel furere vel respiscere creduntur. Sed *de viuis* quidem, quos obseruare & tentare aliquando, quorum ingenio, quod poeta ait, lene tormentum adhibere, e quibus saltem per ambages elicere possumus & clanculum subinde expiscari, facilius iudicium ferimus. Plus videtur difficultatis res habere, si de *mortuorum* ingenio & *sana mente* dubitatur, inprimis, si de spe hereditatis, & vltima defuncti voluntate, controuersia in foro exercetur. De mortuis enim silent medici plerumque, cum venas tentare nequeant, e quibus multi alias vaticinantur, nec spem ellebori insumendi habeant, aut lucri & vtilitatis aucupandæ. Neque vero *ICti* veteres omnino satis sibi constant in hoc argumento. Sæpe enim *manifestæ insanix* veniam dederunt, vt subsistat vltima voluntas: aliquando *leuiori suspitione* adducti sunt, vt de *sana mente* testatoris dubitarent. Eo inprimis pertinet, quod *MODESTINVS* l. 27. D. d. *condit. instit.* veritus est, ne *compos mentis* non fuerit testator, qui, *sepulturam auersatus*, heredi *vt reliquias suas in mare abiiciat*, præcepit. Operæ prætium videtur, vt de illa suspitione curiosius tradamus.

§. III.

ICti insaniam furorē dementiam promiscue appellant.

Nimirum ineptiis & subtilitate *Stoicorum* inprimis effectum est, vt de natura fororis & insanix, imo vero de ipsa voce & appellatione vitii

vtrius-

^{h)} *PLAVT. captiu. act. 3. sc. 4. v. 15.*
dementia. §. XXXI.

ⁱ⁾ *THOMAS. de presumt. furoris &*

vtiusque inter *sapientes* non satis conueniret. Enimvero acute TULLIUS, ^{k)} ex *stoicorum* disciplina, omnes *insipientes* etiam *insanos* esse, dixit, & mentem vacuam constantia & tranquillitate, *insaniam*, contra *furorem*, mentis ad omnia *cæcitatem*, porro *amentiam* itemque *dementiam*, affectionem mentis, *lumine carentem*, appellauit: ideoque non omnem *insanum*, *furiosum* esse, sed ex *decemuirorum* præceptis, *furiosos* duntaxat, non omnes *insanos*: desinere dominos esse rerum suarum, obseruauit. Quod adduxit RÆVARDV M, ^{l)} vt *insaniam* genus omnium inep-tiarum, *furorem* contra, speciem aliquam insanix & mentis alienationem ac tenebras esse, arbitretur. Sed nihil obscurius & tenebrosius est illis verbis, quibus *furorem* mentis *cæcitatem* & tenebras appellant. Neque enim definiunt, quæ sit illa *cæcitas*, quæ *furorem* ab *insania* seiungat.

Non multo luculentius POMPEIUS FESTVS ^{m)} *furiosos* esse, ait, qui parum sint animati, & suæ mentis non sint, & quos *piari* conueniat, vt per bona quædam verba illo incommodo confestim liberentur. Constat enim ex PLAVTO ⁿ⁾ *furiosos* porcis sacris & precationibus quibusdam expiatos. In eundem fere modum PAPINIANVS l. 39. D. de *iud. furiosum* illi qui *suæ mentis* est, opponit: vt appareat, etiam *ICTis furiosum* dici, qui *non suæ mentis* sit, sed a se ipso alienus.

In tanta obscuritate inualuit, vt, quamuis *stoici* subtiliter distinguerent, tamen *insani*, *dementes*, *furiosi* promiscue appellarentur. Certe *furiosi* & *dementes* nunquam fere seiunguntur. Ita VLPPIANVS l. 13. §. I. D. de *offic. præf.* inspiciendum esse, ait, utrum quis *simulatio furore* facinus admiserit, an reuera *non compos mentis*, id est, *demens* esse videatur. Imo aperte PROCYLVVS l. 48. §. I. D. de *leg. 2.* curatorem *dementis* appellauit illum, qui constitutus est a iudice, vt defendat *furiosum*: ex quo loco intelligitur, nihil inter *furiosum* & *dementem* discriminis admitti. Idem & DIOCLETIANO & MAXIMIANO l. 5. C. de *condic.* itemque IVSTINIANO §. 2. *I. q. test. tutor. dar. poss.* placuit, vt *furiosos* esse videatur, quem non *compotem* suæ *mentis*, id est, *dementem* esse, fuerit probatum. Eisdem igitur *dementes* & *non compotes mentis* dicimus, qui *furiosi* appellantur: sed utrique subinde etiam *insani* dicti sunt: vt nihil intersit inter *dementem*, *furiosum* & *insanum*. Certe MARCIANVS l. 2. D. de *inoff. test.* illum *furiosum* & *dementem* esse ait, qui non *sanæ mentis*, id est, *insanus* fuerit, cum testaretur. Et VLPPIANVS l. 4. §. I. D. de *aedil. edict.* describit *furiosum*, qui loquatur deridenda, per vicos, more *insanorum*. Item CATVLLVS ali-

ira-

k) CIC. Tusc. quæst. III. p. m. 209. & 210.

l) RÆVARD. cotiect. III. c. 18.

m) FESTVS de verb. sign. v. *Piari*.

n) PLAVTVS, *Menachm. act. 2. sc. 2.*

o) CATVLL. *Carm. 38.*

irasceret, & suaderet, *curatorem* quasi *furiosæ* dari, quia decem millia osculorum poposcerat, puellam *non sanam* appellauit, quam *furiosam* aut *dementem* dicere noluit:

*Tota millia me decem poposcit,
Ista turpiculo puella naso,
Decoctoris amica Formiani.
Propinqui, quibus est puella curæ,
Amicos medicosque conuocate.
Non est sana puella.*

Item *TULLIVS* p) *Verrem* suum, ait, *insanire & furere*, nullo discrimine utriusque vocis: ut intelligatur, eosdem & *dementes*, & *furiosos*, & *insanos* appellatos esse. Illud tamen attinet monere, *veterem grammaticum*, q) *MARIUM SERVIVM HONORATVM*, *furiatos* omnino seiungere a *furiosis*: ut *furiosi* sint, a quibus nunquam penitus recedat furor, *furiati*, qui interdum ex causa furii quibusdam agitentur.

§. IV.

Furor cum morbo corporis coniunctus est & a simplicitate distinguitur. Frustra igitur *stoici*, & *TULLIVS* aliquando, ex illorum disciplina, *insaniam* a *furore* seiunxerunt: postquam a *ICtis* aliisque *iniani* atque *furiosi* eodem nomine coeperunt appellari. Nimirum, cum intelligi non posset, quæ sit illa *mentis cæcitas*, quæ *furorem* ab *insania* discernat; non solum *vocabula*, sed ipsa etiam *vicia* inter se permixta sunt: ut, quæ magis ad *generalem* illam *insaniam* & *perturbationem mentis*, ex *usu stoicorum*, pertinent, *furoris* nota aliquando comprehenderentur.

Illud tamen studiosius a *ICtis* obseruatum est, ut non omnem *simplicitatem* ingenii erroremque *mentis* perturbatæ, sed illum duntaxat, qui *cum morbo* quodam *corporis coniunctus* sit, & a causa quadam pendeat, quæ ipsam *facultatem cogitandi* impediatur, atque infirmet, *furorem* appellarent. Igitur *PAVLLVS* quidem l. 5. & l. 125. D. de *reg. iur.* itemque l. 9. D. de *acquir. vel omitt. hered.* *furiosum absentibus & pupillis* comparauit, sed agnouit tamen discrimen inter *pupillos* atque *furiosum*, illisque & contrahere *negotia* & *hereditatem* cum *tutoris auctoritate* *acquirere* permisit, quod *furiosis* non concessit; quamuis non magis *pupillus* scire & decernere de rebus possit, quam *demens* atque *furiosus*. Ex quo loco intelligitur, non omnem illum, qui non *sapit*, atque, ut cum *stoicis* loquar, *generaliter insanit*, quod etiam in *pupillum* cadere nemo dubitat, videri *furiosum*, sed illum duntaxat, qui propter *sanguinis & viux huius machinæ vitium* in cogitando ita perturbatur, ut *ne possit quidem naturaliter vires mentis* intendere, & de illis, quæ sensu percepta sunt, cum *fructu & successu* iudicare. Quæ *facultas* cum non desit *pupillo*, quamuis *tenera* sit & *fragilitate ætatis* infirme.

p) CIC. in *Verr. orat.* VI. Gothofredi p. 1366.

q) *SERVIVS* in v. *furiosus* in collectione *Dionysii*

metur, sed crescat tamen quotidie, & perueniat ad maturitatem; non inepte, inter *furiosum* & *pupillum*, constitutum est discrimen. Eleganter VIVIANVS apud VLPIANVM l. 1. §. 9. & 10. & l. 4. D. de *ædil. ed.* vbi de *dementia* & *furore*, propter quem seruus redhiberi possit, disputat, non omne, ait, *vitium animi* officere, vt quis *minus sanus* dici possit; alioquin futurum, vt *in infinito* multos sanos esse negaremus, vt puta, leuem, superstiosum, iracundum, contumaces, quos omnes stoici *insanos* appellarunt: sed tunc seruum demum videri *furiosum* & dementem & *insanum*, cum *vitium corporis usque ad animum perueniat*, illumque vitiet, vt accidit in *φροντισμός*, id est, *mente capto*, quia id e *febris* solet euenire. Imo vero generaliter VLPIANVS l. 1. & 4. D. de *ædil. ed.* si quis permaneat in quodam vitio animi, vt puta, si semper circa fana bacchari soleat, & *quasi demens* responsa dare, tunc certe, si non redhibitoriam, quæ propter morbum aut vitium corporis competit, certe ex emto dari actionem: forte, quia suspicio sit, illud vitium mentis, quod immotum maneat, & corrigi non possit, quamuis non sit manifestus furor, tamen a vitio corporis omnino proficisci, & furori proximum haberi: vt certe seruus inutilis futurus videatur.

Abscisse etiam PAVLLVS l. 17. D. *qui test. fac. poss.* dum tractat de *furore*, qui impedimento sit, ne voluntas vltima subsistat, hunc demum, qui in *aduersa corporis valetudine* mente captus fuerit, illo tempore, ait, testamentum facere non posse. Neque multo secus LABEO l. 2. D. *qui test. fac. poss.* non quidem sanitatem corporis desiderat in illo, qui testamentum facit, sed eam tamen confirmationem virium, quæ non prohibeat, quo minus *mentis integritas* constet testatori: vt vix sit locus dubitationi, quin ICTi *furorem* fere *ex corporis vitio* & imbecillitate enasci, arbitrati sint.

Igitur male VALERIVS MAXIMVS r) accusat centumuiros, qui *Tuditani* tabulas ratas esse voluerunt, quamuis homo esset *notæ insanæ*, vt-pote qui populo nummos sparserit, togamque velut tragicam vestem trahens in foro cum maximo hominum risu conspectus sit, & multa his consentanea fecerit, quæ deridenda viderentur. Male, inquam, ille accusat centumuiros, quasi testamentum *furiosi* probauissent. Enimuero ICTi insaniam non ex omnibus ineptiis, & simplicitate quauis, quæ risum conspicientibus mouere possit, sed ex corruptione animi, quæ ipsam facultatem cogitandi impediatur, & a corporis vitio aut morbo ad animum deriuata sit, *furorem* metiuntur: cuius rei indicium in *Tuditano* nullum apparebat.

Non magis commode idem ille VALERIVS Aebuciæ, quæ L Menenii Agrippæ vxor fuerat, testamentum criminatur, & *plenas furoris* tabulas appellat, quia ex duabus simillimæ probitatis filiabus vnâ duntaxat scripserit

heredem. Hæc enim ex sententia vulgi Romani dicebantur, qui solebat omne illud, quod non ex maturo consilio profectum, aut cum cogitatione officii susceptum esse videretur, insaniam & *furorem* appellare. Ita CATVLLVS, quod supra obseruatum est, puellam turpiculam & cupidiorum, *insanam* appellauit, medicis & curatoribus tradendam. 1) Neque multo apertius VARRO, 2) colonum illum, qui priusquam sementem faceret, impensarum rationem non habuerit, aut salubritatem loci non inuestigauerit, mente captum, atque ad agnatos & gentiles remittendum esse, quasi insanum, arbitratur. Denique etiam liberalius HORATIUS FLACCUS 3) ellebori partem maximam Staberio propinat, qui summam patrimoni sepulchro & monumento incidere iusserat, vt, quas viuus occultauerat, diuitias, mortuus viatori ostentaret. Enim vero hæc est stoicorum illa *insania*, qui simplicitatem intellectus & animi quamcunque offensionem, denique quidquid non ex consilio prudenti & constanti enatum est, *furorem* & *insaniam* dicebant.

§. V.

*Fuor non
presumitur
in ultimis
voluntatibus
inprimis &
interdum so-
leuatur ma-
nifesta insa-
nia.*

Igitur *fuor* & *insania* in ICtorum scholis *morbum* aliquem significat, cum corporis contagio facultas cogitandi ita perturbatur, vt per tempus ali- quod mens *sensu communi* omnino vti, & vires suas cum successu intendere, non possit. Ex quo apparet, *furorem* in dubio non *presumi*, sed ab al- legante luculentis indicibus *probandum* esse. Aperte enim DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS l. 5. C. de *codic.* asseuerationem eius, qui, testatorem *compotem suæ mentis* fuisse neget, idonee *probandam* esse, censuerunt. Enimuero, qui mentis suæ *compotem* fuisse, *neget* testatorem, *morbo* il- lum laborasse, ait: &, quamuis *negare* videatur vsum sanæ mentis, magis tamen *affirmat* de morbo testatoris.

Nimirum res ipsa loquitur, *morbum* generaliter, & inprimis illum, qui tantum vi sua creuerit, vt etiam ad animum peruenerit, eiusque faculta- tem infirmauerit, omnino *non presumi*. Audiamus MODESTINVM l. 101. §. 2. D. de *V. S.* itemque SABINVM atque VLPIANVM l. 1. §. 7. D. de *edil. ed.* qui, *morbum*, aiunt, esse *habitum corporis contra naturam*, qui vsum eius ad id deteriore faciat, cuius causa nobis natura eius corporis sanitatem dedit.

Igitur *fuor*, quem *morbum* esse intelleximus, *contra naturam* ir- repit, & perturbat ingenium humanum. Sed constat *naturalia* *presumi*: & quæ *contra naturam* accidunt, *probanda* esse ab illo, qui affirmet, ali- quid contra naturam euenisse. Illud enim PAVLLVS etiam præcipit l. 2. D. de *prob. & presumpt.*

Ita

1) CATVLL. epig. 38.
l. 2. v. 84. & 89.

2) VARRO de re rust. l. 1. c. 2.

3) HORAT. *ferm.*

Itaque, nisi *probatum* fuerit, furore aliquem correptum esse, nemo in dubio censetur fuisse furiosus. Inprimis vltimarum voluntatum *fauor* effecit, vt testatorem omnino *sanum* fuisse, & testamentum, quamuis ambiguum & difficile, valere iudicemus: quod & IULIANO placuit, l. 12. D. d. *reb. dub.* Etsi enim, teste LABEONE, & PAVLLO l. 2. & l. 17. D. *qui test. fac. poss.* in eo, qui testatur, eius temporis, quo testamentum facit, *integritatem mentis* maxime desideramus; tamen inualuit, vt multa ignoscamus testatoribus, quæ non omnino a recto consilio profecta esse videantur.

Imo vero interdum *manifesta insania* in testatore toleratur. Quis enim dubitet, non sanæ mentis esse illum, qui, cum filiam nunquam habuerit, tamen illam non solum certo nomine appellet, sed heredem extraneum etiam sub hac conditione, si Fulvia, filia mea, viuet, quam ille nunquam habuit, instituat in testamento. Solent enim homines sani meminisse, vtrum habuerint vxorem, & ex illa filiam susceperint, quæ Fulvia dicatur: nisi forte incertam sementem fecerint, inter lupos. vt dubitent, an sibi ignorantibus aliquando filia fuerit prognata. Sed SERVIVS atque ALFENVS l. 45. D. de *hered. instit.* seruauerunt testamentum, in quo scripserat testator: *si Fulvia filia mea viuet*, Lucius Titius heres esto; quamuis nunquam filiam habuerit testator.

Enimuero Titium heredem fore responderunt, quia id; quod impossibile in testamentis scriptum esset; nullam vim haberet, & *fauendum* esset voluntati defunctorum, ne temere infirmaretur.

Sed vt dicam, quod sentio, mihi non placet ille *fauor* vltimarum voluntatum: neque mihi satisfaciunt, qui caussantur, supremum illud, quod nunquam rediturum sit, iudicium mereri, vt omnino conseruetur. Enimuero, non credo, omne illud, quod nunquam rediturum est, *fauore* quodam commendari. Ineptum est plerumque, sollicite cauere, ad quem bona nostra perueniant post mortem; cum nostra mortuorum *non intersit*, quem heredem aliquando nanciscamur. *Simplicitati* hominum hoc indulgemus, quod voluntatem ipsorum ratam esse patimur, vt diligentius bona sua custodiant & colant, amore heredum in primis, quos suo arbitrio designant. Illa vero *simplicitas* veniam quidem facile impetrat, sed tam *fauorabilis* mihi non videtur, vt illius causa voluntatem oppido ineptam, & insanix notas non obscuras luculento indicio prodentem, intempestiua benignitata conseruemus.

§. VI.

Sed, vti diximus, hoc iure vtimur, vt mirifice simplicitati testatorum *Ineptie* te-
faueamus. Ex eodem fonte deriuatur, quod *simpliciter* & *inepte* constituta *testatorum to-*
magis *pro non scriptis* habeamus, quam vt testatorem *non* fuisse *sanæ men-*
tis suspicemur, totumque testamentum infirmemus. Luculenter enim PAPI-
inde aut
pro non
NIA-

scriptis habentur.

NIANVS, & ex illo MARCIANVS l. 113. §. 5. D. d. leg. 1. responderunt, *ineptas* voluntates defunctorum, circa sepulturam inprimis, veluti, vt vestes aut alia quædam superuacua impendantur, non valere, saluo ceteroquin iure testamenti. Idem etiam VLPIANO placuit l. 14. §. 5. D. de *relig.* vt ne facile obtemperemus voluntati, si quid homines *simpliciores* præcipiant in testamentis, quod inutile & ineptum esse videatur. Paulo explicatius SCÆVOLA l. 40. §. 2. D. de *aur. arg. mund.* rem definit, in non absimili specie, cum mulier ornamenta vniuersa Seiæ legasset, sed præcepisset, vt lineæ duæ ex margaritis, & viriolæ ex smaragdis sepulchro suo inferrentur. Responsum est: ornamenta illa sepulchro inferenda non videri: duas vero illas lineas margaritarum, & viriolas ex smaragdis non quidem ad heredem, sed ad legatarium omnino pertinere, cui vniuersa ornamenta fuerunt legata: vt intelligatur, non totam illam orationem, cui aliquid ineptiarum fuerit adiectum, vim suam perdere & impugnari; sed detractis ineptiis: cetera valere, & legatum subsistere, ridiculis conditionibus reiectis. A qua specie non est alienum, quod VLPIANVS l. 3. §. 3. D. de *admin. & peric. tut.* in tanto fauore testamentariæ tutelæ, ne tutorem quidem *minus penso consilio* a parente constitutum, a iudice admittendum esse credat, sed ab illo recedi posse, si minus recte electus esse videatur: quamuis constet parentem in reliquis recte & ex officio testatum.

Itaque negliguntur *ineptiæ*, saluo ceteroquin iure testamenti. Neque multum abhorret *Lex Miscella*, quæ viduæ secundas nuptias permittebat contra tabulas mariti, si iuraret, se liberorum procreandorum causa iterum nubendi consilium cepisse: neque enim vxor tunc amittebat legatum, quod sub conditione ipsi relictum erat, ne ad secundas nuptias transfirer. Sed iussit IUSTINIANVS nou. 22. c. 43. vxorem iterum nubentem restituere, quod sub illa conditione negatiua acceperat: egregia ex causa, ne vidua occasionem, defunctum ineptissimum maritum *contristandi*, nanciscatur. Credo enim fere, maritum vix lacrymas post obitum tenere, si audiat, viduam alii nupsisse, & conditionem a se impositam omnino neglexisse. Longe sapientius *Lex Miscella* conseruabat legatum, conditione inepta & incongrua penitus reiecta. Vix attinet monere, quod, eadem ex causa, VLPIANVS atque MARCIANVS l. 3. D. de *condit. & dem.* & l. 6. & 14. D. de *cond. instit.* præceperunt, *impossibiles* etiam, & *turpes*, & *derisorias* conditiones, vim testamenti non infringere, sed illas quidem pro *nullis & non adiectis*, ipsam vero vltimam voluntatem quasi puram & perfectam accipi, quamuis eiusmodi conditio ab homine *fano* adici vix potuisse & suspicionem deliramenti continere videatur.

§. VII.

Igitur toleramus tantisper quasdam *ineptias* testatorum & superuacua ^{Interdum} illa, quæ homines *simpliciores* præcipiunt, aut *minus penso consilio* ordi- ^{furovis sus-}nant in tabulis supremis; vt ipsa quidem plerumque pro nullis & non scri- ^{picio oritur} ptis habeamus, sed voluntatem tamen defunctorum, in quibus partibus *sana voluntate*. est, sequamur. Non enim confestim *furorem* comminiscimur, nisi luculentiori indicio se prodatur. Plures eiusmodi *ineptias*, quæ in testamentis excusantur, MARQUARDVS FREHERVS x) obseruauit. Huc pertinet, quod orationem *imperfectam* & *obscuram* benignius interpretatur; quamuis homines sani & integri plenius & intelligentius loquantur. Ita enim VLPPIANVS definiuit l. 1. §. 5. 6. 7. D. de hered. instit. Sed interdum tamen ipsa orationis series ostendit testatorem animo perturbatum & morbo impeditum esse, ne recte cogitare & constitueret in suprema voluntate. Quo casu videtur *furor artificialiter* probari. Illo in primis refero, quod *perplexam orationem*, & quæ intelligi prorsus non possit, IULIANVS non admittit l. 16. D. de condit. instit. Illam enim institutionem: si Titius heres erit, Seius heres esto, si Seius heres erit, Titius heres esto, *inutilem* esse ait, ideoque totum testamentum infirmari. Videtur enim, quod PAVLLVS ait l. 17. D. qui test. fac. poss. testator mente captus aduersa valetudine fuisse. Occurrunt & aliæ quædam institutiones, quæ sunt indicio, testatorem *sanae mentis* non fuisse. Certe VLPPIANVS l. 9. §. 8. D. de hered. inst. auctor est, non valere institutionem, in qua heres illo nomine, *quod contumeliæ causa, addi solet*, fuerit appellatus: adeoque tunc corruere tabulas supremæ voluntatis. Et credo recte sensisse VLPPIANVM. Quandoquidem enim ideo dominis permittimus testari, vt iudicio suo & amore deligant heredes, quos *dignos* successores fore intellexerint; erat conueniens, non admitti institutionem cum heredis contumelia coniunctam. Sibi enim *contradicit* testator, qui heredem ex amore elegisse vult videri, & heredem tamen contumeliosius appellat. Qua contradictione non obscure furor indicatur.

Huc & merito referimus institutionem heredis cum *maledicto*: vt, vicinus meus *impiissimus* heres esto. Manifestam enim contumeliam continet. Neque MARCIANVS me perturbat qui l. 48. §. 1. D. de hered. instit. omnes eiusmodi institutiones, quibus *maledictum* adiectum esse, receptas esse ait. Enimvero MARCIANVS tractat de *parente*, qui *filium impiissimum*, *male de se meritum*, cum hoc maledicto scripserat heredem. Parentes vero *admonendi* atque *corrigendi* gratia videntur maledictum addidisse. Itaque in persona parentum, secundum mentem MARCIANI, omnes eiusmodi institutiones receptæ sunt. Contra in extraneis, quod VLPPIANVS d. l. 9. §. 8. D. de her. inst. obseruauerat, ne *contumelia* quidem toleretur, mul-

x) MARQV. FREHER. verif. l. I. c. 26. in thes. Eberh. Otton. T. I. p. 898.

to minus *maledictum*. Ita enim MARCIANVS cum VLPIANO videtur in gratiam reducendus esse.

§. VIII.

*Auerfatio
sepulturæ
est indicium
furoris.*

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, intelligitur, *furorem* aliquando, ex *serie orationis*, quæ a *sensu communi recedit*, & in qua testator *sibi ipsi contradicit, artificialiter probari*. Eo pertinet, si quis illa *auerfetur*, quæ omnes alii quibus saluum est incipit, votis omnibus *expetenda* esse arbitrentur. Sed inter hæc *sepultura* maxime & *quies ossium* non sine nota *insaniæ* repudiari visa est. Quæ res efficit, ut *ICti* in persona illius testatoris, qui *reliquias in mare abiici* voluerat, regulam iuris desererent, & *furorem*, qui alias ab allegante probandus est, *præsumerent*, nisi perspicuis probationibus illa suspicio amoueretur. Audiamus MODESTINVM, qui l. 27. D. de *condit. instit.* eiusmodi speciem proponit: „Quidam in suo testamento heredem scripsit, sub tali conditione, *si reliquias eius in mare abiiciat*. Quærebatur, cum heres conditioni non paruisset, an expellendus est ab hereditate? MODESTINVS respondit: laudandus est magis quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non secundum voluntatem eius in mare abiicit: sed memoria humanæ conditionis sepulturæ tradidit. Sed *hoc prius inspiciendum, ne homo, qui talem conditionem posuit, non compos mentis esset*. Igitur, *si perspicuis rationibus* hæc suspicio amoueri potest, nullo modo legitimus heres controuersiam de hereditate faciet heredi „scripto. „

Dici non potest, quantum torferit interpretes, quod, cum aliæ non leuiiores & insanabiles ineptiæ in testamentis tolerentur, sepulturæ auersatio tam suspecta MODESTINO visa fuerit, ut furoris pepererit præsumtionem. Enimvero nihil quidem, quod penitus a communi sensu alienum esse videatur, constituisse aiunt testatorem, qui reliquias in mare abiici præcepit. Neque enim sine exemplo hoc ab ipso factum esse. Certe ARISTOCRATES apud PLYTARCHVM 1) refert, quod LYCURGVS, qui Sparta discedens, ciues, ne rempublicam mutarent, donec ipse reuersus esset, iureiurando obstrinxerat, hospitibus suis Cretenfibus præcepit, *καῦσαι τὸ σῶμα, καὶ διασπέρσαι τὴν τέφραν εἰς τὴν Θάλασσαν*, ut comburant corpus eius & *cineres in mare abiiciant*; ne si forte reliquiæ eius Spartam relatæ fuerint, ciues se religione solutos arbitrentur. Sed nemo ideo Lycurgum *dementiae & furoris* accusauit. Idem & Herculis comires, si OVIDIO NASONI 2) fides est, expetierant, ut in Tyberim abicerentur reliquiæ. Ita enim ille:

*Atque aliquis moriens hoc breue mandat opus:
Mittite me Tyberi: Tyberinis vectus ut undis.*

Lit-

x) PLYTARCH. in vita Lycurg. circa finem p. 59.

2) OVID. Fast. V. v. 655 sqq.

*Littus ad Inachium pulvis inanis eam.
 Dissoluit heredi mandati cura sepulchri,
 Mortuus Asonia conditur hospes humo.
 Scirpea pro domino Tyberis iactatur imago.*

Igitur apparet, aliquando per *imaginem* ad minimum testatori satisfactum, qui sepulturam erat auersatus: quod non fuisset factum, si illud hominis insani esse desiderium existimassent.

Sed, quidquid illorum fuerit, facio cum M O D E S T I N O, qui furorem ex illa conditione suspicatus est, nisi rationibus perspicuis suspicio amouetur. Nimirum, ut reliqua mittamus, illud expeditum est, quisquis a communi hominum consuetudine sine *caussa idonea* discedit, eum aut mirifice deprauatum esse, aut ipsa facultate mentis, specie quadam *insania*, corruptum, aliquid vitii omnino contraxisse. In illa ambiguitate non immerito I C T U S illud credidit, quod maxime innoxium fuit, donec contrarium ab herede doceretur. Supra enim a nobis comprobatum, non mereri ultimas voluntates defunctorum, ut *ineptiis* ipsorum faueamus. Neque vero cogitari potest idonea ratio, quæ testatorem permouerit, ut curauerit reliquias in mare ab heredibus abiiciendas. *Neque testatoris interest*, quo ritu & loco post mortem reliquias & condantur; ut interfuit Lycurgi, ne Lacedæmonem cineres ipsius referrentur. Sed, qui tam sollicitè cauet de negotiis, quæ quomodo perficiantur. *ipsus non interest*, & præterea a communibus hominum moribus, & studiis discedit, illum omnino parum sibi constitisse, atque *animo perturbatum* esse, nisi aliud perspicuis rationibus fuerit probatum, rectè suspicamur.

Romanos quidem certe illa *insania* tanto magis offendere potuit, quando funestius illud esse iudicabant, & a commercio humanæ sortis alienius, si reliquiis sepultura negaretur & corpora defunctorum vndis agitata quiescere non possent. Illud T A C I T U S a) testatur, qui in strage amicorum Seiani a Tiberio quondam facta, cum corpora necatorum in Tyberim abiecta essent, miratur, quod cadauera, *fluitantia* aut ripis adpulsa, non contingere, non cremare quisquam ausus sit, sed vi metus interciderit *commercium humanæ sortis*. Certe constat, miseratione illorum, qui *naufragio* perierant, &, fortuito casu prohibiti humana sepultura, vndis iactabantur, *cenotaphia* constituta & tumulos inanes excitatos, in quorum possessionem dii manes solennibus precibus inuitarentur, ad quietem ossibus conciliandum: cuius rei V I R G I L I U S in locis sexcentis testis est. b) Tantum abest, ut credi potuerit, quemquam *sanum* hanc sortem sibi expetere, & in tabulis supremis cauere, ut illa ignominia afficiatur. Quo loco obiter obseruare attinet, ita M A R C I A N U M

1. 6.

a) T A C I T . *annal.* VI. c. 19. in fine.

& v. 500.

Fasc. V.

b) V I R G I L . *Aeneid.* VI. v. 380.

l. 6. §. 5. D. de *diuis. ver.* atque VLP IANVM l. 6. D. de *relig.* in illo argumento conciliandos esse, vt cenotaphium, in honorem naufragi, quietis causa, constitutum, & Diis manibus solenni prece dedicatum, *religiosum* esse videatur, sed alia, futuræ sepulturæ duntaxat destinata, secundum mentem VLP IANI, omnino careant religione.

Nostra certe ætate Britannus quidam, inter alia lepida, haud ita pridem cauit testamento, ne suæ reliquiæ sepelirentur, sed detractis carnibus *crates ossæ*, medici *σκελετόν* appellant, in vsum & disciplinam pullorum Hippocratis asseruaretur. Nec memini, an eius voluntati obtemperauerint heredes.

§. VIII.

*Rationes
perspicuæ
quibus sana
mens probatur.*

Non potest igitur esse obscurum, quod furor aliquando *artificialiter* probetur, atque præsumatur, donec perspicuis rationibus doceri possit, *sana mentis* fuisse testatorem Frigide enim CHRISTIANVS THOMASIVS ^{e)} MODESTINVM in l. 27. D. de *cond. instit.* interpretatur, quasi ex mente huius ICti tam diu sanus fuisse testator, qui reliquias in mare abiici iusserit, credendus sit, donec alia furoris indicia accedant. Ausim enim affirmare, quod THOMASIVS non inspexerit legem MODESTINI. Hic enim manifeste furiosum esse censet illud testatorem, nisi hæc *suspicio* rationibus perspicuis amoueat. Neque vero mouere aliquem possit, quod MARCIANVS d. l. 27. de *condit. instit. suspicionem* duntaxat furoris nasci dicat, ex insano illo de abiiciendis reliquiis præcepto. Enimuero constat, *suspicionem legitimam præsumtionem iuris* in scholis iuridicis notare, cui tamdiu creditur, donec contrarium probetur. Ita TRYPHONINVS l. 41. §. I. D. de *test. milit.* mulierem, in quam cadat turpis *suspicio*, ex rescripto diui Hadriani, ne quidem ex testamento militis aliquid capere posse, ait; neque tamen quamcunque suspicionem vulpi intelligit, sed illam, quæ femplenam probationem contineat, vt credi possit, mulierem turpem esse, donec contrarium probetur.

Furor itaque in illa, quam supra adduximus, specie præsumitur donec *perspicuis rationibus* probetur, testatorem mentis compotem fuisse. Sed quæ sint illæ *rationes perspicuæ*, operæ pretium est, vt videamus. Nimirum furor, quod supra comprobatum est, videtur esse *morbus* quidam, qui a corpore ad animum peruenit, ipsamque *facultatem cogitandi* perturbat: igitur rectissime, si fieri id possit, *medicos* adhibemus in consilium, qui scientes & periti rerum, ex rationibus idoneis, ipsam *causam* furoris nouerint, & ex illa de effectibus testentur. Hos enim tutissime sequimur in hoc argumento: & recte iudicat THOMASIVS, incerta esse diluci-

e) THOMAS. de præf. fur. §. XLVI

lucida illa interualla: vt difficile sit iudicatu, vtrum ille, qui semel furore correptus fuerit, postea relipuerit, cum accederet ad testamenti factionem.

Sed si *caussas* medici ignorent, quod sæpius accidit, ad *ICTOS* pertinet, vt, ex effectibus, de causa & *insania* cognoscaut: in qua cognitione, certum est, ipsas tabulas testamenti ante omnia inspiciendas, vt ex illis iudicemus. Enimuero cum furor ipsam *facultatem cogitandi* impediatur, & frangat; caret dubitatione, quin illa facile *coherere* non possint, quæ a furiosis & dementibus constituuntur. Ideoque *perplexa* oratio, & institutio heredis cum *contumelia*, inutilis videtur, quia non *coheret*, vt, quem heredem ex multis aliis eligimus, illum *contumelia* afficiamus: quod supra ex l. 9. & 48. D. de *hered. instit.* obseruatum est. Igitur, si qua pars testamenti insana atque inepta esse videatur, ex reliquis capitibus commodissime de furore iudicium feremus: cum sit probabile ad fidem, dementem atque furiosum, cum in vna parte delirare cæperit, nec in reliquis capitibus intelligenter testatum esse. Contra, cum reliqua *sana* sint & a sensu communi non aberrent, *ineptiæ* quæ in vnum duntaxat caput testamenti irreperunt, nisi *manifestam contradictionem* contineant, benignitate interpretationis potius habentur pro non scriptis; vt reliqua, quæ nihil vitii habent, & vtiliter ordinata sunt, tanquam pura & perfecta conferuentur. Nimirum, vt recte CATVLLVS noster: d)

— *Idem omnes fallimur, neque est quisquam
Quem non in aliqua re videre Suffenum
Possis. Suis cuique attributus est error.*

Quapropter vnâ aliquam offensionem & simplicitatem, quamuis insignem & stuporis plenam, testatori remittimus, si reliqua incorrupta esse videantur.

Hæc igitur videtur mens fuisse MARCIANI: vt ex reliquis testamenti capitibus iudicetur, vtrum ineptiæ testatoris & conditio de reliquiis abiiciendis, tolerari, & pro *non scriptis* accipi debeant, an certius sit, testatorem omnino *suae mentis non compotem fuisse*.

Sed illi quidem interpretes oppido falluntur, qui, quamuis ipsæ testamenti tabulæ notam furoris animique perturbati & non intelligentis vestigia manifesta contineant, ex illis, quæ *post conditum testamentum*, a testatore recte & ordine suscepta sunt, iudicant, ipsum ne quidem illo tempore, cum testaretur, furore laborasse. Illi potius LABEONEM audiant, qui, in eo, qui testatur, *eius temporis*, quo testamentum facit, integritatem mentis desiderari monet l. 2. D. *qui. test. fac. poss.*

Nemo igitur testatorem, ex cuius tabulis supremis, ipsum eo tempore mentem suam non in potestate habuisse, intelligatur, suspitione furoris & insaniæ absoluet, quamuis fuerit probatum, *postea* ab illo res omnino re-

Eius & ordinatius administratas esse. Illud tamen non dissimulem, si *dubia* sit & *incerta* suspicio, quæ ex serie orationis & toto testamenti ordine enata est, vt benignitate interpretantium possit excusari, tunc ex illis, quæ a testatore alias dicta aut facta sunt, constituendum esse, vtrum sanus & integer, an per furorem & insaniam testatus esse videatur. Modo illud cogitur, *testium iudicio*, in illo argumento facile non credendum esse. Non enim, vt *iudicent*, sed vt factorum & rei gestæ nobis fidem faciant, testes audiuntur. Itaque facta quidem narrabunt, sed vtrum ex illis furor colligi possit, an potius testator mentis integræ fuisse videatur, non ad testes, sed ad *iudicem* pertinet, qui ipse in hac causa non exiguam inueniet difficultatem

Ante biennium *ICtis Vitembergensibus* oblata est eiusmodi species, in qua partes de furore testatoris disceptabant. Auditi erant *testes*, qui testatorem ante & post testamentum conditum multa recte & prudenter fecisse affirmarant. Sed ipsæ tabulæ testamenti non satis cohærere videbantur. Enimuero iudex annotauerat, testatorem fere in omnibus testamenti capitibus ancipitem fuisse: cum interrogaretur, vtrum *Titius* & *Seius* ipsi heredes essent, illum, capite quasiato, negauisse, quod illi omnino sibi heredes sint; sed paullo post respondisse: illi quidem non *sunt* heredes, sed ego illos *facio* heredes: porro, cum prælegeretur ipsi legatum, quod ancillæ reliquerat, eum mirifice commotum, serio admonuisse, vt deleatur hoc legatum: nunquam sibi in mentem venisse, vt ancillæ relinqueret legatum, quod sine turpitudine fieri non posset: sed mox, cum ipsa ancilla accederet, clamitasse alta voce: heus ancilla, tibi etiam reliqui aliquod legatum: & confestim iussisse iudicem, vt restitueret, quæ delata erant, & quæ ipse antea legauerat ancillæ. Ex hac titubatione atque incertitudine iudicatum mense Februario anni 1736. *nullum esse testamentum*. Res ex rationibus adiectis apparebit: Ob wohl das streitige Testament wegen derer in der Registratur fol. 9. Act. sub O. n. 30. angeführten Umstände vor beständig nicht zu achten, in mehrerer Erwegung, der Testator nicht allein wegen der Vermächtnisse, sondern auch wegen derer eingesehen Erben selbst, variiret, und sich dabey auf ganz ungewöhnliche Art bezeiget, dahero des sechsten Zeugen ad art. prob. 39 erstatteten Aussage nicht unbillig Glauben beizumessen, und daß der Erblasser, als ein hochbetagter Mann, seiner Sinne nicht mehr mächtig, und wegen seines letzten Willens nicht schlußig gewesen, zur Gnüge abzunehmen, dahinaegen auf dasenige, so die übrigen Zeugen, nach dem Inhalt der bey vorigen Urtheiln angeführten rationum decidendi, ausgesaget, da die Umstände der Sache selbst Ihnen widersprechen, das Absehen dießfalls nicht zu richten &c.

Ita quidem de probatione sanæ mentis habendum esse arbitramur.

XXXII.

DE VASALLO

A D

IMPENSAS IN FUNVS DECESSORIS
FACIENDAS IN SVBSIDIVM OBLIGATO.

VITEMBERGAE, AD D. XVII. DEC. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVII.

§. I.

*F*unerum curam & sepulchralis pompæ solennia inter necessaria le- *Funerum cu- ra necessaria*
gum ciuiliū argumenta fuisse relata, omnis æui memoria nos docet. Id-
que summam omnino habere rationem, ipsa rei indoles euincit. Non dis-
quiremus, an sepulturæ officium ex voluntario gentium iure, quod GRO-
TIO *a)* placuit, deriuandum sit; nec illorum sententiam sub examen reuo-
cabitur, qui ex iure non scripto, sed nobiscum nato, & ab ipsa diuina po-
tentia definito, probari asserunt, nefas esse, vt exuuiæ hominis, quo, teste
SENECA *b)* *inter maxima rerum suarum, nihil habet natura, quo magis*
glorietur, animantibus reliquis in escam & prædam promiscue obiiiciantur.
Nec memoranda nobis videtur quarundam gentium superstitio, *c)* quæ in-
felicem defunctorum statum insepulto corpore, & teste MODESTINO
l. 27. D. de *condit. institut.* eum a furore parum abesse existimabat, qui sepul-
turam contemneret, & reliquias in mare abiici iuberet. Nobis sufficit, cum
VLPIANO, *in l. 43. D. de Rel. & S. F.* rem omnem ad publicam vtilitatem,
quæ in legum humanarum æstimatione primas partes tenet, referre, cui ad-
uersum videtur, vt corpora, humana sepultura careant. Accedit pietatis
honestatisque ratio, quæ sanguine iunctis humum exhibere, & virtutis ex-
citandæ causa, quomodocunque supremum iis testari amorem iubet, quos
virtus cultu, aut diurnæ consuetudinis memoria amore dignos reddit.
Gratum enim societati hominum videtur, si in exemplo intueantur, non fa-
cile superstites amicorum obliuisci, sed, qua possunt ratione, etiam mor-
tuis officium præstare. His rationibus excitati sunt gentium rectores vs
legibus imperarent, quod natura suadet, & mortalitatis sensus vrget, deni-
que vt luctus & sepulturæ modum ad decori publici & prædientia regulas
concinnius efformarent.

D 3

§. II.

a) de iur. bell. & pac. l. II. c. 19.
feru. l. 2. c. 2.*b)* de benef. l. VI. c. 22.*c)* NOODT. ob-

§. II.

*Causæ im-
pensarum fu-
nebrium.*

Vari porro in statu ciuili inualuerunt ritus & insignis ceremoniarum apparatus, quibus homines, naturalis simplicitatis obliti, vel in mortalitatis solatium, vel decori causa, adfueuerunt, vtur plerisque luxus & effusa in vanitates ambitio verum pretium constituat. Nota apud veteres Romanos corporum vinctio, vestitus, & coronæ sepulchrales, cupressus, conclamatio, lectica, funeris indictio & solemnis elatio, ornamenta, honorum insignia, laudationes, monumenta aere & marmore conspicua, & complura alia, quæ fufius persequi ab instituto alienum. Vera hæc & prima sumtuum funebrium causa, quibus complures fortuna & generis nobilitate florentes, quos mors omnibus aequat, distingui suorum funera cupiunt: accedit & altera, ratione non minus, quam legibus subnixæ. Suadet prudentia, eius generis negotiis decus & boni ordinis gratiam conciliare. Hinc factum, vt funerum & sepulchrorum cura certis demandaretur personis, quorum opera vterentur, ad quos funus pertinebat, quorum quæstui fauere, aequitas postulabat. Tali apud Romanos veteres munere fungebantur Libitinarii, a Dea Libitina nomen sortiti, qui graece νεκροδαπτραι dicebantur, & quorum meminit VLP IANVS in lege §. D. de *inst. act.* Idem quoque officium a CONSTANTINO & IVSTINIANO in nou. LIX. decanis collegiorum asceteriis, acoluthis iniunctum, vt curarent aegrotos, exequias instruerent, & cadauera ad locum sepulturae deferrent, assignato ipsis, vt sumtibus subleuarentur cum primis pauperes, publico stipendio. Imo vero etiam publice interest, vulgus, in funeribus benemeritorum, ipsa pompa & ceremonia admoneri, magno pretio virtutem, etiam sublatam ex oculis, haberi, & memoria studiis posteritatis assidue ornari. Porro, ex quo maiores Christo nomen dederunt, religionis causa inualuit, vt, adhibita in funerum elationibus liturgia, ad quaestum & reditus clericales traheretur sepultura, quo iure & nos vtimur, *d*) refragantibus nequaquam *e*) conciliorum pontificumque decretis.

§. III.

*Sententia
iuris ciuilis
de sumtibus
funerum.*

Natae inde leges & fori disceptatio de sumtibus funerariis, eorumque modo & iure singulari. Operæ me pretium facturum credo, si sententiam iuris Romani, a IVSTINIANO restaurati, quo in subsidium vitur Germania, paucis praemittam. Ita vero praetor, referente VLP IANO in l. 12. D. de *rel. & sumt. fun.* edixit: *quod funeris causa sumtus factus fuerit, eius recuperandi nomine in eum, ad quem res ea pertinet, iudicium dabo.* Defendit hoc edictum ICTUS duplici aequitatis ratione, altera, *ne insepulta corpora iacerent*, altera, *ne quis de alieno funiretur.* Illam religionis fauor, qui

Ro-

d) BOEHMERI ius par. sect. VII. c. 11. §. VI.
& 42. X. de sim. c. 13. X. de sepult.

e) c. 14. caus. XIII. q. 2. c. 9.

Romae summos erat, hanc ratio tuetur, ne alieno onere grauatus, damno adficiatur inuitus. Aliter ergo iudicandum, si quis *pietatis* causa alienum funus executus est. *Aestimandum erit*, inquit ICtus, l. 14. §. 7. *arbitro, quo animo sumtus factus sit, utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerat, vel ipsius humanitatis: addit: an misericordiae vel pietati tribuens, vel affectioni, quid impenderit, videndum.* Probandum autem, funerantem ex causa pietatis id fecisse, cum motus pietate & misericordia, ipso momente VLPIANO, *magis humanitatis rationem, & ne insepultum maneret cadaver, quam sumtuum praestandorum finem praesumatur* habuisse. In de actio funeraria c. l. §. 6. *ex bono & aequo* oriri dicitur. Sumtus vero funeris causa factos eos censet ICtus l. c. qui ideo fiunt, *ut funus ducatur.* Funeris hoc loco nomine pompam funeralem intelligi certum est. Subiungit rerum species varias & distinguit, ut facili inde coniectura edicti sententiam colligere queas. Pergit ICtus, quantitatem sumtuum ex *dignitate eius qui funeratus est, ex causa, ex tempore & bona fide, aestimandam*; adeo, ut & facultatum ratio habeatur, ne sumtus fiat immodicus, nec repeti queat nimi. modice in contumeliam defuncti erogatus. Porro ait praetor, *se iudicium daturum, in eum, ad quem res pertinet.* Sed quis ille? Respondet VLPIANVS l. 12. §. 4. *funus eum facere oportet, quem decedens elegit*, qui, si officium recusauerit, excidet emolumento, quod ipsi supremis tabulis relictum. De hoc si testator non cauit impensa & cura funeris ad onera hereditatis pertinet. Imo vero eleganter monet SCÆVOLA l. 42. *de leg. 3.* si vel vni heredum testator iniunxerit procuracionem illarum rerum, quae circa funus versantur; tamen, nisi aliud appareat, singulos heredes pro portionibus hereditariis teneri ad sumtum faciendum. Et eo sensu interpres ille boni & aequi VLPIANVS in l. I. D. *de rel. & S. F.* docet: *qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede.* Supponit enim casum hereditatis nondum aditae, quae iacens personae vicem sustinet. At suscepta hereditate, docente ICto in l. 14. §. f. eod. aduersus heredem, bonorumque possessorem, ceteroque successores, funeraria datur actio. Sed qui ceteri successores? cruce[m] haec interpretibus figere possent, nisi lex legi lumen adferret. Sic in l. 31. D. eod. *de filiofamilias* peculium castrense habente scriptum est: *successores eius teneri, & sic deinde ad patrem veniri.* Et in l. 22. D. eod. CELSVS scribit: *Quoties mulier decedit, ex dote, quae penes virum remanet, & ceteris mulieris bonis, pro portione funeranda.* Facta ergo est successorum mentio, ut declararet ICtus, expensas funerarias ex bonis defuncti soluendas, adeoque hoc onere teneri quemuis, qui ex defuncti successione, quocumque demum titulo delata, lucratus est. Inprimis vero heredes ab intestato videntur successorum nomine contineri, quoties heredes successoribus opponuntur. Ita enim

VLPIANVS l. 12. §. 4 de rel. & S. F. *scriptos* heredes ea res contingit; si neme scriptus est, *legitimos*, vel *cognatos* quosque suo ordine, quo *succedunt*. Et cum his conspirat, quod MARCIANVS habet in l. 45. D. eod. *impensa funeris semper ex hereditate deducitur.*

§. IV.

*Priuilegium
impensæ fu-
nerariæ ex-
plicatur.*

Et hætenus ius Romanum seruat æquitatis naturalis vestigia, quæ omnino iubet, vt de suo potius, quam alieno, funeretur defunctus. Est ergo impensa funeris onus hereditarium. Quid si vero æri alieno dispungendo non sufficiat hereditas, aut post bona iam possessa a creditoribus debitor decesserit? Respondet *ICtus in l. 45. D. de rel. & S. F.* quem paulo ante in partes vocauimus, *impensam funeris omne creditum præcedere, cum bona soluendo non sint*: vocat hoc priuilegium *SCÆVOLA l. f. §. 2. D. eod. funerarium*, eiusque mentionem iniectam legimus a *PAVLO l. 1. sent. tit. f.* vbi ait: quicquid in funus erogatur, inter æs alienum primo loco deducitur. Multa hic mouent interpretes, quæ ad priuilegii funerarii indolem spectant, & cum primis dubitant, an debitis hypotheca munitis sumtus funeris anteponendus: quæ vti parum ad scopum nostrum faciunt, ita ex ipsis Maeciani verbis *refelluntur* dissentientes, quibus omne creditum præcedere dicuntur funeris impensæ. Nemo enim dubitat etiam illud debitum, quod obligatione accessoria pignoris munitum est: nomine crediti venire. Nec est, cur ab hac regula recedamus, siue ante, siue post motum creditorum concursum mortuus fuerit debitor. In vtroque enim casu par sepulturae fauor firmat ius singulare, funeri expressa legum sanctione indultum, nequicquam dissentiente *STRYCKIO f)* qui forte *MEYII g)* auctoritatem secutus, debitore, post flebile cessionis beneficium, fatis concedente, funeris impensam magistratui imponit. Nisi forte quis dixerit, post cessionem bonorum nihil in debitoris patrimonio manere: ideoque, si funus eius postea ducatur, non repeti impensas ex massa concursus, quæ iam ad creditores pertinet. Hoc enim omnino verius videtur. *Præses* certe mihi indicauit, nuper in proximo termino Michaelis huius anni, curiam prouincialem Vitembergensem, repulisse debitoris viduam, quæ impensas, in funus mariti, post cessionem bonorum defuncti, factas, reperebat. Ita enim pronunciatum est: *daß Klägers Suchen gestallten Sachen nach, und in Aufsehung, daß der angegebene Todes-Fall nach entstandenen Concurse sich begeben, nicht statt hat, Es bleibt ihm aber, wenn von der Concurse-Masse etwas übrig bleibt, ihre Befriedigung davon zu suchen, unbenommen. B. N. W.* Denique, si qui decessit, omni peculio destituatur, nec tantum relinquat vnde efferri honeste queat, quis feret funeris impensam? Crederes superfluam & inanem quaestionem, cum lex humanitatis pauperi gratis humum concedere

iu-

f) in vl. mod. D. §. f. ad tit. de R. & S. F.

g) MEYIUS p. 2. D. 222.

iubeat; nisi experientia edocti sciremus, eos, qui ex sportulis funerariis viuunt, emolumenta sua tenacius tueri: legibus licet *b)* ecclesiasticis hanc durtiem temperantibus. Solent pragmatici in hac causa peroranda ad iuris analogiam confugere, ducto ab onere alendi ad necessitatem funerandi argumento; neque quoque personarum seriem, quibus doctrina hac suffulti, onus funerationis imponunt, suffragante fori & praxeos auctoritate: cui quantum sit tribuendum, aliorum esto iudicium. Probabilem reddit hanc sententiam & cordatoribus commendat sanguinis aut reuerentiae vinculum, cui innititur. Si nec haec sumtus funebres expediendi ratio procedit, publica demum succedit pietas, cui incumbit, ut non solum alimentis subleuet egestate & aduersa fortuna pressos, sed etiam sepulturae eorum curam gerat.

§. V.

Patet ergo, quis ferre teneatur funebrem sumtum. Sed eamus nunc *Argumentum* in rem praesentem. Disquirendum hoc opusculo, *an vasallus successione tum pro-* potitus feudi, sumtus in funerationem decessoris, iuxta honestatis regulas *nitur allega-* impensas, soluere teneatur. Si principiis iure ciuili proditis vtendum, de *to ICrorum* cisis questionis nullis ferme difficultatibus implicita videtur: quandoquidem *diffensu.* quod supra obseruatum est, ex aequo & bono datur funeraria actio, aduersus illum, ad quem defuncti bona peruenerunt. Sed efficit distinctissima feudi & allodii natura, quoad successionem cum primis conspicua, nec minus dubia & varia feudorum indoles, ut insignes de obligatione vasalli successoris dissensiones, ICrorum ingenia, siue ad legum interpretationem, siue ad ipsa rerum argumenta respicias, exercere soleant. Accedit his & auget difficultates iurisprudentiae Germanicae conditio, maxime in causis clientelariis sese exerens, quae legum satis incertarum multitudine, varietate, obscuritate premitur, & opinionum diuersitate, ferme obruitur. Dabit adserti huius luculentum specimen, haec, quam expediendam suscepi, tractatio. Occurrunt in causa hac tres sibi inuicem contrariae sententiae, quas sigillatim commemorare instituti ratio exposcit. Prima, quae successorem feudalem ab omni onere expensarum funebrium liberat, CARPZOVIUM *i)* defensorem nata est. Ita vero ille: *non facile reperiuntur agnati adeo tenaces, ut impensas funebres in exequias vasalli defuncti factas in subsidium ex feudo soluere recusent, & famam vasalli commaculari patiantur. At tamen nullo iure inuiti ad hoc cogi possunt. Quis enim dicere ausit, debitum feudale, quod ad funus vasalli celebrandum contractum fuit? Vix namque aliud debitum personae ita inhæret, quam quod in eius sepultura factum est.* Conspirant cum traditis Carpzoianis, quae habet GEORGIVS

BAY-

b) CARPZOV. iurispr. eccl. l. 2. D. 374.

i) P. II. const. XLVII. D. 36.

BAYERVS, *k*) cuius eo redit suffragium, expensas funebres ex censu debitorum feudaliū excludendas. Nec est, quod his obijcias, nisi æquitatem stricto iuri præferre placeat. Alteram, quæ referri meretur, opinionem FINCKELTHVSIO *l*) adscribimus: qui diuisione inter *feudum antiquum* in quo successio agnatorum prouisione primi acquirentis, & inde orta deuolutione nititur, & *nouum* supposita, in illo successorem a solutione aeris alieni funebris absoluit, in hoc simpliciter obligatum adserit, ducto argumento, a contratio sensu, vt in scholis loqui solent, & sententiæ iuris Longobardici l. 2. f. 45. innixo, quo agnato, beneficium, si *paternum* fuerit, retinere permittitur, nec ille ad debita hereditaria soluenda compellitur. Sed adeo a principiis iuris, quibus successio feudalis regitur, hæc abluat opinio, vt nulla ratione eidem calculum addere queamus. Certe in feudo nouo non nisi pacto & euentuali inuestitura defertur ius succedendi, & adeo singulari titulo feudum successori addicitur; cui consequens, eundem, æri alieno, quo premitur hereditas, nullatenus subiiciendum: de quo suo loco explicatius videbimus. Qui tertium locum in hac dissentientium turba merentur, ita temperant sententias reliquorum, vt non nisi subsidiaria obligatione deuinctum putent successorem. Tuetur hanc hypothesein STRVVIVS, *m*) qui præter æquitatis rationem, sumtus hos commendantem, ad argumentum a filia demortu vasalli prouocat; quæ, vti ex feudo alenda, aut dotanda in subsidium, ita & funeranda. Sequitur tradita Struuii MEVIIVS, *n*) in eo Carpzouio subscribens, expensas in funus vasalli factas, ad onera feudi non pertinere iure absoluto, vsu tamen fori comprobari, & æquitatem suadere, adserens, vt hereditate his ferendis non sufficiente, successor hoc onus in se recipiat. Quorum sententia cum summo mihi iure adprobanda videatur, non inutilem me operam in eiusdem rationibus excutiendis collocaturum credidi.

§. VI.

Successio feudalis singularis est & ab hereditaria distincta. Quod vt rite exequar, duo mihi sub examen reuocanda videntur: alterum, quænam sit successionis feudalis, indeque determinandæ obligationis, quæ successorem stringit, indoles: alterum; vt debitorum feudaliū rationes excutiamus. His perspectis atque exploratis, facili negotio intelligemus, quo iure censerī debeant impensæ funerariæ. Quodsi ergo ad primas instituti clientelaris origines descendamus, feuda ex fisci patrimonio militari aut curiali seruitio deuinctis stipendii loco concessa nouimus. Inde *militiæ, ministeria, fisci* dicta, & ab allodiis auitis, aut bonis proprio attractu comparatis, distincta: quæ sententia *o*) dudum ICtorum industria adserta, & fide antiquorum monumentorum penitus euicta. Paret inde,

k) in delineat. iur. feud. *l*) de iur. sepult. conclus. LXXI. *n*) P. II. dec. 124. de iur. client. c. 3.

l) de iur. sepult. conclus. LXXI.

m) synt. I. F. p. 521.

o) STRVVIVS disp. de allodiis imperii. DN. a LUDEWIG

vasallos olim non alio quam vsusfructus *p)* & precario iure hæc beneficia possedisse. Nulla olim in illa successio, nisi ex gratia domini, & quamuis, gressu temporis, masculorum descendendum successio, indulgentia *q)* caesarum, inualuerit, eaque in feudis antiquis, postquam per plures stirpes vasalli acquirentis progenies diuisa, agnatica dici cœperit, non alio tamen fundamento constat, quam concessione domini, vasalli posteros primæ inuestituræ formula comprehendentis. Porro, quod adscendentes & collaterales vasalli feudum acquirentis attinet, eis non alia ad clientelam via patebat, quam simultanea, vt vocant, inuestitura, *r)* quam rectius euentualem diceres, a pura distinctam, qua illis, qui a successione feudali legitima exclusi erant, in casum aperturæ, ceu successoria quadam conuentione, prospici consuevit, explosa testamentaria dispositione de feudo, quam Romani inter præcipuas ciuium præerogatiuas referebant. Distincta ergo fuit clientelarium bonorum in posteros translatio, etiam quoad modum & effectum, ab hereditaria successione, quam siue gentium, siue Romano iure hinc inde recepto, stabilitam, deprehendimus. Constituit enim feudum, concessio licet vasallis eius domino vtili, separatam bonorum speciem nec eisdem vtrumque admittit semper successores, nec qui feudum capit, ex hac causa in vniuersum ius defuncti succedit, nisi alius titulus ipsum etiam heredem faciat, nec eiusdem personam repræsentat, quod in herede obtinere nouimus. Hoc enim institutum a maioribus non sine ratione receptum, nostra quoque ætas seruare censetur, nisi probetur, aliud lege vel moribus inualuisse. Seruandum erat feudum, tum, vt familiarum nobiliorum splendori consuleretur, tum vt spes consolidationis domino maneret illibata, nec eidem inuito vasallus obruderetur.

§. VII.

Confirmat singularem successione feudalis indolem *simultanea* Saxonum *Singularis inuestitura*, quam olim Germaniæ vniuersæ fuisse vsitatam, quidam, non sine veritatis specie, adserunt. Sed, recepto demum iure Longobardico, *cumprinit est Saxonum successio ex simultanea inuestitura.* soli Saxoniae, quæ sua instituta contra dominatum iuris exotici fortius tuita est, hæc ferme propria relicta videtur. Natales *r)* eiusdem non aliunde quam ex vestigiis antiqui iuris, quo vsa est patria nostra, deducimus. Nullam illud feudi deuolutionem, nisi in filios, admisit. Ita enim *ius feud. Saxon. c. 21.* Es vererbet niemand kein Lehñ, denn allein der Vater auff

E 2

den

p) V. II. f. 23. euincunt hoc formulæ antiquæ ASTRVVIO collectæ in iurispr. feud. p. 25. *q)* V. THEGANVS de gest. Lud. pii. c. 19. SCHILTER de iura success. feud. disp. *r)* V. I. F. 20. II. F. 14. & 50. V. quoque SCHILTERVM de simult. inuest. princip. c. 2. *s)* Erudita sunt & lectu digna, quæ habentur in GVNDLINGIAN. P. III. n. 1. §. 6. sqq. Item apud HORN. iurisprud. feud. c. 12. §. 25 sqq. *t)* conf. tradita DN. a LVDEWIG. in disp. de simult. inuestit.

den Sohn. Item c. 6. Welcher Mann keinen Sohn hat, der erbet die Gewehr des Gutts an seinen Herren. *Conspirat cum Saxonico ius Alemannicum c. 42. §. 2.* Sed quod speciatim notari meretur, & ad rem pertinet, occurrit in c. 32. vbi, postquam *vetus Saxo*, de pluribus fratribus vno feudo inuestitis, die gleiche Gewehr an Gutthe haben, & consensu domini prædium inter se diuidentibus, egit, notanter subiungit: Wenn sie sich aber theilen, so hat ihr keiner kein Recht mehr an des andern theil, ob ein anderer stirbet; ihm sey denn anderweit das Geding und die Anwartsung daran geliehen. Et conformia habet *ius Alemannicum. c. 65. §. 1.* Hic later omnino vera iuris Longobardici & Saxonici differentia. Non ignoramus, quorundam interpretum dissensiones, textus allegatos de feudo solum nouo intelligentium. Sed nobis sufficit, Saxones retinuisse hodiernum ius antiquum, quo feudum non nisi in filios deuoluitur, & instituta inter fratres diuisione, quippe quæ alienationis & venditionis species habetur l. 1. C. *commun. vtr. iudic.* ius succedendi perit. ^{u)} Et in aliis Germaniæ prouinciis, quæ vel olim Saxonum legibus vsæ sunt, aut adhuc viuunt, euentualis inuestituræ viger obseruantia. ^{x)} Nec sine ratione hoc firmandæ successio- nis feudalis medium maioribus arrisit, & post tot seculorum decursum, adhuc hodie applausum meruit. Offerre solebant maiores allodia auita domini in feudum; idque variis ex causis accidebat, quas referre nunc non vacat. Ne vero iis, quibus more patrio successio deferebatur, in fraudem cederet feudificatio, quam dicunt inuestitura simultanea efficiebat. Illius quoque beneficio certior redditur & extra controuersiam ponitur, successio. Et, si effectum respicias, impedit illa alienationes & oppignorationes feudorum, qualiacunque demum illa sint; & si forte alienata fuerint, ius retractus tribuit & reuocandi clientelas in casu deuolutæ successio- nis, atque adeo seruat illustrium familiarum patrimonia, & ne luxuriæ possessorum, & creditorum fraudibus exponantur, prohibet. Tantum enim abest, vt vir- tute euentualis inuestituræ succedens, nisi sit filius proximi vasalli, oneribus hereditariis subiiciatur, vt potius, hereditate penitus repudiata, seruet sibi feudum ex singulari titulo quæsitum. Cumque hæc successio- nis spes pacto acquisita sit, & solemni domini sponsione firmata; mirum non est, quod ius reale in feudo, seu, vt loquitur constitutio Torgauensis, celebris illa Electoratus Saxonici sanctio, ein beständig Recht am Lehn operetur, nullo modo reuocabile, aut, extra spontaneum euentualis successoris factum, li- mitandum vel elidendum. ^{y)}

§. VIII.

- ^{u)} v. Torgauisch. Ausſchreib. sub tit. welchergeſtalt die Agnaten. ^{x)} testatur id de Pomeranis priuilegium Erici Ducis de a. 1459. de Marchia. recess. prou. de a. 1553. de Luſatia priuilegium Maximil. II. de a. 1575. v. ord. iud. imper. aul. ^{y)} v. STRVV fynt. iur. feud. p. 379. CARPZOV. l. 6. resp. 77.

§. VIII.

Cum ergo in clientelis Germaniæ, mediatis cumprimis, succedens, ne- ^{Successor}
 tiquam vniuersum ius defuncti suscipiat; sed ex causa singulari, rem a re- ^{feudalis}
 liquo patrimonio distinctissimam, capiat, consequens est, eundem non per- ^{fert sola}
 sonalibus & hereditariis oneribus teneri, sed iis solum, quæ feudo incumbunt, ^{onera feudi}
 idque ex singulari causa adficiunt. Enata inde debita, seu onera feuda-
 lia, olim pleraque incognita, ab hereditariis, quoties diuersa successio-
 nis ratio feudi & allodii separationem vrget, probe distinguenda, eaque mo-
 ribus curiarum, & legibus prouincialibus in *absoluta* & *subsidiaria*, velut
 classes quasdam, distributa. ²⁾ Illorum tres causas, consensum vasalli suc-
 cessoris, legem, & versionem in feudi vtilitatem, allegare solent: horum
 ex vsu maxime pendere definitionem deprehendimus. Sic dotalitii constitu-
 tionem ad feudi onera transcriptam nouimus, si illatio dotis probetur, ex
 qua versio in vtilitatem feudi praesumitur, nisi contrarium doceri possit.
 Deinde recte obligabitur feudum ex credito, in eius acquisitionem, redem-
 tionem, conseruationem contracto. Minus dubii habet hypotheca, succes-
 soris consensu munita. Non, nisi excusso allodio, feudum onerant, do-
 res & alimenta filiarum, harumque legitima, ex feudo nouo soluenda, nec
 non alimenta, incapaci praestanda. Dantur quoque debita quaedam, in
 certis tantum prouinciis ad feudi onera relata, & de quorum qualitate ad-
 huc sub iudice lis est: quorum etiam *expensæ funebres* pertinent & expensæ
 in seruitia, & das Praesent-Geld c. decis. elect. 32. Sed quod dolendum
 fluctuat haec doctrina inter opiniones fori incertas, & legum prouincialium,
 statuta, vsus & consuetudinem. Sic in Pomerania, Marchia, Lusatia,
 plerumque feuda in subsidium æs alienum quodcumque ferunt. Alibi feudi
 qualitas hereditaria dubitandi causas auget. Quicquid sit, subsistendum in
 regula, donec exceptio probata fuerit, adeoque, qui debitum feudi oneri-
 bus adscribit, id cumprimis, quod asserit, defendente adhuc feudi succes-
 sorem praesumptione ^{a)} & iuris communis regula, omnino probare tenebitur.

§. IX.

Quam adstruxi regulam in filio successore, & in feudo hereditario, ma- ^{Filius suc-}
 gno opinionum legumque conflictu plerumque reprobant. De filio, in- ^{cessor soluit}
 quiunt, ex decreto iuris Longobardici 2. F. 45. relato, rem certam esse, ^{æs alienum}
 & expeditam, non alio illum quam hereditario titulo succedere. Ita enim ^{hereditari-}
 ibidem scriptum legimus: *filius non potest hereditatem sine beneficio repudiare do-*
sed aut utrumque retineat, aut utrumque repudiet. Hoc interpretes fundamen-
 to innixi, filium ad praestanda facta patris, ad aes alienum soluendum, ad te-
 stamentum paternum sancta fide seruandum adstringunt. Commendari Lon-

E 3

go-

2) v. const. El. Sax. p. 2. C. 46. & EICHELII. diss. de debitis feudalib.

a) v.

gobardici iuris adfertum credunt, summa æquitatis ratione, & forte ex Romani iuris fontibus, quos Italia nunquam prorsus deseruit, profluxisse videtur, lætant vim patriæ potestatis, extollunt reuerentiam, & sanctitatem nominis paterni. Herede destitui, dedecori sibi Romani ducebant: hinc liberi *sui* & *necessarii* patris heredes, quibus demum prætor, ille æquitatis arbiter & defensor, dato abstinendi iure, succurrebat. Insignis quoque est interpretum in hoc textu explicando dissensus, adeo, ut inde *Neapolitanorum* & *Pileanorum* nomina inualuerint. *b)* Sed hodie illos mouere fluctus, inanis fere labor est, cum nostræ ætatis ICI plerique pro certo habeant, doctrinam iuris Longobardici non de alio feudo intelligendam, quam quod ex pacto & maiorum prouidentia appellare consueuimus. Si Germanorum instituta consulamus, vix est, ut filios, ex nominibus factisque parentum intuitu fundi clientelaris, in quem succedunt, obligatos putemus. Varia notatu digna hanc in rem congeffit Dn. a LVDEWIG, quæ transcribere singula non vacat. *c)* Vrgent, qui Germanica Longobardicis præferunt, art. 21. L. II. in *SW.* & a necessitate aduandæ hereditatis filium, ad feudum adspirantem, liberant CARPZOVIVS *d)* & LYNCKERVS *e)* qui, extra Electoratum Saxonix, hæc antiqui iuris dogmata, hodie obtinere testatur. At cum mihi ad leges patriæ cum primis sit respiciendum, subsistendum in lege, qua vitur Saxoniam Electoralis, & quæ constit. 47. P. II. decretum Longobardicum recepit, filiumque obligat ex facto & debito parentis, eo effectu, ut, si allodium æri alieno expungendo non suffecturum videatur, ex feudo illud soluat in subsidium.

§. X.

*Obligatio
successoris in
feudo hereditario.*

Alterum, quo doctrina, de successore feudali ab oneribus hereditariis liberando, limitatur, dogma illud fori vsu tritum, & quod interpretum ingenia maxime torfit, de feudo hereditario constituit. Ita vero rem exprimit STRVIVS: *f) in feudo hereditario, & mere & mixtim tali, succedens vasallus perinde ut heres obligatur, ad quæuis soluenda debita.* Hæc ut intelligantur penitus, feudi hereditarii, & eius, quod ex pacto & prouidentia defertur, indoles, breuiter explicanda est. Debemus hanc distinctionem, quo forte carere potuisset patria iurisprudentia, *Pileo* & *Bulgaro*, luminibus illis instauratae iurisprudentiæ. Grande daturus esset patientiæ documentum, qui interpretum volumina excutere, & infinitas, quibus feudi hereditarii conceptus solertia ICTorum inuolutus fuit, tricas referre, & sub examen reuocare vellet. Ut ergo instituto inseruiamus, dicimus feuda ex pacto & prouidentia maiorum, quæ primus acquirens, non iure saltim personali, & cum se ipso expiraturum, sed pro posteris simul, siue heredum, siue

b) V. HARTM. FISTOR. L. II. Q. 3. & 14.

c) in disp. de obligatione successoris in princ. & client. c. 6. §. 2.

d) P. II. c. 47. D. 4.

e) in anal. STRVIV.

I. F. p. 85.

f) Synt. I. F. c. XIV. aph. II.

sive filiorum verbo usus fuerit, domini benevolentia comparavit. Et hoc sensu supposito, hæc ipsa feuda propriam naturam successionis clientelæ expriment, postquam lege cautum, ut in heredes masculos transeant clientelæ. Nec heredum simpliciter facta mentio scrupulum mouere potest expendenti, hanc vocem in materia & negotio feudali, pro substratæ materiæ indole, explicandam esse. g) Sed, cum ætas subsequuta oneroso quoque titulo feuda coepisset comparare, inde quoque effectum est, ut vasalli lautiores sibi conditiones, & suis profuturas posteris, stipularentur, idque non solum ratione facultatis disponendi de feudo, & illud alienandi, sed etiam habito ad promiscuæ successionis modum respectu, adeo, ut illam speciem feudi hereditarii mixti, hanc absoluti, nomine indigiterent. Cumque porro certum sit, feudum, quo magis a propria feudi natura recedit, eo propius ad allodii fines accedere; suo se satis bene functos officio crediderunt ICRI, si feudum hereditarium iure allodii censendum vno omnes ferme ore iactarent.

§. XI.

Porro constat, feudi naturam pactis posse in varias mutari formas. h) *Ulcior ap- plicatio ditionum de feudo hereditario.* Idque cum primis contigisse deprehendimus, postquam feuda, oblatione, vel interueniente pretio, constituta, & adeo mera beneficia esse desierunt. Euenit ergo, ut hereditariæ qualitatis, quibus natura feudorum nonnihil immutatur, varii inualuerint gradus, quos HORNIVS i) satis accurate expressit. Vti vero illi maxime possessorum emolumenta concernunt, & directi domini iuribus detrahunt, quæ, quatenus non expressa pactione, vel concessione, mutata sunt, illibata persistere præsumuntur; ita certum est, feudum hereditarium nec respuere directi domini effectus, nec in casibus non expressis alia, quam ordinaria feudalis iuris regula, iudicandum esse. Declarant hoc verba constitutionis Torgauensis: *Die weil denn in solchen Zweifel und Ungewißheit das Sicherste und Gewisseste ist, daß man bey der rechten Natur und Eigenschafft eines Lehn-Guths verbleibe, und demjenigen, was hiervon in gemeinen beschriebenen Lehn-Rechten ausdrücklich verordnet, nachgehe zc.* Satis certa hæc, & ICrorum calculis probata videntur, quoad mixta feuda; sed quod ad absolute & mere hereditaria attinet, non omni prorsus fundamento communis, de ære alieno, ex feudis hereditariis soluendo, destitui videtur doctrina. Quodsi enim vera sunt, quæ vulgo tradunt, k) vasallum possessorem, actibus inter viuos non minus, quam mortis causa, susceptis, de feudo hereditario licite disponere, idque etiam ad extraneos heredes transire; plurimi existimant, successorem illud non nisi he-

g) v. II. f. 17. & 36. §. 2.

h) v. I. l. 1. §. 3. & II. F. §o. indeque ipse tenor investituræ feudi qualitate n indicit.

i) in iurispr. feud. c. 4. §. 34.

k) HARTM.

hereditario iure acquirere, atque adeo ex facto defuncti teneri. Sed plures eius generis fofculos colligere non placet, non legibus firmatos, sed ab interpretibus larga melle sparfos. Miscentur quadrata rotundis, & iura pro cuiusvis arbitrio finguntur, vbi legum deficit definitio. *Saxones electo- rales* etsi forte etiam in feudo mere hereditario successionem civilem admittunt; eos tamen, eo casu, certo magis iure vti, probat saepius laudata constitutio Torgauensis, quando successionem ad modum simultaneae inuestiturae componere placuit: &, quia haec non mero beneficio vasalli possessoris, sed ipso successoris facto & indulgentia domini acquiruntur. consequens est, successorem simultaneae inuestitum, non hereditario, sed singulari titulo, feudum licet hereditarium, consequi, adeoque æri alieno, a defuncto possessore contracto, non teneri. Eleganter rem exprimunt laudatæ constitutionis verba, in hunc sensum concepta: *Es sollen auch jetzt angezogener Ursachen halber die Mitbelehnten, da gleich in der Belehnung der Erben gedacht, jedoch dahero nicht schuldig seyn, dessenigen, durch welches Absterben die Lehns-Folge an sie kömmt, Land-Erben zu seyn zc. & paulo post: ja, wenn sie gleich aus gutem Willen Erben werden wären, so soll Ihnen solches an der reuocation nicht hinderlich seyn.* Et hanc successoris, a necessitate soluendi æris alieni, liberationem, ipsa reuocandi facultas, simultaneae inuestiturae beneficio successoris indulta, inuictò probat argumento. Fit enim citra necessitatem refundendi prerium, & defuncti alienantis factum elidit, quod iuris hereditarii regula heredem seruare iubet, & indulgetur successoris feudali, licet hereditatem adierit, adeoque omni casu feudum ab allodio separat: illud enim, quae in constitutione sequuntur, verba, expresse demonstrant: *So wird auf Sächß. Vorden den Erben, da sie gleich kein Inventarium gemacht, die reuocation billig ohne Unterscheid verstatet, jedoch sind die Mitbelehnten auf solchen Fall, da sie Land-Erben werden wären, von der Erbschaft, so weit sie sich erstrecket, dasjenige zu gelten pflichtig, was andern Erben diesfalls oblieget.*

§. XII.

Non obligatur simulta- tione successoris in feudum adpropriatum, dispiciendi. Adpropriari feudum dicitur, quando, qualitate feudali consensu domini directi extincta, illud naturam allodii induit. Accidit illud vel quoad omnes omnino qualitatis feudalis effectus, vel referuatis quibusdam, & quod seruitia attinet, iisdem interdum in annum canonem mutatis. Effectum adpropriationis tum ex ipsis adpropriatoriis formulis, tum ex moribus prouinciarum & curiarum feudali, diiudicandum esse facile largimur. Formulam Lusatae propriam exhibet LVNIGIVS 1) his verbis: aus der Natur des Mann-Lehns genommen,

1) in corp. I. F. t. II. p. 710. n. 17.

men, und in die Natur und Eigenschaft eines rechten vollkommenen Erb-Guths verwandelt zc. als ein rechtes, wahres, vollkommenes allodium oder Erb-Guth inne haben, besitzen, genießen, und gebrauchen, auch davon zu restituiren, doniren zc. aliam vide apud eundem in C. I. F. T. III. p. 826. Sed feudum quidem ad appropriationem ad naturam allodii redactum, a feudo mere & absolute hereditario, in eo potissimum differre, interpretes adserunt, quod in hoc domini directi effectus, ^{m)} vasallagium, fides, seruitia, spes consolidationis, perdurent, in illo penitus extinguantur. Quam sententiam uti non prorsus improbamus; ita in Saxonia quam maxime respicio, dubia illa differentia, aut certe subtilior videtur, eo cumprimis casu, quo dominus, quod plerumque fieri adsolet, praestationes feudales sibi reseruauit. Notissimum est, Saxonum iure, quaeuis immobilia mediante inuestitura adquiri, ⁿ⁾ fidei quoque feudalem & homagiale proxime coniungi: nec laudata HORNIO c. l. consolidationis spes distinguet allodium, a feudo hereditario absolute tali, si, quod communiter traditur, supponas, in beneficio, sub qualitate boni hereditarii omnimoda concessio, succedere heredes quosuis, etiam testamento constitutos. Accedunt formulae inuestiturarum, quibus apertura omnis excluditur, cuius exemplum LVNIGIVS l. c. habet, ubi: zu rechten freyen Erb-*Lehn* zc. darzu wir unsern Landes- und *Lehns*-Fürstl. Consens und Bewilligung ertheilen, uns zugleich aller Expectanz, Anwartsung, und Apertur an diesen Guthe wissentlich und wohlbedächtlich verziehen haben wollen. Legimus etiam in formulis ad appropriationem feudalis: Es sollen die Besitzer in allen Fällen der *Lehn*-Folge leisten, jedoch der Erblichkeit unschädlich. Quae singula, si pensitentur curatius, satis euincunt, quam difficile sit, feudi adpropriati hereditariue notas, quibus inter sese disiungantur, definire. Fatentur III. BERGERVS ^{o)} & MENKENIVS ^{p)} eius generis praedia, quae dantur zu rechten Erbe oder Allodial Erb-Guth, feudi naturam non prorsus exuere. Sed fingamus, successionem in feudum adpropriatum, consensu pactove fratrum agnatorumue, per modum simultaneae inuestiturae, constitutam, & firmatam, eamque a domino directo & territoriali adprobatam, ipsoque facto *ius manus*, uti rem exprimit curiae stylus, *coniuncta*, die gesamte Hand, impetratum, ad quid obligatum esse successorem, mutatamne, qualitate praedii allodiali, vim singularis successionis, dicemus? Saepius id accidere, experientia nos edocet. Suadet enim prudentia, hoc medio familiarum commoda conseruare, & impedire alienationes praediorum nobilium, quae velut nerui sunt gentium honoratorum, & a quibus nomen splendoremque accipiunt. Nec; quin fieri hoc licite possit, iusta dubitandi

sup-

^{m)} HORN iur. feud. c. 4. §. 24.

ad tit. XL. O. P. S. p. 1250. & 1329.

ⁿ⁾ Decif. el. Nou. 61.

^{o)} in el. disp. for.

^{p)} ad O. P. S. t. XL. p. 611.

suppetitatio. *Offerre* allodia in feudum, moribus Germaniae antiquis non minus, quam nostris conuenit. Nec a iuris ratione aut analogia prorsus abhorret, qualitatem feudalem implicite praedio conciliari, eo scilicet modo, si, cognita fundi qualitate, petente possessore, & consentiente domino, successio inuestitura euentuali firmeretur, adeoque pristina feudi natura, quae nondum penitus extincta est, restituitur. Quod illis cumprimis opponimus, qui simultaneae inuestiturae non nisi in feudo locum relinquunt, eamque, in beneficio adpropriato, citra expressam feudificationem, inuaidam iactant. *q)* Sed non opus est, ad tacitam ἀνακατάστικτον qualitatis feudalis confugere; cum nullibi prohibitum legamus, in allodiis nobilioribus consensu domini territorialis & conuentione eorum, quorum interest, successionis modum ad regulas successionis feudalis componere. Comprobant illud fideicommissorum conuentionalium exempla, in quibus agnatica & linealis successio, nec non maioratus & primogeniturae iura, constituta, virtute pactorum, sustinentur. Eadem ratione obrinuit, curiarum feudaliū moribus id testantibus, ut de feudo in allodium verso non inuestiantur solum successores, sed &, praeter seruitia, a domino retenta, renouatio inuestiturae peratur, adeoque, ubi principalis inuestitura necessaria est, ibi accessoria quoque siue simultanea locum recte tuebitur. Et caute omnino agunt, prudenterque rationes domesticas componunt, non metum solummodo reuocandae adpropriationis, per gratiam obtentae, a se suisque auerrentes, sed iis etiam, in quos successionem collatam volunt, prospicientes, fundumque adpropriatum a tributis, quibus allodia premuntur, immunem seruantes. Non aliud ergo ex dictis consequitur, quam quod hucusque adstruximus, etiam illum, qui in feudum adpropriatum beneficio simultaneae inuestiturae succedit, nec heredis vice fungi, nec subici oneribus hereditariis.

§. XIII.

Non obligatur successor Quae haecenus pro liberando successore singulari & pactitio, ex indole simultaneae inuestiturae, adduximus, ea nullatenus tituli diuersitate, quo in feudo em-ius succedendi, aut ipsum praedium acquisitum est, eliduntur. Parum ergo *ro aut simultaneae inuestiturae titulo* interest, nec ius successoris, semel legitima ex causa quaesitum, adficit, siue per donationem, & meram liberalitatem, siue interueniente pretio, siue denique, quod frequentius accidit, inter fratres, feuda diidentes, in utriusque praedio reciproca successio promissa & concessa, utrinque euentuali inuestitura corroborata fuerit. Quin potius, si conuentionum vim, & effectum, ex paciscentium intentione, aestimari, par est, iis cumprimis casibus, quos leges liberae ciuium dispositioni relictos voluerunt, non iustior aut fortior liberalitatis exercendae coniectura capi potest, quam de pactis successor-

q) V. CARPZ. P. III. c. 30. def. 2.

foriis, cui consequens est, eorum valori reciprocam promissionem, vel iustum pretium, cui ob incertum euentum ne locus quidem esse potest, nec addere quicquam, nec demere. Acquirendi causa aut modus non variat ius, in ipsa re acquisitum. Nec donatio legitime facta ob æs alienum reuocatur, nisi in fraudem creditorum facta, v. l. 6. §. 11. D. & l. 5. C. de his quae in fr. cred. f. Nec interest, an ipsum feudum, quod euentualis inuestitura adficit, emtione comparatum, vel, instituta hereditatis paternae diuisione, possessori in portionem hereditariam imputatum fuerit. Feudi enim naturam non minus illud habet, quod ex mera domini gratia perfectum, quam quod ex causa onerosa quaesitum. ^{r)} Et licet demus, in eius generis praediis complura interdum, pactis interpositis, indulgeri vasallo, a communi feudorum regula deuiantia; firma tamen manet, & incorrupta praedii feudalis natura, in casibus non exceptis.

Parum ergo nobis nocet, quod communi interpretum assensu non minus, quam iure Saxonico electorali defenditur, ex feudo emto deberi filibus legitimam in subsidium, ^{s)} si forte, inspectis patrimonii viribus, versionem allodii in feudum, inofficiositatis vitio laborare adpareat. Sed finge vasallum, successione in feudum emtum, inuestitura euentuali constituta, & firmata, sine prole decessisse, magnumque, & allodii vires superans æs alienum confluxisse: quis inde colligere auit, successorem ad illud dispungendum obligari. Iactabunt equidem ii, quorum commodis hac doctrina detrahitur, iniquum esse, successorem captare lucrum, & locupletari cum iactura creditorum, quos insignis praedii possessio forsitan ad credendum induxerat: certa potius aequitatis ratione niti regulam VLPIANI in l. 149. D. de R. I. relata: *ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet*: feudique pretium ad massam hereditatis reuocandum, quod magnam patrimonii partem constituat; nec posse ab iniquitatis nota absolui successorem, gratis in quaestu hærentem, aut salua conscientia retinere praedium, ex quo non citra fraudis suspitioneni, simultanea inuestitura introducta, omnem alienandi aut oppignorandi facultatem possessori ademit, eumque ad indignam egestatem, nominisque quandam infamiam contrahendam redegit. Sed gratis hæc adferi, & cerebrinae aequitatis specie defendi, quis non videt? Actum esset de fortunis ciuium; si leges ciuiles, cuiuslibet aequitatis, aut pietatis obtentu, infirmari possent: facili negotio elideretur vis pactorum, & flos familiarum illustrium languesceret, si possessoribus praediorum nobilium, fidem datam, æs alienum contrahendo, infringere, in propriae gentis viscera faeuire, & spem beneficii collati conuellere, liceret. Nec nostris temporibus desunt luxuriae mancipia, qui a maioribus accepta per libidinem & insaniam profundunt, inciticia, facilitate muliebri, ostentatio-

racione puerili, cum risu harpyarum, & fraudulentorum nebulonum, qui bonis lucrisque aliorum inhiant, sine omni suo fructu & emolumento indignissime proiciunt, sibi famem, egestatem, contemptum, parant, aliis praedam cum turpissimo cachinno deglutiendam relinquunt. Opplata est respublica improbis foeneratoribus, quorum nequitiam, eius generis froeno iniecto, cohibere, non iniquum est: postquam adeo defecit nostrae ætatis disciplina, ut leges. prodigalitatem coercentes, non fileant modo, aut negligantur, sed, pessimo reipublicæ fato, data velut opera, ignorentur. Creditor, cum nosse debeat conditionem eius, cum quo contrahit, sibi imputabit damnum, quod ex indiscreta & inconsulta mutui datione sentit. Nec suo iure in acquirendo praedio clientelari utens, aliis iniuriam fecisse recte dicitur; cum generaliter ea sit domini & quaesiti iuris indoles, ut effectum eiusdem, damnum aliis forte inde emergens, neutiquam sustat aut impediatur. Non ex solo possessoris facto lucratur, qui virtute eventualis inuestituræ succedit, cum illa domini maxime beneficio vim sortiatur. Neque enim, qui titulo singulari inter viuos lucrum ex altero adquisiuit, generaliter eius facta praestare cogitur, aut heredis iure obligatur. VLPRIANVS certe in d. l. 149. *D. de reg. iur.* de lucro heredis agit, qui propter commodum hereditarium defuncti facta deserere non potest. Et quod supra de donatione argumentum tetigi, scopo inferuit. Eleganter hanc in rem rescriptum legimus in l. 15. *C. de donat. aeris alieni, quod ex hereditaria causa venit, non eius, qui donationis titulo possidet, sed totius iuris successoris onus est.* Subiungit rescriptum augustorum facti speciem, petita ex praemissa regula, decisione: *si itaque nemini obligata praedia per donationem consequuta es, superuacuum geris sollicitudinem, ne vel heredes donatricis, vel eius creditores te iure possint conuenire.* Pro eo ergo potiore iure aequitas militat, qui honeste parta tueri intendit, idque prudenter agit, ne, debitis perditæ contractis obnoxius, cedere paternis auitisque possessionibus, aut, ut loquitur CONSTANTINVS in l. 22. *C. de adm. tut. vendere domum, in qua defecit pater, minor creuit, & in qua maiorum imagines, aut non fixas, aut reuulsas, videre cogatur.*

§. XIV.

Idem obtinet in feudo nouo.

*Sunt, qui regulam, hucusque adstructam, in casu feudi noui limitandam censent, eamque sententiam, in quaestione de sumtibus funebribus refundendis, FINCKELTHVSIO placuisse, supra notatum fuit. Sed fallunt, & falluntur, qui ita sentiunt. Noui feudi nomine, illud designo, quod non a maioribus profectum, sed ab ipso vasallo, de cuius successione quaeritur, acquisitum, non nisi pacto, & simultanea inuestitura, in illos, qui a latere iuncti sunt, transitorium; quem casum exprimit *ius Longobardicum* II. F. 12. In hoc qui successorem ad decessoris debita hereditaria*

fol-

soluenda obligatum dicunt, prouocant ad decretum *iuris Longobardici* II. f. 45. relatum, & ex eo cumprimis causæ suæ patrociniū petunt, quod ibidem de agnato legitur: *feudum, si paternum fuerit, retinere poterit, nec de debito hereditario aliquid feudi nomine soluerit cogitur.* Inde colligunt, aliam esse feudi noui rationem, idque porro eo magis pro vero habent, quo certius, & extra controuersiam positum putant, nouum feudum a vasallo facilius alienari aut oppignorari posse. ²⁾ Sed parum efficiunt his argumentis, qui hanc sententiam tuentur. *Paterni* feudi mentio explicat legem, non restringit, eumque habet sensum, quem ipsa rei natura exposcit; non dari in feudo nouo casum successionis agnaticæ, & adeo frustra de obligatione successoris agnati quaestionem suscipi. Quod igitur feudi paterni in dicto cap. 45. mentio iniecta est, non eo tendit, ut ex feudo nouo debita hereditaria soluantur; sed ut indicetur, agnatos in feudo paterno duntaxat adspirare posse ad successionem, & si hoc fecerint, ad debita hereditaria soluenda non teneri. Finge porro, in feudi acquisitione, *pacto*, successores constitutos, siue illud iure feudi antiqui concessum, atque adeo fictione iuris natura praedii mutata, siue mediante inuestitura, in euentum succedendi ratio fuerit definita; & habebis successorem pactitium & singularem, cui fas est, reterto feudo, repudiare allodium, & ab oneribus hereditariis sese liberare. Sic admissio ex conuentione in nouo feudo successore, corrumpet & illud, quod de facultate alienandi citra verosimilem consecutionis nexum adferunt. Nam in feudo nouo alienandi libertas vasallo non nisi consentiente domino recte adscribitur, cuius, ne inuito vasallus obtruderetur, interest, II. F. 36. & concesso licet praedio cum alienationis arbitrio, inde tamen non conficitur, illud ari alieno contra regulam esse subiiciendum. Denique qualiscunque etiam sit vasalli, in alienanda re clientelari nouiter acquisita, potestas, vis & effectus simultaneae inuestiturae, quam possessor consensu suo adprobauit, eam impedit & eneruat.

§. XV.

Liberauimus haecenus successorem feudalem, excepto filio, ab oneribus hereditariis, nec eundem, nisi ob debitum feudale, teneri adstruximus. *Expensæ funebres non pertinent ad debita feudi absoluta ex legis dispositione.* Nunc ex diuerticulo veluti in rem praesentem redeuntibus, dispiciendum; an funeris impensæ ad onera feudi, eaque quæ, absoluta necessitate illi incumbunt, referri queant. Tres supra debitorum feudalium reuulimus causas, *legem, consensum successoris, versionem in feudi utilitatem.* Atque ex hoc triplici fonte, quæ in hac causâ peroranda nobis dicenda videbuntur, hauriemus. Silent de *funerario debito* decreta *Longobardica*, nisi ea forsitan, quæ de alimentis vasallo inhabili a successore praestandis I. f. 6. habentur, huc referre velis, & inde, ad subeundum impensæ funerariæ

2) v. STRVV. synt. iur. feud. c. 13. §. 14.

onus, argumentum ducere velis. Ita enim plerumque, teste praxi & experientia, concludunt, obligationem ad alendum ex feudi fructibus, eum onere funerationis arctissime coniungi. Sed videntur hæc a nostra tractatione aliena, quæ de impensis in funus vasalli decessoris agit, & ex sententia veriore ad *subsidiaria* feudi onera pertinent. Nec tangunt casum, quem tractamus, Germanicæ leges antiquiores. Nec mirum hoc videri potest, antiquæ gentis nostræ indolem scrutantibus, & feudorum primogeniam naturam. Defuit præcis temporibus luxus & vanitatis stimulus, & consuetudo, quæ præcipua expensarum funebrium causa. Ita enim TACITVS ^{u)} de maioribus nostris: *Funerum nulla ambitio; id solum observatur, ut corpora clarorum virorum certis lignis cremantur. Struem rogi nec vestibus nec odoribus cumulant. Sua cuique arma, quorundam & igni equus adiicitur. Sepulchrum cespes erigit. Monumentorum arduum & operosum honorem, ut gravem defunctis, adspernantur.* Et, licet successu temporis, Romanorum vanitatibus imbui, funerum quoque pompam & monumentorum ambitiosas moles imitari didicerint, ipsa etiam religio, liturgicos actus sepulturæ addens, sumptibus augendis funerariis occasionem dedit; stetit tamen intra mediocritatis fines funerum expensa, & sensim demum sensimque coepit excrecere. Cura vero funeris magis humanitatis officio, quam legis imperio suscepta, adeo, ut legibus maiores nostri, virtutis fideique tenacissimi, opus non habuerint, quæ sæpissime augendæ, quando rebus civilibus, in peiora ruentibus medicina adhibenda est. Et feudorum olim conditio, mere usufructuaria, non permittebat, successorem, fructus stipendii loco capientem, expensarum onere inuitum gravari, qui forte modicum erogare, pro funere ducendo, non reluctabatur, probe gnarus, sibi quoque post fata idem ab alio prestitum iri. Sic euenit, ut funerum sumtus a legumlatoribus vetustis neglectus fuerit. Denique postquam successores clientelares variis subiecti oneribus, ipsaque feuda hypothecæ frequentius supponi, & illi quibus successione spes data fuit, ut consensu munitus oppignorationes, pactis constringit coeperunt; iniquum forsitan reputarunt, qui legibus condendis præsumunt in Germania, successorem alio quam *subsidiario nexu*, ad funeris sumtum teneri, remque omnem successorem pietati, & iudicantium æquitati, reliquerunt.

§. XVI.

Expense funebres ob consensum successoris ex feudo debentur. *Conuentione* consensuue domini & successorum, obligari posse feudum, eosque qui succedunt, euincit ipsa iuris naturalis æquitas, qua iure suo quilibet renunciare valer, siue illud, constituta hypotheca, contingat, siue intra conuentionis terminos obligatio subsistat, personamque duntaxat successoris obstringat, eo effectu, ut ob debitum, consensu munitum, allodio licet non excusso,

^{u)} de mor. Germ. c. 27.

cusso, detur actio. Quod licet, ex communi feudorum iure rem expendentibus, dubium videatur, cum omnis feudi obligatio, plerorumque interpretum suffragio, *subsidiaria* sit; omni tamen hæc dubio carent in electoratu Saxonie, suffragante *Augusti constitut. XLVIII. P. II. **) Fac ergo, eum cui simultanea inuestitura successione futurae emolumentum conceditur, literis, ut vocant, reuerfalibus ad funerarias impensas sese obstrinxisse: finge ulterius, certam pacto expressam fuisse quantitatem, funeri honeste ducendo suffecturam, utque eius securitati consulatur, qui, casu mortis eueniente, funerationis curam subiturus est, euentuali cautione feudum hypothecæ suppositum, dominumque consensu, conventionis placitum munivisse, & funeris impensa, casu hoc modo supposito, optimo maximoque iure inter debita feudo iuhærentia referes. Legem enim dant pacta negotiis civilibus, & ad ea cumprimis in feudis respiciendum est. Solent quandoque pactis illustrium gentilitiis, præter successione modum, ea quoque definiri, quæ ad successione agnatiæ onera pertinent. Interest cumprimis, ut hoc fiat, quando ius primogenituræ, aut maioratus, in gente quadam nobili inualuit. Licet enim insignia prorsus sint territoriorum & familiarum emolumenta, quæ eius generis successione ratio adfert; iubet tamen æquitas, ut, a successione exclusis, de apanagio, & portione alimentaria, prospiciatur, quo etiam funeris sumtus referri consueverunt. Obligant eius generis conventiones: velut leges quædam gentilitiæ & domesticæ, omnem pacifcentium progeniem, & ut ferunt mores Germaniæ, familiarum salutis & æternitati prospiciunt. Porro nihil obstat, quo minus successor, citra hypothecæ constitutionem, impensæ funerariæ solutionem promittat; sed quæ hac ratione concipitur stipulatio, non alios, quam promittentem, aut, qui eius personam, hereditario iure, repræsentant, obstringit, nec feudum reali iure adficit. Ea enim est conventionum natura, ut tertio nec profint, nec noceant. Finge ergo cum, qui proximam successione spem habet, debitum funerarium in euentum mortis promississe, & antequam sese ære hoc alieno liberauerit, decessisse, feudumque ad alium ex agnatis, aut simultanea inuestitura potitis, transmitti; hos antecessoris facto, pactoue, nullatenus teneri, certissimum est; nec hoc casu impensa funebris, pactione promissa, feudi onus, aut in censu, debitorum feudalium callocanda, sed a vasalli promissoris heredibus exigenda est.

XVII.

Nec versio in feudi utilitatem debitum funerarium successori imponit, In debito funerario nul-
quamvis illa inter iustissimas onerum feudalium causas referri solet. Ita *nerario nul-*
const. XLVI. sæpius in partes vocata, qua Saxones onerum feudalium in- *la versio in*
dolem metiuntur, conceptis verbis, meliorationum, siue ut verba legis ha- *rem feudi*
occurrit.
bent:

*) C. STRVV. S. I. F. c. 14. §. 24. & STRYKII diff. de oblig. feud. consensu. munita.

bent: wenn die Schulden in nützliche Vesserung des Lehn-Guths gewendet, eiusque pecuniæ, qua ipsum feudum comparatum, mentionem facit. Eandem æquitatem *ius Longobardicum* agnoscit 1) eiusque interpretes tuentur. Ex duplici vero causa cum primis versio in feudi utilitatem colligitur, altera, si aucta vel seruata prædii substantia, reditusque, altera, si onus, quod feudum premebat ære alieno, auersum extinctumque, adeoque velut feudi negotium gestum fuerit. Sed nullum horum quadrare ad funeris impensam, res ipsa loquitur. Oneribus enim absolutis feudi debitum funerarium annumerare extra casum pacti, vel citra legis dispositionem, prohibet iuris analogia, idque vlla ratione statum prædii adficere, vel mutare, nemo sanus dixerit. Siue vasalli funus splendide ductum, siue neglectum, nec meliorem fundum clientelarem successor, vt est in l. 3. §. 2. D. *de in rem verso*, nec deteriore habiturus est. Eleganter rem expressit GEORGIUS BAYE-
RVS, 2) decus, dum viueret, huius academix; *sumtus funeris* inquit, *non in utilitatem feudi, sed quodammodo in utilitatem vasalli defuncti cedunt; non qua vasallus fuit & feudum possedit, sed qua homo est.* Cum ergo quæ ex versione in rem alienam oritur, non nisi versione probata, actio detur, ipsaque sumtuuum funebrium qualitas ad feudum relata, probationi versionis resistat, consequens est, nihil præsidii, credito funerario contra feudi successorem inde accedere.

§. XVIII.

*Sumtus fun-
neris mori-
bus ad debi-
ta feudi
subsidiaria
referuntur.*

Restat, vt dispiciamus, an funeris expensæ inter *debita subsidiaria* locum obtineant. Idque vno ferme omnes ore profitentur, qui iuri dicundo in Germania præfunt. *Moribus* hanc sententiam inualuisse, aiunt, eamque æquitate & pietate subnixam, legibus quoque quarundam prouinciarum propriis robur accepisse. Videamus ergo de his paulo curatius, interpretationes, & responsa prudentum, magnæ apud Romanos fuisse auctoritatis, adeo, vt iudici ab iisdem recedere non licuerit, & sub imperatoribus cum primis ad iuris scripti vim ferme conualescerent, notissimum est. a) Quod licet a nostræ ætatis patriæque moribus, alienum sit, non tamen omni auctoritate receptæ in foro legum interpretationes, æquitatis ratione, iurisue analogia firmatæ, destituuntur, easque sententias, quibus suprema longo vsu adfuerunt tribunalia, præ ceteris sequimur. In dubiis enim quæstionibus quæ tutior, via eligi potest, quam imperantis impetrare decisionem, aut si hæc haberi nequeat, inquirere, vt monet *ICTus* in l. 37. D. *de LL. quo iure ciuitas retro in eiusmodi casibus vsa sit.* Inde enata, & in nostris dicasteriis non incelebris obseruantia, quæ defectum iuris supplet, obscuris legum articulis lumen adfert, & duriora ad æquitatem reducit. Idque eo cumprimis

y) II. f. 28. §. si vasallus HARTM. PISTOR. l. 2. q. 42.

n. b.

a) V. FORNERIVM rer. quot. l. v. c. 3. Grauna de ort. & prog. l. c.

c. 43.

mis casu rectissime accidit, quo legumlatores, ob dubias factorum circumstantias, iudicantium arbitrio locum relinquunt. Exemplum ipsa serenissimi Saxonis constitutio XLVI. P. II. præbet, qua relatis debitis præcipuis, feudi successoris onerantibus, adiicitur clausula, in solchen und dergleichen Fällen. Certe non aliud voluit prudentissimus legislator, quam quod scriptum est ab ULPIANO in l. 13. D. de LL. quories lege aliquid introductum, bona occasio est, cetera, quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe iurisdictione suppleri. Inde recte adferitur, ea, quæ certam iuris regulam non habent, discreto iudici arbitrio esse definienda. Nec ius feudale deductas ex obseruantia curiarum veritates respuit, sed easdem potius, optimo iure inter palmaria controueriarum decidendarum fundamenta refert. *b)* Quamuis vero maxima consuetudinum forensium vis sit, legisque effectum habeat; rei tamen indoles requirere videtur, vt *sufficienti æquitatis ratione, & constanti iudiciorum praxi* firmetur. Cumque *subsidiariam* successoris feudalis *obligationem*, ad soluendam funerariam impensam, moribus & obseruantia a quibusdam defendi dixerim, monet tractationis ordo, vt de utroque obseruantia requisito adstruendo in hac causa dispiciam.

§. XIX.

Superfluum foret & inconsultum, omnes qui per secula obuenerunt, *Obligatio* casus, de funeris impensa, dicasteriorum sententia decisos, colligere. Suffi-*subsidiaria* ciant aliquot exempla, quæ hactenus adfertis robur & auctoritatem concilia-*successoris* re, aut allegatæ obseruantia veritatem euincere, possunt. Eo enim maxi-*responsis &* me tendit tractationis scopus, vt, in hac causa omnino dubia, eam, quæ *sententiis di-* *in subsidium* obligat successorem, sententiam præualuisse, nec ratione desti-*causteriorum* *tui, probemus.* Prodeat vero in hanc scenam ingens quondam iurisprudentia huiusque academia decus, CASPAR ZIEGLERVS, cuius notata ad O.P.S. t. 42. dabimus integra. *De vasallo defuncto queritur, si nihil habuerit in bonis, annon impensæ funebres faciendæ & exigendæ sint a feudi successoribus agnatis? Negat* CAROLOVIVS P. 2. C. 46. D. 36. *affirmat* STRUVIVS *disp. feud. 14. num. 20. cui adstipulantur,* I. B. COSTA *remed. subsid. 83. in fin.* STEPHAN. GRATIAN. *discep. for. c. 94. n. 27.* DIDAC. SPINO A CACEROS *de testam. gloss. 19. n. 33.* MAR. ANT. PEREGRIN. *de fideicom. a. 40. num. 19.* I. P. SVRDVS. D. 255. n. 15. ANT. D. PADILLA *ad l. 67. §. 9. de Falcidia n. 11. D. de leg. 2.* *Et ita pronunciarunt olim non domini Halenses tantum apud Struu. dict. loco, sed & domini Ienenses a. 1659. m. Sept. in causa Zelenen Marien v. Pannewitz contr. Zanns Ant. v. Carchesien, & Witebergenses m. Sept. 1658. in causa Sophien Annen von Leipzig contr. Georg Friedrich von Leipzig.* *Ob-*

b) v. II. f. I. §. I. II. f. 9. §. I. C. 13. X. de iud. STRVV. S. I. F. p. 39.

Obseruauit tamen in iudicio appellationis præualuisse sententiam Carpzouii, etsi non desint, quæ in contrarium moueri queant. Idem notauit præiudicia, vt dici solent, quibus in *subsidiu*m successor ex causa funeraria obligatur in collectione decisionum, quam edidit, dec. VI. Ita porro de debito funerario iudicat HORNIVS in *iurispr. feud.* p. 423. *Fateor*, inquit, *hanc sententiam humanam esse, sed cum constit. XLVI. P. II. fileat, dubium est, an in nostra Saxonia inueniat locum.* Pergit ICTUS c. l. testaturque, inelytum, quod Vitembergæ floret, *ICTorum collegium*, ex sententia plurium, respondiisse semel atque iterum, expensas funeris in *subsidiu*m ex feudo soluendas esse. Hanc opinionem, re forte exactius pensitata, iudicando secutum, & Carpzouii partes deseruisse, supremum, quod Dresdæ causas prouocationum iudicat tribunal, termino æstiuo a. 1676. in Bünau und Preßken-Giessensteinischen concursu, & a. 1676. in Herrlangwitzischen Concursu, testis est RIVINVS in enunciat. p. 1487. additque, *ICTos Lipsienses* a. 1661. in causa des Brand Arnstädischen concursus, rationes decidendi, quod funera sumtus attinet, sequentem in modum expressisse: *Nach bewährter Rechts-Lehrer Meynung sind des Lehn-Mannes Begräbniß-Kosten aus dem Erbe zu entrichten, wenn aber bey entstandenen Concursu kein Erbe vorhanden, oder so viel darinne nicht zu befinden, etwas aber nach abgetragenen Lehn-Schulden (intelligunt his verbis sine dubio debita feudalia absoluta) an Kauff-Geldern vom Lehn übrig bleibet, so werden sie nicht unbilllich davon bezahlet.* Nec silentio prætermittendus est STRVVII ^{e)} locus, iam supra nobis notatus, calculumque nostræ sententiæ ex deciso Hallensis scabinatus de a. 1590. addens. Sed, quo STRVVIVS vititur, argumento, a filia, antequam nubat, decedente, impensa vasalli successoris funeranda, ad funus vasalli decessoris ducto, parum roboris inesse videtur. Alia enim filiæ ratio, cui cum alimentis, funeris quoque sumtus, ex recepta inter ICTOS opinione, & velut in solatium negatæ successionis in feudum, addicitur. Complura ICORUM Ienensium responsa in hunc sensum concepta, lege, si luber, apud RICHTERVM, ^{d)} & WILDVOGELIVM. ^{e)} Præstat quoque, quem supra inter promachos nostræ adseritionis laudauimus, insignis Germaniæ ICTUS, MEVIVS, causæ patrociniu, qui dogma, de subsidiaria successoris obligatione, summi tribunalis Wisuariensis adplausum meruisse, refert. ^{f)} Digna sunt, vt adseribantur, & confirmant nostra, quæ habet MEVIVS: onera, quæ tantum feudo incumbunt, non alia reputamus, quam quæ ex lege, vel consuetudine talia, reddita sunt; cetera qualiacunque sint, tantum vasalli onera existunt. Ad hæc etiam referimus impensas funebres, tanquam nec per ius commune, nec per prouinciale in istorum classem relatas. Quo-

ci-

^{e)} S. I. F. p. 32r.^{d)} in tr. de conc. cred. p. m. 166.^{e)} resp. 245.^{f)} D. 124. P. II.

circa funerari debet vasallus quisque ex bonis allodialibus, tanquam suis propriis, non ex feudo, cuius ususfructus tantum ad illum pertinet. Ideo si successor, sepulturae mandavit, tanquam alienum negotium gerens funeraria actione, sumtus ab heredibus repetit. Si tamen hereditas honestæ vasalli sepulturae non sufficit, ex feudo debentur impendia, eaque in subsidium sustinet successor.

§. XX.

Approbant sententiam, quam fori usus recepit, leges nonnullarum provinciarum. Dabimus exempla, quæ ad manus sunt. Venit in hunc censum, & cum primis commemoratione digna est de debitis feudibus *constitutio ducatus Magdeburgici* quam exhibet *ordinatio politica* C. VIII. §. 28. Ita vero legis verba sunt: *Alldieweil in denen Lehn-Recht-feudo solten. denen eigentlich Lehn-Schulden seyn, deutlich nicht enthalten, auch un-* Leges quædam scriptæ de sumtu fune-
neris in subsidium ex-
uendo.
halten, so haben wir nöthig zu seyn ermessen, solches in diese Policeny-Ordnung zu verfassen. Sehen demnach und ordnen; daß vor Lehns-Schulden, welcher der Lehn-Folger zu bezahlen verbunden, nachfolgende geachtet werden sollen: 1. was nothwendig, ohne undienliche Pracht, auf des Verstorbenen Begräbniß verwendet, im Fall dazu in *Allodio* keine oder nicht gnugsame Mittel vorhanden. Porro in *constitutione Marchica* de a. 1723. Wie es wegen der Succession, und Consens der Agnaten, zu halten, quam vide sis apud *LVNIGIVM* g) inter debita, quæ consensu suo munire iubetur successor, referuntur Begräbniß-Kosten, Trauer-Wagen, und Pferde, & paulo post additur: Es hatten aber die Gütther, wovon die Agnaten die gesammte Hand haben, nicht anders, als in subsidium, und dürfen diese letztere Posten aus denen adelichen Gütthern nicht bezahlet werden, als im Fall kein ander Vermögen und Allodium zu deren Bezahlung vorhanden. Sic in *constitutione de feudis Nouæ Marchiæ* h) a. 1724 condita, funeris impensa inter debita subsidiaria refertur, & quæ §. 7. ibidem habentur, cum primis notanda sunt: jedoch dürfen sie diejenigen Schulden, wofür die Gütther nur in subsidium hatten, ob gleich consentiret haben, anderergestalt nicht, als wenn zu deren Tilgung die übrige Allodial-Verlassenschaft nicht zureicht, bezahlen.

§. XXI.

Uterius non prætermittendum silentio, dari in Germaniæ provinciis *Soluit sumtus fune-
ris* feuda, quæ, generali legis dispositione, pro quouis debito hereditario obligantur in subsidium. De *Pomeraniæ* clientelis, rei originem, & singula-
*successor, si
ex lege feu-
dum æs alie-
num in sub-
sidium fert.*
rius huius iuris effectus, *MEVIUS* i) & *Megapolitani* iuris indolem *TORDUM* æs alie-

G 2

g) in corp. I. F. P. II. p. 870. §. 3. XXXVIII. & XLIV..

h) vid. eund. p. 886. §. 78.

i) cons.

NOVIUS ^{k)} exposuerunt; ex quorum traditis patet, vtramque eodem in ple-
risque iure vii. Ersi ergo qui in eius generis feuda succedit, æs alienum,
excusso allodio, soluere teneatur; non tamen omni vsu destituitur distinctio
in debita feudalia, & hereditaria, nec sumtus funeris mutat naturam, aut
in feudale onus absolutum transit, sed durat eiusdem, quam iure communi
habet, qualitas, qua non nisi in subsidium nouo vasallo incumbit. Ita
enim de eodem differit MEVIUS *l.c.* Wie denn in Pommern zu Lehn-
Schulden gemacht seyn, welche sonst proprie onera vasalli seyn, als zum
Exempel die Impensæ funebres, Trauer-Kleider, Wagen und Pferde &c.
& paulo post: Darbey der Unterscheid zu halten, daß die onera feudi, quæ
vere & proprie talia, allein aus den Lehnen abzustatten, obgleich der Lehn-
mann sonst ansehnlich begütert wäre &c. Wer die übrigen aber, so onera
vasalli seyn, jedoch sehr gedachtermassen zu Lehn-Schulden werden, hafften
die Lehne nur in subsidium.

§. XXII.

Honestæ & *Qui ita sentiunt, aut leges in hanc sententiam conceptas explicant, ple-*
piu est suc- rumque ad argumentum, ab *honestate* & *pietate* desumptum, prouocant. *De-*
cessoris obli- cori quoque rationes in subsidium vocant, cuius cura cuius probo eo acrius in-
gatio ad fe- cumbit, quo enixius bonæ famæ studium generosas mentes stimulare solet.
rendas fune- Quæ vero sub his terminis lateat sententia, quæ veri specie defendatur, videam-
ris impensas. mus? Vsu inualuit, vt quæ officia iure perfecto, & per actionem forensem
exigi nequeant, sed quorum adimpletio conscientia & pudori hominum relin-
quitur, & quorum obligatio ab occultis cuiusque rationibus, quas quilibet
æstimare debet, maxime dependet, *honestatis* elogio nuncupentur. Cum
ergo eius generis obligationes impune negligi queant, nisi lege ciuili, aut
pacto, iuris necessitatem acceperint; recte hoc sensu PAVLVS in l. 144.
D. de R. I. *non omne*, inquit, *quod licet honestum est*, & SENECA in Octauia,
id facere, ait, *laus est, quod decet, non quod licet*. Idem ferme *pietatis*
vox, sensu magis morali, quam theologico, supposita, exprimit. Et huc
mihi referendum videtur imperatoris ANTONINI exemplum, quem singu-
laris clementia *Pii* cognomine ornauit. De ALEXANDRO SEVERO refert
LAMPRIDIVS, diem nunquam transisse, quin aliquid mansuerum, ciuile,
pium faceret. Porro, non infrequens esse nouimus, reuerentia, amici-
tia officia, *pietatis* nomine insigniri. Singula hæc probant, eum maxime
honestum, *pium*que adpellari, qui virtutis & probitatis studium *vita* & mo-
ribus exprimit, nec ad solam iuris stricti regulam, sed potius ad amoris &
benignitatis legem, actiones suas componit. Hæc si ad funerariae impen-
sæ præstationem adplicentur, eo videntur redire: suadere *honestatis* & *pie-*
tatis rationes, ne funus vasalli, præter feudum nihil relinquentis, vnde
effe-

k) in tr. de feud. Megapol.

efferi possit, negligat successor, nec iniquum esse, vt lege aut consuetudine ad hoc adigatur. Iuuant hanc adfertionem complures, quae in successionis clientelaris causa occurrunt, circumstantiae. Sanguinis vinculum, & propriae gentis honor, primas in hoc censu tenent. Quodsi successorem, non sanguine iunctum, sed vi pacti & simultaneae inuestiturae duntaxat ad successionem adspirare, supponas, amicitiae singularis cum defuncto cultae, documentum habes, quae si vero, si sincero adfectu culta, turpe sibi ipse ducet, dehonestare amici exuias. Et eo mihi ICtus in l. 28. D. de R. & S.F. respexisse videtur, quando maritum ad funus vxori, nec patrem nec heredem habenti, ducendum, in quantum facere potest, condemnat raddita atione, ne iniuria eius videretur quondam vxor eius insepulta relinqui. Et licet ad feudum per simultaneam inuestituram vocatus, multum domini directi gratiae debeat; non minus tamen primi adquirentis liberalitatem experitur. Onerat famam, & conscientiam mordet, iuncta tenacitati, ingrati animi labes. Modica enim plerumque est funeris impensa, si ad praedii clientelaris laborem referatur. Cumque iis, eorumque posteritati, qui nobis bene cupiunt, ad reuerentiae officia obstringamur, ipsa vero sepultura, secundum decori ciuilibus modum suscepta, sit velut de defuncti praestantia testimonium, & quoddam quasi monumentum vitae laudabiliter transactae, indecorum vasallo successori videtur, famae, honori, memoriae decessoris sui, funeris denegando impensam, data veluti opera inurere notam.

§. XXIII.

Porro publicam vtilitatem obtinent, quae funeris sumtum commenda-
 dat & praelationis priuilegium huic impensae peperit: ex quo consequitur ^{Successori} ^{patius quam}
 vt, licet vasallum successorem ab aere alieno hereditatis iura nostra liberent ^{fisco funeris}
 aliam tamen & fauore singulari dignam funerariae causae rationem putent. ^{impensa im-}
 Vt corpora insepulta relinquuntur: inhumanum & nocium recte dicitur. ^{ponenda.}
 Necessitas ergo, quae in aliis quoque causis, exceptioni a regula praebet ansam, videtur excusare iudicem, onus funerarium extra ordinem alicui iniungentem. Sic non obstat dotis priuilegium, quin impensa in funus vxoris erogata, aes alienum dotis in l. 18. & 19. D. de rel. & S.F. dicatur. Non commode sepultura sine sumtu suscipitur, postquam certis personis ex humatione corporum lucri occasio indulta fuit. Quodsi ergo feudi successor huic oneri subtraheretur, nec ob allodii defectum, heredem haberet defunctus, onus hoc aut sanguine iunctis, quibus nihil prorsus lucri adfert mors defuncti, aut aerario publico, esset imponendum: illos ad sepeliendum cogere, aequitati contrarium videtur, cum iam satis durum fatum hereditatis inanis experiantur, hoc defendit, a praestatione sumtus funerarii, publicae causae fauor, fisco ob salutem rei publicae concessus, quem seruare omnino, & a modicis etiam impensis liberare, interest. Optima ratio esse dicitur,

tur, quæ pro fisco facit. Quæ legum ciuilium scopus primarius, publica utilitas, sola effecit, vt complura contra communes iuris regulas admitterentur. Cedant ergo & in hac caussa commoda priuata, publicis, & anteferatur caussa damni publici, priuato compendio. Sequatur impensa funeris eum, ad quem deuoluuntur bona defuncti. Successor enim, siue ius succedendi ex defuncti facto acquisiuerit, siue illud ex prouidentia maiorum profectum, morte eius ad celeriore effectum deductum fuerit, propter lucri acquisitionem, longo æquius funerario debito oneratur, quam quod ferendis publicis impensis destinatum est, ærarium.

§. XXIV.

*Nec filius
aliter quam
in subsidi-
um tenetur.*

Filium non posse feudo potiri, nisi heres patris factus fuerit, adeoque eundem oneribus hereditariis subiici, Longobardico non minus, quam Saxonico electorali iure, sancitum esse, suo loco monuimus. Inde quo certius colligitur, eum onus impensæ funerariæ frustra recusare; eo tutius adseritur, non aliam quam subsidiariam & deficiente demum allodio, efficacem esse, successoris in feudo obligationem. ^{l)} Quam validum enim sit reuerentiæ pietatisque vinculum, quod filios famæ honorisque paterni studiosissimos esse iubet: tantum tamen illud æquitas; & feudalis successionis natura, efficere non patiuntur, vt hereditate, expungendo æri alieno sufficiente, ipsum feudum ad conditionem mere allodialem redigat, licet emptum, aut ex alia caussa onerosa, adquisitum sit. Extra controuersiæ aleam hæc posita putamus. Sed placet vnam alteramue obseruationem addere. Notum est decretum Longobardicum, quod filium in feudum succedentem debitis paternis subiicit, alibi reprobari penitus, eique vsu & consuetudine permitti, allodium, mediante beneficio inuentarii, susceptum repudiare. ^{m)} Quo supposito, emergit quæstio, an debitum funerarium quod non feudi sed allodii æs alienum est, feudo retento, soluendum sit in subsidium? Sed nulla subest ratio, vt principia hæctenus adstrueta deseramus. Si quem pietas ad funerandum adigit, filius certe is est, qui sine improbitatis nota supremum officium parenti debitum recusare nequit. *Conducit patriæ*, inquit CICERO, ⁿ⁾ *pios habere ciues* in parentes. Sanctissima est ἀντιπελαγεγίας lex, qua ad paria liberi tenentur genitoribus, & vti hoc de obligatione ad alendum probat ius ciuile in l. 5. §. 3 sq. & 19. D. de agnosc. & al. lib. ita ad funeris impensas eadem dispositio rectissime applicabitur. Cumque de agnato & simultaneo inuestito eadem hucusque adserta fuerint, non alio filius vtetur iure, qui, repudiata hereditate, solo agnationis vinculo, feudum acquirit. Fingamus porro filium, postquam feudum, vna cum obærata patris hereditate, suscepit,

l) v. CARPZ. p. II. C. 46. D. 5. m) v. quæ habet DN a LVDWIG in. Dp. de oblig. succ. c. 6. & STRECKERI disp. cui titulus: dubia vexata miximam partem feudalia. n) offic. L. II. c. 23.

pit, ære alieno, & expensis funerariis nondum solutis, decessisse, feudumque ad successores, euentuali inuestitura munitos, deuolui, an hi iuste reculare funeris impensam queant, forensi disquisitum concertatione memini. Non desunt, qui hoc casu omne æs alienum ex feudo soluendum euincunt, o) idque ideo, quia, ex quo filius, debitum paternis summo iure onoxius, suscepit feudum, illa ipsam feudi substantiam adficere coeperunt. Sed gratia hæc proferri in medium, indoles successione singularis probat. In manifesto versantur errore, qui æs alienum hereditatis pro onere feudi habent, & impingunt in iuris certi regulas, qui ex filii obligatione, iniquam agnatis conditionem inferendam statuunt. Sed quid hæc ad funeris impensam, quam pietatis & æquitatis ratio ab aliis hereditatis oneribus distinguit. Si in hereditate filii quicquam superest, creditor funerariæ impensæ inde suum consequetur, inter concurrentes creditores, ex priuilegio causæ, collocandus: aut allodio prorsus deficiente, demonstrant, quæ hæcenus exposuimus, non iniquam esse sententiam, feudi successoribus hoc, quicquid est funerarii debiti, iniungentem.

§. XXV.

Ea est subsidiariae obligationis natura, siue illa lege, siue pacto nitatur, Ante excus- vt non, nisi deficiente principali, actionem producat. Non ergo dabitur *sum allodi-* contra successorem feudi funeraria actio, nisi exeuffo allodio, p) qui funeris *um non re-* impensa incumbit. Siue enim ex analogia iuris, quo fideiussores, sponsores, *nerur succes-* mandatores, beneficio IVSTINIANI ex nou. 4. c. I. magistratusue, pupillo subsidiario nexu obstricti, ex sententia l. 5. C. de mag. conu. fruuntur; siue ex generalioribus aequi naturalis principiiis, & ex indole obligationis subsidiariae, exceptionem nondum excusæ hereditatis, deducas; id certum est, euictumque, excussionem ad ipsum fundamentum agendi, contra successorem feudalem, pertinere. Hinc recte GAILIVS, q) tanta, ait, *huius exceptionis non factæ excussionis, efficacia est, vt creditorem a limine iudicii, tanquam sine actione agentem, repellat.* Nec est, cur moueamur eorum opinione, qui allegationem non susceptæ excussionis ad apices iuris referunt, & a simplicitate iudiciorum bonæ fidei, & a controuersis, quas sola æquitas dirimit, alienam esse aiunt, r) potiusque ad argumentum l. 3. & 23. C. de fideiuss. respici volunt, quæ antiqui iuris seruant vestigia, & electionis arbitrium creditori addicunt, contra debitorem principalem, vel fideiussorem experiundi. Sed temere hæc adfirmari, facili negotio euinci potest. Quod enim magis ex bona fide procedit iudicium, quam tutelæ arbitrium, de quo sancitum legimus in l. f. C. de diuid. tut. licet tu-

o) CARPZ. l. c. D. 6.
VIVS P. II. D. 122.
n. 23 sq.

p) modum excussionis breuiter delineatum exhibet ME-
VIVS P. II. D. 122.
q) L. 2. obseru. 27.

r) WESSEM. conf. XL.

rum, conuentione mutuum periculum minime finiatur, tamen eum, qui administrat, si soluendo sit, primo loco, eiusque successores conueniendos esse, non ambigitur. Quin potius, quod ante ius in Nouellis constitutionibus expositum, Romanorum legibus inualuerat, vt teste CAIO ^{s)} in creditoris potestate esset eligere aut debitorem aut fideiussorem, contra quem agat, & iure codicis in l. 3. & 5. C. de *fideiuss.* repetitum, id omne ex propria Romanorum legislatione profectum, ^{t)} & a IUSTINIANO postea correctum, atque subsidiariæ obligationis effectus ad normam naturalis iuris exactus fuit, porro cum hæc excussionis nondum peractæ allegatio non totum ius actoris perimat, consequitur, dilatoriam causæ, quam dicunt, hanc esse exceptionem, frustra quibusdam in contrarium nitentibus, ^{u)} adeoque, vti iure civili in l. 19. C. de *prob.* & l. 12 sq. C. de *exc.* sancitum, & praxi feruatur, eandem legitime & tempestiue esse opponendam, quo neglecto, excidit quidem successor feudi, in casum deficientis allodii obstrictus, ordinis beneficio, ob renunciationem ex silentio præsumtam, sed saluo contra heredes regressu. Hanc enim sententiam stricta renunciationis indoles probat, & argumentum, ab adpromissoribus, pro debitore primo solventibus deductum confirmat, quibus actione ex causa mandati, aut negotiorum gestorum prodita succurritur. v. l. 10. §. 11. D. m. l. 4 5. de *neg. gest.* Illud tamen atinet monere, quod cum illa, quæ in ordin. process. Sax. de dilatoriis exceptionibus dicuntur, magis ad dilatorias processus pertineant, quam ad dilatorias causæ, exceptio excussionis etiam litis contestationi annecti & subiungi possit: quod etiam BERGERVS ^{x)} obseruauit.

§. XXVI.

Sumtus funeris nemo dum excedant iudex arbitratur.

Non tenetur successor funeris impensam ferre, quæ ultra modum facti est. Laudanda omnino gentium moratorum cura, quam in minuendis funerum sumtibus adhibitam vetustissimarum legum memoria testatur. SOLONIS exemplum PLYTARCHVS refert, qui Atheniensium funerarias vanitates coercuit. Idam *decemuirali* legislatione sancitum, teste CICERONE ^{z)} nouimus. Et cum nostra ætas ab hoc vitii contactu non prorsus aliena sit necessarium videtur, vt de modo expensæ funerariæ addamus pauca. Seruare defuncti voluntatem, de modo funerationis expressam, iubet l. 50. D. de *her. pet. & nou.* 22. c. 2. sed non, nisi congruam rationi & facultatibus. Ita MARCIANVS in l. 13. §. f. de R. & S. F. *ineptas*, ait, *voluntates defunctorum circa sepulturam, veluti vestes, aut si quæ alia superuacua, vt in-*

s) in institut. L. II. tit. 9. §. 2. ap. SCHULTINGIVM in iurisprudencia ante Iustin. p. 157. z) curatius iuris Romani rationes explicat GVNDLINGIVS dp. cui titulus, singularia de beneficio excussionis capita. u) c. STRYK diff. d. ben. excuss. c. IV. x) BERG. œc. iur. III. 3. 12. 7. y) de leg. L. c. GRAVINA orig. p. 252. RITTERSH. ad L. XII. tab. C. I. c. 4.

in funus impendantur, non valere. Et VLPIANVS in l. 14. §. 6. D. de R. & S. F. Quid ergo, dilquirit, si ex voluntate testatoris impensum est: grauiusque respondet: sciendum est, nec voluntatem sequendam, si res egrediatur iustam sumtus rationem. Idque eo magis ad calum nostrum quadrare videtur, quo hereditatis inopia, onus impensæ funerariæ, extra ordinem feudi successoribus imponit. Porro ex æquo & bono, & seculi decoro locique moribus rem æstimandam quiuis facile perspicit. *Aequum* autem in l. c. accipitur in causa funeraria, ex dignitate eius, qui *funeratus est, ex causa, ex tempore, & ex bona fide*; quo satis innuuntur fundamenta, quibus prudentis iudicis arbitrium adiuuatur. *Dignitatis* status, quo gaudebat defunctus, ratio habenda est, ne parca nimis sepultura in defuncti contumeliam vergat. *Causa* generali notione, negotii circumstantias exprimit, admonetque iudicantem, ne a dignitatis ratione, facultatum, feudique conditionem seiungat. Quo maior onerum feudalium cumulus, eo maiorem successor meretur fauorem. Insignem hæc consideratio ambitum habet, iubetque iudicem, ad defuncti mores, fata, e vita exitum, & reliqua, quæ pondus habere queunt, respicere. Interdum *temporis ratio*, ea etiam, quæ leges honestatis alias permittunt, aut requirunt, videtur prohibere. Addit ICTUS, ex *bona fide* sumtus æstimandos, & ita sensum legis explicat, *ne plus imputetur sumtus nomine, quam factum est*. Vnde sequitur, iudicem, quæ sumtuuum modum, & quantitatem concernunt, probationes quoque impensæ erogatæ, recte sub examen reuocare, ne auaritia inde improbi lucri caperet occasionem, vnde pietatis documentum enasci debet. Et eo respexit O. P. S. R. ad tit. XLII. quando in concursu creditorum ex privilegio sumtus funerum, locandos præcipit, nach dem Zustande des Schuldners Vermögen, und des Richters Ermäßigung. Sic senatum appell. Dresd. loco CC. Ioachimicorum L. adiudicasse, & in alia causa DCCC. thalerorum summam adprobasse notauit, RIVINVS 2) In cautionis vicem scriptum videtur in Land: R. L. l. a. 77. Mit sein (successoris) Rath soll die Frau das Begräbniß bestellet. Sumtus enim, qui approbante successore factus, in iudicio improbari nequit. Addeamus his, quæ Augustissimus REX BORVSSIAE in constit. de hyp. & conc. §. 138. prudentissime sanciuit, licet casum moti concursus solummodo respiciant: Damit aber künstlich kein ungewissen und zweifelhaftes richterlichen Ermessens bedürffe, wie viel in Ansehung des verstorbenen Schuldners Standes und Vermögens an Begräbniß-Kosten anzusetzen, und aus den Nachlaß vor andern Creditoren zu bezahlen, wenn selbiges zu aller Befriedigung nicht hinreichend seyn möchte; So ordnen wir hiermit, daß in eines von Adel Concurs an Begräbniß-Kosten zuzulassen

2) in enunc. ad d. t. O. P. S. en. 27.

50 Rthlr. die wenn das Allodium nicht zureichend seyn sollte, aus dem würckl. oder ins Erbe versetzten Lehen zu bezahlen, zu eines vornehmen Bedienten Bürgerlichen Standes auch 50 Rthlr. zu eines geringen Bedienten, Kauffmanns, oder Künstlers 30 Rthlr. zu einem gemeinen Bürgerlichen Begräbniße 10. Rthlr. und solches kan der Sterbende, wenn er gleich ein mehrers verordnen wollen, durch seine Disposition in keine Wege ändern, zumahl aller Überfluß, so auf Stand-Reden, Leichen-Predigten, Gastmahle, Leichen-Steine, und so weiter verwendet werden, billig hie cessiren müssen.

§. XXVII.

Dubia circa sumtus funebres ex mitiore sententia decidenda.

Refert Ictus in l. 14. §. 6. D. de R. & S. F. funerariam actionem continere funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumtuum. Euenit inde, vt in censu & disputatione sumtuum funebrium complura occurrant dubia, quorum nonnulla adicere placet. Conuiuia funebria, quae luxum plerumque alunt, & in computationes definiunt, reiecta KIVINVS l. c. notauit. Et recte hæc omittenda crederes, nisi ea apud nos inualuerit viuendi ratio, vt quaeuis euenta in commensationum occasionem uertamus quasi nihil sine Cerere & Bacho recte & decore perfici queat. Laudationibus & concionibus, quae in funerum solennibus ex inueterato more interuenire solent, litem mouere prohibent commoda clericorum, vsu & legibus firmata. Vestes, pepla, fasciæ, quibus uidua, cognati, familia, tanquam publicis luctus indicijs, instrui solent, a sumtibus funeris recte separantur, nisi successorum liberalitas, pietatis sensu excitata, modicum indulgere, receptosque mores ad euitandum auaritiæ conuiuium seruare velit. Luculenta est illa sanctio, & ad rem pertinens, quæ habetur in artic. gener. c. 16. Es soll auch der unnützen Kosten und Ausgebung der vielen Trauer-Binden ic. und andern, so bis dahero bey dem Begräbniße an etlicher Orten gebräuchlich gewesen, und die Leute damit nicht wenig beschweret worden, gänzlich abgeschaffet, und mit Ernst darüßer gehalten werden. Si feudo, quod tenuit defunctus, annexum ius patronatus ecclesiasticum, ferunt mores, legesque, quibus ecclesia regitur, permittunt: vt luctu publico instituto, honorem patrono defuncto restetur ecclesia. Modum luctus in Saxonia nostra determinauit rescriptum regium de d. 13. Mai. a 1718. superfluum ergo esse credimus, iis refutandis immorari, quæ contra luctus publici rationem ex institutis ecclesiæ veteris aut iudaicæ allegari solent. ^{a)} Solent altaria, subselliaque, chorus, organa musica signis lugubribus amirari, cumque id citra sumtum fieri nequeat, ipsa uero patroni defuncti hereditas illi ferendo interdum impar sit, in disquisitionem venit, an ipsa ecclesia patronata, vel successor onus illud subire in subsidium cogatur, an uero rectius negetur, has impensas ad fune-

ra-

^{a)} BOEHMERI Dp. de eo, quod iustum est, circa luctum publicum §. 32. SCHIL-TER I. can. L. 2. T. 1. §. 39. not.

rarium sumtum pertinere? Si Romani iuris regulam sequimur, vix locum inter funerarias impensas inueniet, quicquid in hanc causam erogatum est. Nec, si res cum creditoribus defuncti peragenda, iudicantis calculum hæc impensa facile merebitur. Ecclesia, licet sancto omnino reuerentiae vinculo obstringatur patrono, cui consequens videtur, vt luctus solennia, proprio sumtu, memoriæ meritisque patroni exhibeat; vix tamen piæ causæ fauor, aut quæ ecclesias parochiales plerumque premit, paupertas, permittent, vt ecclesiastico aerario luctus impensa imponatur. Quod si ergo cum ratione luctus ille susceptus est, cedit successoris pietas necessitati, & quod lex honestatis exigit, vltro præstabit. De marmore sepulchrali, ^{b)} epitaphiis, aliisque commendandæ seruandæque memoriæ defunctorum instrumentis: non est, vt plura addamus, cum ad hæc præstanda, stricto iure, ne heres quidem teneatur. v. l. 50. D. de her. per. l. 37. D. de R. & S. F.

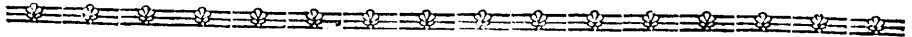
§. XXVIII.

Non sufficit erogatum quid esse *boni viri arbitratu*, sed & probanda *impensæ funerariæ probatio*. ^{Haec} probatio ita adornanda, vt appareat, non superflue, & vere impensam factam esse. Duo in hac visione casus distinguendi. Fac enim subministrasse quendam pecuniæ quantitatem, eius postea arbitratu erogatam, qui curam funeris suscepit. Huic sufficiet, in causam funeris, seruato modo probabili, credidisse. Sed de eo intricatior est disceptatio, an versionem in funeris causam probare teneatur creditor? Affirmantium partes tuetur ^{MEVIUS} ^{c)} ideo quod iniquum videatur, dari contra eum, quo cum non contractum est, actionem nisi eiusdem mandato, vel in eius vtilitatem versione, probatis. Sed animo potius creditum dantis, & causæ necessitatem respicientis, standum, nec difficili probatione in hac causâ onerandum esse creditorem, complura vrgent. ^{d)} Nemo iure exigit a creditore vt ipse funus curet, dum credit ad funerandum. Quis beneficium, credendo in eos collatum, quibus onus funeradi incumbit, tam molesta opera rependere astit? Liberat creditorem, exercitoria actione agentem, ICIUS in l. 7. §. 3. D. de exerc. a cura dispiendi, an in ipsam rem ob quam creditum, erogata sit pecunia. Luculentius argumentum l. f. C. de pign. suggerit, qua qui ad militiam redimendam mutuo dederunt, iure pignoris gaudent, licet debitorem ex eorum pecuniis militasse, non probauerint. Sufficit ergo funus rite ductum esse. Alter casus ipsum respicit, qui curauit exequias. Is vero primo loco impensas, exactus designet, non in folle, vt dici solet. Expendendum iudici, quæ cuiusuis expensæ causa, & an illa necessaria, modum.

H 2

^{b)} vid. Dn. præses de monumento secundum testatoris voluntatem faciendo. ^{c)} P. II. D. 223. ^{d)} vid. Dn. præses de priuilegio pecuniæ in certum usum creditæ ex animo dantis assumendo.

dumque teneat, nec ne: Quo facto veritas expensæ iisdem probandi mediis adseritur, quibus in aliis causis utimur. Testium fides, apochæ eorum, quibus quicquam solutum, coniecturæ, & iuramentum eius, qui erogavit, adhibentur, eadem æquitatis ratione, qua IUSTINIANVS in l. 36. pr. C. de don. in erogatione donationis, ad redimendos captiuos facta, non plenas requirit probationes, sed standum esse sacramento administratoris voluit. Quin iure Lubecensi, impensam funeris nuda creditoris adsertione probari MEVIUS e) testatur. Quod rationem omnino habere videtur. Nec enim in negotio hoc domestico res ad apices iuris exactissime probationis regulas exigenda est.



XXXIII.

D I S S E R T A T I O

DE FIDE INSTRUMENTORVM
IN PRIMIS PVBLICORVM.

Germ. Von gericht- und außsergerichtlich verfertigten Beweischriften, deren Gültig- und Ungültigkeit vorm Richter.

VITEMBERGAE, AD D. VI. IUN. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVIII.

§. I.

*Elogium vi-
tæ practiæ.*

Cum omnis fere *iurisprudentia* in regendis civium *actionibus* in primis occupetur, & ipsæ *leges* sint *media* civibus præscripta, ut voluntati & finibus superioris satisfiat, quæ vana sunt & inania, vimque suam perdunt, nisi *ad usum* rerum in foro accommodentur; apparet; sterilem & superuacuum esse *iurisprudentiam*, nisi cognitione legum in *litibus exercendis* aut diiudicandis maxime utamur. Hoc est, quod veteres, etiam sapientes, dixerunt, *theoriam* iuris, solam, fere *stramineam*, *praxin* vero *auream*, videri. Igitur nolim fidem habere quibusdam ceteroquin magnis viris, quibus fori strepitus & murmura clientium bilem mouent, & nauseam, ut lubricationum domesticarum delicias cupidissime deuorent, sed abhorreant publica causarum disceptatione. Enimuero horum aliqui non multum dissimiles sunt illis, qui omnem industriam in cultris & gladiis cudendis atque poliendis collocant, sed non solum uti gladio & cultro, atque secare ac scindere nesciunt, sed cultri etiam & gladii aciem sua sollicitudine obtundunt, ut nullus illorum usus sit in secando & scindendo: aut, qui arma tra-

sta-

e) ad ius Lubec. l. 3. t. I. a. II. n. 38.

stare docent, & tela etiam aliquando mittunt, sed in solitudine & temore aduersario; ipsi vero damnant militiam, & congregari atque manus conferere non audent, sed campum fugiunt, in quo ingenium & virtutem experiantur. Nimirum, qui ita sentiunt, vel verba legum tenent duntaxat, quod CELSVS ait *l. 17 ff. de leg.* sed vim ac potestatem illarum nesciunt, vel, si etiam recte in iurisprudencia versati sunt, tamen a rebus agendis atque administratione reipublicæ, quæ animum viuum & præsentem desiderant, propter pusillitatem animi & dissidentiam, penitus abhorrent, aut certe, quod videri malunt, *ius* tamen *formularium*, quod nostri *modum procedendi*, seu *processum* appellant, ferre omnino nequeunt, vt potius hæere in tenebris cupiant, quam illa *processus* barbarie contraminari. Illi quidem certe cogitare debuissent, neque *Romanorum formulas*, quas ipsi cum laude excutiunt, omnino bellas atque plenas elegantia fuisse, verum, quod res ipsa postulat, ad captum ciuium, inter quos lites exercentur, verbositatis euitandæ causa, accommodatas, vt confestim ex ipsa formula, quid partes peterent, intelligeretur; quod fieri commode vix posset, nisi singulis negotiis certa & definita formula præscripta esset. Mihi certe nunquam placuit illa elegantia, quæ vim & neruum efficacissimæ illius artis frangit & infirmat; quandoquidem omnis elegantia, quæ ab *usu* communi & societate hominum nos excludit, cum quadam molliæ coniuncta est: quam si fugerent magna illa ingenia, quæ in exquirendis deliciis artis nostræ occupantur, nescio quid præclarum & insigne in rempublicam ab ipsis proficisci posset. In præsentiarum quidem de *præctico* quodam *argumento*, & cui præcipue in bello illo forensi vsus est, placuit quædam obseruare.

§. II.

Sed in ipso litigio forensi, seu *processu*, nulla dignior cura est, quam *Instrumenta*. vt de *probatione* cogitemus. PAVLLVS enim *l. 2. ff. de probat.* ei, qui dicit & agit, *probationem* incumbere, affirmat, & nihil agi, nisi *fides* factorum *fiat* iudici, a quo sententiam expectes. Neque enim potuit aliter illa disceptatio finire, cum inter *dissentientes* lis suscipiatur, &, quæ alter dicat, plerumque neget pars aduersa, donec, quod CELSVS ait, *l. 13. ff. de probat.* causa cognita, veritas excutatur. Quapropter VLPPIANVS *l. 19. pr. ff. de probat.* & SEVERVS atque ANTONINVS *l. 1. C. eod.* idem etiam in exceptionibus obtinere docent, vt reus partibus actoris fungatur, & exceptionem probet, vti probationem intentionis ab actore expectamus. Igitur ausim affirmare, quod nulla lis forensis, nisi pacto & transactione litigantes rem componant, *sine specie* aliqua *probationis* finiatur. In ipso *processu executiuo*, quem vocant, & cum ex confessione partis iudiciali agitur, *scriptura* aut *fides iudicis probationem* liquidam continet, ex qua conestim de iure actoris cognoscatur. Omnis igitur vis litigii forensis in *probationibus*

bus, versatur, atque in *instrumentis* iudiciariæ probationis. Operæ pretium videtur, de illis pauca commentari.

§. III.

*Instrumenta
probationis.*

Sed *instrumentorum* quidem nomine, si PAVLLVM *l. 1. ff. de fide instrumentor.* audias, ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest, & erui veritas rei in iudicium deductæ; ideoque tam *testimonia*, quam *personæ*, id est, testes, *instrumentorum* appellatione continentur. Idem etiam VLPIANO visum est, qui *l. 99. §. 2. ff. de V. S.* perquam difficile quidem esse, ait, separare, quid *instrumentorum* appellatione comprehendere videatur; sed *personarum* tamen, quæ instruere possit, & de gesto negotio testari, *instrumentum* dici posse, arbitratur. Eodem fere sensu VLPIANVS in alio argumento cum de *instrumentis fundi* disputat, & SABINVS in libris ad VITELLIVM, *l. 8. pr. ff. de instruct. & instrum.* omnia illa in fundi instrumento esse, docent, quæ fructus quærendi, cogendi, conferuandique gratia parata sunt, ut etiam *homines*, qui agrum colunt, & qui eos exercent, & qui illis præpositi sunt, ut admonitores & villici, *instrumenti* nomine contineantur. Haud multo secus NERATIVVS apud PAVLLVM *l. 13. §. 1. ff. eod. tit.* *instrumento* balneario etiam *balneatores* comprehendit, ait, ut intelligatur, *instrumentum* omnia notare, quæ ad negotium cui accommodata sunt, perficiendum pertinent, ut res ad finem & effectum perducatur. Itaque ut serui & vasa fundorum *instrumenta*, ita etiam *testimonia*, seu *scripturæ*, & *personæ*, i. e. *testes*, videntur probationis esse *instrumenta*. Quapropter GRATIANVS cum collegis, *l. 25. C. de probat.* causam testibus inprimis instruendam esse, ait; ut constet, testes præcipuum esse probationis *instrumentum*. Certe ARCADIUS quidem *l. 1. ff. de testib.* testium inprimis usum frequentem & necessarium existimat, illorum maxime, quorum fides non vacillet: sed contra GAIUS Ictus, *l. 4. ff. de fide instrument.* magis fere *scripturæ* confidit, quæ ideo fieri soleat, ut per eam *facilius*, quod actum est, probetur. IVSTINIANVS etiam *l. 14. C. de contrah. & committ. stipul.* in fine, *melius* per scripturam, quam per testes utique etiam idoneos, instrui probationem, ait. Quæ res effecit, ut magis fere *scripturas instrumenta* appellemus. Ita *instrumentum* emtionis ab ALEXANDRO *l. 4. C. de probat.* *Instrumentum donationis*, a DIOCLETIANO & MAXIM. *l. 18 & 20. C. eod.* & *instrumentum proprietatis* *l. 8. C. de fide instrum.* nominata sunt. Certe CONSTANTINVS & IVSTINIANVS *l. 15. & 18. C. de fide instrument.* & *§. 12. I. de inutil. stipulat.* *instrumenta* & depositiones testium, *scripturam* & testes idoneos, inter se opponunt; ut non sit locus dubitationi *instrumenta* specialiter & inprimis *scripturas*, quibus probatio instruitur, notare. Neque vero caret ratione, quod magis fere *scripturæ* quam testibus credamus in probatione; quando-

qui-

quidem instrumenta ipsius facti aliquod quasi vestigium & notas ab auctore expressas, ex quibus facti veritas intelligitur, continent, testes autem facile lubrica memoriæ facilitate imprudentes etiam decipiuntur.

§. IV.

Igitur *instrumentorum* nomine, si strictius accipiatur, *scripturæ* continentur. Certe veteres, imprimis GAIUS l. 4. ff. de fide instrum. PAVELLVS ^{Scripturæ eod.} l. 4. eod. GALLIENVS l. 7. C. de probat. & VALENS cum collegis l. 24. C. ^{rumque san-} eod. ^{ctus.} instrumenta & scripturas promiscue appellauerunt. Quod ut plenius intelligatur, CALLISTRATVS l. 5. ff. de fide instrum. instrumenta dixit *litterarum consignationem*, VLPIANVS *tabulas* l. 6. ff. eod. MODESTINVS, *chirographum*: l. 24. ff. de probat. DIOCLETIANVS, *scripturam*, in quam rei gestæ *testimonium* conferatur, l. 12. C. de probat. PHILIPPVS *testationem* & *annotationem*, l. 5. C. de probat. DIOCLETIANVS & ANTONINVS *alibi epistolam*, l. 29. ff. & l. 13. C. de probat. imprimis *instrumentum natalium*, FERENTIUS CLEMENS, l. 16. ff. de probat. & DIOCLETIANVS l. 14. C. de probat. & l. 6. C. de fide instrum. *professiones* scriptas, appellauerunt. Hæc igitur sunt instrumenta illa, quæ testibus subinde opponuntur. Illud attinet monere, præcipuum quoddam vinculum fidei veteres & singularem sanctitatem in *scripturis* quaesuisse. Nota est l. 16. C. de fide instrum. quamvis incertæ auctoritatis, quæ illum, qui *negauerit* scripturam a se confectam, & mendacii per comparationem litterarum conuincatur, *solidis viginti quatuor* multauit. Aut omnia me fallunt, aut huc etiam pertinet, quod scripturæ in dubio credatur, & omnia, quæ in scriptura commemorata sunt, atque ad formam negotii pertinent, *solemniter* gesta esse censeantur. Certe IVSTINIANVS l. 14. C. de contrah. stipul. & §. 12. I. de inutil. stipulat. ait, si quis, conscripto stipulationis instrumento, neget, se illo die adfuisse, & stipulationem more solito contractam, non audiendum esse, qui talia alleget, nisi manifestissimis probationibus ostenderit, suspectam esse instrumenti fidem. Imprimis maiores nostri inter præcipua *dedecora* & *indignitates*, quibus etiam *natales* & *ius imaginum* contaminetur, habuerunt, si quis *fidem scriptura datam* fefellerit, & ab officio discesserit, quod dato chirographo adstrinxit. Luculenter moris prisici vestigia *Mauritiis*, Saxonum quondam princeps elector, in *ordinat. politica*, quæ an. 1550. prodiit, tit. Daß zwischen ehrlichen und verläumbdeten Leuten Unterschied gehalten werde, expressis; dum nobiles hoc scelere contaminatos nobilium consortio excludit. Ita enim serenissimus leg. sator: Wo einer von Adel sein Vrieff und Siegel nicht hält, und die andern dessen gründliche Wissenschaft haben, daß sie sich seiner gänglich entäußern, keine Gemeinschaft mit ihm haben, sondern sich also gegen ihm erzeigen, wie ihre Vorfahren, in gleichen Fällen, gegen die Schuldigen gethan. Ex qua lege intel-

telligitur, hanc speciem doli maxime insignem esse, si quis officium scriptura obligatum deseruerit, & non solum promissi, sed etiam scripturæ suæ, immemor fuisse videatur. Quæ res omnino habet rationem; cum deliberatius se obstringat, qui non verbis duntaxat se obligat, sed *conscribit* etiam promissionis instrumentum, ideoque minus excusate fidem fallit scriptura solenni obligatam. Sed maiores quidem nostri, uti ex lege iam adducta intelligitur, scripturam atque instrumenta, *brieffliche Urkunden, Brief und Siegel, Brieffe*, appellarunt. Inprimis, *publica* instrumenta, *Brieffe*, nominata sunt. Insignis est locus iuris prouincialis Saxonici, in quo publica principum instrumenta Offene besiegelte Brieffe appellantur. Ita enim collector. l. R. 42. Doch mögen die Fürsten gewären einem Mann, des, das sie ihm verkaufft oder geliehet hätten, mit ihren offenen Brieffen besiegelt 2c. 2c. Den Brieff soll man antworten dem, auf den man klagt, zu einem Gezeugniß der Klage, ob er es darnach bedarff. Quo sensu, fere Romanos instrumenta subinde etiam *epistolas* dixisse ex l. 29. ff. de probat. & ex l. 13. C. eod. supra fuit obseruatum.

§. V.

*Instrumenta
publica.*

Sed quoniam *instrumenti publici* mentionem fecimus, attinet de speciebus instrumentorum, & de *publicis* inprimis, aliquid monere. Notum est, *publica*, quasi *publica*, & *priuata*, a doctoribus commemorari. Sed *publica* vel a *materia* appellantur, quæ ad statum reipublicæ pertinent, atque ab ipsis rerumpublicarum capitibus, publica auctoritate, conficiuntur. Hoc nomine *instrumenta pacis, recessus imperii, & publicæ* imperatoris cum statibus *conuentiones*, appellantur. Sed alia ad *priuatos* pertinent, quæ publica magistratus & *iudicis* auctoritate muniuntur, aut actis publicis insinuantur. Hæc & ipsa *publica* dicimus. HONORIUS ENIM & THEODOSIUS l. 6. C. de re iudic. *publicam* fidem & monumenta *publica* appellat, quæ coram *iudice* gesta & actis insinuata, perpetuam firmitatem nanciscantur. Idem in *auth. ad hæc. C. de fide instrum.* charta, quæ ex archiuo publico profertur, testimonium publicum habere dicitur. Ut ne possit dubitari, negotia priuatorum coram *iudice* tractata & conscripta, vim *instrumenti publici* habere. Illa quidem BALDVS *probationes probatas* appellauit, de quibus dici solet illud famosum: *noli me tangere*. Id quidem expeditum est, ne morte quidem iudicis aut cognitoris instrumenti fidem publicam perire. Quod HONORIO & THEODOSIO placuit, l. 6. C. de re iudic. Neque tamen cum illis facerem, qui omnia solennia in instrumento *publico* remitti censent, quod LVDOVICO visum est a). Enim vero, ut taceam receptionem testamenti iudicialis, donationis geradæ, & similia, in quibus ille oppido fallitur; certe *Saxones*, etiam veteres præsentiam duorum *scabinorum*

a) LVDOVICI doctr. pand. tit. de fide instrum. §. 4.

rum & iudicis desiderarunt, vt instrumentum iudiciale fidem publicam haberet. Ita enim L. I. Land-Recht *art. 7.* traditum est: Was er aber vor Gerichte thut, da soll der Mann nicht um schweren: denn das überzeuget ihm der Sachwaldige wohl, mit zweyen andern Mannen, und der Richter soll der dritte seyn. Ex quo loco non potest, esse obscurum, praesentia duorum testium iuratum opus esse, qui sua affirmatione inficiantem reum mendacii, cum testimonio iudicis, conuincant: & nemo dubitat, *scabinos* intelligi, quibus in illa causa fides habeatur. Nostri, in electoratu Saxoniae inprimis, praesentiam scabinorum, cum res actis insinuat, tam sollicitè non exigunt, si *testimonium publicum*, quod registraturam vocant, ab actuario & vtraque parte subscribatur. Sed loci, temporis, & circumstantiarum diligentem annotationem, quae partibus praelegenda est, desiderant, vt ipsi fides habeatur. Quandoque etiam, si res suspecta videatur, iuramento suppletorio, quod parti iniungitur, vel purgatorio, quo actarius suspicionem diluat, locum damus. *O. P. R. tit. II. §. 6.* Neque enim sufficit, si actarius affirmet, nihil dolo malo a se factum esse; sed iureiurando comprobare debet, quod omnia, vt gesta sint, conscripserit. Certe *Dn. praeses* mihi indicauit, haud ita pridem *scabinos Wittenbergenses*, actuarium, qui, propter suspicionem falsi, iurare iustus erat, quod rem, vti gesta esset, literis consignauerit, & in registraturam retulerit, poena arbitraria coercuisse, cum illud iusiurandum praestare recusaret; quamuis iurare paratus esset, quod nihil *dolo malo* retulerit in registraturam. Nisi igitur aliud quid obiter, creditur instrumento *publico*. Neque enim in Saxoniae electoratu reus ad diffussionem publici instrumenti admittetur, *decis. elect. 74.* Quod & veteribus placuit, qui negauerunt, iurari posse contra fidem coram iudice solenniter obstrictam. Ita enim Saxones *I. L. R. art. 7.* Wer etwas borget oder gelobet, der soll es gelten, und was er thut, das soll er halten. Will er es aber läugnen darnach, er erwehret sich des mit seinem Eyde, wo er es vor Gerichte nicht gethan hat. Was er aber vor Gericht thut, da soll er nicht um schweren. Imo vero in electoratu, quod constat, ne recognitione quidem instrumenti *publici* opus est, modo negotium coram iudice gestum, aut ab vtraque parte, cuius interest, actis fuerit insinuat. Ita enim abscisse ab augustissimo legislatore in *ord. P. R. tit. 25. §. 2.* constitutum: Also sollen gerichtliche Acta und Instrumenta, so entweder über einen vor Gerichte getroffenen Handel gefertigt und abgefast, oder auch denen Gerichten, von denen contrahirenden Theilen, gebührend vorgetragen, und daselbst entweder confirmiret, und bestätiget, oder denen Actis publicis einverleibet worden &c. Ex qua lege certum est, illa, quae altero non audito, ab vna duntaxat parte iudici exhibentur, vim plenam, sine recognitione, non nancisci, sed *decisionem 74.* in illis capitibus, in quibus non expresse correctae

est, etiam hodie vim legis retinere. Ceterum exceptiones contra *publicum instrumentum*, quod recognitione indiget, parti aduersae semper referuantur *d. §. 2. O. P. S. R.*

§. VI.

*Instrumenta
principis.*

Ita fere habendum est, de iudicialibus instrumentis. Haud multo secus de illis, quae nomine & auctoritate *principis* munita in iudicio subinde producantur. Neque enim disputatione indiget, litteris *principis* fidem esse, a cuius potestate omnis auctoritas iudiciaria proficiscitur & sancitur & defenditur. Illud tamen GRATIANO & collegis *l. 1. C. de. mandat. princip.* placuit, ne cuidam nuncio, qui cum mandatis principis veniat, credatur, nisi sacras principis litteras exhibeat, ex quibus de eius voluntate possit penitus constare. Sed IVSTINVS & IVSTINIANVS *l. 2. C. eod.* admiserunt, vt, si de iudicis assessoris datione, aut de recte ferenda sententia aliquid praecipiat, fides esset iudici, modo, se non de scripto, sed ore a principe aut quaestore palatii, aut aliquo referendariorum, illud accepisse, protestetur. Ceteroquin *litteræ* principis sufficiunt ad fidem faciendam: neque aliquis desiderauerit, vt, praeter *principem*, aliquis consiliariorum, aut scribarum, mandatis principis, aut instrumentis ab ipso profectis, nomen suum adiiciat; nisi hæc forma ab ipso principe fuerit praescripta. Hoc postremum enim si lege definitum fuerit, certum est, illud negligi non posse, & inferiores habere causam dubitandi, vt haec seria principis fuerit voluntas, in qua declaranda modus, quem ipse praescripsit, fuerit neglectus: quod etiam GAILIVS ^{b)} obseruauit. Quamuis enim constet, nomen ab ipso principe subscriptum esse; tamen, si forma consueta sit neglecta, ignoratur, an non principem poenituerit consilii, an non in aliam partem abierit suafu amicorum, an non causa cognita discesserit a priori voluntate; cuius rei suspicio oritur, forma instrumenti ordinaria omissa. Ita LEO imperator *l. 6. C. de diuers. rescript.* mandatis suis fidem derogat, nisi cocti muricis, & tritici conchilii ardore signata fuerint, & ipsius principis subscriptione confirmata. Igitur si certa rescriptorum forma definita fuerit, non immerito de principis voluntate dubitatur.

Sed, nisi grauius quid obstat, solum *nomen principis*, maxime in causis gratiae, sufficit, vt rescripto fides habeatur. *Dn. praeses* mihi retulit, mense Ianuario anni 1732. eiusmodi speciem ab exteris quibusdam, ordinis Ictorum Witembergensium oblatam. Aduocatus fisci possessorem fundi cuiusdam de tributis conuenerat. Reus, detrectata litis contestatione, *privilegium exemptionis* manu *principis* subscriptum, auctori obieciebat, in vim exceptionis, quae litis ingressum impediret. Actor replicabat, *nomen principis* non sufficere, sed rem suspectam esse, quandoquidem neque *nomen con-*

silii-

^{b)} GAILL. I. obseru. 14. n. 5 seq.

filiarii, neque *scribae* aut *secretarii* omnino, subiectum instrumento, neque copia illius privilegii, in archiuo, & libris copialibus, quos vocant, inueniatur, in quos soleant omnia privilegia referri: itaque dubitari non posse, quin malis artibus impetratum fuerit rescriptum. Sed Ictis visum est, illam exceptionem liquidam esse, neque propter has replicas, pro turbida habendum. Itaque remissa litis contestatione, ingressum litis impediri per publicum exemptionis instrumentum censuerunt: sed actorem tamen ad replicas probandas admisere: Daraus so viel zu befinden, würde Kläger die fol. 131 seqq. sub A. B. und C. producirten Documenten, wenn ihm solche nachmahlen in Originalibus vorgeleget werden, gebührend recognosciren, immassen ihm sub pœna recogniti zu thun obliegt; so hat dessen Suchen nicht Statt; er könnte und wollte denn die darwider vorgeschickten Einwendungen binnen Sächsischer Frist, wie Recht, erweisen, dessen genösse er nicht unbillig, darwieder Beklagten sein Gegen-Beweis, und anderer rechtliche Nothdurfft, auch beyden Theilen die Endes Delation, billig vorbehalten wird, ferner darauff zu beschehen, was Recht ist. Cui responso hæ fere rationes adiectæ sunt: Dieweisen Scriptura Principis die Vermuthung der Solennität und Wichtigkeit vor sich hat.

arg. l. 14. C. de contrah. stipul.

LEYSER. *meditat. ad P. T. I. spec. 7. n. 1. p. 63.*

die sub & obreptio hingegen bey obangeführten Umständen nicht præsumiret wird, sondern allen Falls erwiesen werden muß.

arg. l. 6. ff. de probat.

GAIL. I. *obs. cam. 14. n. 2. p. 28.*

MENOCH. *de arbitr. iud. II. cent. 24. c. 313.*

ENENCKEL. *de priuileg. l. 1. c. 6. n. 48. seqq.*

Dahero die von Beklagten auf die angezogenen Documenta gegründete Exception, pro litis ingressum impediende, allerdings zu achten, nichtin Kläger die darwieder gemachten Einwendungen, welche in altiori indagine be ruhen, gebührend zu erweisen hat etc.

Vnum omittere non possum, quod Saxones veteres aliquando desiderauerint, vt litteræ principis per eius nuncium, viua voce, verbis expressis, confirmentur. Ita enim vetus collector 2. l. N. 42. Doch mögen die Fürsten geweren einem Mann deß, das sie ihm verkaufft oder geliehen hätten, mit ihren offenen Brieffen besiegelt, also, daß sie mitsenden einen ihren eingebohrnen Dienst-Mann, der das Guth vertrete, an ihre Statt.

§. VII.

Discedam ab instrumentis publicis, si de *notariorum* instrumentis qua- *Instrumenta*
dam obseruauero. Notum est, quibus legibus & solennitatibus illorum si- *notariorum.*

des sit adstricta: Illud admonendum est, non sufficere, si ab omnibus pro notario ille habeatur, qui scripsit instrumentum; sed vere creatum duntaxat non putatum notarium admitti. Quae enim *l. 3. ff. de offic. praetorum.* POMPONIVS & VLPIANVS de barbario Philippo retulerunt, partim ad iudices proprie sic dictos pertinent, partim *notario* falso non patrocinantur, qui nunquam fuit notarius creatus. Barbari enim Philippi acta seruabantur, quia ipse a toto *populo* pro libero habitus, & praetor *solemniter* creatus erat. Certe in patria mea, in foro *Norimbergensi*, probatio producenti iniungitur, si de fide & creatione notarii excipiat. Ita enim expresse constitutum: c) So der Kläger zu Beweisung seiner Klage, oder der Beklagte zu seiner Defension und Gegen-Wehr ein Instrument gerichtlich auflegt, und der Wiedertheil dasselb anfechten würde, als, daß der Notarius unbekandt, und nit glaubwürdig oder nit legalis wäre, 2c. 2c. so soll derjenige, der sich des Instruments zu gebrauchen vermennt, beweisen, daß der Notarius, unverläumbd, glaubwürdig, und legalis sey, darauf, und des Gegentheils fernere Einred, ergehen soll, was Recht ist. Præterea in *Saxonia electorali* notarios nisi a facultate quadam iuridica Saxoniae examinatos, & a regimine Dresdensi immatriculatos non admitti, d) constat. Sed in terris imperii, omnium, qui legitime creati sunt, instrumenta fidem habent, si illa excipias, quæ in insinuatione processum cameralium desiderantur. His enim tunc demum creditur, si, productis scientiæ & dexteritatis suæ probatissimis testimoniis, matriculæ inscripti sint notarii. e) Cerera ex decantatissimis legibus apparent.

Vnum adî cere non superuacuum est, quod MAXIMILIANVS I. f) tempore *nocturno*, sine suspicione, scribi instrumenta non posse, arbitretur. Sed lepidus est SIGISMUND. SCACCIA g) qui notarium falsi crimine absoluit, si instrumentum, quod noctu confecit, se interdum confecisse. asserat in instrumento. Imo vero pertinet ad officium notarii, ut non solum iudicet, quod noctu gestum sit negotium, sed causas etiam necessitatis, quæ illud tempus postulauerint, ingenue exponat. Ita omnis suspicio diluitur.

§. VIII.

Testes in instrumentis notariorum.

De subscriptione & commemoratione *testium* in notariorum instrumentis non prorsus inter legum interpretes conuenit. Inprimis inter HVBERVUM h) & illustr. DN. de BERGER i) lis de illo argumento intercessit. Enim vero *nou. 73. cap. 5.* subscriptionem testium necessariam esse, præcipit, ad fidem instrumenti. Neque enim tuto ad *l. 31. C. de donat.* quæ tabellioni, sine

c) ref. nou. ciuitat. Norimberg. de anno 1564. tit. VIII. d) vid. mandat. de dat. Dresd. d. 19. Febr. 1721. ordinat. process. recogn. tit. 2. §. 7. e) Rec. Imper. de anno 1555. tit. 39 §. 1. f) Ordinat. MAXIM. I. von Notarien §. 24. g) de iud. caus. ciuil. L. II. c. 3. h) HVBER. ad h. tit. §. 5. i) de BERGER ref. LAVTERB. ad h. t. p. 454. vid. SCHILT. exercit. 35. §. 21.

sine testibus, fidem habet, prouocabitur: cum forma notariis in nouella ab imperatore praescripta negligi non possit, sine publici instrumenti detrimento. Sed MAXIMILIANVS I. qui in multis capitibus a iure communi discessit, & notariis legem, quam sequerentur, dedit ^{k)} illud duntaxat, vt nomina & praenomina testium in instrumento notarii clare commemorentur, praecipit: Es sollen der Zeugen Nahmen und Zunahmen klährlich beschriben werden, subscriptionem non desiderauit. Quare certius est, sufficere, si illud a notario obseruetur, cum & iure communi, quæ priuatorum instrumentis continentur, ita, vt scripta sunt, omnino gesta esse censeantur. *l. 14. C. de contrah. vel commit. stipulat.* Igitur non desideramus subscriptionem testium, si illorum nomina a notariis in instrumento, quod verum esse praesumitur, commemorentur.

Sed, vt solet lis e lite saepius enasci, ipsa hæc MAXIMILIANI I. verba. peruererunt aliam dubitationem, an *subscriptio* testium sufficiat, si illorum nomina non indicata sint in ipsis verbis instrumenti. Sed recte *illustris de BERGER* iudicauit ^{l)} satis esse, si testes nomina subscribant, modo indicatum sit in instrumento, quod testes illos, qui nomina subscripserint, notarius adhibuerit negotio administrando: Mit Zuziehung der Endes, benannten Zeugen. Neque enim praeter necessitatem solennia facile augemus, neque negari potest, quod, & subscriptio testium sit pars quaedam instrumenti. Quare satisfactum est legi imperii, si nomina testium, in fine, clare, & distincte ab ipsis subscribantur. Quapropter valebit instrumentum, si vel nomina illorum a notario distincte commemorata fuerint, vel, sine commemoratione speciali, ab ipsis testibus subscripta.

§. IX.

Postquam de publicis instrumentis tractauimus, superest. vt de *quasi publicis* non nihil obseruemus. *Quasi publice* enim confecta, si LEONEM audias *l. n. C. qui pot. in pign.* accipiuntur, quæ probatae & integrae opinionis trium, aut amplius, virorum subscriptione confirmantur. Sed horum quidem fides non omnino *publica* videtur: quandoquidem, nisi testibus, qui instrumento nomina subscripserunt, aut aliis, quibus de veritate gesti negotii omnino constat, auditis, & iurisiurandi religione obligatis, aduersus inficiantem nihil penitus probatur, &, testibus demortui, etiam iuratae diffensioni locus relinquitur. excepta vnica specie, si, iuxta *auth. si quis C. qui potior. in pign.* alii testentur, quod negotium legitime fuerit administratum. Igitur propemodum nihil distant a priuatis instrumentis, quorum diffessio pariter recognitione per testes subinde interuenitur *Ordinat. process. R. tit. XXV. §. 5.* Sed hic tamen *quasi publici* instrumenti

I 3

prae-

k) *Ordinat. MAXIM I. de anno. 1512. §. 5. ad tit. de fide instrument. p. 454.*

l) *de BERGER ref. Lauterbach.*

præcipuus vfus est, vt quoties præsentia testium *ad formam* negotii pertinet, ex illo duntaxat efficaciter agatur. Certe *fideiuffiones mulierum*, nisi instrumento publico, a tribus testibus subscripto, muniantur, ipso iure nullas esse, *l. 23. ff. ult. C. ad SCtum Velleian. m)* IVS TINI ANVS præcepit, vt ne quidem SCti Velleiani exceptione opus sit ad illas infirmandas: quæ necessaria est, si mulier in quasi publico instrumento fideiuffit.

§. X.

Nominum obligatio. Instrumento priuata. Quid pro scribente probeat. Restat, vt de *priuatis instrumentis* pauca moneamus: quæ postquam, quod *imperator* ait *pr. instit. de litt. obligat. Litteris* coepit obligatio fieri, omnium maxime in negotiis hominum & foro frequentantur. Olim quidem constat *scriptura* contractam esse obligationem, quæ *nominibus* fieri dicebatur. Sed nomina illa, si THEOPHILO *n)* fides est, ita contracta sunt, vt vetus obligatio per nouationem redigeretur in scripturam, quasi litteris duntaxat obligatio facta esse videretur. Ne quid tamen dissimulem, semper mihi suspecta fuit illa THEOPHILI sententia. Ne veteres quidem, dum scriptura comprehendebant obligationem, *animum nouandi* habuerunt. PAVLLVS *l. 2. ff. de fide instrum.* scripturam interuenire ait, vt contractus *fides* possit ostendi. Et inprimis GAIVS *l. 4. ff. eod.* fieri scripturas docet, vt, quod actum est, per eas facilius *probari* possit: & sine his valet, quod actum est, si habeat probationem. Neque vlllo alio loco idoneo, quod ego meminerim, doceri potest, nominum obligationem hoc consilio semper contractam, vt a priori obligatione discedatur.

Sed iam non vacat disputare de obligatione, quæ nominibus fiebat. Illud tamen expeditum est, *foeneratores* debitorem scriptura obligasse, dum ipso præsentente nomen eius & debiti summum in *Kalendarium* referebant; quod si etiam a debitore, vt fieri solebat, factum esset, vt & ille, quantum debeat, in suas tabulas retulerit, & vtriusque tabulæ in iudicio producerentur; iudici fides de summa credita & obligatione debitoris facta esse videbatur. Illud ex MARCO TVLLIO discimus. *o)* Ex qua re intelligitur, scripturam *pro scribente* aliquid probasse, si quid aliud accesserit, quo fides scripturæ propriæ confirmaretur. PHILIPPVS quidem *l. 6. C. de probat.* præcipit, vt rationes creditoris solæ non sufficiant ad quantitatis debitæ probationem. Sed, dum *solas* sufficere non credit; caret dubitatione, quod *aliquam* vim probandi illis largitus sit, si rationes & priuata scriptura, creditoris, argumentis aliis suffulciantur. Hoc inprimis in *publicorum redituum*, quorum summa per legem definita est *administratoibus*, qua appellatione etiam *curatores Kalendarii*, quos ARCADIVS CHARISIYS *l. 18. ff. 2. ff. de*

m) BRUNNEM. in comm. ad ff. ad l. i. de fide instrumentorum.

PHIL. pr. instit. de litter. obligat.

n) THEOPHILO. *o)* CICERO pro Roscio, comoed. cap. I.

vid. BRISSONIVS de form. L. VI. p. 356.

ff. de muner. & honorib. & PAPIRIVS IVSTVS l. 9. §. 7. ff. de admistr. rer. ad ciuit. pertin. commemorant, continentur, receptum est, ut illorum rationibus credatur, donec debitores solutionem, quae non praesumitur, aut debiti deminutionem, idoneis argumentis comprobent. A domino praeside accepi, haud ita pridem curiam regiam & electoralem Wittenbergensem, in termino Erhardi, huius anni, eiusmodi sententiam tulisse, & has fere rationes addidisse: Dieweilen die von verpflichteten Einnehmern angegebene Reste, bis die in Facto beruhende Zahlung ausgeführt wird, vor gegründet zu achten, demnach dem Einnehmer dießfalls mehrerer Beweise nicht aufzubürden, vielmehr dergleichen Rechnungs-Officianten, in zweifelhaften Fällen, Glauben bezuzumessen &c. &c.

Neque vero GALLIENVS l. 7. C. de prob. me mouet, ut a sententia discedam; quamuis ille, ne fiscum quidem ex sua annotatione probationem debiti praebere posse, praecipiat. Enimuero GALLIENVS neque de administratoribus, quorum fides iureiurando adstricta est, neque de debitis fiscalibus, quorum quantitas lege definitur, & donec immunitas vel solutio aut remissio probetur, certa est, tractauit: quod utrumque si concurrat, nemo dubitat, vim non exiguam probationis in illis administratorum rationibus versari.

§. XI.

Definam in hac scriptione, si vnum adiecero, quod PAVLLVS l. 2. Instrumenta *ff. de fide instrum.* praecipit, debitorem non ex indice aut exemplo alicuius scripturae, sed ex authentico, conueniendum esse. Quo iure etiam hodie utimur. Sed illud dubio non caret, an exempla, quae a iudice in primis facta sunt, nostri vidimatas copias appellant, omni neruo careant. & locum non inueniant inter probationis instrumenta. De documentis priuatis quidem certum est, nullam exemplis & copiis vim inesse, nisi debitor ipsum authenticum recognouerit, & eius fidem sua confessione confirmarit, aut de scriptura sua per testes conuincatur. Sed, si iudex testetur, debitorem authenticum omnino agnouisse, & exemplum authentico recognito prorsus conuenire; affirmare ausim, non negligendas esse eiusmodi copias in probatione. Ita etiam de publicis instrumentis habendum est, quorum exemplum, auctoritate iudicis munitum, non sine fructu vsurpatur in probatione. Ad haec si attendas animum, forte lis illa, quae ao. 1726. in causa Marien Schüsslerin contra Marien Stelznerin, inter scabinos Lipsiensis & ordinem iuridicum Lipsiensem intercessit, non incommode componi possit. Scabini certe non solum copias non admiserunt, sed aduocatum etiam, quod documenta vidimata, quae nihil probent, produxerit, 5. thaleris multandum esse censerunt. Sed aliter ordini iuridico visum est, qui, interposita leu-

leutatione, consulti, responderunt: admitti copias in probatione: Nun-
 mehro aus denen Acten, und der Partheyen Rechtlichen Einbringen soviel
 zu befinden, daß 2c. 2c. die Documente sub C & D pro recognitis zu achten:
 his fere rationibus adiectis: Die weil Gerichtlich vidimirte Abschriften, vor
 solche Documente, sogar nichts beweisen könnten, und folglich nicht recognosci-
 ret werden dürfen, keinesweges zu halten. Enimuero, si de documentis
 judicialibus, aut priuatis, a debitore iam recognitis, disceptatum fuit, non
 dubitem ordini iuridico, sin de mere priuatis nondum agnitis actum est, au-
 sim scabinis consentire. Rationi enim conuenit, exemplum nos plus, quam
 ipsum authenticum, probare. Quare, cum priuatum instrumentum nihil
 sine recognitione probare possit, sequitur, nullam vim inesse priuati instru-
 menti, nondum recogniti, exemplo. Præterea periculum est, ne per hæc
 exempla, & vidimatas copias, suscipio falsi, in authentico commissi, occul-
 tetur, neue per productionem exempli, facultas diffessionis debitoribus, arte
 obliqua, adimatur. Sed hæc quidem de priuatis instrumentis in mentem
 venerunt.



XXXIV.

D I S S E R T A T I O

D E M V T V O

FOEMINAE ALIIS CREDITVRAE
D A T O.

 VITEMBERGAE, AD D. . . IVN. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVIII.

§. I.

*Intercessio-
 nes mulie-
 rum suspen-
 sionis infirmi-
 tas animi
 plerumque
 eum calli-
 ditate con-
 iuncta.*

*Incredibilis est, non virorum duntaxat, sed etiam legum, in foemi-
 nas indulgentia, qua omnes ordines reipublicæ mirifice perturbantur, &
 negotia, etiam cum cautione insigni inita, obtentu infirmitatis muliebris,
 distrahuntur. Vix miseratione digni videntur Romani, quod foeminarum
 quibus gradu cedebant, quas dominas vocabant, quas laudatione, obsequio,
 assentionibus, corrumpebant atque excaecabant, quod foeminarum, in-
 quam, artibus & fastu, non solum possessionibus exuti & spoliati, sed, quod
 mulieres Romanae legem Oppiam impugnantes, a) & Papyrii adolescentis*

com-

a) LIV. 34. C. I.

commento excitatæ moliebantur, *b)* ipsa fere curia eiecti & deturbati sunt. Sed ego quidem nolim crabrones irritare. *Veteres magistris* artis nostræ plerumque *imbecillitatem mulieris ingenii* caussantur, dum foeminis succurrunt. Hæc enim non modo exultationem, sed illud etiam mereri videbatur, vt, cum cogitatio fragilitatis suæ moderationem & obsequium mulieribus inprimis suadere debuisset, nos contra, patiamur illas animi impotentia efferrî, omnia tentare, nihil sibi non permittere, viros eludere, summa imis miscere, tandem, si quid insolentius admissum sit, ad *infirmi- tatem* suam confugere, & huius miseratione veniam, aut, quod magis est, cum aliorum iniuria, opes & laudem impetrare. Certe, in interpretatione Scti, quod *de foeminarum intercessionibus* factum est, videntur fere aliquanto plus iusto amoris foeminarum & gratiæ dedisse. VLPIANVS quidem l. 2. §. 2. D. ad Sctum Vellei. laudat prouidentiam amplissimi ordinis, quia opem tulit mulieribus, propter *sexus imbecillitatem*, multis huiuscemodi casibus oppositis atque subiectis. Idem PAVLLVS l. 1. §. 1. eod. monet, qui adimendum eis fuisse *intercessionis* officium existimat, in quo non solum opera & nudum ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris, quod ab ipsis prohibendum videatur. Vnum SEVERVS l. 2. §. 2. D. eod. obseruauit, *ταῖς ἀπατάσαις γυναίξιν τὸ δόγμα τῆς συγκλήτης βελῆς ἔβου- θεῖν.* *Decipientibus* mulieribus senatus consultum auxilio non esse: quod & PAVLLO l. 23 & 30. D. eod. placet; vt, si *decipiendi* animo aliquid gesserint, senatus consulti beneficio ne defendantur. Sed, vt ingenue profitear, quod sentio, non satis cohærent, quæ veteres de mulierum *intercessionibus* philosophati sunt, dum infirmitati, non fraudibus, mulierum patrocinantur. Omnis fere *infirmi- tas* suspicionem *fraudis* parit. Ipsa necessitas pro- ptemodum *imbecillibus* hæc rela subministrat, vt, si vi non possint, per insidias & , quod ait comicus, vel clam, vel precario rem administrent. *c)* Plerumque *infirmi- tas*, cum & ipsa velit aliquo loco esse, atque destinata perficere, *dolis* & machinationibus aucupatur, quod vi & contentione, sci- entibus & intelligentibus, extorquere non potuit. Certe, quod ALEXAN- DER d) ait: illorum, qui deprehendi nolunt & resistere omnino nequeunt, illa solertia, illud vnicum votum est, *fallere*. Itaque dum imbecillitati ignoscimus & assentamur, *improbitali* etiam *decipientium*, quæ plerumque cum infirmitate coniuncta est, impunitatem & priuilegium damus. Ipse VLPIANVS l. 4. §. 1. in fin. D. h. t. agnoscit, quod semper fere *fraudis* aliquid lateat in mulierum *intercessione*; & manifeste tamen fauet calliditati mulieris intercedentis. Facilius enim, inquit, se *obligat* mulier, quam

cui-

b) MACROB. I. sat. cap. 6.

CVRT. IV. 13. 8.

Eusc. V.

c) TERENT. Eunuch. II. 3. v. 28.*d)* apud Q.

cuiquam *donat*. Quod & CONSTANTINVS l. 16. C. de donat. antec. nupt. obseruauit, vt ne *sponsa* quidem facile aliquid titulo donationis sponso largiatur. Et ea tamen ICti est facilitas, vt, quamuis *donanti* & *soluenti pro alio* non succurrat, tamen foeminae pro aliis *obligatae*, quae promissione sua eludit stipulantem, SCti auctoritatem subuenire arbitretur. Mihi quidem magis videtur *donanti* quam temere *promittenti* auxilium SCti accommodandum esse. Enim vero facilius excusatione fragilitatis suae vti potest, quae animo ingenuo alterius inopiam, cum detrimento rei familiaris, donatione sua subleuauit, quam quae, non sine suspitione doli & calliditatis, facile se pro aliis obligat, & hac arte fidem fallit, creditores eludit & in periculum adducit. Certe, mulier, quae raro donat, pro aliis vix vnquam sine spe lucri *intercedit*, & quod PLINIVS ait, e) viscatis duntaxat hamatisque muneribus, non tam sua promit, quam aliena corripit, dum, fide sua interposita, pro viris intercedit. Enim vero, si tantum ingenio valent mulieres, vt *raro* donent, ne rei familiaris detrimentum patiantur; vnde enata est illa facilitas, vt tamen liberaliter promittant, se pro aliis soluturas esse? Profecto eadem calliditas, quae ipsas a donationibus retinet, illis etiam dissuaderet, ne se pro aliis promissione sua obligarent: nisi hoc animo intercederent plerumque, vt vel lucrum aliquod venentur, vel stipulantem decipiant, cum credant, se illi verba dare, ipsamque eludere omnino posse, vt, circumuentus fraude muliebri, omni commodo careat ex illa stipulatione. Rectius forte illarum *infirmitati* mederemur, si cogerentur mulieres implere fidem datam, & poena etiam coererentur, a leuitate animi adductae, pro aliis se obligassent: tunc, ausim affirmare, illas facilius recordaturas *infirmitatis* suae, si periculosam esse intelligerent leuitatem suam, & cum incommodo coniunctam. Sed ICti quidem sua illas indulgentia & intempestiua misericordia, deteriores faciunt, dum, nisi manifesta & operosa machinatio appareat, credunt mulieres *infirmitate* sexus potius sublapsas, non *dolo* vfas esse. Igitur marito quibusdam accidit, quod illi apud PHAEDRVM f) a quo:

*Canis porturiens cum rogasset antea,
Vt foetum in eius tugurio deponeret,
Facile impetrauit; dein reposcenti locum
Præces admouit, tempus orans breue,
Dum firmiores posset catulos ducere:
Hoc quoque consumto, cum flagitaret validius
Cubile tradere: si mihi & turbae meae,
Par, inquit, esse poteris, cedam loco.*

e) PLIN. IX. ep. 30.

f) PHAEDR. I. fab. 19.

§. II.

Sed, ne cum dimidia parte generis humani iras exercere videamur, *Simplicitati* age, in gratiam cum lepido illo & eleganti sexu redeamus. Quamvis enim *mulierum* suspicione doli non careant, quæ a foeminis obtentu *infirmitatis* muliebris præcipitantius & periculosius gesta sunt; tamen, si ex illis, quæ circumstant, appareat, illas ignorantia iuris sublapsas, aut cupiditate creditoris in periculum adductas, aut, si creditor se ipsum decepisse intelligatur, datur venia *simplicitati*. At vereor, vt beneficio Scti & titulo *simplicitatis* gratiam apud illas ineamus, quæ hodie tantum non solæ sibi sapere videntur. Nuper certe *scabinis Vitembergensibus* eiusmodi species oblata est, in qua non indigna videbatur mulier, cui, *ob simplicitatem*, senatus consulti beneficium accommodati posset. Aquilia, mulier, nullis matrimonii vinculis innexa, *sexcentorum* indigebat, ad necessitates rei familiaris procurandas. Titius, frater eius, ipse etiam *quadringenta* mutua sumere volebat. Hic forori, Aquiliæ, indicabat, Jauolenum *mille* habere, quæ foenore positurus esset: rem facile confici posse, si Aquilia sexcenta, ipse quadringenta, acciperet: ita sortem totam M. Ioachimicorum consumi posse: sed Jauolenum sibi soli quadringenta vix crediturum: itaque necesse videri, vt Aquilia fidem suam pro Titio fratre suo interponeret: quod si factum esset, Jauolenum mille daturum, quibus vtriusque necessitati commodissime consulere-

tur. Aquilia accipiebat conditionem a fratre Titio oblatam, & rem per epistolam enarrabat Jauoleno: nec dissimulabat, se sexcenta duntaxat postulare, & quadringenta fratrem Titium desiderare: sed pro ducentis, quæ fratri Titio darentur, se *intercedere*, & fidem suam obligare affirmabat: altera ducenta, quorum causa ipsa omnino teneri nollet, fratrem sua fide accepturum: vt ipsa adeo sexcenta suo nomine deberet, propter ducenta, Titio credenda, fideiussione sua intercederet, altera autem ducenta soli Titio a Jauoleno crederentur. Sed Jauoleno displicebat mulieris intercessio: ideoque, se personam mulieris duntaxat secururum, & tota *ostingenta* Aquiliæ soli crediturum, ducenta autem Titio mutua daturum esse, per fratrem Titium rescribebat. Postquam inter partes consenit, datur chirographum, in quo Aquilia, se *ostingenta*, Titius ducenta, se accepisse, profitentur. Jauolenus M. Titio numerat, qui Aquilias sexcenta exhibet, quadringenta in suos usus conuertit, sed propter ducenta, Aquiliæ chirographo comprehensa, dato alio chirographo, ipsum se Aquiliæ debitorem constituit: vt ad Aquiliam sola sexcenta, cum chirographo propter ducenta illa, quæ Titius retinebat, peruenirent. Postquam dies venerat, Jauolenus ostingenta ab Aquilia reslagitabat. Quæ, cum se sexcenta duntaxat accepisse, ducenta Titio data esse, causaretur, actione pulsata, & processu executiuo, quem vocant,

instituto, cum de exceptione non liqueret, victa, atque Jauoleno octingenta reddere, a scabinis damnata est. Aquilia, detrimentum rei familiaris ægre passa, fratre Titio interea mortuo, *reconventionis* beneficio utitur. Jauoleno exceptionem *SCti Velleiani*, quod de *intercessionibus* mulierum factum est, obiicit, rem Jauoleno non incognitam, & ipsi ab Aquilia perscriptam esse, latere intercessionem in hoc negotio, sibi sexcenta duntaxat numerata, seque fratris amore seductam esse, querebatur, & ducenta, quæ ad Titium peruenissent, a Jauoleno reposcebat. Jauolenus, se personam mulieris secutum esse, & Aquiliæ soli octingenta credidisse, sed, in quos usus ipsa hæc octingenta consumtura esset, non inquisuisse, neque omnino certum fuisse, quod Aquilia Titio ducenta ex illis octingentis creditura sit, regerebat: *doli* etiam, per quem hoc negotium ab Aquilia constatum esset, replicatione utebatur: denique, ut Aquilia a Titii heredibus ducenta illa, quæ ipsi ex octingentis illis suo periculo numerauerat, repeteret, se vero ex lite dimitteret, poscebat. Sed *scabini* Jauolenum, si Aquilia ipsi actionem aduersus heredes Titii cederet, ducenta reddere iusserunt. Ita enim responsum est: *Die weil Wieder-Beklagter auf die Wieder-Klage geantwortet, und deren in den Haupt-Puncten der Litis contestation geständig, So ist derselbe, des geschenehen Einwendens ungeachtet, die libellirten 200. Thlr. Klägers Principalin zurück zu geben, Wieder-Klägerin hingegen die wieder ihres verstorbenen Bruders, N. N. Erben dießfalls habenden An- und Zusprüche, auf sein Verlangen, ihm abzutreten schuldig, die beyderseits angewendeten Unkosten aber sind, aus bewegenden Ursachen, gegen einander zu compensiren und aufzuheben W. N. W.* Quod quibus ex rationibus factum fuerit, deinceps apparebit. Operæ pretium videtur, ut de illo argumento diligenter exponamus.

§. III.

Mutui dationes pro aliis quibus foemina intercessit SCto infirmantur.

Nimirum, postquam editis Diui *Augusti*, & deinde *CLAVDII*, interdictum est, *ne foeminae pro viris suis intercederent*, tandem *SCto*, ex relatione *M. SILANI*, & *VELLEII tutoris*, consulum, facto, plenissime foeminis omnibus subuentum est, & non solum *fideiussiones* foeminarum, sed etiam *mutui dationes, pro aliis*, quibus *foeminae* intercederent, ita infirmatæ sunt, ut ne eo nomine ab his petitio, neue in eas actio daretur. Sic enim *VLPPIANVS l. 2. §. 1. D. ad SCt. Vellei.* verba *SCti* enarravit. Neque locus est dubitationi, quin *mutui datione pro aliis*, cui foeminae intercesserint *mutuum a foeminis* ideo contractum, ut nummos a creditoribus acceptos *aliis crederent*, intelligatur. Explicare enim idem ille *VLPPIANVS d. l. 2. §. 3. D. ad SCtum Vellei. §. 1. 8. §. 1. D. eod. omnem omnino obligationem pro aliis*, ait, *SCto* comprehendi, siue *veterem* obligationem foemina, siue *nouam, constituendo*, aut *mandando*, recepisse videatur, & vnum illud sufficit, si obligationem *alienam* recepisse videatur.

deatur. Clarius adhuc PAVLLVS l. 11. § 12. D. eod. si mulier, alii *creditura*, pecuniam acceperit, locum SCTo esse, docet, si sciuerit creditor, illam intercedere obligationi *alienæ*. Imo vero idem, quem antea adduxi, VLPIANVS, l. 6. D. h. t. monuit, etiam, dum alicui *mandat* aliquid mulier pro aliis, mandatariis quoque prodesse SCTi beneficium; cum ipsum mandatum, quo foemina pro aliis intercessit, propter SCTum inefficax & inane videatur. Ideoque fideiussores, qui *mandato* matris, pro defensore absentis filii, interuenerunt, PAPINIANVS ait, exceptione SCTi vsuros esse, cum contemplatione *mandati* matris interuenerint l. 6. § 7. D. ad SCTum *Vellei*. Igitur merito in specie illa, quam supra §pho II. commemorauimus damnatus fuit Jauolenus, vt redderet Aquiliæ ducenta; quamuis se Titio, Aquiliæ *mandato*, ducenta illa numerasse caussaretur: cum & ipsum *mandatum* mulieris *intercessionem* continere videatur.

Ex his, quae dicta sunt, apparet, *mutui dationes* pro aliis, quibus foemina intercesserit, siue *mandauerit*, vt alii mutuum daretur, siue mutuum, alii datum, *constituerit*, siue *fideiussione* se obstrinxerit, siue ipsa *mutuum*, hoc animo, vt alii *crederet*, *acceperit*, irritas videri; cum & illa, quae mutuum pro alio contrahit, *obligationem alienam*, eamque *nouam*, suscipiat, quod VLPIANVS l. 8. §. 1. D. ad SCTum *Vellei*. interdixit. Neque vero opus est, vt pro *mutui dationibus*, quod quibusdam visum est, *mutuationes* foeminarum, in verbis SCTi, emendatione ridicula, substituamus. Enimuero, cum *re* contrahatur mutuum, non potest foemina mutuum pro aliis accipere, sine *mutui datione*, a creditore facta, cui ipsa intercessit: neque *mutuatio*, sine *mutui datione*, fingi potest. Sed, dum *accipit* mutuum foemina, *mutui dationi*, pro aliis, omnino intercedit: quo sensu, secundum VLPIANVM l. 27. D. de reb. credit. ciuitas *mutui datione* obligari dicitur, si actor ciuitatis mutuum *acceperit*, illudque verterit in rem ciuitatis. Adeoque, dum *mutui dationes* SCTo infirmantur, interdictum est, ne foeminae mutuas pecunias *accipiant*, quæ ab ipsis postea aliis credantur. Quod etiam a CUIACIO obseruatum est. g)

§. IV.

De aliena igitur obligatione mulier omnino non tenetur. Sed aliquando *Alienam duntaxat obligationem mulier recipiens SCTo vitur.* obscurum est, *alienam* obligationem recepisse, an suum negotium gessisse videatur. Inprimis, si *ab initio* cum muliere contraham, & ignorem, cui id factum vellet, VLPIANVS ait l. 4. pr. D. h. t. magis *suum* illam, quam *alienum*, negotium gessisse: de quo loco deinceps exponemus. Huc & pertinet, quod PAPINIANVS monet, l. 27. pr. D. h. t. quod, si bona fide *personam mulieris* securus, cum illa contraxerim, ob ea, quae *postea* a muliere cum aliis gesta sunt, exceptione SCTi creditor non submoueat; quamuis ipsa in

K 3

viti-

utilitatem alterius negotium gesserit: modo, quod addit PAVLVVS *l. ii. D. h. t.* tanquam in *usus suos* acceperit pecuniam. Generaliter PHILIPPVS *l. 10. C. eod.* si quis non cum marito, sed cum vxore, contraxerit, non patitur, fœminae obligationem, obtentu SCti, infirmari. Igitur, si *ab initio* mulier sola contraxerit, in dubio, magis *suae* utilitatis causa, quam vt *pro aliis* intercederet, gessisse negotium videtur. Hoc est, quod SCÆVOLA *l. 28. pr. D. ad SCtum Vellei.* obseruauit, non audiendum esse maritum, qui *postea*, in fraudem creditoris, affirmauerit, suae utilitatis causa mutuuum contractum, si mulier *ab initio* pecuniam accepit. Tunc enim, certius est, cessare SCti beneficium. Cui conueniens est illud, quod domina, auctore MDESTINO, *l. 25. pr. D. ad SCt. Vellei.* si seruo suo credi iusserit, honoraria actione teneatur. Quandoquidem quæ seruo suo, per quem acquirit, fidem conciliat, *sua* fide negotiata est, & sibi vigilauit.

Imo vero interdum etiam, si obligationem ab alio contractam in se transferat mulier, & pro alio se ream constituat, videtur *suum negotium* administrasse. PAVLLVS certe *l. 27. pr. D. h. t.* mulierem, quæ se a creditore suo *delegari* passa est, & pro illo, cui delegata est, promittit, efficaciter obligari, docet; cum non, vt aliis prospiciat, sed, vt illud, quod creditori deleganti debuit, exsoluat, & a priori obligatione liberetur, interuenisse videatur. Igitur abscisse ANTONINVS *l. 2. ad SCtum Vellei.* praecipit, mulierem: quae *pro creditore* suo se obligauerit, vel ab eo se, vel debitorem suum, *delegari* passa sit, huius SCti auxilium non habere. Est & alia species, de qua AFRICANVS *l. 19. pr. & §. 1. D. h. t.* & VLPIANVS *l. 8. §. 1. D. eod.* tractauerunt, quæ plus difficultatis habet. Dubitabatur enim, vtrum *mulier*, quae heredem, de suspectis facultatibus defuncti dubitantem, *iusserat* hereditatem *suo periculo* adire, seque illum eo nomine *indemnem* praestitura esse, sponponderat, *intercessisse* videatur. Poterat a muliere opponi, quod *pro debitoribus* hereditatis, si illi soluendo non fuerint, intercesserit illa sponsione, dum heredem, *indemnem* futurum affirmauit. Sed placuit, in illa specie mulierem non posse ad SCtum confugere. Non enim visa est, *veterem* obligationem *recepisse*, sed ipsa *nouam fecisse* obligationem. Vnum AFRICANVS excipit, si ipsa repromiserit, vt, quanto minus a quoquo debitorum hereditatis seruari posset, tantum ipsa praestaret. Tunc enim prope est, inquit, vt sit intercessio *l. 19. §. 4. D. ad SCtum Vellei.* Contra, si mater, cum filiorum suorum patrimonium gereret, tutoribus eorum *securisatem* promiserit, & fideiussorem, vel pignora, dederit, *suum* quodammodo negotium gessisse, & de sua administratione securitatem promississe videbitur, ideoque frustra auxilium SCti inuocabit. Ita ALEXANDER tradit *l. 4. C. ad SCtum Vellei.* Ex quibus rebus intelligitur, non semper, si *suo nomine* contraxerit mulier, SCti

SCri beneficium cessare; neque semper, dum *alienam obligationem recipit*. SCTo locum esse: sed, si *aperte* id egerit, ut aliorum utilitati sua obligatione subueniret, tunc illam, siue suo nomine rem suscepit, siue alienam obligationem in se transtulerit, *alienum negotium* gessisse, & SCri beneficio defendi; contra vero, si hoc non intelligatur, quamuis persona aliena interueniat, & mulieris factò liberetur, aut pars obligationis alienæ in ipsam transferatur, tamen mulierem censi *suæ utilitatis causa* contraxisse, & ex illo negotio efficaciter conueniri posse.

Igitur facile iudicabitur, inepte Jauolenum illi Aquilæ, cuius §pho II. mentionem iniecimus, obiecisse, quasi *suum negotium* gesserit, dum de octingentis, quæ Jauolenus Titio, Aquilæ mandato, soluerat, se obligauit, quamuis ab *initio*, cum Titius pecuniam acciperet, ipsam se ream, dato chirographo, constituisset. Indicauerat enim Jauoleno, se sexcentorum duntaxat indigere, & ducenta ad Titium peruentura esse, pro quo ipsa fidem suam interponeret. Sed aperte ALEXANDER l. 4. C. ad *SCTum Vellei*. docet, in eiusmodi speciebus locum habere amplissimi ordinis beneficium, siue eam obligationem, quæ in alterius persona constitit, mulier in se transtulerit, vel participauerit; siue, *cum alius pecuniam acciperet*, ipsa *se ab initio ream constituerit*: semper enim illam videri *alienum negotium gessisse*.

§. V.

Igitur nemo dubitat, si vel ab initio obligationem *pro aliis* suscipiat *Doli replicatione eliditur exceptio SCri Velleiani*. mulier, SCTo, quod de foeminarum intercessionibus factum est, locum esse. Sed VLPPIANVS l. 1. §. 3. D. ad *SCT. Vellei*. ita duntaxat mulieribus subuenit, non *callide* in alieno negotio sint versatæ. Cum & *diuus Pius & Seuerus Iuliani* rescripserint, SCTum *deceptis*, non *decipientibus*, opitulari. Hoc & PAVLLO placet l. 30. D. *ead.* ut, si *decipiendi* animo, cum *sciret*, & edocta esset, se non teneri, mulier pro aliis intercesserit, ei exceptio SCri non danda esse, videatur; quandoquidem actionem, quæ in *dolum* mulieris competit, amplissimus ordo non excludit. Eodem iure PAVLLVS alio loco l. 23. D. *h. t.* vsus est, cum mulier, *sciens*, se heredem non esse, in iure interrogata a creditore hereditatis, responderit, *se heredem* esse: illam enim non *intercessisse*, ait, quia *deceperit* interrogantem. Hoc etiam SCÆVOLAM permouit, ut, in specie non absimili, l. 28. D. *h. t.* cum mulier suo nomine mutuum accepisset, illam non intercessisse responderet, quamuis mariti personam postea subiiceret, qui se illam pecuniam debere affirmabat. Ex eadem fere causa IUSTINIANO l. 23. C. ad *SCTum Vellei*. placuit, ut, si creditor probare possit, mulierem, siue ab initio, siue postea, *aliquid accepisse*, ut sese pro aliis interponat, SCri exceptio *replicatione doli* elidatur: cum *callide* versata sit in alieno negotio, & *decipere* creditorem voluerit,

luerit, quæ *lucri* causa intercessit. Imo iam ante IVSTINIANVM generaliter DIOCLETIANVS & MAXIM. l. 18. C. h. t. foeminis non subueniri docent, si creditor aliqua ratione per mulierem *deceptus* sit; sed *replicatione doli* exceptionem SCti, in omnibus illis speciebus, remoueri.

VLPIANVS tamen l. 26. D. h. t. aliquid obicit, quod pungat. Ait enim, mulierem SCto uti posse, si seruum alienum, dixerit, *suum* esse, animo intercedendi. Sed vix videtur dolo carere mulier, quæ de seruo alieno, illum *suum esse*, affirmauit: cum dominæ *soleant* omnino nosse seruos suos, & apertum sit, quod eludere voluerit creditores, dum seruum, pro quo intercedebat, dixit suum esse. Pro *suis* enim seruis, quod MODESTINVS ait, l. 25. pr. D. h. t. mulieres efficaciter omnino intercedunt. Vna VLPIANI excusatio est, quod *per errorem*, de seruo alieno, illum *suum esse*, potuerit affirmare. Mihi certe ille error mulieris suspectus est; ut credam, replicatione doli creditorem commode vsurum, nisi de errore luculentius probetur.

Quotiescunque igitur *dolus* interuenit, certum est, SCti beneficium infirmari. PAPINIANVS luculenter l. 6. in fine D. h. t. etiam ad alios, hoc produxit, qui, *mandato* mulieris, pro aliis intercesserunt, ut, quamuis alias hi quoque, ex persona mulieris, cuius mandato interueniunt, SCti exceptione defendantur, tamen *doli replicatione* repellantur, si dissimularint, se *mandato mulieris* interuenire, & *callide* fideiusserint apud creditorem, quem postea SCti beneficio eludere & circumuenire cogitabant. Non tamen confestim, ut supra monui, *dolus* mulieris intercedentis accusatur, nisi, quod VLPIANVS ait, l. 7. §. 10. D. de *dolo malo*, ex *magna & euidenti machinatione*, intelligatur, id egisse mulierem, ut circumueniantur creditores. Ideoque CÆCIDIANVS praetor, quod POMPONIVS refert apud VLPIANVM d. l. 7. §. 10. D. de *dolo malo*, non agnouit *dolum* mulieris, cum illa de quodam affirmasset, *idoneum esse debitorem*, cui, mutua pecunia daretur. *Solent* enim foeminæ facilius aliquem laudare, & gratiæ aut misericordiæ locum dare. Ideoque se ipsum decipit, qui foeminæ laudationi aures & fidem commodauit. Enimuero, si FLORENTINVM l. 43. D. d. *contr. emt.* audiamus, ne venditores quidem ex illis obligantur, quæ, *commendandi causa* in venditionibus ab ipsis dicuntur; quia *solent* emtoribus merces commendare. Recte igitur FVRIVS ANTHIANVS l. ult. D. de *dolo malo*, tunc demum rem dolo gestam esse, censet, si luculenta machinatione alter circumuentus videatur.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, apparet, minus opportune Iuulenum *doli replicatione* vsu esse aduersus Aquiliam, quæ fratrem Titium creditori *commendarat*. Omnis enim fideiussio commendationem continet; quae

quæ si sufficeret ad mulieres obligandas, semper doli replicatione SCti exceptio eluderetur.

§. VI.

Itaque mulierem, quæ alieno se negotio *intercessisse* dicat, non omnino audiemus, si *dolo* aliquid gesserit, ad creditorem circumueniendum. Eleganter enim PAVLLVS l. 110. §. 4. D. de reg. iur. mulieribus tunc iucurrendum esse, ait, cum defenduntur ab iniuria, non ut facilius calum <sup>vi. si credi-
tor in frau-
dem SCti
aliquid fe-
derit.</sup>

Sed, vti dolo mulierum non subuenimus, ita nec patimur, vt *dolo* creditoris foemina circumscribatur. Igitur, si quid in *fraudem* SCti a creditore fabricatum fuerit, vt mulieris intercessio tegatur, recte foemina SCti auxilio vitur. Non obscure PAVLLVS l. 29. §. 1. D. ad SCtum Vellei. respondit: ea, quæ in *fraudem* SCti, quod de intercessionibus foeminarum factum est, excogitata sint, rata non haberi. Sed idem PAVLLVS alio loco interpretatus est, quid in *fraudem legis* gestum esse videatur. In *fraudem legis*, inquit, facere censendus est, qui, *saluis verbis legis, sententiam eius circumuenit* l. 29. D. de legibus. Quapropter disputatione non indiget, quod *fraudem* SCto faciat creditor, qui, dum videt SCtum Velleianum negotio mulieris, quæ intercedit pro aliis, obstare, *alio titulo* obligationis, ad regendas intercessionibus & mutui dationes pro aliis, vitur, qua foeminam obstringat, vt pro aliis soluat. Enimuero *verba* ICTi, contra *fideiussiones & mutui dationes pro aliis*, concepta sunt; sed *sententia* senatus, quod VLPIANVS monet, l. 2. §. 4. D. ad SCtum Vellei. omnem omnino obligationem foeminarum, pro aliis susceptam, infirmauit. Quam vt eludant illi, qui in *fraudem* SCti aliquid machinantur, plerumque fingunt, quasi *ab initio* mulier in suos vsus negotiata sit & postea demum *de suo aliis crediderit*, pro quibus ab initio interuenire cogitabat. Extant sexcentæ eiusmodi species, quas, non vacat, enarrare. In paucis subsistemus. PHILIPPI l. 10. C. ad SCtum Vellei. de locatore disputant, qui, cum maritus fundum conduceret, tamen, quia vxorem eius magis idoneam debetricem esse existimabat, desiderauerat, vt mulier subscribat conductionis instrumento quasi ipsa conduxisset. Sed placuit, cum creditor fundum non mulieri, sed marito eius, locauisset, & personam vxoris ideo duntaxat, quia magis idonea videbatur, secutus esset, mulierem beneficio amplissimi ordinis, quod factum est de mulierum intercessionibus, defendi; quia locator in *fraudem* SCti cum vxore contraxisse videretur.

Non multo excusarius CALLISTRATVS peccauit, qui, quum maritus mutuam pecuniam sumisset, iussit conscribi instrumentum, ac si vxor eius illam accepisset. Sed DIOCLETIANVS & MAXIM. de illa specie consulti l. 17. C. ad SCtum Vellei. rescripserunt: ne quidem necesse videri,

vt mulier ad SCti exceptionem confugiat; cum eam veritas gesti negotii defendat, & non audiendus sit creditor, qui *simulato* negotio vim SCti eluisse videatur. Imo generaliter ad eas etiam obligationes, quæ, *calliditate* creditoris, *ex persona mulieris primordium sumserunt*, decretum patrum, quod de intercessione foeminarum factum est, pertinere, edicto perpetuo declaratur. Ideoque, si creditor, qui contrahere *cum alio* proposuerat, *mulieris personam elegit*, quia magis idonea visa est, exceptione SCti repellitur. Quod iidem IMPERATORES *l. 19. C. ad SCtum Vellei.* præceperunt. Huc & illud PAVLLI *l. 29. pr. D. h. t.* pertinet, qui, creditori SCtum ob stare, ait, si, cum vellet cum heredibus contrahere, postea, quia facultates eorum suspectas habuit, his euitatis, potius mulierem ream elegit, vt ab illa, quod heredes debeant, consequeretur. Ex quo intelligitur, in fraudem SCti contraxisse creditorem, qui, cum foemina pro alio mutuam pecuniam peteret, & pro illo fidem suam interponeret, omisso, debitore principali, pecuniam mulieri, quasi debitrice, numeravit, vt ab illa aliquando repeteret, quod ipsa in vsum alterius accepit.

Igitur, quis dubitabit, Jauolenum nostrum, a quo Titius, sorore propter ducenta intercedente, quadringenta mutua poscebat, *in fraudem SCti* negotium gessisse, quum, omisso Titio, adegit Aquiliam Titii sororem, vt pro octingentis, quibus ducenta Titii comprehendebantur, se ream constitueret, quamuis ad ipsam sexcenta duntaxat, sed ad Titium ducenta, peruenirent. *h)*

§. VII.

*Ignoranti
creditori
non obstat
SCrum.*

Dolus igitur tum foeminae, tum creditoris, abesse debet, vt sententia SCti satisfiat, in foeminarum intercessionibus diiudicandis. Itaque & mulier amittet SCti auxilium, si in intercessionibus *callide* fuerit versata; & creditor, qui in fraudem SCti cum foemina contraxit, mulieris exceptione repellitur. Negatur enim *callidis* mulieribus exceptio, quam stricto iure ex SCti verbis habent; & datur illa aliquando foeminis *deceptis*, quamuis stricto iure non competeret, cum alterius negotii titulo teguntur illarum intercessiones. Quæ si cogitemus, facile erit, de quibusdam speciebus iudicare, quæ ceteroquin habent aliquid obscuritatis. Primo igitur, qui *sciuit* mulierem intercedere & *pro aliis* mutuam accipere, quamuis ipsam ab initio ream constituerit, non est locus dubitationi, quin *replicatione doli* omnino vti nequeat contra exceptionem SCti, quam mulier intercedens aduersus ipsum allegabit: adeoque, si repeteret pecuniam, quam mulieri *pro aliis* mutuanti *sciens* dedit, exceptione intercessionis, contra SCtum factæ, repellitur. Luculenter PAVLLVS *l. 11. & 12. D. ad SCtum Vellei.* locum facit

h) vide HERTIVM T. II. decif. 501. p. 453. & T. I. resp. 237. & 297. p. 443. & 518. IDEM ANT. FABER L. IV. Cod. Tit. 21. def. 3 sqq. p. 359.

facit SCto, cum *scit* creditor mulierem intercedere; quamvis ipsa, *aliis creditura*, tanquam in suos usus, acceperit pecuniam. Neque multum ab hac specie abhorret illud, quod SCÆVOLA l. 28. §. 1. D. ad SCtum Vellei. obseruauit. Enimvero, cum mulier a Numerio *sua fide* pecuniam accepisset, & illam statim soluisset Sempronio, pro marito suo, qui Sempronio fundum vxoris suæ obligauerat ob conductionem, ICTus ait, SCto locum fore, si Numerius *scisset*, intercedere vxorem pro marito. Huic fere simile est illud, de quo AFRICANVS, quamuis obscure, l. 19. §. 5. D. ad SCtum Vellei. disputauit. Mulier pro Titio debitore apud Caium intercedere volebat. Caius, repudiata mulieris intercessione, ob SCti auxilium, pecuniam numeratam a Titio petebat. Mulier a Tullio pecuniam mutuam petiit, vt Titium a Caio liberaret: & iussit Tullium confestim pecuniam Caio numerare. Cum Tullius repeteret pecuniam, mulier ad SCti auxilium confugit, quo foeminarum intercessionem infirmantur, cum non sit obscurum, illam *pro Titio* mutuam pecuniam a Tullio accepisse. AFRICANVS respondit: mulierem SCto vti posse, si Tullius compererit mulierem intercedere, *priusquam* Caio pecuniam, eius mandatato, numeraret. Imo vero ANTONINVS l. 1. C. ad SCtum Vellei. *regulam iuris* esse, ait, vt mulieribus, quæ alienam obligationem suscipiunt, vel in se transferunt, SCti auxilio subueniatur, *si id contrahentes non ignorent*.

Igitur *scienti* creditori, a muliere, quæ pro alio mutuam accepit, SCti exceptio recte opponetur, neque poterit creditor de *dolo* conqueri, aut mulieris *fraudem* accusare. Et habet illud rationem: quandoquidem, secundum VLPIANVM l. 145. D. de reg. iur. nemo illos *fraudare* videtur, qui consentiunt, & *sciunt*; adeoque, quod PAPINIANVS addit l. 7. D. ad SCtum Vellei. *doli replicatione* non vtetur aduersus mulierem fideiussor, qui, eius mandato, pro ipsius filio intercessit, cum *facti ignorantiam* prætexere non possit: hic enim, vt PAVLLVS l. 21. pr. D. quod metus caus. fere in simili specie philosophatur, ipsum *se decepit*, dum sciens credidit foeminae intercedenti.

Sed de *ignorante* vidcamus. VLPIANVS quidem, si ego cum muliere ab initio contraxerim, cum *ignorarem*, cui hoc factum vellent, non dubitat, cessare SCti auxilium, cum ita etiam Diuus Pius rescripserit. l. 4. pr. D. h. t. Idem & PAVLLO sedet, qui l. 11. D. eod. non senatus consulto locum facit si tanquam in *usus suos* mulier acceperit pecuniam, quam alii creditura esset: quia alioquin nemo cum foeminis contraheret; *cum possit ignorari*, quid acturæ essent. Neque dissentit, quem supra excitauimus, AFRICANVS, qui l. 17. D. h. t. exceptionem SCti non admittit, si mulier quidem in hoc mutuata est, vt marito crederet, sed creditor *ignorauit*, in quam causam mulier mutuaretur. Nemo enim, si PAVLLO obsequamur

mur l. 177. §. 1. *D. de reg. iur. dolo* videbitur exsequi, 'qui *ignorat* causam, cur petere non debeat, quod sibi sit promissam. Imo vero, parum abest, quin *dolo* mulier gesserit negotium, quæ, dum petebat mutuum, dissimulauit, se alii illud credituram esse, quod a me mutuum accepit. PAPINIANVS certe, quod supra obseruatum est, generaliter l. 6. *in fine D. ad SCtum Vellei.* contra exceptionem SCti omnibus, qui *ignorauerunt*, mulierem interuenire, *doli replicationem* dedit, qua SCti auxilium excludatur.

§. VIII.

Ignorantia affectata creditori non prodest sed interdum curiosus desideratur.

Hactenus comprobatum fuit, *scienti* duntaxat, non *ignoranti*, creditori exceptionem SCti Velleiani a muliere efficaciter opponi, imprimis, si *ab initio* cum foemina contraxit. Ita enim VLPPIANVS l. 4. *pr. D. h. t.* itemque DIOCLETIANVS & MAXIM. l. 15. & 19. *C. ad SCtum Vellei.* praeceperunt, vt, si *ab initio* mulier in suos usus contraxerit, nisi, illam *callide* rem gessisse, appareat, exceptione contra debitorem *scientem* defendatur. Sed obueniunt quædam species, in quibus ne *ignoranti* quidem succurritur, ad exceptionem SCti repellendam. Enim vero, si non *ab initio* cum foemina contraxi, sed alienam obligationem in mulierem transtuli, imo generaliter, quoniam *suspecta* est mulieris *negotiatio*, AFRICANVS l. 17. *pr. D. ad SCtum Vellei.* desiderat, vt *diligentior* sit creditor, in *caussa* negotii inuestiganda. Igitur, si vir vxorem suam, quæ nihil ipsi deberet, debitori suo, quasi debitricem, delegauerit, & creditor pecuniam a muliere petierit, ICtus ait, exceptionem mulieri vtilem futuram, *quamuis creditor existimauerit*, mulierem mariti debitricem fuisse, & quamuis *ignorauerit*, quid negotii gestum sit inter virum & vxorem: creditor enim, inquit *diligentior* esse debet, si aliena obligatio in mulierem transferatur; cum non parum inter sit, vtrum quis ab initio cum muliere contrahat, an aliena obligatio in illam transferatur *d. l. 17. pr. D. ad SCtum Vellei.*

Sed videtur quidem *contra rationem iuris* receptum esse, vt *curiositas* & *diligentia* in creditoribus desideretur. Enimvero, si M. TVLLIVM audiamus, ⁱ⁾ *non debuit* is, qui dabat, quo ille, qui accipiebat, pecuniam consumeret, *quærerere*. Et ICti, tantum abest, vt imperent illam creditori *diligentiam*, vt subinde illam dissuadeant, & reprehendant. Audiamus PAVLLVM, qui l. 19. *D. de nouat. circa finem* in priuatis contractibus & pactionibus *non facile sciri* posse, ait, *quid* inter eum, qui delegatus est, & debitorem *actum* sit: imo vero, si *sciuerit* creditor, *hoc ab ipso dissimulandum esse, ne curiosus videatur.*

Sed, quamuis hæc ita sint, tamen imperamus *curiositatem* creditori & *diligentiam*, si vel *negotium*, quod geritur, vel *persona*, cum qua

con-

a) CIC. orat. pro. C. Rabirio posth. cap. III.

contrahit, *suspecta* videantur, vt periculum sit, ne *in fraudem legis* aliquid geratur. Itaque, si seruus pecuniam accepit, quasi in rem donni verteret, nec vertit, & decipit creditorem, non videtur in rem verum, nec dominus tenetur: quauis *solutus* fuerit seruus acceptum in rem domini vertere. *Curiosus* enim debuit esse creditor, quod VERPIANVS ait, ne vel calliditas serui, vel creditoris *credulitas*, domino noceret, *l. 3. §. 9. D. de in rem verso*. Eandem AFRICANVS *l. 7. pr. & §. 1. D. de exercit. act. curam & diligentiam* a creditore praestandam esse, censuit, si *magistro* nauis, vel *institori*, ad reficiendam nauem vel mercis comparationem pecunia credatur; cum *suspectus* sit *seruus*, & *institor*, &

Marcis Hispanae magister

Dedecorum pretiosus emtor. h)

& omnis ista mutuatio, propter illorum hominum ingenium, cum periculo quodam *fraudis* sit coniuncta. Ita igitur etiam de *foeminis* dicemus: inprimis, si, postquam de transferenda in ipsas obligatione aliena actum est, *mutuum* suo nomine cum creditore contraxerunt. Frustra igitur Jauolenus, in specie supra exposita, negabat, se pro *certo habuisse*, & *penitus sciuisse*, quod Aquilia Titio *creditura* fuerit ducenta illa, quae ab ipso accepisset. Enim vero, cum ab initio scripserit Aquilia, se sexcentorum duntaxat indigere, sed pro fratre Titio propter ducenta intercedere, dato chirographo propter octingenta; non solum *supina* est illa *ignorantia*, si Jauolenus nesciuit, ducenta ad Titium peruentura esse; sed ipse etiam, si nesciuit, quid illa actum sit, *diligentior esse debuit*, in causa mutui inuestiganda, cuius partem, sciebat Jauolenus, Aquiliam ab initio fratri suo Titio destinauisse.

§. IX.

Sed Jauolenus quidem DIOCLETIANI & MAXIM. auctoritatem *Difficultas* inuocabat, qui *l. 13. C. h. t.* defendunt creditorem, quamuis *sciuerit*, quod *legis XIII.* *uxor in usum mariti* mutuata sit. Audiamus DIOCLETIANVM, qui *C. ad SCrum* „si foenebris, inquit, pecunia, iuxta fidem veri, a creditore, tibi data est, *Velleianum* „siue tota quantitas foenoris, siue pars eius, *in usum mariti* processisse, „proponatur decreto patrum non adiuaris: *licet creditor causam contra-* „*ctus non ignorauerit.*„ Fateor rem habere aliquid difficultatis: quae mouit *scabinos Vitembergenses*, vt Jauoleno, in specie proposita, propter probabilem errorem, ex hac lege exortum, remitterent restitutionem expensarum, quae ceteroquin ipsi non immerito iniungi poruisset. Sed non est, quod, propter DIOCLETIANVM, a sententia priori discedamus. Enim vero IMPERATOR d. l. 13. C. h. t. eandem fere speciem, de qua ALEXANDER l. 4. C. eod. in fine, verba fecit, videtur tractauisse. Proponebatur,

L 3:

quod:

h) HORAT. III. od. 6. v. 30 sq.

quod vxor, viginti quinque annis maior, pecuniam vel ex prædiis venditis redegerit, vel foenore sumserit, hoc consilio, vt pro marito *sponte*, & *ne- mine* hoc *postulante*, *solueret*, vel illam conuerteret in *usus* alios, *mariti*. Placuit imperatoribus, SCTo locum non relinquere, quamuis creditor *non ignorauerit* causam, ob quam vxor acceperit pecuniam; sed illam efficaciter condici posse. Neque enim illud sine ratione rescripserunt. Nunquam foeminis Romani facultatem contrahendi, aut res suas alienandi potestatem, prorsus ademerunt. Igitur *sponte* potuerunt pro marito soluere, & eius rei causa foenus contrahere, aut mutuum accipere a creditore. Vnum illud sententia SCTi non permittit, vt, *marito*, aut *creditore postulante*, in fraudem legis, pro marito debitore, *mulier subiiciatur*. Tunc enim aperte intercedit. Ita igitur CUIACIUS ¹⁾ respondet: „non de ea muliere, „quæ a *marito*, quærendæ pecuniæ causa, *interponitur*, in d. l. 13. C. h. t. „tractatur, sed de illa, quæ *sua sponte* pecuniam mutuam sumit, in com- „modum mariti. Hæc enim non videtur intercedere.,

Sed nihil hoc ad Jauolenum. Ille *sciebat*, & ex Aquilia cognouerat, Titium ducenta a sorore sua postulasse; & Aquiliam ream subici pro ducentis, quæ ad Titium peruentura essent. Ipse etiam postulauerat, vt Aquilia, contra veritatem, sibi fidem daret, quasi *in suos usus* pecuniam a Jauoleno accepisset. Sed hoc PAVLLVM non admittit, ex l. 29. pr. D. ad SCTum *Vellei*. supra fuit obseruatum.

Igitur, secundum Cuiacium, non obstat SCTum, quo minus foemina, sciente creditore, mutuum *sponte* accipiat in mariti usum. Sed præterea suppetit etiam aliud, quo DIOCLETIANO satisfiat; nec illum cum reliquis imperatoribus, & veteribus ICTis, committamus. Imperator non admittit exceptionem SCTi, quamuis creditor *sciuerit*, quod vxor in *usum mariti* pecuniam acceperit. Sed *usus* ille varius est, quem vxor marito suo commodare potest ex pecunia accepta. Non aperte tractauit de illa specie, si vxor pecuniam acceptam *credit* marito suo, & ipsam sortem in eius commodum conuertit, sciente creditore. Quid igitur obstat, quo minus dicamus, *usum innoxium* intelligi, in quo fors ipsa conseruetur, vt, si prædium comparet, vel supellestem, cuius *usus* perueniat deinde ad maritum, vel ipsam pecuniam administrandam inferat marito.

Certe in *Saxonia* vix cogitari potest species quædam, in qua vxor, nisi bona recepticia habeat, pecuniam mutuam acciperet, cuius usus non quodammodo spectaret ad maritum. Nostro igitur iure non obstatit creditori, quod usus pecuniæ marito sit concessus ab vxore: modo; non intercesserit vxor pro marito.

§. X.

1) CUIAC. ad AFRIC. tr. III. ad l. 17. ad SCTum *Vellei*. Op. T. I. p. 1338.

§. X.

Satis quidem, credo, expeditum est, creditori *scienti*, aduersus mu- *Creditori*
 lierem, quæ *pro alio* mutuum accepit, petitionem atque actionem, ob *datur actio*
 SCTi auxilium, negari. Nunc ergo, quomodo ille suum consequatur, quod *aduersus de-*
 a muliere reperere non potest, videamus. Enim vero improbum & non *bitorem pro*
 ferendum videbatur, ut ille, pro quo pecuniam mulier mutuam accepit, *quo foemina*
 locupletior fieret cum damno creditoris. Ipsa enim *vox naturæ & æquita-*
cepit an mu-
lis creditori succurrebat, ut suum reciperet, ab illo, ad quem nummi eius *lier actio-*
 peruenissent. Igitur, si PAVLLVM l. 1. §. 2. D. ad SCTum Vellei. au- *nem suam*
 diamus, *æquum* videbatur, ita mulieri succurri, ut in *veterem creditorem,*
 aut in eum, qui *pro se* mulierem ream constituerit, actio daretur; cum mag- *teneatur.*
 is ille, quam creditor, deceperit mulierem. Datur itaque creditori, quod
 PAVLLVS alio loco monet, actio, in *principales debitores. l. 29. pr. D. h. t.*
 Neque dubitatur, quin, si, *novatione* facta, mulier interuenerit, *rescissa*
 mulieris *novatione, vetus actio restituitur* creditori. Aperte enim IULIA-
 NVS l. 14. & l. 16. §. 1. in fine D. h. t. cum mulier subtrahatur creditori
 propter SCTum, *integram causam* pristinam & *priorem omnino debitorem,*
 quali non facta sit *novatione, restitutum esse,* ait, a prætorè. Imo vero
 IULIANO de l. 14. D. h. t. non sufficit, *veterem debitorem restituï,* sed in
fideiussores etiam, qui pro veteri debitore intercesserant, creditori actionem
 restituendam esse, monet. Ideoque, si mulier *alienam obligationem* postea
 in se *transiit,* dicemus, creditorem, aduersus illos, qui antea obligati
 erant, *actione restitutoria* experiri posse l. 8. §. 12. D. h. t.

Sed, quid faciemus, si mulier ab initio se ream constituit, pro alio,
 cum quo creditor omnino non contraxit? Nihil est, quod *restituatur* credi-
 tori, qui nunquam actionem habuit aduersus illum, pro quo mulier pecu-
 niam accepit. Enimvero, quam antea audiuimus, *vox naturæ* iubet, ut
 creditori ab eo reddatur pecunia, qui locupletior factus est ex nummis credi-
 toris. Itaque, secundum PAVLLVM atque VLPIANVM l. 1. §. 2. &
 l. 8. §. 14. D. ad SCTum Vellei. ex *æquitate,* non *stricto iure,* in illum, qui
 pecuniam accepit, dabitur actio, quæ *instituit* magis, quam *restituï obli-*
gationem: ut perinde obligetur, *eodem genere obligationis,* quo mulier
 est obligata. Verbi gratia, si per stipulationem mulier contraxit, ille quasi
 ex *stipulatu* potest conueniri.

Itaque apparet Javoleno ex æquitate, contra Titium, conditionem
 certi *quasi ex mutuo* dandam esse a prætorè. Sed addit idem ille VLPIANVS
 l. 10. D. h. t. has actiones, quæ in eos dantur, pro quibus mulier interces-
 sit, etiam in *heredes* dari: quia rei persecutionem habent. Itaque etiam,
 Titio mortuo, heredes Titii tenentur Javoleno. Neque disputationi locus
 est, quin ipsa etiam Aquilia, si Titio *fratri suo successit,* non quidem ut de-
 bitrix,

bitrix, sed pro *portione hereditaria*, omnino teneatur. IULIANVS enim l. 14. D. *de fideiuss.* affirmat, si fideiussori reus, successerit, obligationem quidem fideiussoriam perimi, sed tamen tanquam a reo peti posse, quod debetur: & si reus exceptione fideiussori competente vsus fuerit, replicationem in *factum*, aut *doli*, prodesse creditori. Idem dicendum, si reo succedat fideiussor l. 8. §. 13. D. *ad SC. Vell.* Igitur, quamuis inanis sit intercessio foeminæ, tamen vt heres illius. qui pecuniam accepit, potest conueniri.

Præterea PAVLLVS monet l. 24. §. 2. & 3. D. *ad SC. Vellei. statim* postquam mulier intercessit, act onem competere in illum, qui pecuniam accepit: adeoque non expectandum esse, donec mulier soluat, & solutum condicat a suo creditore. Ex quo loco intelligitur, quamuis mulier *non cedat suas actiones*, aduersus illum, qui pecuniam accepit, tamen creditori confestim dari actionem. Ceteroquin, si *pinguior* sit actio mulieris, aut difficultate probationis creditor per illam liberetur, nemo dubitat, teneri mulierem, vt, quod sine suo incommodo fieri potest, *cedat actiones* suas creditori. Certe in illa specie quam §pho II. proposuimus, recte damnata est Aquilia, quæ chirographum a Titia acceperat, vt cedat actiones Jauoleno, vt ex chirographo Aquiliæ aduersus Titium processu executiuo experiari possit.

§ XI.

Summa totius argumenti.

Ex his, quæ adhuc disputa a sunt, apparet, Jauolenum, qui *sciuerat* Aquiliam, intercedere, aut certe *diligentior* esse debuerat, adeoque dolum mulieris, cum se ipsum decepisset, frustra accusabat, & præterea in fraudem SCti contraxerat, recte damnatum esse a scabinis. Res luculenta erit ex rationibus adiectis:

Ob wohl Wieder-Beflagter, daß er das ausgeflagte ganze Capital derer 800. Rthlr. der Wieder-Klägerin schlechterdings auff ihren Credit geben, und derselbigen, worzu sie solte Gelder anwenden welle, lediglich überlassen, vorwendet, so wohl bey dem 15den und 18den Punkt der Litis Contestation, daß er gewiß gewußt, und ihm nicht unbekant gewesen, wasmaßen Wider-Klägerin nur 600 Rthlr. für sich bedurfft, die andern 200 Rthlr. aber ihr Bruder erhalten, und jene diesem letztgedachte Post derer 200 Rthlr. von denen 800. Rthlr. vorstrecken werde, nicht geständig, auch derowegen auff den Inhalt derer in l. 11. D. *ad SCtum Vellei.* und l. 13. C. *eod.* vortragenen Rechte, Kraft deren dem Gläubiger nichts schaden kan, wenn eine Weibs-Person das von ihm Darlehnsweise erhaltene Geld andern Personen zuwendet, sich berufet, hiernächst in der Meynung stehet, daß allenthalts die Exceptio SCti Velleiani, wegen der von der Wieder-Klägerin gebrauchten Gefährde und Arglist, hinwegfallen müsse, demnach, daß Wie-

der.

der Klägerin mit ihrem Suchen abzuweisen, es das Ansehen gewinnen mögte, D. A. D. Wieder-Beklagter bey dem 8. 9. und 17ten Punkte der Litis Contestation, daß Wieder-Klägerin, daß Er ihr 600. Rth. zu ihren Bedürfnisse, 400. Rth. aber ihrem Bruder dergestalt leihen mögte, daß sie wegen 200. Rth. vor diesen letztern sich verbürge, ihm ausdrücklich geschrieben und angesonnen, Er hingegen auf ihres Bruders Nahmen nur 200 Rth. auf der Wieder-Klägerinn Credit und Nahmen aber 800. Rth. hergegeben, eingeräumt, demnach, daß derselbe wohl gewust, wasmaßen Wieder-Klägerin 200. Rth. in Bürgschafft vor ihren Bruder übernehme, und nur 600. Rth. von dem verschriebenen Capital genießen werde, um so viel deutlicher erhellet, als Wieder-Beklagter nach seinem bey dem 12ten Punkt der Litis contestation geschehenen Geständniß, die sämtlichen 1000. Rth. von deren Repartition in obangezogenem Schreiben Meldung geschehen, derselben verstorbenen Bruder selbst zugestellet, bey welchen Umständen Wieder-Beklagten nicht allein die in

l. 12. § 28. §. 1. D. ad SCtum Vellei.

enthaltene Disposition, vermöge deren, wenn ein Gläubiger weiß, daß eine Weibs-Person das Geld in der Absicht, andern solches vorzustrecken, aufgenommen, das SCtum Velleianum Platz findet, ingleichen dasjenige, was *l. 14. C. eod.* verordnet, da diese 200. Rth. nur zum Scheine auf Wieder-Klägerin geschrieben worden, offenbahr entgegen stehet, sondern auch, daß er wider Vorschrift der Rechte *l. 19. §. 1. D. h. t. in fraudem SCti*, die von der Wieder-Klägerin vor ihren Bruder verlangten 200 Rth. auf ihren Credit und Nahmen schreiben lassen, und sie zum Schein, als Selbst-Schuldnerin angenommen, ohngeachtet sie sich in der That vor denjenigen, so die Gelder von Wieder-Beklagten angenommen, nur verbürget, nicht geleugnet, auch der Wieder-Klägerin bey dieser Bewandniß keine Gefährde beygemessen werden kan, überdiß ihm die affectirte Unwissenheit, da ihm die Absicht der Wieder-Klägerin von Anfang bekant gewesen, und er sich dißfalls genauer erkundigen sollen, nicht zu statten kommt, *l. 17. pr. in fin. D. ad SCtum Vellei.* dahingegen dasjenige, was *l. 13. C. ad SCtum Vellei.* enthalten, nur von dem Falle, wenn die Ehe-Frau ihrem Ehe-Manne von dem gelehnten Capital den Vsumfructum gönnet, oder ihm sonst etwas davon genießen läset, oder die Gelder, aus eigener Bewegniß, ohne des Ehe-Manns Veranlassung, ihm und denen seinigen damit auszuhelffen, bey andern aufnimmt, zuverstehen, und auf dergleichen negotium, da das Capital selbst vor einen andern, so das Darlehn verlanget, und ihm Gelder, von andern zu verschaffen, gebethen, mit des Gläubigers Vorwissen aufgenommen wird, nicht zu erstrecken, mithin Wieder-Beklagter die Bezahlung solcher 200. Rth.

bey der Conuention von Wieder-Klägerin zwar zur Ungebühr verlangt, auch die der Litis Contestation von ihm angehangten Exceptiones peremptoriæ durch unstreitige Verordnung der Rechte erlediget werden, gleichwohl derselbe von der Weibs-Person, so sich auf diese Art vor andere verbürget, iura cessa zu verlangen und den Haupt-Schuldner, oder dessen Erben, in Anspruch zu nehmen, nach klarer Vorschrift *L. 1. §. 2. & l. 8. §. 14. D. Scutum Vellei. it. l. 10. D. eod.* wohl befugt, und, bey obgedachtem Zweifel, welcher ihm zu diesem Litigio wohl verleiten können, mit Erstattung der Schäden und Unkosten nicht unbillig zu verschonen, So ist, wie im Urtheil enthalten, von uns billig erkannt.



XXXV.

PROGRAMMA
EX IVRE NAT. ET GENTIVM

BONORVM IMMOBILIVM
POSSESSIONEM
SALTEM NON ITEM DOMINIVM TRIBVI,

N I 3 .

MAGISTRATVS INVESTITVRA ACCEDAT.

VITEMBERGAE, AD D. XIX. AVG. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVIII.

§. I.

Natura quidem, cum nihil nos, nisi quod ad *necessitates* nostras subleuandas, aut *commoditatem* vitæ procurandam, pertinere possit, expe-tere iubeat, *privatis* certe *dominia* non attribuit, & vix permittit, vt bona, quamuis recte adquisita, quibus *sine nostro incommodo* carere posse videamur, exclusis aliis, *perpetuo* retineamus. Enim vero hominibus moderatis & continentibus ad vitam feliciter & commode ducendam sufficiebat ius *possessionis* securæ, atque ab inualorum iniuria defensæ, tam diu duraturum. donec ipsi fatiati res occupatas indigentioribus relinquere possimus. Ne *gentes* quidem *liberæ* & vniuersitates nationum, quæ terris ac regionibus bello potitæ sunt, aut in sedes vacuas venerunt: iure victoriæ aduersus omnes externos tutæ sunt, vt alios a possessionibus, quas ipsæ occuparunt, in perpetuum excludant, si sedes angustiores & circumscriptiores ipsis sufficiant, ad ciues suos alendos atque

que explicandos. Quapropter non Germanorum duntaxat prisca moribus, ^{a)} sed ex naturæ etiam præcepto, migrationes gentium, quo nomine inuasiones etiam publicæ comprehenduntur, nullam habent infamiam, si extra fines cuiusque ciuitatis fiant, atque a gente indigentiore, non tam iuenturis exercendæ, quam necessitatis & sedium quærendarum causa, quas exteri sine suo incommodo egentibus concedere posse videantur, bellum moueatur. Neque enim gens bello a finitimis petita iuste conqueretur, si possessionibus, quas præter necessitatis & vtilitatis rationem retinet, ab indigentiore exuatur.

Igitur ne gentibus quidem, si rationem naturalem audiamus, occupatio terrarum *dominium* & ius semper duraturum tribuit, sed *ius possidendi* indigentia & commoditate cuiusque populi circumscriptum: quod expirat, cum primum populus, qui suis angustiis contentus esse poterat, fines latus explicat, & indigentiores superueniunt, quibus, sine sua iniuria, parte aliqua cedere, & hospitium præbere possit. Tandem vero, cum quilibet, populus vtilitatis & commoditatis suæ modum ex sua vel auiditate, vel modestia, sibi constitueret, odio rixarum, & contentionum, quæ inter pares facile enascebantur, proxime accolentes *cum finitimis* pacti sunt, vt, sepositis illis de cuiusque indigentia litibus, quod quisque populus possideret, illud eius quasi proprium & pleno iure acquisitum haberetur. Qua re fines constituti sunt, intra quos cuiusque cupiditas se contineret.

Hac fere ratione *prima species domini* enata est, quod non *priuati*, sed *ipsæ vniuersitates* integrarum *nationum*, vt dictum est, pactione cum finitimis, saluo iure extetorum impetrarunt. Quicquid vero *ad integram nationem*, tanquam ad *unum corpus*, ita peruenerat, cum ab vniuersis coniunctim possideri commode non posset, inter *singulos* distributum est; vt, quæ ab omnibus parta & acquisita erant, illa singulis prodeffent. Sed *singulis* quidem ab initio respublica non videtur *dominium* aut *ius perpetuum*, sed *ius possidendi* duntaxat, reliquisse: quo finito ipsa suum repetere poterat a possessore, atque ad alios transferre; donec tandem, cum ager fere a possessoribus incertis, & mox de statione priori decessuris, negligere-
tur, prouocandæ industriæ & culturæ promouendæ causa, placuit, vt fundi possessoribus, post culturam, perpetuo, & *quodam iure domini* permitterentur. Hoc *NERVA filius* intellexit, qui a *quod PAVLLVM I. I. §. I. D. de acquir. vel amitt. possess. dominia ex naturali possessione orta esse*, ait: „cum natura ignoret dominium, & solum *ius possidendi* a ratione naturali proficiscatur. Idem etiam *TULLIO* ^{b)} placuit, qui, sunt autem, „inquit, *priuata nulla natura*. Sed aut veteri occupatione, vt qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, vt qui bello potiti sunt, aut *lege*,
M 2 *pacti*.

a) CÆSAR de bell. Gall. VI. 23. 6.

b) CIC. I. off. 7.

„*pactione, conditione, sorte.* Imo vero luculentius AVGVSTINVS C. I. dist. VIII. „*iure humano*, inquit, dicitur, hæc villa *mea* est. Tolle iura „*imperatorum*, & quis audet dicere: hæc villa *mea* est, aut hic feruus *meus* est, aut domus hæc *mea* est. „ Vt intelligatur, domina priuatis non a *natura*, sed a *republica*, *lege civili* demum tributa esse.

Quæ cum ita sint, apparet, integras *gentes* primum *uniuersitatem agrorum*, quos possident, *pactione* cum finitimis, aut *iure victoriæ* adquisiuisse: tandem vero, ne agri, qui ab uniuersis coli non poterant, steriles & inculti essent, magistratus bona immobilia inter ciues diuisisse, atque ad acuendam illorum industriad subinde *ius* quoddam *perpetuum* aut longius duraturum possessoribus dedisse: ita tandem *singulorum dominia* enata esse. Qua re euenit, vt quamuis possessiones a republica translatae essent ad priuatos, tamen semper *iuris aliquid* circa priuatorum dominia manserit *apud magistratus*, & singulorum possessiones coniunctim sumtae *uniuersitatem* quondam bonorum constituerint, quæ principis aut magistratus potestate regeretur. Ideoque certe POMPONIVS l. 239. §. 8. D. de *verb. signif. territorium* appellari, ait, *uniuersitatem* agrorum intra fines cuiusque ciuitatis, vbi magistratus ius terrendi habet. Vt non possit esse obscurum, quæ a priuatis possidentur, vinculo quodam communi contineri, & *uniuersali titulo* ad rem publicam inprimis pertinere. Hac de caussa TVLLIVS c) accidisse, ait, vt ager Arpinas, Arpinatum dicatur, quasi ille ad uniuersitatem nationis pertineat, quamuis agri singuli a priuatis & singulis possiderentur. Romani certe, quod POMPONIVS l. 5. §. 2. D. de *captiu.* & PROCVLVS l. 7. D. *eod.* obseruarunt, dominia priuatorum apud exteros non agnouerunt, nisi cum *gente* illa amicitiam, aut hospitium aut foedus amicitiae causa factum, respublica haberet; cum nihil singuli possideant, nisi quo a gente & magistratibus nationum ipsis concessum fuerit, adeoque ius priuatorum ex iure totius gentis æstimandum esse videatur.

Itaque priuati fere ex beneficio magistratus atque nationis agros & possessiones fundorum iure dominii subinde acceperunt, vt fundos diligentius colerent, atque ad faciendam sementem spe messis & fructuum inuitarentur.

Sed quanto minus gens quaelibet agriculturæ & ædificiis operam dabat, tanto plus iuris in qualibet republica magistratus sibi retinuit, tantoque minus transfudit ad singulos & priuatos. Ideo *Sueui & Germani* inprimis cum agriculturæ non studerent, sed agros, quod CÆSAR d) & TACITVS e) affirmant, infirmissimo cuique in familia colendos committerent, olim non facile *certa dominia* fundorum & agrorum a magistratibus impe-

e) C. I. C. off. l. 7. d) CÆSAR bell Gall. III. l. 4. VI. 22. §. I seqq. e) TACITVS de moribus Germanorum, c. 14. & 15. & c. 26.

e) TACITVS

trauerunt. Enim vero, si Cæsari, & Tacito fides est, apud *Suevos priuati* atque segregati nihil fuit, neque longius anno remanere vno in loco, incolendi caussa, licuit. *f*) Neque quisquam *Germanorum* agri modum *certum* aut fines proprios habuit; sed *magistratus* ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui vna coierunt, quantum eis, & quo loco, visum est, attribuerunt agri, atque, anno post, alio transire coegerunt. *g*)

Ex quibus rebus intelligitur, magistratus inprimis, vt studium *agriculturae & edificandi* in ciuibus excitarent, dominia fundorum illis assignasse & si vtrumque negligeretur, agros magis in potestate reipublicae, quam priuatorum, permaussisse. Certe apud multas *Germanorum* nationes & inprimis apud *Saxones*, extant prisca moris vestigia, vt, quamuis hodie diligentius ædificemus, & agri a nostris non omnino negligantur, adeoque *certiora* etiam dominia priuatis tribuantur, tamen magistratibus multum sit iuris in res immobiles & fundos, qui a priuatis possidentur. Ausim enim affirmare, ex illo, quem indicaui, fonte profectum esse, vt ne hodie quidem *fundi* a priuatis in alios efficaciter, nisi *auctoritate magistratus competentis*, transferantur. 2 Land-N. art. 30. Weichb. art. 20.

Sed quantacunque fuerit illa magistratuum in res priuatorum immobili potestas, caue tamen existimes, quod propter necessitatem petendæ inuestiturae, possessores fundorum magistratui nexu *clientelari*, tanquam *vasalli*, obstringantur. Imo vero fundos in dubio pro *allodiis* habemus, atque auctoritatem magistratus circa res soli, magis ex veteri instituto gentis nostrae, quod supra indicaui, deriuamus, quam vt *ius domini directi* ad illum pertinere arbitremur. Enim vero antiquitas illius moris, quo possessiones fundorum priuatis non efficaciter nisi auctoritate magistratus attribuuntur, efficit, vt, si quid res habeat difficultatis, potius officium illud, quod ab vltima ætate in Saxonia omnibus possessoribus fundorum incubuit, quam obligationem *vasalli*, quæ ex pacto singulari nascitur, domino rerum immobilium impositum putemus. Sed alii quidem, quid inter fidem *clientelarem & ciuicam* interfit, diligenter tradiderunt. *h*) Nuper vero ordini nostro species quædam oblata est, in qua multa in vtramque partem disputabantur. Jauolenus a Scæuola, domino directo, obtinuerat, vt duo feuda in allodium, als Erb und Eigen, und Rechte allodial und Erb-Güter, mutarentur, saluo honore domini directi, cui propter illos fundos Jauolenus fidem & obsequium obligauerat hac formula: Jedoch sollen die Besizere dieser Güther dem Herrn der Standherrschaft N. und dessen Successor, solcher Vererbung ungeacht,

M 3

f) CÆS bell. Gall. III. I. 7.

g) CÆSAR VI. de bell. Gall. 22. 2. TACIT. de morib. Germ. 26.

h) MAULIVS de homag. C. I. SCILT. C. 4. iur. feud. Alem. §. 9. BIGNON. ad L. I. C. 18. form. Marculphi. SCHILT. de Landsass. c. 8. ROSENTHAL C. 10. concl. 15. EYBEN. C. XI. §. 13.

ret, allen schuldigen *RESPECT*, so viel Ihnen dieser Güther halben zukommt und gebührenden Gehorsam jederzeit bezeugen. Possessores fundorum, ultra tempus longissimum, quoribus vel aliquis ex Scæuolæ, vel ex Jauoleni, successoribus decesserat, bey allen Veränderungen in manu dominante & seruiente, *renouationem inuestituræ*, abhibita voce feudali, *Muthen*, petierant: præterea successores Jauoleni, ætate minores, etiam dilationem vsque ad ætatem maiorem, *Indult-Scheine*, impetrauerant, qua cautione illi vtuntur, qui in feudis succedunt. Tandem nouus successor, iugo illo excusso, fundos vendiderat, ignorante successore Scæuolæ, cui fides & obsequium promissa erat. Scæuolæ successor, cum fundi, ipso ignorante, a possessore venditi fuerint, *feloniam* a vasallo commissam accusabat, & possessorem vel feudis priuandum, vel multa coercendum esse, arbitrabatur. Res varie tractata. Dominus directus *fidem & obsequium* ex formula inuestituræ sibi deberi, sed, quale sit illud obsequium, ex obseruantia intellegi, aiebat: *petitionem renouationis inuestituræ*, impetrationem *dilationis* propter ætatem minorem & reliqua, satis indicare credebat, quod *nexu* quodam *feudali* adhuc obligati sint fundorum illorum possessores: non obstare, quod in allodia mutati sunt fundi, cum voluntaria etiam agnitione res allodialis in feudum offerri possit: itaque vel priuatione feudi, vel multa, in possessorem animaduertendum esse, affirmabat. Sed responsum est: nec priuationi, nec multæ, locum esse, sed emptorem præceptis pœnalibus ad inuestituræ allodialis petitionem adigendum videri. Enimueto *inuestituram* etiam in allodiis immobilibus desiderari certum est, vt cogi possint possessores, ad illam a iudice petendam. ⁱ⁾ Neque tantum constat inter omnes, *feudi* iura non præsumi; sed obstabat etiam formula inuestituræ, qua Jauolenus ab omni nexu feudali liberatus erat. *Renouatio inuestituræ* etiam in allodiis recte petitur, & superflua maiorum, in illa petenda, sollicitudo & diligentia posteris nullam necessitatem imponebat: ideoque potius solennis illa magistratuuum apud Saxones circa res immobiles potestas, ab antiquissimis moribus profecta, quam ius dominii directi, ad successores *SCÆVOLÆ* pertinere videbatur.

XXXVI.

ⁱ⁾ EYBEN. elect. feud. c. 5. & c. 6. §. 7. ZIEGLER de dote ecclies. c. 5. §. 20.
KORN. iurispr. feud. II. 3.

XXXVI.

DISSERTATIO

DE CLERICO OB PACTIONEM CVM PATRONO FACTAM SACERDOTIO SE ABDICANTE.

 VITEMBERGAE, AD D. . AVG. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVIII.

§. I.

Longius opinione sua a vero abfunt, qui non solum non reprehendendos, sed plane officio honorum viro-^{Fuga munerum publicorum odium abdicationis.}rum egregie perfunctos, ideoque laude dignissimos, esse arbitrantur illos, qui, ab omni hominum consortio remoti, in obscuro latere, quam quicquam cum aliis negotii habere, malunt. Enimuero, cum societati humanae eam contigitte sortem videamus, ut alter alterius ope indigeat, ac, nisi in praestandis accipiendisque officiis, quod quisque minus per se ipsum potest, id ipsi suppeditetur, vicissimque ipse reddat, *uniuersorum salus* omnino non subsistere, aut certe minus commode durare, possit; manifestum est, communem utilitatem non deseruntaxat, sed etiam prodi ab iis, qui vitam ita trahunt, ut sibi solis nati fuisse videantur. At vero, ut quisque est recti amantissimus, ita maxime perspicit, quod PLINIUS ^{a)} ait, *esse hanc philosophiae & quidem pulcherrimam partem, agere negotium publicum, cognoscere, iudicare, promovere & exercere iustitiam, quaeque philosophi doceant, in usu habere*: ideoque a perniciosa ista hominum ignauorum desidia abhorret. Illi certe, qui *iuris scientiam* apud Romanos professi sunt, pessime de iis iudicarunt, qui sibi solis indulgerent, corpori tantum deseruirent, atque omnia, quae sequerentur in vita, quaeque fugerent, voluptatibus atque doloribus aestimarent, ac vel minimum molestiae & laboris, republicae causa, subire detrectarent; tantumque abest, ut illorum inertiae concedendum esse putauerint, ut etiam propositis *poenis* illos in partem publicorum munerum vocarent. Equidem, eum non pauca ex iis, quae publico nomine suspicienda erant, munera cum emolumento tum honoris tum rei familiaris coniunctae essent, qui sese ingererent ac plane obruderent, non facile omnino defuerunt. At, quae ea capefferent, quae dignitatis & utilitatis nihil, vel parum, laboris veroplurimum, haberent, vix reperti sunt; ut etiam non raro potestate magistra-

a) PLIN. lib. I. ep. 10.

stratum opus esset, qua ad subeunda eiusmodi munera ciues desidioli compellerentur. In *municipiis* certe tam odiosa visa sunt tamque onerosa esse munera, vt quod ex *PLINIO* ^{b)} apparet, iam, Trajano imperante, inuiti adeo traherentur municipales, ad munus publicum suscipiendum; quorum plerosque, *Constantini* ætate, solum vertere, quam muneribus publicis onerari, maluisse, *ZOSIMVS* ^{c)} obseruat. *VLPIANVS* igitur in l. 9. *D. de munerib. & honorib.* obtinuisse ait, vt iisdem remediis, quibus tutores & curatores, ad suscipiendum officium adigerentur. *Si quis, inquit, magistratus in municipio creatus, munere iniuncto fungi detrectet, per præsidem munus agnoscere cogendus est, remediis, quibus tutores quoque solent cogi ad munus, quod iniunctum est agnoscendum.*

Cogebantur igitur aliquando ciues, vt munera publica subirent. At enim vero, vtur eorum tanta penuria non fuerit, qui munera honorifica, forte etiam profutura, appetere; id tamen vtrique generi commune fuit, vt, qui semel ad quodcunque accessisset, interdum, ductus poenitentia, consilium mutaret, & ad otium reuerti vellet. Sed placuit, vt ab eo, quod susceptum esset, pro lubitu abire quisquam sine dedecore non posset. *CAMILLVM* certe, quem inter belli Gallici calamitates Ardea reuocatum, ciues dictatorem fecerant, *abdicare* se dictatura senatus populusque passus non est, nisi anno circumacto, vt *LIVIUS* ^{d)} enarrat. Neque aliud, introducto in locum reipublicæ principatu, placuisse, *præsides*que prouinciarum, *abdicando* sese, *nihil egisse*, siquidem sine nutu principis, a quo prouincia decreta fuerat, id fecissent, in l. 20. *D. de offic. præsid.* affirmatur. Etenim *PAPINIANVS*, ex cuius lib. I. *respons.* ista lex desumpta est, *legatus*, inquit, *cæsaris, id est, præses vel corrector prouinciæ, abdicando se, non amittit imperium.* Nec errabit qui de proconsulibus & quibuscunque prouinciarum rectoribus magistratibusque vrbis & municipalibus idem affirmandum esse putet. De defensoribus quidem ciuitatum omnino certum est, *THEODOSIVM* & *VALENTINIANVM* imperatores in l. 10. *C. de defensoribus ciuit.* interdixisse, ne quisquam a munere sibi demandato *missionem* haberet, nisi, sacris codicillis, *venia* a principe *impetrata* fidem præfecto prætorio faceret, adiecta etiam etiam triginta librarum auri multa: a præside prouinciæ & quocunque magistratu exigenda, qui forte, non expectata principis auctoritate, quemquam dimisisset. De tutelæ denique ac curæ muneribus sancitum fuisse nouimus, vt ne quis, quod semel subiisset, incio magistratu deponeret: ac *Diocletianum* vna cum *MAXIMIANO* in l. 2. *C. quando tutor. vel curat. esse desin.* præcepisse, ne tutoris vel curatoris officium ex sola pupilli vel minoris voluntate finiatur. Enimvero, quam

ob

b) *PLIN.* Lib. X. *Epist.* 114.
c. I.

c) *ZOSIMVS* L. II. p. 115.

d) *LIV.* L. VI.

ob causam in l. 10. D. de offic. procons. licitum esse negat VLPRIANVS, ante aduentum successoris ex prouincia abire, cum prouinciæ utilitas exigit, esse aliquem per quem negotia sua explicentur prouinciales; eadem certe obtinet in reliquis, quocumque tandem nomine veniant, *muneribus*, communis utilitatis causa introductis. Quæ, ne vel per minimum temporis spatium cessent, quam maxime interest ciuitatis, ad cuius salutem & tranquillitatem inprimis pertinet, vt semper adsint, qui omnia præuideant, ad omnes casus vigilent, ea denique, quæ peragenda sunt, mature expediant, & sine mora atque cum cura, administrent. Vt taceam, permagni referre, illos, qui rerum in ciuitate potiuntur, securos esse posse, quod maneant in officio, quibus reipublicæ administrandæ partem commiserunt, quorum industriam delegerunt ad ea, quæ repente incidunt, diligenter procuranda, a quibus denique rerum gestarum exigere rationem possint.

§. II.

Quæ omnia cum inprimis conueniunt in *sacra munera*, ob curam Odiōsa inprimis a muneribus a muneribus animarum inter Christianos introducta, certisque personis, quæ illa defun- re sacro abdicatio. gum ecclesiasticarum conditores adducti sunt, vt *sacri ordinis* hominibus interdicerent omnino, ne locum in quo collocati sunt, sine *caussa grauissima*, nec in scio superiore deserant, aut temere vacuum relinquunt. Enim vero, ipsa sacri illius negotii grauitas optimo cuiuis ac religiosissimo sacerdoti facile persuadet, ne quid committat, ex quo vel minimum detrimenti quisquam ex cætu sibi commissio patiatur. Manifestum enim est, accidere posse quotidie, quæ operam ministri ecclesiæ requirunt. Sane cum diuino nutu ac consilio fieri credamus, vt docendi verbi diuini atque ministrandorum sacramentorum munus cuiquam committatur, & quilibet illorum, se rite & ex summi numinis voluntate vocatum esse, arbitretur; ferendum vix esse visum est, vt quis pro lubitu spartam sibi demandatam deponat, molestiæque vitandæ causâ, aut impedimenti, nescio cuius, imaginario obtentu, ad otium vitamque remissioem reuertatur. Leue certe atque indignum probo viro in omni vitæ genere videtur, officiorum præstandorum necessitatem, priuata commoditate æstimare, & suo vel studio, vel ignauia, metiri. In *sacris* autem *muneribus* nimia *recedendi* facilitas eo magis est reprehendenda, quo plus inde incommodi & damni ipsa ecclesia capere videtur. Enim vero, cui potest esse obscurum, quantum in eo momenti positum sit, ne alii subinde & alii constituentur sacerdotes aliis plerumque, in tanta capitum sensuumque varietate, moribus instructi, nouam semper in docendo custodiendoque coetu rationem ineuntes. Illud vero exploratum est, eo facilius proficere doctorem, eoque certius auditores etiam dictis monitis obsequentes reddi, quo arctior inter vtrosque coniunctio animorum in-

tercedit, quoue certius de pastoris in se voluntate ac salutis æternæ promo-
uendæ studio persuasi sunt parochiani. At non vno alteroue die *fiducia* ista
comparari potest: tempore opus est & occasione ad probandam fidem ac
benevolentiam conciliandam, amoremque mutuum, quo nihil ad continendos
in obsequio hominos accommodatius remedium excogitari potest confirman-
dum. Sua sunt præterea cuique coetui studia sui mores, suæ propriæ cupi-
ditates, quibus vel maxime ducuntur, & vel in rectam viam, vel errorem
facile trahuntur. Quos quidem recessus nisi quis inuestigauerit penitusque
perspexerit, atque consilia sua ad omnes opportunitates accommodauerit,
vel paruum laboris sui fructum sentiet, vel frustra omnino in illo campo
desudabit. Aut omnia me fallunt, aut ex his ipsis causis, inde ab antiquissimis
temporibus, leuitas illorum improbata fuit, qui nullis vel exiguis difficulta-
tibus permoti, *stationem* sibi tributam *reliquerunt*. Illi profecto, qui cum
cura in officio versati sunt, *resignationum* & *renunciationis*, quam dicunt,
iustitiam, neque ignauia, neque inerti otio, neque priuato arbitrio, meti-
endam esse existimarunt, ideoque omni modo in officio retineri ministros
ecclesiæ, semel huic rei adhibitos & inauguratos, voluerunt. Inter cetera,
quæ in *canonibus apostolicis* de disciplina ecclesiastica sparsim decreta conti-
nentur, *can. 35.* fancitum est: „*episcopus ordinatos, qui ministerium vel cu-
ram populi sibi commissam non susceperint, a communione tamdiu seiungen-
dos esse, donec suscipiant obedientiam accommodantes.*„ Neque presby-
teris & diaconis semel ordinatis integrum esse voluerunt eiusdem canonis au-
ctores, vt, quod impositum esset oneris, vel subirent, vel etiam pro arbi-
trio excuterent, & operam promissam ecclesiæ præstare detrectarent. Col-
ligi exinde potest, quod THOMASSINVS *de disciplina ecclesiastica* e) obseruauit,
tanto minus de loco semel occupato decedere potuisse sacerdo-
tes & episcopos, quanto grauius in eos animaduertendum esse, patres ec-
clesiæ putarunt, qui nuper oblatum munus temere repudiarent. Eandem
sententiam fuisse *concilii Nicæni* patribus, ex *canone XVI.* huius concilii
manifestum est, in quo a communione ecclesiæ excludendos esse decreue-
runt clericos, ecclesiarum suarum desertores. Etenim *omnem*, inquit,
*necessitatem conuenit iis imponi, vt ad suas paroecias reuertantur: quod si
non fecerint, oportet eos communione priuari.* Sane, vt non temere sub-
terfugienda est occasio, publicæ causæ consulendi, ita in sacris præcipue
ministeriis strenue perseverandum esse voluerunt viri pietate insignes; ideo-
que CYRILLVS ALEXANDRINVS in epistola quadam, apud Balsamo-
nem, grauius pronunciauit: si sunt digni, qui sacra mysteria obeant, in
iis maneant, si autem indigni, ne per *renunciationem* exeant, sed potius

cor-

e) THOMASS. de discipl. ecclesiast. l. II. c. 50. §. 3. p. 168.

condemnati. Hoc enim, & THOMASSINVS loco citato & PETRVS de MARCA *f*) obseruarunt.

§. III.

Neque tamen tam duri veteres fuerunt, vt ne interueniente quidem *iu- Ex in-
sta causa* aliquando voluntati illorum, qui permanere in statione recusabant, *caussa re-
cum res illud postulare visa est, obtemperauerint, illosque liberauerint illo-
vinculo, quo obstrikti tenebantur. Vt enim *salus ecclesiae* suprema lex esse *nunciatio
admissa in
pereri eccle-
siis, inprimis
ob scandala-
lum & spem
fructus in-
terceptam.*
debet apud optimum quemcunque; ita, promouendae eius causa, *renun-
ciationes* etiam, quas tamen alias satis difficulter admittebant, non omni-
no improbandas esse, censuerunt. Apud GREGORIVM certe *Nazianze-
num pacis seruandae* studium plurimum valuisse ad locum derelinquendum, *fructus in-
terceptam.* cui quis sine detrimento ecclesiae praesse non posset, suo ipsius exemplo decla-
rauit. Etenim SOZOMENVS *g*) auctor est, illum ab imperatore, & cle-
ro Constantinopolitano, episcopisque quam plurimis, ad episcopatum impe-
rialis sedis delectum, postulantibus primo assensum suum accommodasse,
mox tamen, quod alios sibi infestos & aduersarios esse cognouisset, abire,
quam *dissentium* & turbas in ecclesia facere, omnino maluisse; cum religio-
ni sibi duceret, ecclesiam tempestati obicere, ab iis excitam, qui sedare
potius, forte fortuna ortam, debuissent. Nec alia de causa GREGORI-
VM istum a *Sasimorum* episcopatu discessisse, compertum est, quam, cum
per loci iniuriam, & *incolarum malitiam*, duorum denique metropolita-
norum de finibus prouinciae contentiōnem, non videret, quid prodesse
posset. Praedicat AVGVSTINVS *h*) & maximopere collaudat eorum con-
siliū, qui propter publicum ecclesiae bonum episcopatibus cedere, quam
contentiōnibus & litibus viam facere atque locum dare mallent. Longe
gloriosius, inquit, esse, episcopatus sarcinas, etiam propter ecclesiae vitanda
pericula, deposuisse, quam, propter regenda gubernacula, suscepisse. Ideoque
& MAXIMIANVM Africae episcopum hac ipsa de causa *renunciantem*, non per
ignominiam cecidisse, sed gloriose cessisse, affirmavit. *i*) Sane, cum expeditum
sit, quod idem AVGVSTINVS alibi scribit, episcopos & sacerdotes, non
priuati commodi, aut splendoris, vel dignitatis, gratia constitutos, sed
propter eos, quibus praecipis ac precibus praecire ac sacramentorum admi-
nistratione adesse debent; non locus est dubitationi, melius agere, qui,
cum finem propositum nulla ratione se consequi posse videant, cedere po-
tius, quam perseuerare cum ecclesiae damno, voluerunt. Ita *per obstinatos
Antiochenorum* male in se animatorum *mores* in episcopatu permanere no-*

f) PETRVS de MARCA de concord. sacerdot. & imper. L. VII. c. §. 6. p. 820.

g) SOZOMENVS L. VII. histor. eccles.

h) AVGVSTIN. epist. 238.

i) Ibid. eod.

luit MARTYRIUS eorum episcopus sed teste THEODORO 'LECTORE ^{k)} officio sese *abdicauit*, coetui autem publice declarauit, *clero immorigero & populo rebelli & ecclesiae contaminatae sese renunciare, seruata tamen sibi sacerdotii dignitate.* Certe etiam MELETIVM, episcopum cuiusdam in Armenia vrbis, propter *inobedientiam* subditorum, alio se contulisse & priuatam vitam in otio degisse, enarrat THEODORETVS. ^{l)} Illud vero praeter ceteris placuisse priscis ecclesiae patribus intelligimus, ut, quotiescunque per imbecillitatem humanam *lapsus* forte esset episcopus, ac propter *peccatum*, quo ecclesiam offendisset, sese ex voto consulere posse commodis suorum desperaret, licite *abiret.* Ipse, quem antea, laudauit, AVGVSTINVS ^{m)}, quod obseruauit THOMASSINVS ⁿ⁾ grauius sacerdotes admonuit, qui ecclesiae suae *sine scandalo* praesse nequeunt, atque ad *deponendum* officium ipsos inuitauit. „*Neque enim, scribit Hipponensis episcopus, episcopi propter nos sumus, sed propter eos, quibus verbum & sacramentum dominicum ministramus, ac per hoc, ut eorum sine scandalo gubernandorum sese necessitas tulerit, ita vel esse, vel non esse, debemus, quod non propter nos, sed propter alios, sumus. Denique non nulli sancta humilitate praediti viri, propter quaedam offendicula, quibus pie religioseque mouebantur, episcopatus officium non modo sine culpa, verum, etiam cum laude, posuerunt!*„ Ipse certe, cum Antonium quendam, alumnus suum, meliore consilio quam euentu, Fussalensi ecclesiae episcopum commendasset, tam aegre tulit hoc suum factum, ut officiantiae, cuius ipse se reum faciebat, coercendae causa, episcopatum *abdicare* voluerit. ^{o)} Idque Caelestino pontifici Romano explicauit hoc in primis argumento: *cogitamus, quod ait apostolus, si nosmetipsos iudicauerimus, a domino non iudicamur, iudicabo me ipsum, ut parcat mihi, qui iudicaturus est viuos & mortuos.* Eadem *scandali* vitandi causa fuit MAXIMIANO, *Bagaiensi* episcopo, ut suo se munere *abdicaret.* Iste enim, quod cum donatistis aliquando fecerat, *populo minus placebat*, licet a peruersa istorum hereticorum sententia iam dudum recessisset. MAXIMIANVS igitur, cum errorem, quem olim errauerat, ecclesiam adeo offendisse cerneret, ut etiam nunc pessime de se plerique sentirent, *sponte abiit* a munere, rationibusque consilii expositis patribus Mileuitanis factum probauit. Atque hanc ipsam *abdicationi* episcopatus causam etiam subsecutus seculis plurimum valuisse, exemplis POTAMII Bracarensis episcopi & EBBONIS *Rhemenfis* comprobatur. Ille enim cum libidini intemperantius indulgisset, eoque nomine grauioris animaduersionis se reum fecisset, *sponte abiit*, & sententiam concilii Toletani X. paullo post in se latam, praeruerit. Hic autem a LVDOVICO Pio imperatore accusatus,

cri-

^{k)} THEODOR. LECTOR. L. I. p. 718.
^{m)} AVGVSTIN. L. II. c. II. contra Crescon.

^{l)} THEODORET. L. II. c. 3. histor. eccl.
ⁿ⁾ THOMASS.

de disciplin. eccl. P. II. L. 2. c. 51. §. 2.

^{o)} AVGVSTIN. epist. 261.

crimenque confessus, a Synodo remedium poenitentiae petiit, vt a functione episcopali, qua se indignum agnouit, recedere liceret, quod PETRVS de MARCA p) annotauit. Atque, si recte iudico, inualuit omnino & obtinuit, vt quotiescunque clericus deponendus esse videretur ab officio, se ipsum potius abdicaret reus, grauitate criminis commotus, synodus vero sententiam damnationis ab ipso pronunciatam, cui reus iam obtemperauerat, confirmaret. Ita vt sentiam, facit formula ista, qua ARNVLPHVS Rhemenfis Archiepiscopus perduellionis reus in cedendo archiepiscopatu vsus, & quæ a PETRO de MARCA q) ex veteris æui monumentis descripta est. Quam quia ad institutum cumprimis pertinet, adiciendam esse puto. His enim verbis concepta est: „Ego ARNVLPHVS quondam Rhemorum archiepiscopus, recognoscens fragilitatem meam & pondera peccatorum meorum, testes confessores meos -- constitui mihi iudices delictorum meorum, & puram ipsis confessionem dedi, quærens remedium pœnitendi, & salutem animæ meæ, vt recederem ab officio & ministerio pontificali, quo me recognosco esse indignum, & alienum me reddens, pro reatibus meis, in quibus peccasse me ipsis secreto confessus sum, & de quibus publice arguebar, eo scilicet modo, vt sint illi testes alii succedendi & consecrandi in loco meo, qui digne præcesse & prodesse possit ecclesiæ, cui hactenus indignus præfui. Et vt inde ultra nullam repetitionem, aut interpellationem, auctoritate canonica facere valeam manu propria me subscribens firmaui.,,

§. IV.

Hæ quidem renunciationem causæ vsu veteris ecclesiæ inprimis comprobatae sunt, quae a nobis primo loco commemorandæ videbantur, quia præciationum ceteris pertinent ad institutum. Sed inueniuntur plures patrum auctoritate exemplisque confirmatae. Inprimis senectuti tanto iustiore vacationem tribuendam esse existimarunt, quanto magis imbecillitas senum natura potius, quam culpæ hominum, debetur. Haud igitur difficulter impetrauit BURCHARDVS, episcopus Wurtzburgensis, cum ingrauentis ætatis obtentu successorem postularet, quod ex SVRIO supra commemorauimus. Neque GAVFREDO Syluanestensi episcopo, per ætatem & morbum corporis, laboribus impari, ac minus idoneo ad munus pro dignitate administrandum, missionem denegandam esse, arbitratus est pontifex: cuius rei RIGORDVS de gestis Philippi Augusti ad annum 1215. r) testis est. Nimirum & grauitati morbi id concedendum esse duxerunt, vt renunciatio, isto titulo munita, admitteretur. Inter causas itaque, ob quas a Sasimorum episcopatu abiisse Gregorium Nazianzenum supra memorauimus, non

p) PETR. de MARCA. L. VII. c. 25. p. 1096.

q) PETR. de MARCA loc. cit. §. 9.

r) apud FITHOEVM p. 213.

minima fuit, *periculum*, quod *valetudini* eius ob inclementiam coeli & omnium rerum inopiam, impendere videbatur. Sic & SYLVANVM, Philippopolitanum in Thracia episcopum, ab Atrico, Constantinopolitano Patriarcha, constitutum, SOCRATES ^{s)} refert, successore postulato, & impetrato, episcopatum reliquisse, quod per *corporis imbecillitatem* frigus ferre non posset. Ex eadem denique causa *Ariminensi* episcopo assensus est GREGORIVS pontifex ^{t)} vt alius in illius locum deligeretur, cum per *capitis dolores* impediri visus esset, quo minus sacerdotio praesse posset. Sed non aequo probatum fuit illorum consilium, qui se, *maioris perfectionis* & singularis *pietatis* causa, abire sacerdotio dixerunt. Neque enim exemplum IOANNIS SILENTIARIJ, ab episcopatu *ad vitam monasticam* fugientis, tanti visum est, quod tuto sequerentur alii, vtut diuinitus ad illud consilium capiendum excitatus esse crederetur, si verum est, quod in vita eius apud SVRIVM narratur. Quin potius illos, qui solitudinem & otium muneri demandato praeferrerent, & *inconsulto superiore* in monasterium abirent, sanctitatis simulatione, grauiter coercendos esse statuerunt patres *synodi Caesareo Augustanae* can. 6. *Si quis de clericis propter luxum vanitatemque praesumptam de officio sponte discesserit, ac, velut obseruatorem legis, monachum se videri maluerit, quam clericum, ita de ecclesia repellendum*, decreuerunt, vt, *nisi rogando atque obsecrando, pluribus temporibus satisfecerit, non recipiatur*. Certe remedijs canonicis ad officium reductos huius generis transfugas vel *Fulgentij*, abbatis cuiusdam in Africa, exemplo constat, quem ad abbatiam reuocatum esse episcopali auctoritate, EX FERRANDO adducit THOMASSINVS. ^{u)} Illud vero inusitatum, & decretis etiam conciliorum prohibitum fuit, vt quis *in fauorem* alterius, nulla alia, eaque graui, causa motus, a sacro munere abiret. Et si enim in dubium vocari nequit, quod auctorum omni exceptione maiorum fide constat, vel religiosissimis praefulibus in more positum fuisse, vt *moribundi*, vel certe difficiliore morbo afflicti, *successores nominarent*, quos maxime dignos & ecclesiae vtilis futuros existimarent; non tamen, hac sola nominatione facta vel depositum fuit munus, vel in alium translatum, quin potius, ius succedendi ab electione cleri & assensu populi pependisse, ^{x)} per quinque priora secula & ultra, THOMASSINVS demonstrauit. Praeterea etiam illud certum est, in *appellandis successoribus* id egisse optimos viros, vt ne alius post mortem ipsorum eligeretur, nisi quem recte de doctrina sentire perspexissent. Ceterum, ne quid vel *amicitiae*, vel *cognationi*, datum esse videretur, tam prouide interdictum fuit, vt etiam, indulgentibus aliquando metropolitans, vel episcopis prouincialibus, alij contradixerint, ca-

nen-

s) SOCRAT. histor. eccles. L. VII. c. 37. t) GREGOR. L. IX. ep. 141. u) THOMASS. loc. cit. p. 173. x) Ibid. l. c. c. 55. §. 5. 199.

uentes, ne episcopalis honor hereditarius videretur: hoc enim ex HILARII episcopi Romani epistola 2. intelligitur. Quibus quidem ita comparatis, nemo facile erit, qui sibi persuadeat, vel pactis, vel plane pretio, locum fuisse, quo quis ad renuntiandum excitaretur. Sane, ut turpe visum fuisset, si quis de abdicando sacro munere pactus esset, ita simoniæ crimen vix effugisset, qui vel data pecunia aliquem ad renunciandum prouocasset, vel accepta, prouinciam sibi demandatam deseruisset. Namque & in eos conuenit, quod cauzione apost. 28. dicitur: *si quis episcopus aut presbyter aut diaconus, pecunie interuentu, hanc dignitatem nactus fuerit, deponitor tam ipse, quam qui eum ordinauit, & omnino a communione abscinditor, quemadmodum Simon magus a Petro.* Denique, ut pacta a renunciatione abesse voluerunt, ita vim in illa minime tolerandam putauerunt. Ideoque proietum episcopum, cui propter diuturnum morbum inuito successorem dederat HILARIUS ARELATENSIS archiepiscopus, restituendum esse, epistola 89. pronunciauit LEO pontifex Romanus. Atque hac ipsa de causa aliquando dubitatum fuit, cum quaestio incidisset, vtrum NICOLAUS MY-SALON, Amyclenus metropolitanus, a magistratu ad renunciandum adactus, efficaciter renunciaisset, an vero cognitio de criminibus ipsi obiectis prius instituenda esset. Placuisse tamen, cognitionem fieri, ne sacris altaribus & coelesti victimæ admoueretur minister, qui postea indignus & contaminatus comprobari posset, ex Balsamone refert THOMASSINVS. y)

§. V.

Ex his igitur causis aliquando admissum est, ut quis munere se suo abdicaret. Superest, ut de modo, & legibus, quibus obsequi debuit, qui sacro officio renunciaret, videamus. Sed, in veteri quidem ecclesia ex eorum, qui sacra munera abdicarunt, exemplis constat, operam dedisse plebrosque, ne forte ex nulla, vel non satis idonea, vel ea causa, quae probatioque omnino indigna esset, sacerdotii onera fugere & auerfari viderentur; ideoque rationes consilii vel Metropolitanis, vel toris episcoporum concilii, exposuerunt. Synodus certe Pamphiliensis examinauit renunciatiōnem Eustathii, metropolitani sui, & tandem admisit, ut ex epistola synodi Ephesinae ad Pamphiliensem PETRVS de MARCA obseruauit. x) Idem THOMASSINVS secundum feriem temporum ostendit, & inualuisse, ai, progressu temporis, ut & Regum imperatorumque assensus peteretur ab episcopis, qui ab illo munere abirent. Et recte quidem, meo iudicio, cum docente, VLPIANO l. i. §. 2. D. de iustit. & iur. ius publicum etiam in sacris & sacerdotibus versetur, & non parum reipublicae intersit, sacra cum dignitate, & a viuis idoneis, administrari. LICINIUM quidem An-

y) THOMASS. loc. cit. c. §3. §. 12. p. 197.
dia sacerdotii & imperii p. 820.

x) PETR. de MARCA de concordia

degauensem episcopum, mirum in modum a *rege & episcopis* efflagitasse, ut sibi successorem darent; in vita eius apud SVRIUM commemoratur. SVLPITIVM vero, *Bituricensem* archiepiscopum, REMACLVM, *Trajectensem* episcopum, BONITVM, ARVERNVM, BURCHARDVM, Wurtzburgensem, eandem in deponendo episcopatus munere rationem secutos esse, ex vitis eorum, apud SVRIUM & BOLLANDVM in *actis sanctorum*, intelligitur. Illud certe apparet, nondum iis temporibus obtinuisse, ut auctoritas *Romani episcopi* interueniret, quotiescunque ab episcopatu recedere cuiquam visum esset. Imo nec exempla eorum desunt, qui *conscientia* cuiusdam *criminis*, & pudore male administrati muneris, ne requisito quidem, vel *conciliorum*, vel *metropolitanorum*, vel *regum* consensu, abierunt. Etenim MAVRITIVS, *Andegauenfis* ciuitatis episcopus, seuerus in se ipsum ac rigidus iudex suam solius sententiam secutus, episcopatum *deposuit*, quod sua negligentia puer, sacramento confirmationis nondum initiatus, obiisset, quod ex SVRIO indicauit THOMASSINVS. ^{a)} Atque in eo quidem facto adiutus videtur auctoritate CHRYSOSTOMI ^{b)} qui, *oportere puto*, inquit, *tanta cum religione & cautione ad episcopatum accedere, ut illius molem & magnitudinem detrectes, deinde adepto honore aliorum iudicia sententiasque non expectare, si quod forte commissum deprehendatur, propter quod oporteat te honorem illum deponere; quin potius anteuertens te ipsum munere abdicēs. Sic enim par est, ut diuinam concilii impetresque misericordiam, qui si honorem illum præter decorum tanquam mordicus retinere studueris, indignus es, qui veniam consequaris, tum vero diuinam iram magis ac magis incendes, altero peccato & eo grauiore a te addito.* Neque tamen haec ideo afferuntur, quod neminem omnino episcoporum adisse *Romanum pontificem* asseueremus, cui episcopatu abire constitutum fuisset. Namque & ipsum AVGVSTINVM consilium *abdicationis* exposuisse Cælestino, pontifici Romano, supra commemorauimus. Et idem fecisse RVSTICVM Narbonensem, CORBINIANVM Frisingensem, aliosque quam plurimos, optimorum auctorum fide constat. Enim vero & illud certum est, & a THOMASSINO & PETRO de MARCA demonstratum, nullam renunciantibus huius rei necessitatem imposita, sed nudum potius pontificis Romani consilium expetitur fuisse ab iis, qui cauendum esse sibi duxerunt, ne suo arbitrio & per inertiam a statione recessisse viderentur: ceterum id impetrari ab iis potuisse aliorum etiam præsultum ac metropolitanorum, vel concilii cuiusdam interposita auctoritate. Et quid disputatione opus est, cum vel ex PELAGII III. *pontificis* Romani, confessione satis intelligatur, nondum eius ætate inualuisse opinionem, quod

ad

a) THOMASSIN. part. II. l. 2. c. 52. p. 173.
tio l. 3. c. 10.

b) CHRYSOSTOMVS de sacerdo-

ad *sedis Romanæ* cognitionem & iudicium renunciaciones episcoporum per-
tinerent. Is enim BENIGNO archiepiscopo cuidam, quærenti, num me-
tropolitani auctoritate translatio episcopi fieri posset, ingenue respondit:
quia, sicut potestatem habes episcopos & sacerdotes regulariter titolare
& ordinare, ita, ut prædictum est, caussa necessitatis & utilitatis habes &
mutare, ac de titulo ad titulum translatare, licet de minore ad maiorem
urbem mutandus sit. Sed recte a translatione, quæ & ipsa renunciacionem
continet, ad *simplicem renunciacionem* duci posse argumentum, arbitramur.

§. VI.

Interim, quæ iam dudum animos hominum incesserat, religio & ve- Tandem au-
neratio *sedis Romanæ* effecit, ut primura metropolitanorum plerorumque *toritas se-*
renunciaciones ad *pontificem Romanum* deferrentur. Tum idem de *episco-*
patibus placuit, ut ægre ferrent pontifices, si forte, se inconsultis, quisquam *dis Romanæ*
ab ecclesia abiisset. Denique, quod *sponte* olim & libere factum fuerat, in *necessaria*
necessitatem abiit. Inde igitur certis legibus circumscriptas esse videmus *fuit renun-*
renunciaciones, causasque expressas, quæ solæ legitimæ haberi possent, &
ob quas admissurus esset *abdicationes* pontifex, competens huius rei iudex, si
de abdicatione ageretur. Atque ut eo æquius & scripturæ sacrae conueni-
entius esse videretur auctoritatis pontificiæ illud incrementum, excogitatae
sunt rationes omnino speciosæ, ob quas ad *sedis Romanæ* cognitionem per-
tractæ essent istæ de renunciacionibus cognitiones. Enim vero commenti
sunt intercedere quoddam *vinculum* inter *episcopum* presbyterumque & *ec-*
clesiam, coniugio simile, quod *matrimonium spirituale* appellatum fuit.
Nimirum placuit, quod *sponsus* ecclesiæ *seruator* noster nominetur. Quæ
igitur superiorum temporum fuit audacia, ac in conditione laicorum infra
sacerdotum sortem deprimenda temeritas, induxit clericos, ut totius eccle-
siæ contemplatione pontifici vindicarent locum CHRISTI, ceteri se *maritos*
ecclesiarum particularium esse gloriarentur, idque sine rubore, cum magna
seruatoris iniuria, subinde affirmarent. Quod posteaquam semel probatum
fuit, non abs re visum est, ea, quæ de vero matrimonio tum in litteris sa-
cris dicta sunt, tum legibus æquæ ac iuribus ecclesiasticis definita, ad *spiri-*
tuale illud *matrimonium* trahere, &, quantum fieri posset, ad rationes eius
accommodare. Ut reliqua prætermittam, quæ, ex sententia iuris pontifi-
cii & interpretum, *carnali* & *spirituali* matrimonio sunt communia, solum
illud *vinculum* arctissimum & paene *indissolubile* veri matrimonii occurrit,
quod quidem, ut in vulgus notum est, non nisi ex paucissimis causis, ac-
cedente etiam iudicis ecclesiastici auctoritate, dissolui potest. Ad huius igi-
tur, arctissimi nexus exemplum INNOCENTIUS III. pontifex Romanus vo-
luit, ut, quod inter episcopum vel presbyterum & ecclesiam esset, vinculi,
Fusc. V. O non,

non, nisi *Romani præfulis* auctoritate, *caussa cognita*, diuelleretur. Certe de *vero matrimonio* seruator noster apud MATTHÆVM cap. XIX, com-
 te 6, pronuntiat, *non separandum* esse ab homine, quod ab ipso DEO
 coniunctum fuit, ideoque adulterium committi ab iis, qui sine grauissima
 causa diuortium faciant ab vxore. Inde vero in cap. 2. X. de *translat. epi-*
scop. INNOCENTIVS III. colligit, *matrimonium spirituale* episcopi &
 ecclesiæ tanto difficilius dissolui, quanto maioris momenti spiritualia præ
 corporalibus esse intelligantur, tantoque certius esse, suo solius iudicio refer-
 uasse DEVM illas episcoporum voluntarias renunciaciones; vt dubitari non
 possit, illas ad pontificis Romani cognitionem, quem vicarium Christi in-
 dubium esse perhibet, deferri. *Cum ergo fortius sit*, inquit, *spirituale*
coniugium, quam carnale, dubitari non debet, quin omnipotens DEVS
spirituale coniugium, quod est inter episcopum & ecclesiam, suo tantum
iudicio reseruauerit dissoluendum, qui dissolutionem etiam carnalis coniugii,
quod est inter virum & foeminam, suo tantum iudicio reseruauit, præ-
cipiens, vt quod DEVS coniunxit, homo ne separet. Non enim huma-
na, sed potius diuina, potestate coniugium spirituale dissoluitur, cum per
translationem, depositionem, aut cessionem, auctoritate Romani pontificis,
quem constat esse vicarium IESU Christi, episcopus ab ecclesia remouetur,
& ideo tria hæc, quæ præmisimus, non tam constitutione canonica, quam
diuina, soli sunt Romano pontifici reseruata. Enim vero quis non videt,
 complura esse in hac pontificis constitutione, quæ accuratius & seuerius pen-
 sitata locum suum tueri non possint? Vnde enim fidem faciet, vel medio-
 criter incredulo, *matrimonii*, quod sacerdotes inter & ecclesiam esse fingit.
Sponsam ecclesiæ suæ vocari *seruatorem*. ne nos quidem in dubium voca-
 mus, & supra ingenue agnouimus, scripturæ sacræ certissima auctoritate.
 At, vnde probabitur, in societatem istius coniunctionis, inter Christum
 & ecclesiam contractæ, receptos esse clericos, quos *ministros sponsæ & custo-*
des esse voluit seruator? Viderint igitur illi, qui tam audacter sibi vindicant
 alienam *sponsam*, ne durius egerint, dum ipsam Christi sponsam ad se perti-
 nere arbitrantur. Sed fac, adesse etiam eiusmodi matrimonium, arctius
 quoque, quam ipsum carnale coniugium, contractum: cur vero in eo rela-
 xando plus sibi sumit pontifex, quam in vero matrimonio ausus est vnquam?
 cur & *renunciaciones simplices* & translationes episcoporum tam faci-
 le admittit, cum diuortium vix ex vna alteraue causa probetur, mutatio
 vero vxoris aut optio nouæ conjugis in locum prioris omnino temere non
 permittatur: quem denique, cui sanum sinciput contigit, permouerit, vt ipsi
iuri diuino credat reseruati illius, quod fingit, origines deberi. Hoc enim si
 verum est, cur non idem obseruatum est in ecclesia, seculis a Christo nato pro-
 ximis? Cur in iura vicarii istius DEI grassati sunt metropolitani & patres

conciliorum, quos tamen de ecclesiastica disciplina rectissime iudicasse, vel pontificii negare non audent. Nemo certe est, qui non videat, excogitata esse hæc, quæ in cap. 2. X. de *translat. episcop.* afferuntur, argumenta: vt, quod, inuitis ecclesiæ priscæ moribus, ad pontificiam maiestatem augmentum accesserit, colorem haberet, quo oculi & mentes hominum a veri cognitione in errorem ducerentur.

§. VII.

Satis, credo, dictum est de renunciatione clericorum, qui in *altiori or-* Renuncia-
tiones pres-
byterorum,
& clerico-
rum qui sunt
in ordinibus
& minoribus,
odium pactu-
rum.
dine, quem dicunt, constituti sunt. Superest, vt de *presbyterorum* cessione videamus. Neque enim opus est, vt multis demonstramus, constituta paulatim disciplina ecclesiastica, presbyteros subfuisse episcopis, quemadmodum episcopi quandam metropolitano-^{rum qui sunt}rum in se potestatem agnouerunt. Vt igitur supra ostendimus, metropolitanos conciliis, episcopos metropolitanis & primitibus suis, exposuisse renunciationum causas; ita nec *presbyteris*, nec illis, qui, cum sacerdotes non essent, tamen in sacris esse dicebantur, aut minorum ordinum clericis, integrum fuit, a munere recedere, sine graui causa, illi exposita, cuius subessent dioecesi atque potestati. Voluerunt enim concilii Nicaen. patres, c. 16. quod ex c. 23. *causs. 7. quæst. 7. intelligitur, vt qui recesserint ab ecclesia sua, siue presbyter, siue diaconus, vel in quocunque ordine ecclesiastico positi fuerint, non recipiantur in alia ecclesia, sed cum omni necessitate cogantur, vt recedant ad ecclesiam suam, & si permanserint, excommunicentur.* At pertinuisse illam reuocandi potestatem ad episcopos c. 3. concilii *Antiocheni* declaratur. Censuerunt enim huius concilii patres, deponendum esse clericum, qui a sua ecclesia in aliam transmigravit, ibique sedem elegit, licet *ab episcopo suo ad reuertendum fuerit exhortatus.* Vt enim inferioris ordinis clerici, & alii, non, nisi cessione suorum episcoporum, ad alias ecclesias transmigrarent, etiam concilii *CARTHAGINENSIS IV.* can. 27. constitutum fuit. Qua re apparet, quod inde argumentum ducit *THOMASSINVS* c) nec cedere loco licuisse clericis, in quo collocati fuissent, propterea quod libere alias abire potuissent, si nulli amplius addicti ecclesiæ fuissent. Atque in ea sententia persistisse illos, qui subsecutis temporibus disciplinæ ecclesiasticæ curam habuerunt, ex *capitulari Caroli M. apud BALLUZIVM* d) intelligitur, vi cuius, *presbyteri, qui sine iussione proprii episcopi de ecclesiis ad alias ecclesias migrauerint, tam diu a communione haberi debent alieni, quam diu ad easdem non redierint ecclesias, in quibus primitus sunt instituti.* Neque locus est dubitationi, easdem in abdicando presbyterorum munere, quæ in episcoporum

c) *THOMASSINVS* P. II. L. I. c. 19. apud *Balluzium* T. I. p. 936.

d) *Capit. CAROLI M. L. VI. c. 85.*

rum renunciatione, cauffas, valuisse. Illis certe, qui vel corporis *imbecillitate* vel *criminis* cuiusdam a se perpetrati mole & conscientia grauati, abire a munere cuperent, assensum ab episcopis imperitum fuisse, vt, poenitentia^e agenda^e cauffa, in monasterium quoddam se conferrent, ex illo HINC-
MARI apparet e) qui, *si quisquam*, inquit, *presbyter parochia^e nostrae aut infirmitate corporis, aut latente animae peccato, senserit, se non posse proficere plebi commissae, vel non debere praesse, & voluerit monasterii portum, ad agenda^e poenitentiam, secundum decreta B. LEONIS, expetere, professionis suae libello ab ordine & titulo atque regimine plebis, secundum GREGORII decreta, se exuat, vt in monasterium intret.* At non ita faciles fuerunt incessionibus, quae in cuiusquam fauorem fierent, probandis, quin & ægerime tulerunt, si quid tale per fraudem & artes presbyterorum admissum fuisset. Hinc teste FLODOARDO f) Hincmarus maxime indignatus est presbytero, cui permiserat, *vt libello suae professionis a regimine plebis sibi commissae redderet se alienum, & alium in suo loco expeteret ordinandum: quia colludium, quod habebat factum, sibi celauerat, videlicet vt alumnus eius, sine consensu senioris sui, in loco ipsius ordinaretur.* Ita certe placuisse & supra docuimus, vt *pactiones* a renunciationibus, quas vix ac ne vix quidem vel ex graui cauffa admittebant, penitus abessent, cum illas non posse non *simoniacas* videri intelligeretur. At quanto in odio hoc crimen fuerit tam est notum, quam quod notissimum habetur, a nobis etiam supra indicatum, cum de renunciatione episcoporum tractaremus.

Ceterum vtut a prisca ecclesiae disciplina in eo recesserit pontifex, quod episcoporum renunciationes ad suam solius cognitionem pertraxit, spiritualis matrimonii colore; de episcoporum tamen potestate, saltem in hac parte, nihil quiequam derogauit. Quin potius ab ALEXANDRO III. ad Tornacensem episcopum, *c. 4. X. de renunciat.* rescriptum legimus, vt canonicam ultionem in eos, qui ecclesias suas, inconsulto *episcopo*, dimitterent, exerceret. Quod quidem cur admiserit pontifex, mirari non iniuria quis possit, si verum est, quod perhibetur, spirituale coniugium a nemine nisi a DEO, eiusque vicario, esse dissoluendum. Forte tamen exceptione specialis mandati a se dati pontifex Romanus defendi posset. Certe illos clericos, qui non sunt sacerdotes, sed in sacris tantum, aut neque in sacris, sed in *minoribus ordinibus*, non tam arcto vinculo cum ecclesia coniungi, ipsi pontificii agnoscunt.

§. VIII.

Character
indelebilis. Sed his non sumus solliciti: cum propositum nobis non sit, in praesentiarum rationes, quibus summam in ecclesiam potestatem pontificii fulciendam

e) HINC MARVS T. II. p. 638.

f) FLODOARD. hist. Rhem. L. III. c. 8.

dam esse existimarunt, inuestigare. Imo uero iam quidem animus est, *renunciationem* clericorum ex iure, eb episcopis Romanis constituto, æstimare. Qua de caussa notari uelim, me renunciationum nomine, dum in pontificii iuris caussa uersor, iam non intelligere illam status clericalis mutationem, qua quis personam laici induit, ordinemque deserit omnino, sed *abdicationem*, qua quis munus & beneficium ecclesiasticum, salua dignitate ordinis & sacerdotii, dimittit. Verum, cum semel in hanc causam incidimus, non abs re esse uidetur, ut commemorem, inualuisse iam dudum opinionem, quod is sit *ordinationis* effectus, ut, manuum impositione facta, non tantum singularibus spiritus sancti donis exornetur ordinatus, sed & in eminentiore, cum gratiæ diuinæ, tum dignitatis, gradu collocetur, & a secundo illo hominum genere, laicorum uidelicet, prorsus separaretur, breuius, ut ipsi DEO cedat, tanquam possessio quædam & hereditas, unde & *clericorum* nomen ortum esse scimus. Hos igitur, qui semel in hunc ordinem lecti receptique atque consecrati sunt, quadam nota a laicis distingui perhibuerunt, quæ omnino non, aut certe difficulter, eximi possit, eamque *characteris indelebilis* nomine insigniuerunt. Equidem, si ad usum ecclesiæ superiorum seculorum attendimus, *resignationes* clericorum iam tum arctissimis limitibus circumscriptas fuisse, obseruamus. Enimuero, in concilii *Chalcedonensis* can. 7. decretum legimus, ut ne clerici statum suum mutare audeant. *Qui semel in clero deputati sunt, aut monachorum vitam elegerunt, statimur*, inquit, *neque ad militiam, neque ad dignitatem aliquam uenire mundanam, aut hoc tentantes, & non agentes poenitentiam, ita ut redeant ad hoc, quod propter DEVM primitus elegerunt, anathemizari.* Neque auctoritas deest singulorum patrum, qui acriter inuecti sunt in clericos *desertores*, suffurantes DEO, quod semel datum est, & sacrilegorum more profanantes, quod olim sacrum fuit. Sed tantum abest, ut characteris indelebilis, per ordinationem impressi, vestigia in scriptis eorum reperiantur. ut etiam illorum temporum disciplina edoceamur, ad communionem laicorum reductos esse clericos grauius peccantes, quod ex c. 10. dist. 50. c. 13. D. 55. c. 5. D. 84. c. 118. C. 1. q. 1. c. 1. C. 1. q. 7. manifestum est. At in laicorum sortem detrusos esse, & gradu in perpetuum excidisse, qui communionem laicam accipere iussi essent, ALBASPINÆVS g) *de veter. eccles. ritibus* demonstrauit. Quando autem ad Iustiniani æuum respicimus, id quidem poenæ clericis immorigeris iniunctum esse uidemus, ut *amissa clericali dignitate* ad laicorum infimi generis conditionem detruderentur. Et IUSTINIANVS quidem: h) generaliter sancimus, nquit, nulli licere, in quolibet *ecclesiastico gradu* constituto *discedere* ab eo, & secularem fieri, sciuntibus, tale aliquid facientibus, quia & apposito sibi cingulo aut dignitate aut mi-

g) ALBASPINÆVS de vet. eccles. rit. L. I. obseru. 4. §. 5.

h) Nou. 123. c. 15.

liria nutabuntur, & curiali fortunæ propriæ ciuitatis tradentur. Enim vero aliud posterioribus seculis omnino placuisse, illamque de *charactere indelebili* doctrinam sensim introductam esse, non est difficile ad demonstrandum. L E O N I S saltem *philosophi*, imperatoris, æuo publice receptum fuit, vt *inuiti* ad vitam clericalem *retraherentur* potius, quam, in poenæ modum, dignitate exuerentur. Cum enim in *Nou. 6 c. 5.* a Justiniano fuisset constitutum, *vt, si aliquis presbyter, aut diaconus, aut subdiaconus, postea duceret uxorem aut concubinam, aut palam, aut occulte, sacro statim caderet ordine, & deinceps idiota fieret;* L E O contra in *Nou. 79.* istam Justiniani legem irritam pronunciauit, præcepitque, ne quis eam ob causam clericali habitu, alioque ecclesiæ ministerio, cuius vsus illicitus non est, iudicio priueretur, hac in principio constitutionis adiecta ratione: quia, *quæ semel DEO dedicata sunt, ea deinceps auffervi non oportere, sancitum est, idque non solum in donariis, verum multo etiam magis in hominibus, qui per sacrum ordinem diuinæ maiestati consecrati sunt, obseruandum est.* Neque aliud in partibus occidentis circa ea tempora obtinuisse, vel *ex c. 8. dist. 81.* quod ex concilii Moguntinensis, vel, vt P I T H O E V S mauult, Cabillonensis, decretis desumptum est, apparet. Vt ne enim clerici, gradu moti, secularem vitam viuerent, sed potius poenitentiam in monasterio agerent, his verbis decretum fuit: *dictum est nobis, presbyteros propter suam negligentiam canonicè degradatos & seculariter, gradu amisso, viuere & poenitentia agenda bonum negligere. Vnde statuimus, aut gradu amisso, agenda poenitentia gratia, in monasterium, aut in canonicam regularem, mittantur. Si vero hoc fieri causa quælibet prohibuerit, ubicunq; sint, poenitentiam agere non desistant. Si autem amisso gradu seculariter viuere velint, & poenitentiam agere neglexerint, ab ecclesiæ communionem separentur.* Hæc causa fuit, cur Carolomanni, filii Caroli Calui, aulum ferendum esse non duxerunt ecclesiæ Gallicanæ episcopi, cum diaconatus munere exauetoratus, laicorum more viuere & regnum appetere instituisset. Quod A I M O I N V S ^{h)} tradit. Hic enim Carolomannum in falsa fuisse opinione scribit, *quod liberius ad nomen & potentatum regium conscendere posset, quia ordinem ecclesiasticum non haberet: &, quia episcoporum iudicio ecclesiasticum gradum amiserit, etiam tonsuram ecclesiasticam licentius amittere posset.* Atque inde lucem accipit, quod in *annal. Meens. ad an. 870.* dicitur: *Carolomannum per apostasiam recedentem ab ecclesiastica religione, & abiicientem gratiam, quæ data erat ei per manus impositionem, alterum Iulianum effectum esse.* Ex his igitur, quæ dicta sunt, apparet illud, quod a nobis maxime demonstrandum erat, ideo inualuisse illam de *charactere indelebili* opinionem, vt ne a sacerdotibus quidem depositis nota ista, animæ inpressa, amitti videretur,

h) A I M O I N V S histor. Franc. L. 3. c. 29.

tur, atque in *apostatarum* numero omnino haberentur, qui, vel ob crimen exauctorati, laicum vite genus elegerunt. Quod, cum semel placuisset, subsecutis seculis & synodorum decretis & pontificum edictis rescriptisque confirmatum fuit.

Sane in concilio Rotomagensi anno 1074. celebrato can. 12. præceptum fuit, *ne hi, qui culpis urgentibus ab ordine suo depositi, quasi ab omni clericatu liberi, militent seculo, more laicali.* Atque in eandem sententiam & ALEXANDER III. & INNOCENTIUS III. c. 1. & c. 3. X. de *apostat.* generaliter rescripserunt. Et concilium *Tridentinum*, propter hunc ipsum characterem, qui nec deleri, nec auferi potest, *sess. 23. de sacramento ordinis, c. 4.* illorum damnauit sententiam, *qui asserunt, noui testamenti sacerdotes temporariam tantummodo potestatem habere, & semel rite ordinatos iterum laicos effici posse, si uerbi DEI ministerium non exercent.* Enim uero ne inter pontificios quidem defuerunt, qui, quam debili fundamento iste suorum character nitatur, vel prodiderunt, vel plane professi sunt.

Quanta enim sit dissensio inter ipsos iuris pontificii interpretes in describenda *characteris*, per sacramentum illud ordinis impressi, natura, *ad tit. X. de sacram. non iterand. in iur. eccles. protest.* docuit III. BOEHMERVS. BERNHARDVS VERO ESPENIVS, theologus & Ictus Louaniensis ⁱ⁾ inde a quatuor seculis, a theologis scholasticis quæsitum fuisse meminit, quis sit *character* ille, qui in sacramentis inprimi dicatur.

Morini etiam testimonio perhibet, plures ingenue falsos esse, nihil apud patres, aut in antiquis canonibus, de hoc *character* solidi occurrere, sed ad auctoritatem ecclesiæ, quæ istum characterem agnoscat, esse recurendum. Quis igitur miretur & theologos & Ictos *protestantes* iam dudum ab ista sententia recessisse, & repudiasse, quicquid in contrariam partem de nota illa, animæ sacerdotum inpressa, allatum fuit, quamuis anathematis fulmine in eos vibrato, qui aliter sentient.

Etenim CHEMNITIVS, ubi in istum locum concilii Tridentini incidit, in quo anathema dicitur omnibus, qui negant, *characterem inprimi* in anima, id est *signum* quoddam *spirituale & indelebile*, iam uero, ^{k)} scribit, Tridentini simpliciter anathema dicunt omnibus, qui non ut articulum fidei probant & amplectuntur illud scholasticorum recens es incertum *commentum de character*.

Neque minus grauiter sententiam istam refutauit ZIEGLERVS in *comment. ad Lancellottum*. ^{l)} Ibi enim, posteaquam uarietatem sententiarum, qua de natura characteris indelebilis inter se inuicem pontificii disputarunt, latius demonstrauit, tandem ita concludit: *sed referant, quo uelint: nos inter signum habemus.* Certe & huc illa pertinent, quæ B. THOMASIVS de *desertione ordinis* disputauit. Cum igitur ex dictis

^{ap-}
ⁱ⁾ BERN. ESPENIVS P. II. iur. eccl. vniu. T. I. §. II. ^{k)} CHEMNITIVS in exam. concil. Trident. p. 221. ^{l)} ZIEGL. ad Lancellott. L. 2. tit. 2. de sacramentis § 4. p. 61.

appareat, eam non esse *nostrorum* sententiam, vt a reliquo hominum genere, ipso iure diuino, & *indissolubili nexu*, separetur minister ecclesiæ; etiam ipso iure infirmatur, quod in iure pontificio sub excommunicationis poena prohibitum esse nouimus, ne quispiam sacerdos etiam *post renunciationem* & exaurationem, vitæ laicæ rationem inire, & a moribus clericorum, quos antea secutus est, discedere audeat. Certe enim, vt quisque est optimus, vtque maxime de republica mereri studet, ita honestissimus & ciuitati utilissimus socius est habendus. Ideoque & vsu obtinet in *iudiciis ecclesiasticis protestantium*, vt neque *renunciantibus* neque *remotis*, certa vitæ conditio iniungatur, sed illorum arbitrio relinquatur, quam suo ingenio accommodatam & rei familiari utilissimam esse, arbitrentur. Vnum est, quod timeri possit, ne dum ad laicos, aut ad sordidum genus vitæ redeunt, qui in sanctiore ordine constituti erant, ipsa sacerdotum dignitas aliquando apud imbeciliores per illos suspecta fiat. Solent enim fere plerique imbecilles ex illorum conditione, cum quibus familiariter versantur, totum illum *ordinem*, ex quo illi descendunt, æstimare. Ideoque maior est sacerdotii etiam e longinquo reuerentia, & cautius, pieque agunt, qui, postquam a sacro ordine discesserunt, a fordido vitæ genere abstinent, & auctoritatem illorum, quos olim *fratres* habuerunt, etiam post secessionem ab illis factam, honestate & moribus integris tuentur. Sed hæc quidem fere suaderi possunt, vt extorqueri vix possunt, & cuiusque pudori relinquuntur.

§. IX.

Causæ abdicationis, quæ in nostra ecclesia admittuntur. In primis conscientia criminis, scandalum, vxoris, liberorum, familiaris dedecora. *Neque* tamen adeo remissa est ecclesiæ nostræ disciplina, vt pro arbitrio, aut ex *nulla*, vel etiam *leui causa*, *inconsulto* etiam *superiore*, a munere demandato cuiquam ministrorum ecclesiæ abire liceat, & temere deserere sacerdotium susceptum. Quamquam enim nec *apostatas* esse credimus, qui ordinem sacrum deponunt, nec *matrimonium spirituale* inter sacerdotem & ecclesiam contrahi putamus; sunt tamen *aliæ causæ*, ob quas & theologo, & Icti nostrates *renunciandi* licentiam, quod ad munera ecclesiastica attinet, subinde prohibitam esse, asseuerant. Ita enim vt sentiant, *munerum publicorum* in ciuitate subeundorum, cuiuscunque tandem generis sint, *natura* ipsos adduxit, a quibus quidem priuato ausu non recedendum esse, supra est a nobis comprobatum: dissuadet istam in abeundo *leuitatem officii* sacri *grauitas*, & ipsa *sacri oraculi* auctoritas, quæ negotium a DEO nobis commendatum, aut curam vindemiæ nobis impositam, desereri, & lupis illam prodi, aut aratrum in medio labore destitui, aut sementem factam, quæ culturam desideret, negligi, & spem fructus suffocari, non permittit: quod a diuinæ sapientiæ doctoribus diligenter fuit comprobatum. Obest inprimis *salus ecclesiæ*, quæ optimo cuique religionem perseuerandi imperat. Obstant incommoda nec pauca, nec exigua, quæ ad

coetum, pastore subinde destitutum, peruenire solent. Quæ omnia quidem nostrates ita commouerunt, vt *abdicandi* potestatem non, nisi ob *grauæ causas*, cuiquam esse arbitrentur. Atque, quod ad *causas* quidem attingit, in eo fere sequimur ipsa iuris pontificii præcepta, &, quantum per doctrinam nostram fieri potest, vix alias admittimus, præter illas, quæ in *c. 9. & 10. X. de renunc.* traduntur. Etenim in *c. 9.* non impediendum esse clericum, dicitur, quo minus a statione recedat, in qua quidem *sine vitæ periculo* perseverare nequeat. Sed eam pontificis mentem esse WAGNERECK. ad *d. c. 9.* monet, vt abitus sit licitus, si nihil vtilitatis ecclesiæ proueniret, etsi vel maxime mortem sacerdos fortiter subiret. Præter eam renunciandi causam *c. 10.* probatur illorum consilium, qui *debilitate corporis*, & ea quidem, laborant, ob quam quis officio satisfacere omnino non posse videatur. Vt vero hæc excusandi causa, etiam ex ipsius pontificis sententia, omnino *voluntaria* videtur, nec quisquam cogitur, vt inuitus renunciet per *c. 5. X. de cler. ægrot. & debil.* ita etiam vsu ecclesiarum protestantium obtinere, vt ægro substitutus adiungatur, CARPZOVIVS testatur. ^{m)} Certe non facile in sacro illo officio *inuitos* retinemus, qui de imbecillitate corporis queruntur, aut *sacerdotio*, cui præfæcti sunt, se præesse posse negant. Generaliter enim hoc nos iure vti *natura* præcipit, vt, quæ ab *occultis* cuiusque *viribus* proficisci, & *virtute mentis* administrari debent, officia, cuiusque pudori atque voluntati relinquamus; cum ipse tantum secum habitare & vires metiri atque æstimare possit, an sufficiant ad onus impositum cum dignitate & fructu perferendum. Inprimis autem ad renunciandi veniam impetrandam valere voluit pontifex *conscientiam criminis, malitiam plebis, & graue scandalum*, quo spes fructus intercipiatur. *scientiæ autem defectus*, quem etiam admittit, vix apud nos allepari potest si, quod ICI nostrates præcipiunt, nemo, nisi *examine praeuio*, quo scientiam arbitris probauit, ad ineundum sacerdotium omnino admittitur. Neque *irregularitati*, quam pontifex appellat, facile locum dant nostrates, de matrimonio clericorum aliter prorsus sentientes. Ea vero, quæ ex *cumulatione munerum* ecclesiasticorum proficiscitur, per disciplinam nostrarum ecclesiarum occurrere vix potest. At, quæ de *conscientia criminis & de scandalo* afferuntur, plurimum momenti habere ad renunciandum oportere, non immerito est admittendum. In eo enim & *prima ecclesia* nobis præiuit, & ipse finis, ob quem quidem ministri ecclesiæ ad curam coetus christiani vocari solent, admonet, vt ne *facinorosos* homines in illo ordine admittamus, aut plane retineamus, qui non doctrina tantum, sed & vitæ probitate, viam salutis indicare, & ambulantes in recto tramite

exem-

^{m)} CARPZ. iuripr. eccles. L. I. tit. 10. def. 152 sqq.

exemplo suo retinere debent. Sane, quo plures in exemplum eorum tanquam in speculum quoddam, inspiciunt, & inde sibi & suæ vitæ, quod imitentur, capiunt, atque, quod turpe & impium, homine denique christiano indignum sit, æstimant; eo grauius peccant, qui mala vita, vel plane sceleribus contaminata, imbecilliores ad malitiæ imitationem seducunt, & produnt ecclesiam, quam custodire debuissent. Nemo igitur erit, qui huius generis hominum cuiquam vehementer repugnandum esse censeat, si quem forte vitæ antea actæ pigeat, vt abire, quam diutius cum dedecore praeesse sacrae familiæ, malit. Neque tamen est, cur quisquam nos tam rigidos & seueros esse putet iudices, in clericos peccantes, qui per imbecillitatem illam, omnibus mortalibus communem, lapsi, aliquid humani passi sunt, vt, abdicandum ab illis esse munus, continuo existimemus. Sunt certe illi homines, a quibus nihil humani alienum esse putamus, & sententia INNOCENTII III. accedimus lubentes, qui *c. 10. de renunc.* si omnes, inquit, quos arguit *conscientia* cuiusquam *culpae*, cederent, pauci vel nulli in illo ministerio remansuri essent. At, quae in oculos omnium incidunt, *flagitia*, quae nec a laicis impune committuntur, eorum licentiam nec faciendam clericis esse arbitramur: ob ista denique *renunciationem* a clericis factam non modo non improbandam, sed plane promouendam & laudandam esse, iudicamus. Vtut enim crimini magis conueniat *depositio*, quam *cessio*, quod supra obseruatum est, *non tamen ea probrosa depositio est, sed spontanea & decora cessio*, vt THOMASSINVS ⁿ⁾ ait, *si quis delicti sibi conscius, canonicum iudicium sincera poenitentia occupat, seque ipsum suo exauktorat iudicio.* Conueniunt, quæ diximus, institutis ecclesiae primæ, vt supra intelleximus. Sed non minus piis veterum christianorum moribus respondent, quæ de *renunciatione*, ob *scandalum* datum a pontifice sunt decreta. Sane, dum episcoporum mores instruit apostolus I Tim. III. & quibus virtutibus exornatus esse debeat, describit, illum non modo *sceleris purum*, sed & *vitæ integrum*, esse iubet. *Oportet*, inquit, *episcopum irreprehensibilem esse, vnius uxoris maritum, vigilantem, sobrium, modestum, hospitalem, apertum ad docendum, non vinolentum, non percussorem, non turpiter lucri cupidum, sed æquum alienum a pugnis, alienum ab auaritia, qui suæ domui bene praesit, qui liberos habeat in subiectione, cum reuerentia.* Quod si quis *propriae domui praeesse non nouit, quomodo ecclesiam DEI curabit? Non nouit, ne inflatus in condemnationem incidat calumniatoris.* *Oportet autem illum habere testimonium ab extraneis, ne in laqueum incidat calumniatoris.* Quam igitur in seruanda disciplina veteres curam adhibuerunt, ea effecit, vt non facinorosos modo de tribu remouendos esse censuerint, sed & *vitiis inquinatos & negli-*

n) THOMASSIN. P. II. L. II. c. 52.

gentes officii, ab ecclesia abesse voluerint. Certe, & seculo IX. ita obtinuisse *ex can. 40. concilii Cabillonensis II.* vnde decerptum est *c. 8. D. 81.* intelligitur, vbi presbyteri *ob negligentiam* depositi sit mentio. Neque enim in sola episcopi persona subsistit *D. PAVLLVS*, sed & *de familia* præcipit, ne, qui *in suis gubernandis* minus diligens intelligatur, cætui vniuerso custodiendo impar videatur. Sane, quod *SAMVELE* teste *L. 1 Sam. c. 2. Eli* illi, primario Iudæorum *sacerdoti*, summo magistratus honore conspicuo a summo numine vitio datum, & interitu familiæ luendum fuit, hoc in nostris sacerdotibus a reprehensione abesse nequit, ad quorum *propinquos* non pauci oculos conuertunt, & ad quorum exemplum mores suos facile componunt. Non igitur ferendum est *scandalum* datum ab ipso sacerdote *ebrioso, rixoso*, munus suum *perfunctorie* administrante, laborem humilem & sacerdote indignum suscipiente, illotis postea manibus sacra, quæ caste adire debebat, temere tractante. Neque ab *offensione, imbecilliorum* saltem, immunis erit, cui vel parum cum *uxore & liberis* conuenit, vel etiam, qui indulgentior est in *familiæ carcinomata*, temulenta, concita semper ad pugnas atque rixas. Tali igitur, si secum tandem habitare incipiat, & vel sponte, vel monitus, cogiter, quantopere hæc omnia obstent emendationi cætus christiani, sibi commissi, satis ego causæ ad renunciandum esse existimo. Sic enim munere abdicato, gregi negligentius adhuc habito consulit, & quod *INNOCENTIVS* ait, salutem æternam temporali honori præfert. Si enim, quod supra docuimus, in veteri ecclesia obtinuit, vt vel *malitiæ plebis*, pastorem non ferentis, sed capitali odio ab eo dissidentis, concedendum esse crederetur; quidni & hodie *veniam renunciandi* demus illis, qui animos auditorum sua culpa a se alienarunt, aut *suorum dedecore* alienatos esse, intelligunt.

§. X.

Ex his igitur fere *caussis* renunciaciones admittuntur. Superest, vt de *Apud Superiores* videamus, quibus illae exponendæ sunt, *quorumque auctoritate* vel *ad.riorem ex-*
mitti queant, vel omnino reprobari. Illud vero iam supra attigimus, *ponenda est*
episcoporum renunciaciones variis artibus ad *sedis Romanæ* cognitionem, *renunciatio-*
nis causa. pertractas esse. De abdicatione autem *presbyterorum*, aliorumque clericorum *ex c. 4. X. de renunc.* monitum fuit, obtinere etiam nunc, vt, *conscio*
 & consentiente *episcopo*, abire a munere sacro possint. Huic enim permiffum est, vt suæ dioeceseos clericis veniam relinquendæ spartæ dare queat, nisi forte sint ii, qui a iurisdictione eius *exempti*, vel pontifici immediate, vel alii praelato, subiecti sunt, vt episcopi potestate non contineantur. Hoc quidem, *argumento c. 2. X. de instit. &c. 1. X. de capell. monach.* *SCHMALZ-*
GRVBERVS o) comprobauit. Illud vero, quod de episcopo diximus, *se-*
de vacante etiam *capitulo* licitum esse, aiunt interpretes, idque in *c. 14. X.*

de maior. & obed. se inuenisse arbitrantur, quos CORVINVS p) allegauit. Imo vero etiam alios praelatos, episcopis inferiores, sed *iurisdictione* tamen *ecclesiastica* instructos, de renunciatione clericorum, sibi subiectorum, cognoscere, eamque admittere posse, tum *ex c. 3. X. de instit.* tum auctoritate rerum ita iudicarum & Ictorum assensu, tuentur & CORVINVS & SCHMALZGRUBERVS. Sed hæc quidem sine omni exceptione accipienda non sunt. Dantur enim, & in promptu sunt, quaedam species, in quibus nec ab *inferioris*, aut *minorum ordinum*, clericis impetrari potest *missio*, quamuis episcopo, vel alio quocunque, quem nominauimus, iudice ecclesiastico consentiente. Eas certe, quæ *pacto adiecto*, aut sub quadam *conditione*, vel *in fauorem* cuiusquam, fiunt, non, nisi *pontifice* consentiente, efficaces esse, plerique affirmant, & vsu rerum iudicarum comprobant. In his enim renunciationibus, quæ *in cuiusquam fauorem* fiunt, periculum esse credunt, ne quid cognationi, aut amicitiae detur, ac beneficia ecclesiastica, iure successionis hereditariae, transferri videantur, eamque ob causam illas ex patrum conciliorumque decretis interdictas esse, supra est a nobis indicatum. At, cum potestas *dispensandi* contra ius commune, & a lege solvendi, solius esse pontificis credatur; in promptu ratio est, ob quam renunciationes, *in fauorem* cuiusquam factas, ad illum deferendas esse, Icti censuerunt. Præterea *ex c. vn. de rer. permut. in 6to. & Clement. vn. eod.* notum est, beneficium aliquod de nouo conferri non posse, nisi prius vacet. At beneficium *in fauorem* alicuius resignatum, auctore BARBOSA q) vacare nequit, nisi personae nominatae conferatur. Inde igitur SCHMALZGRUBERVS, argumento satis artificioso, colligit, renunciationem *in fauorem* factam a nemine, nisi a *pontifice*, quem supra ius commune esse aiunt, admitti posse. Qui autem, *reseruata annua pensione*, cedunt beneficia, eos pontificia auctoritate opus habere, ideo perhibent, quod *c. 8. X. de prae-bend.* constitutum est, vt ne diuidantur beneficia, aut cum deminutione quadam conferantur. Illas denique *renunciationes*, quæ quicquam alterius *cuiuscunque passionis* continent, ad pontificem deferendas esse, placuit, vt, quod auctor glossae ad *c. 4. X. de pact.* ait, *simonia*, quæ omnibus *pactis*, de re spirituali initis, inesse videtur, ex plenitudine pontificiae potestatis quodammodo purgetur. Hoc vero extra dubium est constitutum, illas clericorum renunciationes, quæ *pontifici* reseruatae non sunt, ad episcopos & alios *ordinarios iudices*, vi *iurisdictionis ecclesiasticae*, qua gaudent, pertinere. Etenim ea est communis interpretum sententia, a *superiore* examinandas esse, abdicationis causas, ab eoque licentiam abeundi impetrandam esse, qui habet *iurisdictionem*, & ius *deponendi*, aut etiam *confir-*
mandi

p) CORVIN. de person. & benef. eccl. l. 1. tit. 13.
 cles. vniu. L. III. c. 15. n. 71.

q) BARBOS. iurispr. eccl.

mandi clericum, in sacro munere suscepto. Hoc enim non solum auctoritate *glossae ad clement vn. de renunc.* & FLAMINII aliorumque ICtorum assensu CORVINVS l. c. ait sed LANCELOTTVS etiam r) abscisse, in præbendis, inquit, & ceteris *minoribus beneficiis* apud eum fieri debet *renunciatio*, ad quem pertinere dignoscitur *confirmatio*. Unde etiam *laico resignationem* fieri non posse, INNOCENTIVS III. c. 8. *de renunc.* affirmavit: cum ille nequeat clericum in officio suo confirmare. Intelligitur exinde; cur nullas *patroni*, in cognitione de renunciatione instituenda, partes esse voluerint legum ecclesiasticarum conditores, cum ex pontificii iuris doctrina exploratum sit, non omnem patronum esse etiam iudicem, laicos autem, caussarum ecclesiasticarum contemplatione, *iuris dicundi potestate* omnino expertes esse, nec sibi quicquam facultatis sumere in iis posse, licet summæ sint in administranda republica auctoritatis. Negat itaque FLAMINIVS s) imperatoribus & regibus beneficia a clericis resignari posse, cum generale sit, quod INNOCENTIVS c. 8. X. *de renunc.* ait: *renunciationem, in manum laici factam, nullam obtinere firmitatem*. Sane, vt ut excidat clericus beneficio, quod laico renunciavit, ex verbis tamen pontificis apparet, & a GONZALEZ TELLEZ *ad c. 4. X. de renunc.* ostensum est, beneficium non *vi renunciationis*, sed *in poenam*, vacare, propter crimen, quod, renunciatione illegitime facta, sit commissum. Sane, in eo & *protestantium* ICri cum pontificiis consentiunt, quod *patroni* consensum sufficere omnino negent, vt abdicatio valida & efficax omnino videatur, quod CARPZOVIVS t) testatur. At, tantum abest, vt crimini veriant pastori, si, quod humanitas & decori ratio iubet, non, nisi *conscio patrono*, sibi abeundum esse censer, vt etiam suadeant, factum laudent. Illud vero etiam apud nostrates quadam iuris necessitate requiri solet, vt *caussa iusta* a renunciante exponatur, & ab eo, *qui in caussis ecclesiasticis ius dicit*, antea probetur.

§. XI.

Enim vero, ne vitiosa sit abdicatio, requiri solet, præter ea, quae ha- *Renunciatio*
 stenus tractata sunt, vt ne quid interueniat, quod vel ad vim spectare, vel *vi extortu*
simoniaci criminis speciem habere, videatur. Quin, si in *civilibus causis* *per Etia simo-*
nis ita obtinet, vt, quod CICERO *pro Cæcin. c. 17.* inquit, iuri nihil magis inimicum esse, existimerur, quam vis, nec æquitati quicquam tam infestum, quam homines convocati & armati; certe æquo animo ferri nequit, vt *sacerdotes*, cuiusquam, ex causa non satis idonea, ad relinquendum beneficium, *vi*
 & *auctoritate* cuiusquam, inuiti compellantur. Vt igitur, quae *per metum*
gesta sunt, rescinduntur, atque vt restituendus est, qui per vim aliunde est deiectus; ita etiam pontifex voluit, vt quod *per metum* extortum esset be-

r) LANCELOT. instit. L. I. tit. 13. s) FLAMIN. de resignat. L. VII. quæst. 9. n. 14.
 t) CARPZ. iurisp. eccles. def. 125. n. 14.

neficium, spoliato ante omnia restituatur. Cum igitur plebanus quidam *ad terrorem* laicorum, electioni rite factæ renunciasset, *c. 3. X. de his quæ vi metusque causa* CLEMENS III. *rescripsit*, renunciationem factam ad *terrorem* laicorum, nisi forte iuramento vel fide interposita sit confirmata non impedire, quo minus is, qui renunciavit ecclesiæ, ad cuius regimen prius erat electus, illi legitime præficiatur. Quod vero tunc demum præfici ecclesiæ posse arbitratus est sacerdotem, si renuntiatio iure iurando non est confirmata, in eo dissentire videtur ab INNOCENTIO III. qui *c. 4. eod.* clericum quendam, grauissimo metu compulsus a rege Angliæ ad *eiurandum resignandumque* beneficium, restitui iussit, non obstante iuramento. Enim vero, si recte considerantur verba, presbyter iurauerat, se renunciaturum esse, eoque sacramento steterat: sed pontifex rescripsit, non eo pertinere vim iuris iurandi, ut ne reperere renunciatum posset. Multo autem vehementius obstat *c. 2. X. eod.* in quo sacerdotem quendam, ut *eiuraret* beneficium, vi coactum, restituere iussit ALEXANDER III. ratione addita, quod in irritum reuocanda sint per vim metumque gesta. Quam litem ut definiat GONZALEZ TELLEZ *ad c. 4. eod.* monet, renunciationem metu graui factam, & iuramento firmatam, non valere, ideoque beneficium, ita abiuratum, repeti posse, petita *relaxatione* iurisiurandi, vires tamen habere, si relaxatio non petatur. In eamque sententiam etiam GAILL. L. III. *obl. 44.* concedit. Quando autem propter vim metumque infirma dicitur renuntiatio, intelligenda est *vis atrox*, & ea, quæ aduersus bonos mores fit, quod VLPIANO *l. 3. §. 1. D. quod met. caus.* placuit. Non igitur improbatur illa, quam magistratus recte infert, scilicet iure licito & iure honoris, quem sustinet. Quod si igitur *iudex ecclesiasticus* eum sacerdotem, qui ex legis rigore *deponi*, non sine aliqua existimationis læsione, poterat, etiam *metu poenæ* in iure propositæ, ad abdicandum permouit; non habebit renunciens, cur regressum ad beneficium, per renunciationem amissum sibi patere, ex causa metus illati, putet. Ita saltem pronuncian- dum videtur, si ex *c. 10. X. de excess. prael.* res æstimanda est, in cuius extrema parte INNOCENTIUS III. pontifex visitatoribus Lombardiæ mandauit, ut episcopo cuidam, *grauioris excessus* reo, spontaneam episcopatus depositionem iniungerent, detrectantem autem, & abire nolentem, ab ecclesia amouerent, aliumque in depositi locum curarent eligendum. Extra hanc speciem tamen, eo usque renunciationes *liberas* esse voluerunt pontifices, ut ne *pactis* quidem locum fecerint, quorum vinculo quis ad abdicandum teneretur. Ita vero ut statuerent, & alia causa permoti fuerunt, cum, ex communi opinione, tam late patere *simoniæ* crimen existimaretur, ut ne ii tantum in illud incidere crederentur, qui munera & beneficia ecclesiastica illicitis modis *ambirent*, & dona spiritus sancti vili pretio comparari posse ar-
bi-

bitrarentur, sed & hi, qui omnino quicquam, rerum spiritualium, vel adquirendarum, vel in alios transferendarum causa, admitterent, legibus ecclesiasticis interdictum. At hæc negant omnino, esse in commercio vel spiritualia, vel spiritualibus annexa, quorum quidem procuratores, non dominos, esse episcopos & sacerdotes ALEXANDER III. c. 2. X. de donat. respondit. Igitur quascunque *pactiōnes*, de his talibus rebus initas, *simoniacas* dixerunt, licet vel maxime nullum pretium interuenerit; et, quanquam ipsimet iuris canonici interpretes agnouerunt, nihil in *pactis gratuitis* simoniaci inesse, si ius diuinum spectetur; inesse tamen, propter prohibitionem ecclesiæ, dixerunt: quorum sententiam secutus est SVAREZ u) itemque GONZALEZ TELLEZ ad c. 8. X. de pact. Enimuero in hoc ipso capitulo GREGORIUS IX. pontifex *pactiōnes*, pro spiritualibus obtinendis factas, *nullius momenti* esse, pronunciauit, addita etiam generali lege, qua, vt in huiuscemodi rebus omnis *conuentio* cesset, definitur. Cum vero *pactiōnibus* etiam *gratuitis* vim omnem & valorem denegarit pontifex: certe mirum non est, irritos esse omnes contractus, qui de rebus spiritualibus, *pro pecunia*, aut alio quocunque lucro, tradendis, celebrantur. His enim proprie ac iure quodam conuenit *simoniæ* nomen, quæ tunc fere committitur, cum pro *re spirituali temporalis* datur. Eamque ob causam pontifex resignationem beneficii cuiusdam, sub conditione soluendarum ab altera parte expensarum factam, aliquando ratam non habuit, in c. 4. X. de pact. & transactiones de his rebus factas, dato aliquo vel retento, vel etiam promisso c. 4. & 7. X. de transact. infirmauit. Certe & hac ipsa ratione motus GREGORIUS pontifex c. 2. C. I. qu. 3. intolerandam eorum impudentiam proscripsit, qui DEI ecclesias, vel ecclesiastica beneficia, *pecuniæ interuentu*, fulciperent, siue dando emerint, siue accipiendo vendiderint: in quos & INNOCENTIUS c. 38. X. de simon. statuit, vt ab illa ecclesia, in cuius contumeliam dare pecuniam, vel accipere voluerunt, excludantur. Ceterum quis dederit, tam parum interest, vt etiam c. 26. X. de simon. ille abire a munere illegitime acquisito cogatur, quo infcio vel agnati, vel amici, aliquid dederunt. Verum enim vero, vt ex sententia ENGELII x) in *simoniæ* crimen non incidit, qui aliquid dat, non vt pretium rei spiritualis, sed vt incitamentum ad opus bonum; ita certe non improbandum est, vel patroni, vel iudicis ecclesiastici, factum, qui miseratione ductus, sacerdoti ob *crimen & scandalum* datum renunciatur, aliquid dedit vel promissit, vt illi tanto facilius abitum suadeat, qui, etiam nolens, durioribus remediis poterat cogi, vt a sacerdotio decedat. Sane cum ex c. 21. X. de præbend. argumentari possimus, permissum esse iudici ecclesiastico, vt ali-

u) SVAREZ. de religione l. IV. de simon. c. 31.
L. V. t. 3. § 4. n. 8.

x) ENGEL. colleg. iur. can.

quid ex beneficio, cui renunciandum est, assignet renuncianti; vitio certe duci nemini vel iudici, vel patrono, vel alii cuiunque poterit, qui de suo liberalis esse cupit, sine spe lucri aut honoris, quod ex beneficio denuo conferendo ad ipsum peruenire possit.

§. XI.

Post legitimum renunciationem non facile datur regressus.

Satis igitur ex his, quæ diximus, apparet, quanta prudentia vsi sint legum ecclesiasticarum conditores, ne quid temere & leuiter fieret in deponendis muneribus ecclesiasticis, neue facile, ex *caussa non satis iusta*, aut omnino *inuista*, resilirent homines ad mutandum procliuēs. At certe non minus circumspēcti fuerunt, vt *inconstantiam consilii* eorum redarguerent, qui deposito munere mox *poenitentia* ducuntur, & *creditum* sibi ad beneficium, quod, nemine cogente, deposuerunt, *patere* volunt. Sane quam benigne cum ægrotantibus agatur clericis, supra indicauimus. Illi vero, qui *conscientia criminis* cuiusdam, aut scandali dati grauitate, adducti, sacerdotio se abdicant, suam potius, quam aliorum, sententiam sequuntur. In iis solis aliquid *coactionis* occurrit, qui, *grauioris excessus* rei, ac duriore poena digni, admonentur, vt *sponte* renuncient. Sed id damnum sua culpa sentiunt, & ipsi quoque, delinquendo aduersus leges, in poenam, quam sequi crimen optime norunt, merito incurrunt, aut saltem, dum abdicacionem depositioni præferunt, ex *optione* sua omnimodo tenentur. Tanto igitur minus accusandæ sunt leges, quibus, renunciatione semel facta, & a superiore admissa, *standum esse*, constitutum est. In causis certe ciuilibus ita obtinere, nouimus, vt non infirmetur negotium, causa semel cognita & approbata, nec disquiratur, vera ne sit an falsa, ne quidem semper minorum contemplatione, quibus tamen propter ætatis imbecillitatem facilius succurri constat. Quis igitur *uarietatem & inconstantiam* ferat in viris in dignitate constitutis, & præceptis diuinæ sapientiæ imbutis a quibus vel maxime alienum esse creditur, vt quicquam temere agant, aut causas per mendacium confictas deferant ad superiorem. Enim vero a fraude vix abest, qui commentitiis consilii rationibus superiori illuserat, aut veras & a iudice ecclesiastico probatas in dubium reuocat, eoque titulo ad ecclesiam priorem redire cupit. Eo pertinet, quod INNOCENTIVS III. *l. 3. epist. 240.* præcepit: ne liberum sit suæ voluntatis arbitrium, quod in superioris iudicium iam translatum est, qua ratione frequenter nobis illuderetur a subditis, si *deambulatoria* esset subiectorum *voluntas*, ad examen cognitionis nostræ legitime delata. Eadem mente IVO *Carnutensis* epist. 131. iustum esse putauit, vt presbyter, qui ecclesiam, quam rexerat, nulla necessitate resignarat, in iudicio, quod de se iudicasset, permaneret. Aegre igitur, & non nisi hac lege, vt nullam episcopalis muneris partem inuito Theodoro successore attin-

attingeret; Ephesina synodus EUSTATHIO, Pamphiliae metropolitano, post renunciationem eius, a suffraganeis probatam, honorem episcopalem & redditus, ad vitam sustentandam necessarios, permisit, ut ex epistola eius synodi PETRVS de MARCA de concordia sacerdot. & empur. enarravit. Neque aliud, subsecutis temporibus; placuisse, ex pluribus pontificum rescriptis probari potest. Illi enim clerico, qui beneficio suo, propter infirmam valetudinem derelicto, in monasterium abierat, ALEXANDER III, c. 3. X. de renunciat. redditum denegavit. Ita certe & CLEMENS III respondit, ac repetenti beneficium exceptionem spontaneae abdicationis obviare, c. 5 & 6. X. de renunc. rescripsit. Colligunt inde interpretes, beneficium rite abdicatum post consensum superioris vacare ipso iure, eamque sententiam etiam auctoritate c. 2. de renunc. in 6to. confirmant, licet facultatem poenitendi, ante consensum, a superiore declaratum, per c. 14. X. h. t. superesse facile concedant. Quin, & nexum inter sacerdotem & ecclesiam omnino sublatum esse, postquam sacerdotio renunciatum est, ex d. c. 3. concludunt. Negant igitur porro, ea renunciatione probata, beneficium a renunciante civiliter possideri, aut fructus, postea exinde perceptos, eius fieri. Breuib; ius omne, quod abdicans olim in beneficio habuit, extinctum esse censent. Quae cum ita sint, nihil obstat, quo minus ille clericus, qui munus depositum & beneficium annexum nullo iure detinet, ad cedendum compellatur, auctoritate magistratus competentis. Ita certe in concilio Lateranensi, quod anno 1215. INNOCENTIO III. imperante, habitum est, placuit ex cuius quippe decretis in c. 12. X. de renunc. haec verba afferuntur: „quidam cedendi licentiam cum instantia postulant, ea obtenta, cedere praetermittunt. Sed cum in postulatione huiusmodi aut ecclesiarum commoda, quibus praesunt, aut salutem videantur propriam attendisse, quorum neutrum suasionibus aliquorum, quaerentium, quae sua sunt, seu etiam levitate qualibet, nolumus impediri, eos ad cedendum decernimus compellendos. Neque est, cur aliud in protestantium iudiciis pronuntiandum esse videatur. Certe praeses mihi indicavit, ita censuisse ordinem Ictorum in hac academia, cum species quaedam renunciationis, qua ob scandalum clericus officio se abdicauerat, illi oblata esset. Quae cum huic descriptioni occasionem dederit, diligentius enarranda est. Clericus quidam ab honestate & dignitate ordinis eousque defecerat; ut deprauati eius mores nec a coetu, nec a patrono & magistratu ecclesiastico, ferri possent. Exprobrabatur illi sordidum & illiberale opus, quod inspectantibus omnibus fecerat. Obiiciebatur infrequentior sacrae caenae usus & ebriositas. Nec ab iniurgitatione potus abstinerat, cum sacra adeunda essent, quae ipsa subinde tam negligenter procurauerat, ut, quae in templo, nec, citra grauem causam, in priuatorum aedibus, faciendae sunt, domi suae obiisset, sordidus & luculentus limo,

quem tractauerat. Praeterea *uxore* utebatur, qua cum ipsi pessime conueniebat, nec melius aliis, ut etiam propter verborum & verberum conflictum, quem turpiter inierat cum vetulis quibusdam, carceri mancipata esset. Non igitur hæc omnia toleranda esse arbitratus est patronus, iudicis ecclesiastici potestate instructus, & homini, cui toties ad frugem redeundi auctor fuerat, ut *remotionem*, quam meruerat, spontanea abdicatione præuenteret, omnino suauis, quin &, miseratione ductus, *certam summam pecuniæ* sponte cendenti promisit, qua ad victum quærendum uteretur, alio vitæ genere electo. Annuit igitur reus, & in ipso iudicii loco, præsentem iudicem ecclesiastico, & factum approbante, *renunciauit*; sed a muliere imperiosa, quam in carcere certio rem de re fecerat, correptus, indignissime ob factum, ut ipsa quidem opinabatur, imprudentissimum exceptus, abire a munere iam abdicato noluit, imo vero, iudice in sententia perseverante, ad superiorem prouocauit, cuius nomine ordo Ictorum Wirebergensem pronunciauit:

Daß die eingewandte Appellation in ihren Formalien beständig, und zu gebührender Rechtfertigung anhero erwachsen; der Materialien halber erscheinet aus den Acten und der Partheyen Rechtlichen Einbringen allenthalben so viel, daß in erster Instanz wohl verfahren, derowegen Appellant, und der sol. an ihm ergangenen Verordnung zu Folge, die Pfarr. Wohnung binnen 14 Tagen, gegen Empfang derer ihm verwilligten 1100. Thaler, und des versprochenen Attestats, zu räumen schuldig, und wird diese Sache an vorigen Richter billig remittiret, W. N. W.

Ille quidem instabat, *non fuisse causam* satis idoneam, cur renunciaret. Sed sufficiebat *scandalum, vita flagitiosa, dedecus uxoris & familiæ*, quod apostolus 1. Tim. 3. v. 4. in sacerdote non ferendum esse, docet. Ex his enim causis efficaciter renunciari supra §. 4. fuit comprobatum. Neque *simonia* obiici poterat, cum illa liberalitas patroni potius laudanda videretur, neque clericus tam *propter pactum*, quam *propter causam pacti*, renunciare iustus esset. Neque tandem magni momenti erat, quod renunciatio *non superiori*, sed ipsi *patrono* facta, ipso iure nulla fuisse, videri poterat, ut supra §. 10. est a nobis comprobatum: primo enim ipse patronus simul erat *iudex ecclesiasticus*, qui ius consistorii per personas idoneas exercebat; ut dubitari non posset, a *superiore* approbatam esse hanc renunciationem; deinde etiam *laico* facta renuntiatio illud operatur, ut renuncians beneficio in poenam excludatur: quod supra *ex c. 8. X. de renunciat.* a nobis demonstratum est. Denique iam, per prouocationem certe, res ad *superiorem* delata erat qui causam renunciationis idoneam esse, iudicabat. Ideoque illi responso hæc rationes sunt adiectæ:

Obwohl eines Theils Appellat, daß diese Sache zuörderst in der ersten Instanz zu erörtern, und daselbst wegen der von Appellanten geschehenen Resignation rechtlich zu verfahren, vorwendet, andern Theils nach denen göttl. und geistl. Rechten, einem Diener göttlichen Wortes, sein Amt, Beruf und Gemeinde, ohne erhebliche Ursache zu verlassen, nicht frey stehet, vielmehr alle weltliche Absichten diesfalls bey Seite zu setzen,

C. 10. §. 7. X. de renunc. ZIEGLERS de Episc. L. 4. C. 20.
& L. II. c. 13. §. 1.

und wenn eine geistl. Person, durch zeitlichen Gewinn, Menschen-Furcht, Geld, Versprechungen, oder sonst dazu verleitet worden, nicht aber aus Trieb des Gewissens freywillig ihr Amt aufgegeben, die renunciation, daferne sie auch vermittelt Eydes bekräftiget wäre, vor unkräftig geachtet wird,

c. 5. X. de renunc.

Überdieß auch bey bürgerlichen freyen Handlungen, ein Versprechen, so wegen ausgeübter Gewalt, und daraus entstandener Furcht, oder gefährlicher Überredung geschehen, vor verbindlich nicht zu halten, mithin die von Appellanten wider die Resignation seines Amtes gemachten Einwendungen, da demselben nach Arretirung seiner Frauen, und der, dem Anführer nach, daher bey ihm entstandenen Consternation, unterschiedene Vorstellungen geschehen, Er auch noch mehrere beschwehliche Folgen davon vermuthet, und durch Versprechung jährlicher Alimenten, auch endlich einer Summe Geldes überhaupt, zu der Resignation Anlaß bekommen, jedoch nachhero poeniciret, und bey seinem Amte gelassen zu werden verlangt, nicht unerheblich zu seyn scheinen, ausserdem ein Kirchen-Diener sein Amt allenfalls nicht in die Hände einer weltlichen Person, sondern desjenigen, welchem die geistl. Gerichte zustehen, und in manus Superioris, resigniren muß,

Lancell. Instit. l. 19. §. II. ZIEGL. ad Lancell. ibid.

widrigenfalls aber dieselbe keine Wirkung hat, also, daß Appellantens Renunciation auch dieserhalb ungültig, und, da ihm die versprochene Geld-Post noch nicht ausgezahlt worden, Er diese zu hinterziehen wohl berechtiget, es das Ansehen gewinnen möchte,

D. a. d. so viel Appellatens, wegen der ersten Instanz, gemachten Einwurff anlanget, diese Sache bereits vor seinem Conkitorio angebracht, und, nachdem Appellant mit seiner Vorstellung eingekommen, die Verordnung ergangen, mithin dieser, da er dabey sich zu beruhigen nicht gemeinet, nochwendig an die höhere Instanz sich wenden müssen, überdies Appellatens Hr. Principal mit Appellanten auf gewisse Maße in dieser Sache contrahiret also diese nicht unbillig in einer andern Instanz erörtert wird, ferner die

Haupt-Sache betreffend, einem Kirchen-Diener sein geistl. Amt aus triftigen Ursachen aufzugeben, allerdings nachgelassen, und besonders zu Vermeidung unausbleiblichen Aergernisses, auch seiner eignen Besserung halber, und poenitentiae causa, eine andere Lebens-Art zu erwählen, nicht untersaget wird, mithin Appellant zu angeregter Resignation gnungsame Bewegungen-Gründe gefunden, in mehrerer Erwegung derselbe bey öffentl. Gottesdienste, und Leichen-Begängnissen, durch seine unlängbare Trunkenheit, welche durch das beygebrachte Arrestat nicht abgelehnet wird, auch ungeziemende Aufführung bey Administration der heiligen Sacramente, so wohl unanständigen und verächtlichen Lebens-Wandel, ingleichen durch unfleißigen Gebrauch des heiligen Abendmahls, dessen allen er durch die vermittelst Endes abgehörten Zeugen zur Gnüge überführet, ein grosses Aergerniß, in dessen Ansehung die Pfarr-Kinder, besage derer in Actis befindlichen memorialien, einen andern Seel. Sorger verlangt, angerichtet, welchem nicht süglich anders, als durch Niederlegung des Amts zu steuern, hiernächst dessen Ehe-Weib, seinem eigenen Geständnisse nach, sein Amt durch ihre unverantwortl. Begünstigungen, auch Beschimpffung und Verachtung ihres Ehe-Manns, so wohl durch Zank und Uneinigkeit mit andern, darüber sic verschiedentlich verklaget, und in Straffe genommen worden, lästern gemacht, und noch mehreres in Zukunft befahren läffet, bey welcher Verwandniß auch die Bosheit und der Unverstand eines andern, hinlängliche Ursache zur Resignation eines geistl. Amts geben kan,

c. 10. §. 5. X. de renunc.

Mithin Appellant damit etwas unzulässiges nicht vorgenommen, ausserdem die Resignation freywillig und pure geschehen, hingegen durch die Versprechung einer Summe Geldes zu seinem Auskommen, bey so offenbahrem und unerträglichem Aergernisse, auf dessen Abschaffung die geistl. Obrigkeit nothwendig denken müssen, und zu welchem Ende viel härtere Mittel vorgekehret werden können, ihm eine grosse Güte geschehen, die Verbindlichkeit der Renunciacion aber hierdurch nicht entkräftet worden, hierüber Appellantens Vorgeben, als ob er aus Verstärkung, wegen der kurz vorher angeordneten Arretirung seiner Frauen, in grosser Ubereilung zu der Resignation sich entschlossen, eines Theils in Betrachtung der Uneinigkeit, in welcher er mit seinem Ehe-Weibe lebet, nicht glaublich, andern Theils dadurch, daß Appellant seine Erklärung nachhero, und nach Verlauff einiger Tage wiederhollet, und nur wegen des gegenseitigen Versprechens Sicherheit verlangt, ingleichen seiner Ehe-Frauen diese Resolution im Gefängniß mit vieler Freude hinterbracht, factsam widerleget wird, endlich die recunciacion in die Hände Appellantens Hr. Principals, welcher selbst in seinem Consistorio praesidiret, und von welchem er die Confirmation zu seinem geistl. Amte, allen Ansehen nach

nach, erhalten, welchen er also vor seinem Superiorem zu erkennen hat, auf gehörige Weise geschehen; und von demselben acceptirt worden, immassen auch nunmehr die Ursache derselben in der höhern Instanz vor erheblich und zureichend befunden worden, also diese vor beständig zu achten, gleichwohl das von Appellatens Hn. Principal dargegen geschehene Versprechen zu erfüllen,

7 REGI. ad Lanc. L. I. 20. §. II. num. 281.

Co ist, gesprochenemmaßen, von uns billig erkannt worden.



XXXVII.

DISSERTATIO

DE PRAESCRIPTIONE
PETITIONIS HEREDITATIS
PATERNAE ET AVITAE.

VITEMBERGAE, AD D. XVII. OCT. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVIII.

§. I.

Nunquam in republica litteraria, quorum opiniones inter se certant, & qui in diuersas partes abierunt, homines defuisse, tot veteres lites ad nostra vsque tempora protractæ comprobant.

*Dissensiones
interpretum
in iurispru-
dentia.*

Neque vlli disciplinæ contigit esse tam felici, vt ab altercationibus & dissensionibus cultores eius abstinuerint; sed omnes vnam eandemque sortem expertæ, sententiis semper singularibus perturbatæ sunt. Ex hac enim dissensione, quod M. TVLLIVS ^{a)} ait, illa, qua *veritas ipsa limatur in disputatione, subtilitas enata est.*

Tantum itaque abest, vt iurisprudentiæ hæc macula abstergi possit, vt potius a suis fere incunabulis ICTOS aluerit, diuersa in interpretando respondendoque praecepta & principia secutos. Certe TVLLIVS ^{b)} non exiguum partem iuris cuius *ambiguum* esse, censet. In eo enim iure, inquit, quod *ambigitur*, inter peritissimos, non est difficile orateri, eius partis, quamcunque defendat, auctorem aliquem inuenire; a quo cum amentatas hastas acceperit, ipse eas oratoris lacertis & viribus torquebit.

Q 3

§. II.

a) CIC. off. II. c. 10.

b) Ibid. L. I. de orat. c. 57.

§. II.

*Ab antiquis-
simis tempo-
ribus varia-
rum est in
iurispruden-
tia.*

Sub AVGVSTO imperatore iam iam C. Ateius Capito & M. ANTI-STIVS LABEO duarum in hac disciplina sectarum, iuxta l. 2. §. 47. D. de Or. Iur. auctores fuerunt, conf. EM. MERILL. Obs. I. 2. EVER. OTTO de sectis ICtorum. Quapropter imperator, multæ in iure specificationis inter SABINIANOS ac PROCVLIANOS, de quarum sectis GOTTFR. MASCOVIVS accuratissime scripsit, *ambiguitatis §. 25. I. de rer. diu. facit mentionem.* Ipse PAPINIANSVS, illud, quod ipsi l. 7. D. de *seru. export.* de poena conuentionali, instrumento emtionis de seruo exportando adiecta, placuerat, l. 6. D. *eod. retractauit*, cum a SABINO in contrariam partem vocaretur. Imo vero VLPIANVS, ipsum SABINVM, sectæ auctorem, cum de iure accrescendi tractaretur, *variassse, l. 7. D. de hered. instit.* itemque alios iureconsultos, de seruo vulnerato, qui postea periit, *varie respondisse, l. 15. §. 1. D. ad l. aquil.* obseruauit.

§. III.

*Præscriptio
hereditatis
paternæ &
auitæ.*

Sic discrepantia opinionum inter Doctores vna cum iurisprudentia fere Romana pullulauit, successu temporis creuit, & tandem ita inualuit atque adoleuit, vt nullum fere argumentum, & nulla vllius legis particula, disputationum aleam euaserit, sed omnia interpretum disceptationibus mirifice vexata sint. Quo maior enim præstantissimorum virorum fuit prouentus, eo maior inter illos æmulatio, quam studium rectius sentiendi excitauit & aluit, eoque frequentior cum victoriæ cupiditate inter interpretes dissensus: vt in multis omnino caussis iure incertissimo vtamur. Inprimis vero de annis præscriptionis, qua hereditatis petitio, paterna atque auita excluditur, inter omnes fere variatum. Operæ pretium facturus esse videor, si incertitudinem iuris in hoc argumento, & diuersa doctorum principia & opiniones varias, diligentius excutiam, atque verum & genuinum præscriptionis, ad excludendam *petitionem hereditatis paternæ et auitæ*, fontem cum cura inuestigem.

§. IV.

*Actiones de
iure heredi-
tario.*

Sed in campo huius disputatiunculæ imitabor illos, qui metam certatim petunt, & priusquam excurrant, antea spatium designant, & terminos finesque describunt, intra quos de palma inter se contendant. Igitur actiones breuibus attingam, quas heredes ius hereditarium consecuti contra hereditatis habent possessores. Non enim cuiuis licet *ipsam hereditatem* perere, & solam interdum eius *possessionem* desiderare sufficit heredi. Inde accidit, vt heredi vel actiones *possessoria*, vel *petitoria*, subinde dentur a prætore, prout vel ad hereditatis possessionem, vel ad ipsum ius hereditarium adspirat atque animum intendit. Quandoquidem ineprum est, de *iure* illum disceptare, qui, sine perplexa illa disputatione, possessionem eius rei, quæ ad

se pertinet, nancisci possit. Enimvero, si *NERATIVUM* audiamus, l. i. §. i. D. de *aqu. vel amitt. possess.* antiquior est naturalis rerum *possessio*, ex qua dominia, & cetera *iura realia*, cæperunt.

§. V.

Possessoria actiones, quod notum est, vel ex iure civili, vel ex præto-*Remedia pos-*
rio descendunt. Inprimis frequentatur remedium ex l. ult. C. de *edict. D. fessoria ad*
Hadr. toll. quod iure civili constitutione principis introductum est, vt he-^{hereditatem}
res in testamento, vitium visibile non habente, scriptus, in omnium rerum ^{consequen-}
hereditariarum, quae tempore mortui testatoris adfuerunt, possessionem, ex-
ceptionibus aduersarii ad petitorium reiectis, a iudice mittatur. Neque
locus est dubitationi, etiam *pia caussa*, ex testamento, quod solus duntaxat
testator, non adhibitis testibus subscripserit, illud remedium competere. Sal-
uum enim est testamentum ad *pias caussas*, si de voluntate testatoris constet.
Igitur testamentum a testatore subscriptum nullo vitio visibili laborat. Con-
tra, *interdicta quorum bonorum*, & *quod legatorum*, praetoris beneficio
debentur. Illud datur heredi vel bonorum possessori, a magistratu confir-
mato, contra eum, qui vel pro herede, l. i. C. *quor. bon.* vel pro possessore
hereditatem possidet, l. i. D. *quor. bon.* ad consequendam eius possessio-
nem.

Hoc vero heredi contra legatarium, qui rem legatam non ex eius vo-
luntate, sed propria sibi auctoritate, vindicauit, accommodatur, ad possessio-
nem rei legatae restituendam, vt de Falcidia sit securus. l. i. §. i. & 2. D.
l. i. C. h. t. Sed de his quidem copiosius omnes interpretes artis nostrae
tradiderunt, quos exscribere non vacat. Vnum attinet monere, ne quis
cum *remedii possessoris*, quae heredibus dari solent, *possessoriam heredi-*
tatis petitionem, quam praetor introduxit, & qua magis iura petitorii tra-
ctantur, temere confundat. Per hanc enim hereditatis petitionem, quod
GAIUS ait, l. 2. D. de *possessor. hered. petit.* bonorum possessor tantundem
consequitur, quantum ciuilibus actionibus heres consequi potest. Igitur
possessoria appellatur, quia praetor eam dedit illis, quos ipse *velut heredes*
facit, hoc est, quibus *bonorum possessio* data est: quod VLPPIANVS ob-
seruauit. l. i. D. *eod.*

§. VI.

Sed magis conuenit, de actione petitoria, quae κατ' ἐξοχὴν *heredita* *Ciuiles actio-*
tis petitio dicitur, tractare, vt commodius perficiamus institutum. Haec ^{nes ad here-}
actio *mixta* est, & heredi aduersus eum, qui aut totam hereditatem, aut ^{ditatem con-}
quasdam tantummodo hereditatis partes, vel pro herede vel pro possessore ^{sequendam.}
possidet, eiusque successores, competit, vt hereditas aut pars hereditatis cum
accessionibus restituatur.

Mixtam enim *causam* habere videtur, l. 7. C. de *pet. her.* quia quatenus ex iure hereditario descendit est realis, seu, quod *VLP. IANVS* ait, l. 25. §. 18. D. de *heredit. pet.* in rem quidem actio est, sed habet tamen *praestationes* quasdam *personales*, id est, personalis est, quatenus ex quasi contractu administratae hereditatis oritur, qui possessorem obstringi, ut fructus ex hereditate aliena perceptos restituat, damna sarciat, l. 25. §. 18. D. de *her. pet.* & nec ipse fiat locupletior, nec heredem rei familiaris detrimentum sentire patiatur.

§. VII.

Diuisio & subdivisiones remediorum, quibus hereditas petitur, quas plurimi enarrauerunt, & imprimis illustri *BERGERVS* in *oc. iur.* l. II. t. 4. §. 54. duntaxat extremo digito, quod aiunt, indicabo. Constat vero, *hereditatis* petitionem, si *causam efficientem remotam* respicias, vel *ciuilem* vel *praetoriam*, aut, si *obiectum* cogites, vel *uniuersalem* vel *particularem*, qua pars hereditatis petitur, vel si ad *causam efficientem propinquam* animum aduertas, vel *ordinariam* esse, seu *directam* vel *extraordinariam*, quam & *utilem* appellant. *Ordinariam* denique in *generalem* & *specialem* seu *qualificatam*, *generalem* in *directam* & *obliquam* diuidi, in vulgus notum est: ut *superuacuum* sit, quae alii ceatias dixerunt, hoc loco, praeter institutum, enarrare. Magis ad rem praesentem pertinebit; si admonero, *hereditatis petitionem* a subiecto actiuo diuidendam esse in illam, quae *generaliter omnibus* heredibus competit, & eam, quae *liberis* ac *nepotibus* contra hereditatis *paternae* vel *auitae* possessores datur. Et haec ipsa est, de cuius dubia praescriptione diligentius exponere visum est

§. VIII.

Praescriptio non duntaxat in odium negligentiae, sed magis fere bono publico, inductam esse, expeditum est, ne rerum dominia incerta semper maneant, & ut lites aliquando finiantur; cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium, ideoque, qui illud neglexit, magis de se, quam de lege, conqueri deberet. Ita enim *GAIVS* l. I. D. de *usurp. & usuc.* nec non *NERATIVS* l. 5. pr. D. *pro suo*, de illo argumento tradiderunt.

Neque tamen *naturalis* ratio multum illis fauet, qui *per tempus longius* res suas inquirere & inuestigare neglexerunt. Ex ipsa enim *negligentia* apparet, facile dominum *carere* illis rebus *posse*, quas per tantum temporis spatium non inuestigauit. Sed natura nemini obtrudit, quod non ad *necessitatem* & *commoditatem* cuiusque pertineat, & quo *facile careat*, sine insigni detrimento. Imprimis actiones, quibus *hereditas* petitur, tanto facilius iure

iure gentium praescriptione tolli possunt, quanto certius hereditates naturalis ratio ignorat, & quanto magis illae ad lucra pertinent; quæ si nostra culpa perierint, nulla caussa idonea est, de duritie legum conquerendi.

§. IX.

Sed inpraesentiarum quidem vacat disquirere, quonam tempore petitioni hereditatis paternae & auitae praescribatur. Dicitur non potest, quanta fuerit dissensio interpretum in illo argumento. Quidam fere liberos a petitione hereditatis paternae atque auitae nonaginta demum, imo, centum & viginti annis excludi, sine rubore affirmarunt. Ipsum MATTH. WESENBECCIUM, celeberrimum quondam Ictum, illum errorem errauisse video qui, in vol. tract. & respons. suorum I. conf. XI. n. 44. „Liberis, ait, cum succedant ex tribus capitibus, nempe, vnde liberi, vnde legitimi, & vnde cognati, praescriptionem hereditatis, XXX. vel XXXX. annorum, non currere, sed demum ex spatio praescriptionum triplicato XC. annorum, Et id ipsum, communi gloss. ac DDrum ad l. 1. C. qui admitti, & l. 8. C. de iur. delib. sententia, itemque iudicio BALDI in tract. praescr. P. IV. part. 4. princ. quaest. 19. n. 6. suffultum conf. XLII. eiusd. vol. n. 106. repetit atque diligentius confirmat. Ad quam sententiam etiam PHILIPPI L III. eclog. 34. obs. pract. inst. CARPZOVIVS P. III. const. XIV. def. 30. ANT. GABRIEL de praescript. concl. IX. n. 3. Sam. STRYCK in annot. ad Lauterb. tit. de her. pet. in fine, aliique summi & eruditione elegantissima conspiciunt, atque in decidendis iuris controuersis felicissimi iuriconsulti accesserunt; vt triplicem hanc praescriptionem partim approbent, partim fundamentum eius praxi, responsis dicasteriorum, vsuque fori, & iudiciorum obseruantia, confirment. Quid, quod & ipse BRUNNEMANNVS ad l. 8. C. de iure delib. ab illa opinione non alienus sit, sed illi lapillum adiicere omnino videatur. Hic enim, dum de illa specie, an filio, qui intra aliquot annos se paternae hereditati non immiscuit, & post decem annos eam vindicat, exceptio praescriptionis efficaciter opponi possit, disputat, tandem negat, huic praescriptioni locum esse, sed, filium intra triginta annos eam adhuc adire posse, imo nec longissimi temporis praescriptione ab ea excludi, arbitratur.

§. X.

Sed possit quis non immerito mirari, quid in mentem venerit viris optimis & in arte sua summis, vt de liberorum hereditate auita & paterna tam liberaliter sentirent, & plus fere ingenio tribuerent, quam legi, & ciuilibus praeceptis, quae prorsus ignorant nonagenariam praescriptionem. Quod cum illi intelligerent, ad fictiones confugerunt, vt cum Themide & mulis in gratiam redirent. Comminiscuntur enim triplicem hereditatis petitionem, quae liberis ab intestato succedentibus competat, ad bona paterna & auita

vindicanda, & nullam altera consumi, sed aliam post aliam illis tribuendam esse altera per praescriptionem consumpta, alteri, & hac elisa, tertiae locum esse, aiunt, ita spatium *nonaginta annorum* faciunt. Quod ne sine colore dixisse videantur, ius *triplex* concurrere in persona *liberorum*, tradunt: *primum suittatis*, vi cuius propter *unitatem personae*, in quam cum parentibus & auis ciuilitate coalescunt, non tam parentibus succedere videntur, quam *suum* potius, post mortem patris, vindicare: *secundum ius agnationis*, propter quod omnibus aliis hereditibus praefertur: *tertium cognationis*, quo & ipso vocantur ad ascendendum hereditatem. Ideoque primo illos, intra XXX. annos, ut heredes *suos* postea intra alios XXX. ut *agnatos*, & si hoc neglexerint, intra alios XXX. annos experiri posse, censuerunt. Imo vero, si a patre *testamento* scripti fuerint heredes, *quartam*, aiunt, hereditatis portionem illis dari, propter *quartum*, qui accesserit, respectum, & vim testamenti, ex quo illis per XXX. alios annos actio tribuenda sit: ut intra *centum et viginti annos* ad bona paterna & auita vindicanda adspirare posse videantur. Sed hi quidem omnes, qui ita sentiunt, imprimis ad *praetoris* confugiunt auctoritatem, qui & ipse *tres* fecit *ordines heredum* in *successorio edicto*, & teste *VLPIANO l. i. §. ii. D. de success. edict.* liberos, si intra annum, quo *sui* heredes & liberi in defuncti potestate constituti vacabantur, vel non agnouerint, vel repudauerint hereditatem, postea illos admittit, ut sibi ipsis succedant, et, elapso priori spatio, in *secundo ordine, unde legitimi*, et si hunc neglexerit, in *tertia parte successoria, unde proximi cognati*, liberorum habet rationem: ut *triplex* illis petendae *hereditatis auitae* et *paternae* spatium competat. De quo argumento deinceps locus erit exponendi.

§. XI.

SICHARDI
sententia
singularis-

Paullo modestior & verecundior est *IO. SICHARDVS*, qui & ipse quidem liberis, paternam & auitam hereditatem petentibus, praescriptionis tempus, quo hereditatis petitio alias excluditur, laxauit, sed intra angustiores tamen terminos liberorum ius continuit, qui ad parentum hereditatem, elapso praescriptionis tempore, adspirant. Ille enim ad *l. 2. C. qui adm. ad bon. possess. poss.* ipse etiam *praetorem* sequitur, qui *liberis* ac parentibus, *annum*, intra quem bonorum possessionem petant, ceteris cognatis *centum* dedit *dies*, *l. i. §. 12. D. de succ. ed.* tempusque hoc esse *utile*, i. e. scientibus duntaxat currere, constituit. *l. 10. D. de bon. possess. l. 2. D. quis ordo in poss. seru. l. 2. C. qui admitt. ad bon. poss.* Ex qua parte edicti satis acure se collegisse putauit, triginta annorum praescriptione a petitione hereditatis exclusos, iure praetorio, adhuc intra annum, si sint liberi, sin cognati, intra centum dies bonorum consequi posse possessionem: ut post triginta annos hereditate quidem ciuili, sed nondum tamen praetoria, omnino excludantur.

§. XII.

§. XII.

In tanta varietate, non dissimulo, non deesse omnino quaedam argu- *Diluuntur*
 menta, quae nos mouere possint, *ut liberis inprimis faueamus.* Agnoscit *horum ar-*
 VLPIANVS l. i. §. 12. D. de *success. edict.* non arctandos esse *liberos, qui*
 bene ad propria bona veniunt, dum parentum hereditatem petunt. *Ipsum qui nona-*
 illud *condominium* rerum paternarum, quod liberis in potestate constitu- *genariae*
 tribuitur, ipsa illa *unitas personae*, suadet, ne facile liberi hereditate paren- *praescriptio-*
 tum excludantur. *Germani* certe, apud quos olim, cum simplicitatem *ni fuerit.*
 naturae sequerentur, nullae hereditates, nulla testamenta erant, tamen *respondetur*
 cuique *liberos* heredes esse voluerunt. Ita enim TACITVS tradit c. XX. *ad l. i.*
de morib. German. Accedit *naturale votum* omnium parentum, qui bona *success. edi-*
 sua ad sanguinem suum, & *liberos*, quorum causa tot illa sudoribus & vi- *cto.*
 giliis quaesiuerunt, peruenire cupiunt. Denique ex ipso illo *successorio*
 edicto, cuius antea mentionem feci, intelligitur, praetorem noluisse, ut li-
 beri a bonorum possessione, vna duntaxat praescriptione, excludantur, sed
tres illis ordines, tria spatia, dedisse: quorum vno, si propter temporis
 lapsum, ad hereditatem pertinere nequeant, per reliquos gradus, intra con-
 stituta tempora, ad illam admittantur. Ut non incommode a petenda *bono-*
rum possessione ad ipsam hereditatis petitionem duci posse argumentum vi-
 deatur.

Sed, ut profitear, quid sentiam, *posset* forte, legislatoris potestate,
 propter liberorum *miserationem, constitui*, ut, post praescriptionis tempus,
 ad hereditatem admittantur. At vero *iureconsultis* non licet ultra fines *in-*
terpretationis potestatem suam proferre. Largior, *liberos suos*, esse *condo-*
minos rerum paternarum. Sed *veri etiam domini* possessiones suas *praescri-*
ptione legitima amittunt. Neque *votum* parentum prohibere potest, ne li-
 beri *sua negligentia* bonorum paternorum iacturam patiantur. Denique ex
edicto successorio de bonorum possessionibus, & generaliter ab hereditate illa
praetoria, pessime ad hereditatem *legitimam & civilem* ducitur argumen-
 tum. Ipse VLPIANVS l. i. §. 12. D. de *success. edict.* *liberos ideo* post
primum ordinem, in secundo & tertio adhuc admittendos esse, ait, quia
annus duntaxat illis praefinitus sit, ad bonorum possessionem impetrandam,
 & iniquum videatur, tam breui illos spatio excludi. Sed *hereditatis petiti-*
 o, de qua tractamus, civilis est, & tricenaria l. 7. C. de *petit. hered.* de cuius
 temporis angustia liberi iuste conqueri non possunt.

§. XIII.

Neque vero inter magistratos artis nostrae defuerunt, qui olim intellige- *Patroni ve-*
 rent, nihil *edictum successorium* ad *petitionem hereditatis civilem* pertinere, *rioris sen-*
 adeoque male illos agere, qui propter triplex illud spatium praetorium, li- *tentiae.*

beris ad agnoscendam bonorum possessionem datum, triplicem illis hereditatis petitionem ciuilem, & triplex ius praescriptionis, tribuerunt. Quo in numero inprimis commemorandi sunt, viri in arte nostra summi, ANTONIVS FABER in *cod. L. VI. T. XI. def. 3.* & BERGERVS in *oec. iur. L. II. T. IV. §. 53. n. II.* Illi, inquam, olim obseruarunt, praetorem, ex bono & æquo iudicantem, per successorium edictum *ideo* triplex liberis concessisse possessionem bonorum petendi in tribus ordinibus spatium, quia tempora admittendae bonorum possessionis *brevissima* fuerunt: &, ne sit, de quo liberi, suam quodam modo hereditatem petitori, iuste conquerantur, tandem obtinuisse, vt, si tempore annuo ab vna parte successoria exclusi essent, ex alia succedant. l. c. *D. succ. ed.* Sed cum ciuilis petitionis hereditatis tempora sint longissima, non est idonea ratio, cur illud, quod praetori propter temporis breuitatem in beneficio *praetorio* placuit, ad amplissimum tempus hereditatis petitionis ciuilis, extendatur. Sed fortasse seduxit nagenariae huius praescriptionis defensores, quod successionem praetoriam iure nouo propter nou. 118. minus frequentari, censuerunt: ideoque ipsis visum est, fauorem liberorum in petenda hereditate patria, quem praetor olim admisit, ciuili etiam successioni accommodari posse: ne frustra praetor liberos aliis heredibus in definiendo spatio praescriptionis praetulisse videatur. Vnde enata est illa multorum sententia, filium, qui intra primos triginta annos hereditatem parentis agnoscere noluit, tanquam filius, eam intra sequentes alios triginta annos adire, vt agnatum, tum, iis quoque elapsis, intra totidem alios, tanquam cognatum illam sibi vindicare posse.

§. XIII.

Nullibi sublatum est tempus praescriptionis ordinariae in hereditatis paternaе petitione.

Verum enim vero obloquitur patronis causae aduerfae l. 3. C. de praescrip. 30. l. 40. ann. quae omnes actiones ciuiles, siue reales, siue personales fuerint, sub quibus & hereditatis petitio, iuxta l. 7. C. de pet. hered. quia mixta est, comprehenditur, nisi breuiori spatio, certe regulariter *triginta* annorum praescriptione excludi iubet, ad litium aeternitatem intercipiendam. Neque vero fas erat, propter imaginarium fauorem & miserationem liberorum, ausu proprio, petitionem hereditatis paternaе & auitae, inaudito exemplo proferre ad annos nonaginta, & praecepta artis nostrae, commento minus probabili, euertere & perturbare. Quae cum ita sint, apparet, multo minus *beneficium abstinendi* liberis a praetore concessum, quod anno terminatur, l. 1. §. 12. D. de succ. ed. & l. 4. §. 1. D. quis ord. in bon. poss. per tempus longius sine causa idonea proferri posse.

§. XV.

Commentum praescriptio

Ex his quae adhuc disputata sunt, intelligitur, adhuc longius illos a reo defecisse, qui *filios testamento* paterno vel auito heredes scriptos *centum*

& viginti annorum habere praesidium; arbitrati sunt, priusquam ab hereditate paterna aut auita excludantur. Sed hi quidem filium ex testamento intra triginta annos se hereditati immiscere posse, ex l. 3. C. praescr. 30. l. 40. ann. tradunt: postea autem, tempore illo praeterlapso, liberos, quasi omissa causa testamenti, ex edicto successorio, eiusque primo capite, unde liberi, intra idem temporis spatium bona paterna petere, hoc tandem elapso, intra idem tempus longissimum, tanquam agnatos ex secundo capite, tandem, iure cognationis, ex capite extremo, intra totidem annos, succedere parenti posse, profitentur.

At vero non potest esse obscurum, quam coacta sint illa, & a praeceptis iuris ciuiliis aliena, quae in illam sententiam dicuntur. Primo enim, quae de bonorum possessione agnoscenda a praetore constituta: non pertinent ad ciuilem illam petitionem hereditatis auitae aut paternae. Deinde heredi scripto vna duntaxat & simplex hereditatis petitio competit, quam nouimus triginta anorum spatio excludi. Quandoquidem cui ex testamento hereditas delata est, is sub vnico tantum, heredum institutorum iure admittitur ad hereditatem. Imo vero etiam ab intestato hereditatis petitionem per triginta tantum annos patere, certum est. Vt non possit dubitari, iisdem XXX. annis simul illam, quae ex testamento tanquam heredi scripto competit, & illam, qua successores ab intestato vtuntur, propter ius praescriptionis, sublatam esse: neque vna per praescriptionem sublata, dari ad alteram regressum. Optime ANTON. FABER ad cod. L. VI. tit. XI. def. 3. interpretum errore ad ciuiliis successionis iura edictum successorium protractum esse ait, idque commentum a reuera quidem iuris ratione alienum, sed vsque adeo tamen a plurimis receptum esse, vt supremarum quoque curiarum decretis innumeris sit comprobatum. Plura de eo argumento idem ICtus Sabaudiensis in tract. de error. pragmat. & interpret. iur. ciu. dec. 3. tractat; & ESBACHIVS ad Carpz. p. III. const. XIV. def. 30. erroribus pragmaticorum illam de CXX. annorum praescriptione fabulam adnumerat, qua facile in foro iudicario caremus.

§. XVI.

Quae cum ita sint, frustra nonagenariae illius atque immemorialis praescriptionis, quam ad excludendam petitionem hereditatis auitae & paternae desiderant, patroni ad consensum multorum iudicorum, qui illam sententiam in decidendis causis secuti sint, prouocarunt. Hoc enim solo fundamento illos niti, qui tempus huius actionis longius proferunt, & ultra legis fines extendunt, viri summi perillustres WERNHERVS obs. LXIX. §. 3. STRUCK. ad Lauterb. de her. pet. tit. in fin. BRUNNEMANNVS ad l. 8. C. de iure delib. BERGERVS oec. iur. L. II. T. IV. §. 54. n. 11. agnouerunt. Neque vero illa multorum contra legem scriptam & ciuilia praecepta conspiratio a quoquam impetrabit, vt caeco impetu, quae pluribus in peruertenda

Supernacuum est illud ex fori usu argumentum.

da iuris disciplina placuerunt, continuo sequamur, & in tanto diffensu, opinionem, quae omnium maxime ab arte nostra abhorret, contra officium iusti interpretis probemus.

§. XVII.

Io. RICHARDO
responderetur.

Sed quid faciemus de RICHARDO, qui ex *anno utili*, quem praetor per L. 1. §. 12. D. *de succ. ed.* & L. 2. pr. D. *quis ord. in bon. poss. seru. liberis ac parentibus ad bonorum possessionem petendam liberaliter concesserat*, uti supra obseruatum est, collegit, liberis post triginta annos, quorum lapsu finitur hereditatis petitio, adhuc annum concedi posse, intra quem bonorum possessionem illis petere liceret. Huic vero *Joannes Jacobus WISENBACHIVS in exercit. XIV. ad lib. XXXVIII. D. §. 19.* abunde satisfecit. Enimvero praetor tempus petendae bonorum possessionis, propter summam ipsius breuitatem, quae iniqua esse videbatur, *ignorantibus* currere noluit, ideoque tempus *utile* concessit. Sed nunquam praetori in mentem venit, heredes scriptos illo iure post triginta annos, quibus hereditatis petitio excluditur, uti posse. Neque enim praetoris beneficium diutius quam ciuile remedium durabit. Plura in eandem sententiam BACHOVIVS *ad Treutl. vol. II. disp. XV. th. 1. lit. f.* disputauit.

§. XVIII.

Iure ciuile
hereditati
paternae
XXX. annis
praescribitur.

Rectius igitur in *ciuili* petitione hereditatis, etiam *auitae & paternae*, non praetorem, sed *ciuilis remedii naturam* sequimur. Sed nemini obscurum est, actionem ciuilem; qua hereditas petitur, mixtam esse, l. 7. C. *de petit. hered.* ideoque *praescriptione* quidem *longi temporis* non submoueri sed exemplo omnium mixtarum actionum, quod l. 3. C. *de praescr. 30. l. 40. ann.* definitur, post triginta demum annos expirare. Enimvero *iuris regulam* in omnibus, quae non *excepta* sunt, generaliter sequimur: ut non appareat, quid nos mouere possit, ut liberis petitionem hereditatis paternae, & auitae per tempus longius, inuita lege, producamus. Luculenter de illo argumento scabini Halenses a regimine Mannsfeldensi aliquando consulti in causa C. F. I. qui bona auita vindicaturus, hereditatis petitionem elapsis triginta nouem annis contra A. L. heredes instituerat, m. Mart. 1735. in hanc fere sententiam responderunt:

Daß die angebrachte Klage nicht statt habe, quanquam actor *nonagenariam* suae actionis praescriptionem, inuocata WESENBECCII, CARPLOWII aliorumque auctoritate studiose defendisset.

Cuius ab illis responsi hae rationes adductae sunt:

Obwohl Kläger die opponirte exceptionem praescriptionis, dem Ansehen nach, sattsam abgelehnet, immassen nicht zu läugnen, wie einige Rechtslehrer in den Gedanken, quod liberi 90. demum annis a petitione hereditatis paternae & auitae excludantur,

WERNH. Sel. obsf. P. III. obsf. LXIX. ibique alleg.
und hierbey zum Grunde setzen, quod nempe liberi ex triptici capite: vnde liberi, vnde legitimi, & vnde cognati succedere, adeoque triplicato illo tempore ad hereditatem venire possint,

BERG. oec. iur. L. II. T. IV. th. 54. n. II.

STRYCK annot. ad Lauterb. tit. de her. pet. in fin.

BRVNEM. ad l. 8. C. de iur. delib.

Solchemnach es sich veranlassen will, daß diesen Einwendens ohngeachtet wider Befl. auf die Einlassung zu erkennen gewesen.

D. N. U. D. hauptsächlich die in denen gemeinen Rechten beziehle 90. Jährige præscription nirgends begründet, wie solches mit vielen Gründen behauptet

BERG. l. c. & in resol. Lauterb. tit. de succ. edicto, it. Rec. 299.

NIC. resol. pract. II.

LYNCK. resol. 252. & 399.

STRYCK. vl. mod. ff. de acquir. l. omit. hered. §. 3.

Auch, wenn schon besonders DD. Saxonici sich auf eine beständig hergebrachte Observanz beruffen,

PHILIPPI obsf. pract. inst. l. 3. eclog. 34.

CARPZ. P. III. const. XIV. def. 30.

Dennoch selbige allhier nicht zu appliciren, vielmehr so viel das Herzogthum Magdebl. und die dessen Rechten unterworfenne Lande angehet, schwerlich eine dergleichen Gewohnheit rechtlicher Art nach zu erhärten, wie denn auch Kläger dergleichen zu allegiren nicht geschickt gewesen, im Gegentheil denen gemeinen und Landes-Gesetzen gemäß, quod liberi petendo hereditatem paternam triptici actionis genere, nimirum vnde liberi, vnde legitimi, vnde cognati sich zu erfreuen haben, allein dergestalt und also, daß sie eine unter diesen actionen binnen 30. Jahren erwählen, gestaltsam

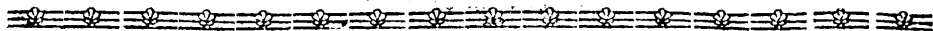
Magdebl. Pol. Ordn. CLII. §. 1.

ausdrücklich decidiret, daß in allen actionibus realibus, personalibus & mixtis nach 30. Jahren keine action mehr statt finden solle, und, daß solche allhier längst verstrichen, ausser Streit ist: So haben wir hiernach gesprochen.

§. XVIII.

Sed de Saxonibus CARPZOVIVS p. III. const. XIV. def. 30. §. 9. te-Iure Saxon. statur, illos liberis ac parentibus nonaginta annorum spatium concedere, XXXI. annis quia ius civile sequantur in illa parte, in qua nihil speciatim iure Saxonico & termino fit constitutum. Sed supra comprobatur, ne ius civile quidem favere non-nitetur petitiio nagenariae præscriptioni, adeoque temere asseritur, eodem nos iure uti in hereditatis Saxonica, propter iuris civilis apud nos auctoritatem. Rectius ius patrum avitæ & L. I. Land N. art. 29. expressum sequimur, quod omnibus rebus triginta paternæ.

annis anno S. die praefcribi iubet. Eodem enim spatio *res etiam incorporeales* perimuntur. Ut dubitari non possit *hereditatem etiam auitam & paternam* liberis eripi, qui per *tempus longissimum iuris Saxonici* illam vindicare omiserunt cum nec *ciuiles*, nec *Saxonum*, leges liberorum negligentiae faueant, sed vtræque abhorreant a litium æternitate.



XXXVIII.

DISSERTATIO.

VTRVM LIBERI
 ACTIONE QVASI CALVISIANA
 VENDITIONES PARENTVM
 INOFFICIOSAS REVOCARE POSSINT.

AD LEG. VLT. D. DE REBUS IN FRAVD. PATRON.

VITEMBERGAE, AD D. XXI. MART. A. Q. S. P. E. MDCCXXXIX.

§. I.

Felix aliquando orbiteras. Dissidium parentum usque liberorum. Remedia, quibus parentum nequicia rescinduntur, odiosa.

Dum liberos subinde aut cum *viuis parentibus* litem exercere, illosque in ius vocare, aut *mortuorum* certe iudicia & voluntatem impugnare video, solet me conditionis humanae miseratio subire. Enim vero, dum remedia malorum quærimus, & quæ ad vitam commodius beatusque tolerandam pertinere possint, comparamus, plerumque incidimus in laqueos, & quaedam retia, in quæ delapsi demum intelligimus, nos facilius carituros fuisse fructu certissimæ iucunditatis, quam nubem malorum & vim tempestatis perferre, quæ sæpius voluptates maximas perturbat. Semper quidem parentem *urbis æternæ, Romulum*, probavi, qui raptas per ludicrum Sabinas, inter alias preces, effeaces ad muliebrem ingenium, spe & societate *liberorum, quibus nihil humano generi carius, esse possit*, demulcebat. a)

Si quidam ante ora parentis

Luderet Ascanius,

si viuam sui imaginem pater foueret in sinu, & prolem suam ingenium paternum factis etiam puerilibus exprimere, spem futuri temporis e longinquo ostendit.

a) LIV. I. c. 9.

ostendere, denique, quod Aeneas apud VIRGILIVM ^{b)} ait, non solum fortunam sed etiam virtutem verumque laborem a parente discere, videret. PAPINIANVS enim in sententia me confirmauit, qui *naturalem* liberorum *caritatem*, & *commune votum* omnium parentum esse, ait, vt liberis omnia rectissime eueniant, & vt potius liberis, quam sibi, consulatur l. 7. §. 1. D. *si tabul. testam. null.* l. 25. §. 1. D. *si quis omiff. causs. test.* l. 15. pr. D. *de inoff. test.* Sed postea intellexi, hanc etiam voluptatem non omnino certam esse generi humano. Audiui enim, multis illud, quod *Epaminondas* Pelopidae, orbitatem sibi exprobranti, responderat, obiici: vide ne tu peius consulas patriæ, qui *talem* ex te genitum relicturus sis. ^{c)} Vidi non paucos mortem liberorum, animo æquissimo tulisse, & quod Rhacoces, cum filium capitis accusaret, apud AELIANVM, ^{d)} Artaxerxi, dixerat, quasdam lactucas & arbores lætius succreuisse, posteaquam hortulani prouidentia τὰς ἐμπύσεις τὰς πικρὰς, *furculos amaros*, sobolem improbam & pestilentem, amputasset. Miratus sum in prima propemodum ætate illius etiam reipublicae, qua nulla fere, post hominum memoriam, sanctior aut bonis exemplis ditior fuit, *verberatos* a liberis parentes, fidem diuorum inuocasse, ne iniuriam inultam finant, deque illa caussa extare legem SERVII TVLLII, vt, *si puer verberauerit parentem*, & pater fidem parentum suorum implorauerit, puer diuis parentum sacer esset, & impune a quolibet occideretur. ^{e)} Vidi denique multis consilium quærendorum liberorum pessime cessisse, qui felicius vixerunt orbi atque delituti, quam, cum globo æmulantium iuuenum ex se genitorum cingerentur. Igitur nolui, quod ÆSOPVS ^{f)} prohibet, cupidius affectare, quod aliis datum est, ne spes delusa ad querelam recidat, aut certe malui paulisper differre spem liberis suscipiendi, ex qua multos messem tot malorum metere intelligebam.

Nimirum nulla spes magis lubrica & incerta est illa, quam de liberis concipiunt parentes. A nemine facilius, quam a liberis, iniuria pro gratia redditur. Primo enim corrumpuntur parentum indulgentia, quos sciunt, liberorum caussa, quiduis & facere & pati. Quibus blandimentis adfuerit, si quid durius accidat, parentum iniuriam accusant. Parentem, inprimis si ad secundas nuptias accesserit, nouercaibus delinimentis & instigationibus corruptum, ipsius naturæ, & sanguinis sui, quod GAIVS ait, l. 4. D. *de inoff. testam.* obliuisci, criminantur. Plerumque iniuriæ, quam beneficiorum, memoria altius animo infigitur. Nemo magis, quam parentes, ad se pertinere putet, quod PLINIUS ^{g)} & DIO CASSIVS ^{h)} monue-

runt:

b) VIRG. XII. æn. v. 435 sqq.

c) NEP. in Epaminond. c. 10.

d) AELI-

AN. var. histor. l. I. c. 34.

e) FESTVS v. *plorare*. RERVARDVS ad L. XII.

tabb. c. 3. p. 18

f) PHÆDR. l. III. fab. 18.

g) PLIN. III. ep. 4.

h) DIO CASSIVS l. 37. p. 62. & l. 38. p. 73. edit. Steph.

runt: „ita comparatum esse, vt priora beneficia subuertat, nisi illa posterio-
ribus cumules: nam quamlibet sæpe obligati, si quid vnum neges, hoc
solum meminerunt, quod negatum est, aut quod Philo præcipit, apud
P L A V T V M. 1)

Benefacta benefactis aliis protegito, ne perpluant:

quod cum fieri ex voto solutiorum adolescentium non possit, actum est fe-
re de gratia, quam quis ex liberis sperare possit.

Mirifice animo commoueor, cum illud, fere quotidie in iudiciis acci-
dere video; vt spes parentum deludatur. Sed, inter reliquas acerbitates,
illud acerbissimum videtur, quod non solum, quæ parentes viui de demen-
so comparserunt suo, illi per lasciuiam profundunt, sed ne æquo quidem
animo patiuntur, *parentes viuos* bonis suis perfrui, & digne collocare, quæ
sudoribus suis & labore quæsiuerunt. Hæc plerumque parentibus pro tot
vigiliis & curis, quas liberorum causa susceperunt, gratia redditur, vt hi
quidem seruitutis legem indicant parentibus; & libere illos de rebus suis
statuere omnino nolint; quasi, quod ab illis partum est, ad liberos dunta-
taxat pertineret. Hoc P A V L L V S ipsis persuasit, qui, l. II. D. *de liber.*
Et posthum. viuo etiam patre, filios quodammodo *dominos rerum paterna-*
rum dici, ait, qui, mortuo parente, non tam hereditatem, quam liberam
potius administrationem bonorum, quorum iam antea *domini* fuerint, con-
secuti esse videantur.

Enimvero non permittendum est liberis, vt ficto illo *dominio* rerum
paternarum, quod ipsis ad euitandos in aditione hereditatis circuitus tribui-
tur, tam proterue abutantur. Recte V L P I A N V S l. I. §. 16. D. *de ventr.*
in possess. mittend. obseruauit, *partum* non tantum parenti, cuius esse di-
citur, sed *reipublicæ* inprimis nasci. Igitur, si liberi non prorsus sunt pa-
rentum, nae, illi cogitare debent, etiam illa, quæ parentum sunt, non
prorsus ad se pertinere, neque patrem prohiberi posse, ne rebus suis, e
commodo reipublicæ & aliorum, vtcunque visum est, vtatur. Quo animo
esse credimus parentem, cui hæc merces paternæ prouidentia redditur, vt,
postquam educauit partum, sumtibus, labori, non pepercit, filium animo &
corpore instructum reipublicæ exhibuit, illum iam non tam auxiliatorem &
socium, quod sperauit, sed dominum & suarum rerum moderatorem ha-
beat, quo inuito, bona suo labore parta, attingere, liberalitates exercere,
amicis præstare beneficia vix possit? Hoc est anguem educare in sinu, donec
adoleseat, vt morsu eius pereamus. Quæ cui eueniunt, illum poenitere
possit vxoris liberorum quaerendorum causa ductæ. Satis, si naturæ vocem
audias, tributum est liberis, quibus, donec seipfos exhibere possint, nihil
deesse patimur, quod ad rem feliciter administrandam pertinere possit. Hoc

enim,

enim, ut a parentibus fiat, ipsa reipublicæ communis necessitas. cui liberos & spem posteritatis debemus, & natura, quæ utrumque parentem ad formandos atendosque foetus amore tenerrimo optime instruxit, exigere videtur. Reliqua cura ad rempublicam pertinet, cui partus a parente educatur. Nunquam hoc animo generantur alunturque liberi a parentibus, ut se ipsos spoliarent fortunis suis, & bona, quæ ad ipsos solos pertinent, liberorum arbitrio permittant. Igitur, si suæ quisque rei, quod CONSTANTINVS ait l. 21. *C. mandati*, moderator est, & arbiter, dominium, & facultas alienandi non potest parentibus iniuste eripi, & cum liberis communicari. Quidam igitur de *portione liberis debita* iure Romano constitutum est, non videtur a natura, sed a iure civile profectum esse: ut non inepte illa portio legitima, id est iure civili & introducta & definita, dici possit. Hac enim significatione tutela legitima & hereditas etiam legitima, dicitur, quæ ex iure civili, & XII. tabb. legibus imprimis in rempublicam inuecta est.

Ex quibus rebus apparet, si rationem naturalem audias, odiosa esse remedia, quæ liberis ad impugnanda parentum iudicia, & alienationes ipsorum reuocandas, propter portionis legitimæ debitum, subinde accommodari solent. Enimuero, quamuis nostra fere non intersit, quid de bonis nostris post mortem nostram, cum sensu rerum humanarum fere carebimus, statuatur: tamen acerbum est viuis parentibus, si præuideant, benefaciendæ potestatem sibi per liberos ademtam, illos, qui beneficia ab ipsis accipiunt, non satis securos esse: fidem suæ liberalitati ab amicis haberi tuto non posse: Omnia liberis, sepe improbis, & pœnitentibus, deglutienda datum iri; denique, postquam liberos progenuerunt, nihil fere sibi relictum esse, quam ut bona liberis corradant, quæ ab illis deinceps cum risu auferantur.

§. II.

In hac, quam disputauimus, sententia, haud ita pridem præses mirifice confirmatus est, cum de specie eiusmodi consuleretur:

Occasio instituti. Species venditionis inofficiosa.

IAVOLENS CARFANIAM stupro cognouerat, ex quo PROCULVS nascebatur. Carfania, IAVOLENO in ius vocato, a iudice ecclesiastico impetrauerat, ut cum illa nuptias contrahere IAVOLENS cogeretur. Qua re Proculus, propter subsequens matrimonium, ius legitimæ sobolis nanciscebatur. IAVOLENS, pud re stupri, quod admiserat, Proculum auersatus, magis omnino reliquis liberis, quorum quinque ex legitimo matrimonio susceperat, fauebat. Igitur mortuo interim Proculo, filio legitimo, qui Tulliam neprem reliquerat, pater decrepitus fundum CAIO, filio legitimo, bonis conditionibus vendebat: pretii partem non exiguam exclusa Tullia, nepte ex Proculo, filio legitimo, quinque liberis legitimis assignabat: imprimis a CAIO emtore, ut filias venditoris ex illo pretio liberallyter dotaret, sibi vero victum, & alia nonnulla, quæ ad vitæ commodita-

rem pertinent, præstaret, stipulatus erat: ita totum patrimonium exhaurerat. Tullia neptis, post annum ætatis suæ vigesimum primum, adhuc per quinquennium quieuerat, & nihil molita erat propter fundum ab auctore venditum, & pretium inter reliquos liberos diuisum. Iam vero extortam sibi spem hereditatis auitæ indignius ferebat: ideoque opem & auxilium *aduocati*, scitissimi & eleganter eruditi, inuocabat. Hic quidem omnes aui liberos, qui de pretio illo, Tullia exclusa, participauerant, & dispersi locis diuersis habitabant, ad ratam partem *legitimæ portionis*, Tullia restituentam conuenire, prudenter dubitauerat. Intellexerat enim, partem pretii, viuo patre accepti, liberis legitimis non alio obtentu, quam *donationis inofficiosa*, extorqueri posse: sed huius remedii tempus fere elapsum erat, & res præterea multis incommodis non carere videbatur. Igitur, quid faceret Tullia patronus? Emor fundi auiti occurrebat, a quo, quod petebat, impetrari posse arbitrabatur, cum & soluendo esset, & fundum auitum possideret. Igitur ipsam *venditionem*, quasi fundus *in fraudem legitimæ alienatus videretur*, impugnabat: *Diemeil mein Groß-Water durch diesen Verkauf mich um mein Pflicht-Theil recht vorsehlich bringen wollen, mithin ius, rem alienatam in tantum reuocandi, in quantum legitimam lædit, mir zu statten kommt, Als bitte zu erkennen und auszusprechen: daß der zwischen Beklagtem und der Klägerin Groß-Water getroffene Kauff, in soweit er die legitimam lædirt, zu cassiren, und Beklagter den 6ten Theil von der Helffte des erkaufften Guths, mit allen accessionibus und fructibus, auch dem Interesse, Klägern heranzugeben und abzutreten schuldig.*

Aduocatus rei, non minori facundia & ingenio, negabat Tullia *ius agendi* competere: sed reum titulo singulari, eoque oneroso, rem adquisiuisse, actricem non per venditionem, sed per assignationem pretii, quod titulo lucratiuo ad reliquos liberos peruenerat, læsam esse. Igitur *donationem, tanquam inofficiosam*, ab omnibus heredibus reuocandam esse, huius vero remedii tempus expirasse, non dari actionem aduersus *emorem rei in fraudem legitimæ alienatæ*, erudite & solide excipiebat. Sed replicabat actor: dari actionem: illamque *quasi Caluissianam* dici, quam PAVLLVS l. 13. D. *si quid in fraudem patron.* etiam *arrogato* filio, propter fundum, in fraudem quaræ Diui Pi, alienatum accommodauerit: non esse locum dubitationi, quin idem remedium etiam *liberis legitimis*, & per subsequens matrimonium *legitimatis*, si quid in fraudem legitimæ alienatum fuerit, concedi possit. Hanc actionem *perpetuam & in rem scriptam* esse, ideoque possessorem recte conueniri: in primis fidem E A C H I N Æ I ^{k)} inuocabat, qui & ipse liberis, propter inofficiosam alienationem, ad exemplum arrogati, & patroni, quasi Caluissianam dari præcepisset.

Dici

k) FACHINÆVS controuerf. iur. VI. c. 85. p. 507.

Dici non potest, quanta vtrunque elegantia & eruditione ab vtriusque partis patronis fuerit de illo argumento disputatum. Mouebat inprimis ingenium actoris, qui, raro exemplo, in tanta sterilitate fori & bonarum mentium, circumspecte & scienter, deprompto ex visceribus artis nostræ remedio, quod centum alii ignorant, causam clientis desperatam sanare laborauerat. Dignissimus fuisset victoria, propter exemplum, vt intelligerent alii, quantum intersit, præcepta artis nostræ non primis labiis duntaxat degustasse, & cum res in angustias adducitur, non semper sufficere remedia, quæ sunt in triuio, sed arte & scientia opus esse, ad rem feliciter gerendam. Igitur parum aberat, quin fauerem partibus actoris. Sed cum rem penitus inspicerem, & diu cunctatus essem, res caruit euentu, & actor causa cecidit, non minori sua laude, qui causam impeditissimam optime egit,

Et, quanquam cecidit, pulchris tamen excedit ausis.

Euimvero *præses* respondit: secundum ea, quæ proponerentur, non locum esse huic actioni: Daß die Klage, angebrachter Maaßen, nicht statt hat, die beyderseits auffgewandten Unkosten aber sind gegen einander zu compensiren und aufzuheben. Et iam quidem *res iudicata est*. Sed operæ pretium videtur, speciem, quæ sæpius occurrit, diligentius tractare.

§. III.

Nimirum ipsa *Caluisiana actionis* directæ natura prohibet, vt illa, ne *Actio Caluisiana* quidem, id est, secundum fines illos, ad quos a prætore *Caluisiana* datur rata est, *liberis*, propter *venditiones* parentum *inofficiosas*, dari possit. Igitur, vt recte de illa causa statuamus, refert, de ipsa *Caluisiana* actione aliquid præfari. Enimvero, lege *Caluisiana* & *Fauiana*, seu *Fabiana*, quo nomine *PAVLLVS* in *rubro tit. 3. L. III. sentent.* 1) illam appellat (solent *dolo malo* enim *ICti* aliquando prætoris etiam edictis *legum* nomen tribuere, l. 1. §. 2. *alienauit. D. unde cognat.*) vtraque, inquam lege, cautum est patrono, vt, quidquid in *fraudem* eius *alienatum* fuerit, a liberto, qui *testatus* decesserit, *Fabiana*, qui *intestatus*, *Caluisiana formula*, vt *PAVLLVS* ait *tit. 3. lib. 3. sentent.* aut *Caluisiano iudicio* l. 16. pr. D. *de iure patron.* dicitur, subinde reuocetur. Hoc enim & *VLPIANVS* l. 3. §. 3. D. & *DIOCLETIANVS*, l. 2. C. *si quid in fraud. patron.* docent.

Sed primo quidem *patron dolum* desiderat, quo spes patroni sit interuersa a liberto. Ait enim prætor: si quid *dolo malo* liberti, factum esse dicetur. l. 1. pr. D. *si quid in fraud. patr.* Neque vero, quamuis in feruili ingenio, facile credimus, *dolo malo* aliquid gestum esse, nisi, quod *SCÆVOLA* præcipit, l. 6. D. *de probat. manifeste* doceatur, in fraudem patro-

ni aliquid datum esse a liberto. Sed hæc prima est difficultas, ut dubitem, liberis *Caluisianam* dari, ad venditionem partis reuocandam; cum omnia alia potius, quam *dolum*, suspicemur de *parente*. Vnum duntaxat *VLP IANVS l. i. §. i. D. si quid in fraud. patr.* excipit, ut, si *mortis causa* aliquid alienatum fuerit, non exigamus, ut probetur, *dolo malo* illud gestum esse; cum sufficiat, quod *mortis causa* sit donatum. Ceteroquin *dolum* desideramus in liberto. Ex hoc fonte deducitur, quod auctore *PAV LLO l. 5. §. i. D. eod. iuramento in litem* locum demus, si res, in fraudem patroni alienata, non restituatur; maxime, si & possessor *dolo malo* rem occulter. Generaliter enim, cum *dolus* & *contumacia* non restituentis punitur, quod idem *PAVLLVS* docet, *l. 2. §. i. D. de in lit. iurand. actor in litem* iurat.

§. IV.

Quid in fraudem patroni alienata de illa actione exponemus. Prætor enim negat patrono eiusque liberis *Caluisianam actionem*, nisi in fraudem patroni aliquid gestum fuisse, doceatur. Igitur, si in fraudem legis res suas alienauerit libertus, non dabitur locus *Caluisianæ* actioni: cum ipso iure *nulla* sint, quæ in fraudem legis sunt administrata. Ita enim *VLP IANVS* atque *VLP IANVS* distinguunt *l. 16. pr. D. de iure patronat.* Quandoquidem enim lex patrono successionem negat, nisi, quantum ad bona & possessiones attinet, maior *centenario* fuerit libertus; *Caluisiana* locum non habebit, si *dolo malo* libertus aliquid alienauerit, ut *centenario minor* esset. Quicquid enim hoc consilio in alios fuerit translatum, perinde habebitur, ac si in bonis liberti esset: ut alienatio ipso iure *nulla* videatur. Hoc & *VLP IANVS* obseruauit, *l. 3. §. 20. D. de bonis libert.* Ex quibus locis apparet, non nisi in subsidium, & cum aliud remedium non suppetit, admitti *Caluisianam* actionem. Enimvero, si res plures alienauerit, & priori alienatione id egerit libertus, ut *centenario minor* fieret, res vero reliquas postea dissipauerit, cum ipsi non amplius centum suppetent; in posterioribus tantum *Caluisiana* locum habet, cum prior alienatio ipso iure *nulla* videatur *l. 16. §. 2. D. de iure patron.* Imo semper, si alia actio sit in promptu, prætor denegat *Caluisianam*. Ideoque etiam, si libertus pro alio debitore fideiussit, cum debitor etiam *mandati* teneatur, non locus est *Caluisianæ*, nisi, cum deficiet actio *mandati* *l. i. §. 19. D. si quid in fr. patr.*

Nolo verbosus esse in re manifesta; sed velim tamen, hoc non negligi ab interpretibus ut intelligatur, liberos, si alio remedio legitima ipsis salua esse potest, non posse quasi *Caluisiana* actione parentum venditiones impugnare.

§. V.

§. V.

Itaque, si alia omnia defuerint, *reuocabitur Caluisiana actione*, quid *Inprimis do-*
 quid in fraudem patroni *alienatum* fuit a liberto. Sed noli existimare, *fa-*
 cultatem alienandi & vendendi ademptam penitus libertis, *VLPIANVS* ^{libertorum}
 enim non patitur libertum circumscribi, ne rebus suis libere vtatur, & si *in fraudem*
 visum fuerit, illa etiam consumat, quæ suis sudoribus & labore adquisiuit. *Etæ reuocan-*
 l. i. §. 12. D. *si quid in fraud. patr.* Sed praetor duntaxat vetuit, ne in *ex-tur.* Mera
traneos liberalis sit libertus hoc consilio, *ut portio patroni minuat.* ^{liberalitas}
liberti coer-

Igitur *PAVLLVS* & *IAVOLENVS* *Fabianam & Caluisianam* actionem ^{liberalitas}
 tunc demum admittunt, si quid *donatum* fuit a liberto l. 5. pr. l. 11. & l. 12. D.
si quid in fraud. patr. Quod & *VLPIANO* placet l. i. §. 11. D. *cod.* Generaliter
 enim receptum est, vt, qui hereditatis partem quibusdam personis *necessario*
 relinquere debebat, donationibus immodicis exhaurire patrimonium non pos-
 sit. Quare & *MARCIANO*, itemque *PAPINIANO*, placuit, post *capitale*
crimen contractum donationes factas non valere, cum fisco hereditas debe-
 ri videatur, l. 15. D. *de donat.* l. 31. §. 4. D. *eod.* nisi quod *VLPIANVS*
 donationes modicas, quas reus sine suspitione poenæ in aliquem contulerit,
 ferri posse arbitretur l. 7. D. *de donat. m. c.* Ex quibus rebus apparet,
meram duntaxat *liberalitatem* reuocari posse, si fraus facta fuerit patrono.
 Neque tamen omnem prorsus copiam benefaciendi libertis ademerunt magi-
 stri artis nostrae. *IULIANVS* enim *liberto viuo* permisit *donare beneme-*
rentibus amicis, citra metum *Caluisianæ* actionis. l. 9. D. *si quid in fr. patr.*
 vt *remuneratoria* donatio, quæ non est mera liberalitas, non videatur re-
 uocari potuisse. Imo vero *VLPIANVS* l. i. §. 2. & *IO.* D. *eod.* nec *pieta-*
tem liberti in *liberos* reprehendendam esse credidit, quamuis portio patro-
 ni per illam minuat: si enim *filiam dotauit*, fraudasse patronum non
 videtur l. i. §. 10. neque, si quid filio donatum fuerit, reuocare potest,
 d. l. i. §. 2. *eod.* cum recte beneficium collocauisse videatur. Quod monen-
 dum fuit, vt intelligatur, quid obster liberis, qui venditionem fundi, cum fi-
 lio natu maiori, pietatis causa, a parente contractam, quasi *Caluisiana*
 actione reuocari posse arbitrentur.

§. VI.

Satis, credo, comprobatum est, liberalitatem duntaxat *meram* & *su-*
 peruacua *liberti Caluisiana actione*, propter *dolum*, reuocari. Superest, vt *in fraudem*
 de reliquis *alienationibus*, & inprimis de *venditione*, videamus. Atvero ^{in fraudem}
 aperte quidem *PAVLLVS* l. 35. pr. D. *de iure fisci*, non solum per *donatio-*
nem, sed *quocunque modo* res in fraudem *alienatas*, reuocari, docet. Imo ^{patroni fa-}
 speciatim de *Caluisiana* *VLPIANVS*, l. 44. ad *edict.* *omne, quodcunque* ^{etæ propter}
in fraudem patroni gestum est, reuocari, ait: itemque iuris esse, in *per-*
^{liberalita-}
^{tem interue-}
^{nientem re-}
^{uocantur.}
mu-

mutatione; & in *locationibus* similiter idem obseruari, l. 1. §. 3. & 13. D. *si quid in fraud. patr.* vt parum absit, quin etiam, quæ ex contractu *oneroso* in alios translata sint, in fraudem patroni alienata esse videantur.

Sed ausim affirmare, *VLP IANVM* duntaxat tractare de negotiis, cum quibus coniuncta est species aliqua donationis. Idem enim ille *VLP IANVS* alio loco, creditorem, apud quem libertus pro alio, qui non soluendo est interuenit, non teneri, ait: *Fabiana* aut *Caluisiana* actione, cum non donauerit creditori, qui fideiussit pro debitore creditoris; sed ipsum debitorem, pro quo fidem interposuerit libertus, recte a patrono conueniri, si donationis causa libertus interuenit. l. 1. §. 19. D. *si quid in fraud. patron.* Vt dubitari vix possit, prætorem & interpretes exigere donationem, vt *Caluisianæ* locum dare possint.

Igitur reuocabimus *venditiones* tantum illas, in quibus *donatio* quaedam interuenit: cuiusmodi species *ARISTO* & *POMPONIUS* l. 18. pr. D. *de donat. mixta cum donatione negotia* appellant. Constat enim, quamuis *mixtum* sit negotium, tamen quatenus *donatio* est, non contrahi obligationem ab accipiente: sed liberalitatis iure, quod gestum est, censerit. d. l. 18. pr. *de donat.*

Huc pertinent illæ visiones, de quibus *VLP IANVS* l. 36. & 38. D. *de contrah. emt.* tractauit. Cum enim in *venditione* quis pretium rei ponit, *donationis causa*, non exacturus, non videtur vendere, sed donare voluisse. d. l. 36. Idem in *societatibus* receptum, quæ, teste eodem *VLP IANO* donationis causa non recte contrahuntur, l. 5. §. 2. D. *pro socio*, quamuis vt *donatio*, valeat, quod gestum est; si modo contrahentibus voluntas alienandi, & *donandi* fuisse videatur: extra hunc casum enim, quod *PAVLLVS* docet l. 55. D. *de contrah. emt.* nuda & *imaginaria* *venditio* pro non facta est, vt nec eius rei *alienatio* facta esse intelligatur.

Igitur si *donationis* causa, pretio per *imaginem* constituto bona venderit libertus, non dubito, *Caluisiana* patronum, experiri potuisse: cum totum negotium *donatio* fuisse videatur: ad quam impugnandam *Caluisiana* actio inprimis comparata fuit a prætore.

Sed, si *donationis* causa non quidem sine pretio, sed tamen *vilius* vendiderit libertus, vtrum reuocari possit videamus. Mouer enim, quod luculenter *VLP IANVS*, si quis, *donationis causa*, minoris vendat, ait, *venditionem* nihilominus valere; quamuis res viliori pretio, *donationis causa*, distrahatur, l. 38. D. *de contrah. emt.* Neque *imaginaria venditio* est, quod idem ille ait alio loco, si pretium, quamuis minus iustio, perueniat ad venditorem, l. 16. D. *de reg. iur.* Quare possit videri esse non *donatio*, sed *venditio*, quamuis venditor, *donationis causa*, partem pretii remittat; cum

negotium, ex eo, quod principaliter actum est, plerumque æstimeretur, & illa, quæ accedunt, obligationem omnino non peruertant.

Sed VLPPIANVS tamen vnam speciem excipit, in qua venditio viliori pretio contracta, perdat naturam emtionis, & infirmari posse videatur: vt puta, si inter illas personas contractum sit eiusmodi negotium, *inter quas ne quidem donatio subsistit*. Ait enim, hoc ita inter ceteros obseruari: vt nihilominus sit venditio, quamuis pretium, liberalitatis causa, vilius sit constitutum; sed *inter virum & uxorem, donationis causa* venditionem factam, *viliori pretio*, nullius momenti esse. l. 38. in fine, D. de contr. emt.

Igitur non potest esse obscurum, quod fere, vbi donatio irrita est, etiam venditio, donationis causa, pretio viliori facta, iuste infirmetur. Hoc enim habet rationem, cum illis, qui commento venditionis vsi, sunt, non debeat prodesse consilium fraudationis. Quæ cum ita sint, recte VLPPIANVS l. i. §. 16. D. *Si quid in fraud. patr.* enim *Caluisianæ* locum dedit, *si res per fraudem vilius* distracta sit: vt emtor teneatur, in quantum per partem veri pretii remissam, portio patroni fuit deminuta. Mixtum enim cum *donatione* negotium videtur, si res per fraudem viliori pretio vendatur. Sed irrita est donatio in fraudem patroni facta a liberto.

Occurrit fere similis obseruatio in *fraudatorio edicto*, ex quo *Paulliana* actio descendit, de quo IOSEPH. NERIVS ^{m)} aliquid non ineleganter obseruauit. Abiisse enim PROCVLVS & PAVLLVS l. 7. D. *quæ in fraud. credit.* si debitor in fraudem creditorum *minore pretio* fundum vendiderit, illum reuocari posse, aiunt: vt ne pretium quidem emtori, fraudis conscio, restituatur. Sed VLPPIANVS quidem emtorem rei, in fraudem *patroni* alienatæ mitius tractauit: ratione luculenta, quia non, vt in *Paulliana*, de dolo emtoris, qui, in *Caluisiana*, quamuis ignarus emerit, tenetur, sed de dolo liberti disputatur l. i. §. 12. D. *si quid in fraud. patr.* Igitur id tantum agitur, vt ne patrono fraudi sit venditio, sed vt potius *lucrum extorqueatur emtori*, quam vt patrono aliquid de portione ipsi debita deminuat.

Lucrum itaque, ab emtore, quatenus per illud portio patroni læsa fuit, restituitur, si rem viliori pretio redemit. Videtur autem *viliori pretio* emisse, si res *non iusto pretio*, sed *per gratiam* ipsi vilius vendita fuerit a liberto. Ita enim VLPPIANVS rem definit, l. i. §. 14. & 15. D. *si quid in fraud. patr.* Igitur si pretium iustum dederit, quamuis patronus in illam rem habeat *affectionem*, vel opportunitatis, vel vicinitatis, vel cæli, vel quod illic educatus sit, aut parentes eius sepulti, nullo pacto audiendus est patronus; cum fraudem *in damno pecuniario* non passus sit patronus, & hoc sufficiat ad exclu-

^{m)} IOSEPH NERIVS analect. L. I. c. 8. in thes. Otton. T. II. p. 338.

dendam *Caluisianam* actionem. l. 1. §. 15. D. *eod.* Qua re apparet, *veritatem*, non *affectionem*, æstimari in pretio rei venditæ definiendo.

Neque tamen hic subsistit æquitas prætoris. Vult enim lucro tantum exui emtorem. Ideoque non simpliciter iubet rem restitui, sed tunc demum, si emtori reddatur pretium, quod numeravit. l. 1. §. 12. & 16. D. *si quid in fraud. credit.* Omnino enim noluit emtorem pretio fraudari, d. l. 1. §. 12. *eod.* Imo vero ne pretium quidem ipsi simpliciter obtruditur, sed datur ipsi electio, utrum *malit* a re discedere *pretio recepto*, an rem *iusto pretio* habere, & supplere quod iusto pretio deesse videatur, l. 1. §. 12. D. *si quid in fraud. patr.* Illud tamen expeditum est, cum re etiam fructus restitui patrono, quod PAVLLVS iubet l. 38. §. 4. D. *de usur.* cum id agat prætor, ut perinde sint omnia. atque si nihil alienarum esset; neque id cuiquam iniquum videri possit, cum verbum, *restituas*: quo in hac re prætor usus est, *plenam significationem* habeat, ut fructus etiam restituantur. d. l. 38. §. 4.

Haud multo secus cum *venditore* agitur a quo libertas in fraudem patroni *carius emerit*. Placuit enim, releuandum in pretio patronum, conditione *non patrono* delata, an velit ab emtione discedere, *sed venditori*, utrum malit de pretio remittere, an potius rem, quam vendidit, recipere, pretio persoluto. Ita VLPIANVS docet l. 1. §. 13. D. *si quid in fraud. patr.*

Nolim tamen, quæ de viliori pretio dicta sunt, eo extendi, ut si *paulum viliori* pretio emerit, quod GRATIANVS & VALENT. aiunt, l. 15. C. aiunt, l. 15. C. *de rescindend. vendit.* id est, si libertus circumscriptus sit in pretio parumper, confestim *Caluisianæ* locum faciamus: negant enim *impp.* ex illa causa discedi a venditione d. l. 15. C. *de rescindend. vendit.* Enimvero VLPIANVS *gratiam* licenti desiderat, & *non iustum* pretium, ut quis *Caluisiana* possit experiri l. 1. §. 14. & 15. D. *si quid in fraud. patr.* Sed cum hodie ex BIOCLETIANI & MAXIM. præcepto l. 2. C. *de rescind. vendit.* illud pretium demum *minus*, seu *vilius & iniustum* videatur, quod nec dimidiam partem *veri pretii* contineat; expeditum est, post illam legem neque *directam*, neque *quasi Caluisianam* contra emtorem dari, nisi cum ne pars quidem dimidia veri pretii fuerit soluta. Ceterum, si *dolus* illius, cum quo libertus contraxit, interuenerit, obtemperandum erit imperatoribus, qui l. 10. C. *de rescind. vendit. dolum qualitate facti*, non *quantitate pretii* omnino æstimari voluerunt.

Hæc disputata sunt, ut iudicari possit, utrum actor in illa specie, quam supra, §pho II. commemorauimus, recte sit expertus aduersus emtorem prædii aucti, ad venditionem omnino rescindendam, non oblata pretio, quod

emtor numerauerat, patri venditori; cum ne dixerit quidem actor, rem, quam emtor possidebat, vilius venditam fuisse.

§. VII.

Emtor igitur tenebitur *Caluisiana*, si viliori pretio, *donationis causam* rem vendiderit libertus; cum illa species *mixtum cum donatione negotium*, quod ARISTO ait l. 18. pr. de donat. continere, & libertus facultatem donandi non prorsus liberam habere, videatur. Sed, si quis iusto pretio, bona fide, emerit, VLPIANVS ait, emtorem securum esse, ne *Caluisiana* conueniri possit. l. 1 §. 14. & 15. D. si quid in fraud. patr.

Datur Caluisiana contra illum ad quem lucrum peruenit. Ille personalis est, & perpetua.

Generaliter enim prætor tantum iubet *lucrum* reuocari, per quod portio patroni minuatur; cum potior esse debeat *patroni* causa, quam *extraneorum*. Quapropter ille tenebitur duntaxat, ad quem aliquid lucratiuo titulo perueniat, ex negotio, quod in fraudem patroni gestum esse videatur. Faciamus igitur, bona fide, iusto pretio, rem a possessore emtam esse, sed libertum illud pretium *aliis donasse*; expeditum est, teneri illum, cui libertus pretium donauit, non emtorem, qui *titulo oneroso*, soluto pretio, rem adquisiuit. Ita POMPONIO placuit l. 1 §. 14. D. si quid in fraud. patr. Finge porro, confestim ab emtore pretium ad extraneos, quibus libertus illud donauerat, & nunquam ad libertum, peruenisse; vt: si emtor *delegatus* fuerit illi, cui libertus pretium donabat. Sed certius est, si VLPIANO credimus, d. l. 1 §. 16. D. eod. non emtorem, sed illum potius teneri, ad quem pecunia peruenit. Quod meretur obseruari, cum idem fere, in illa specie acciderit, de qua supra in §pho II. coepimus tractare. Pater enim iusserat filium, emtorem fundi, pretium emtionis quinque liberis legitimis, exclusa nepte Tullia, *donationis causa*, numerare, & quinque liberis delegauerat emtorem. Qui cum liberis venditoris pretium venditionis exsoluisset; certum est, non emtorem, sed quinque liberos omnino conueniri debuisse.

Nempe is demum pulsabitur *Caluisiana*, ad quem *lucri* aliquid peruenit ex negotio, quod patrono fraudi esse possit. Sed quid faciemus, si ille non soluendo sit, ad quem pecunia peruenit: vtrum in subsidium teneri emtorem, aut quemcunque, qui pecuniam dederit, dicemus? Imo vero negat VLPIANVS, l. 1 §. 17. D. si quid in fraud. patr. cum non habeat *lucrum*, qui pecuniam dedit. Igitur, quamuis ille, qui accepit, pecuniam prodegerit, magis est, illum, qui dedit, non debere perdere pecuniam, quam bona fide numerauit, d. l. 1 §. 17. Ex quo loco apparet, emtorem Caium, qui iussu venditoris, in specie supra proposita, pretium quinque liberis numerauerat, quamuis ceteri soluendo non essent, non potuisse conueniri *Caluisiana* actione.

Ceterum non attinet, *utrum* ille *consciūs fraudis fuerit*, ad quem pecunia peruenit; cum non fraus eius, cui alienatum est, sed dolus liberti, coerceatur; &, cum tantum placuerit prætori, potius possessorem *lucro*, quam patronum portione debita, carere. l. 1. §. 4. D. *si quid in fraud. patron.*

Sed tenebitur tunc demum, si *lucrum* ad ipsum peruenierit, ut locupletior ex illo factus esse videatur. Finge igitur *lucrum* illud plane *non extare*, id est, si nemo ex illo fuerit factus locupletior: ut: si pecuniam libertus abiecisset, ut patrono subtrahatur; constat cessare actionem, quod AFRICANVS monet l. 10. D. *eod.* Idem dicemus si quædam persona, sine suo dolo malo, *interposita* fuerit: ut: si libertus Caio dederit, ut Velleio redderet: nemo dubitat, Caium non teneri, cum *lucrum non acceperit* ex negotio liberti. Ita enim IAVOLENVS respondit, l. 12. C. *si quid in fraud. patr.*

Quæ cum ita sint, possit dubitari, *personalem* an *realem* dicamus *Caluisianam actionem*. Sed VLPIANVS dubitationem diluit, qui hanc actionem *non in rem*, sed in personam, esse; ait: adeoque & heredi competere, & in heredem, ceterosque successores. l. 1. §. 26. D. *si quid in fraud. patr.* Neque enim poterat *realis* appellari, cum *res vere & perfecte alienata* fuerit a liberto, nec dicere possimus, libertum ius donandi & vendendi non habere: quod VLPIANVS docet l. 1. §. 10. D. *eod.* Qua re dubitari non potest, *dominium* rei ex negotio, quamuis in patroni fraudem, contracto, per traditionem, translatum esse a liberto.

Translato igitur dominio, non in *rem* patronus, sed in *personam*, debet experiri. Dicemus vero, *personalem* actionem *ex dolo liberti*, & *æquitate*, ne quis extraneus, cum *fraude patroni*, cui summa gratia debetur, locupletior fieret, oriri. Ex qua re descendit, ut, *non quilibet, cum quo negotium* a liberto, infraudem patroni, contractum est, sed is demum, ad quem *lucrum vere peruenit*, &, qui *lucrum possidet*, conueniatur; quandoquidem mera illa æquitas prætoris, *non vult obligari innocentem*, sed *lucrum* tamen *extraneo* potius *auferrī*, quam deminui patroni portionem.

Apparet igitur, *personalem* esse *Caluisianam* actionem, quæ ex *dolo & æquitate* oritur; quamuis *æquitas* illa postulet, ut ille *lucrum vere perceperit*, aut *possideat*, qui conuenitur. Quapropter miror, incomparabilem magistrum artis nostræ, B. LYNCKERVM, *) paullo remissius tradere: hanc actionem *in quemuis possessorem*, detracta mentione doli, porrectam esse, adeoque *realem qualitatem sapere*, & pro anomala habendam esse. Certius enim est, nihil *realis* qualitatis inesse in *Caluisiana*, sed hanc *mere personalem* esse, quamuis illa *æquitas*, ex qua descendit, exigat, ut nemo

EX

*) LYNCK. analect. ad synt. iur. ciu. Struv. l. 38. tit. 5. p. 317.

ex liberi negotio conueniatur, nisi ad quem lucri aliquid peruenit. Sed seduxerat hoc Tulliam, cuius §pho II. mentionem fecimus, quod *possesorem* arbitrabatur de *inofficiosis alienationibus* teneri.

Ceterum *rei persecutoriam* hanc esse actionem & VLP IANVS docer, l. 3. §. I. D. *si quid in fraud. patr.* & res ipsa loquitur, cum non de dolo possessoris quaeratur in *Caluisiana*, sed *lucrum* duntaxat ipsi, quamuis *innocenti*, hoc remedio extorqueatur.

VLP IANVS etiam *perpetuam* esse ait, d. l. 3. §. I. eod. quod inprimis placuit Tulliae patrono, in illa specie, quam saepius commemorauit: quandoquidem dies remedii, quo *donationes* inofficiosa impugnantur, iam tunc exierat; vt necessario confugiendum esset ad *actionem perpetuam*, qua venditio inofficiosa impugnari posset. Attinet monere, quod, praeter expectationem, *Caluisiana in perpetuum* dari iubeatur: cum tamen *rescindat* negotium, quod iure ciuili subsistebat. Solent enim alias huiusmodi remedia quod constat inter omnes, *anno* terminari.

§. VIII.

Habes naturam Caluisianae actionis. Neque vero cuiquam, qui cogitauerit, quae adhuc disputata sunt, existimem, difficile futurum iudicare *Argumenta* vtrum & legitimis liberis *quasi Caluisiana*, quam PAVLLVS l. 13. D. *si venditur quibus de quid in fraud. patr.* appellauit, id est, *Caluisiana utilis*, concedi possit, ad *quasi Caluisianam* inofficiosas parentum venditiones impugnandas. Sed instruam tamen *actionem li-* que aciem, vt tanto aptius deinde concurramus. Neque enim dissimulo, *beris accom-* non nulla dici posse ad speciem, ab illis, qui *utilem Caluisianam* liberis *modari posse* commendent. *ad inofficio-*

Primo enim, ipsa *partio* patroni, quae olim dimidia fuerat, ex bonis *fas paren-* liberi, qui centenario non minor esset, reducta est ad trientem; vt fere *tum vendi-* *tionum legitimae* portioni aequalis videatur: quod CVIACIVS o) diligenter *tionum vendi-* obseruauit. Imo vero DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS l. I. C. *si in fraud. patr.* ipsam portionem patroni *legitimam partem*, appellarunt: vt parum inter sit inter illam, quae patronis, & quae liberis debetur, & non incommode, ad hanc ab illa duci posse argumentum videatur. *tionum vendi-*

Sed accedit & alius color, qui ex l. I §. 2. D. *de bon. libert. petitur.* Ait enim VLP IANVS, successionem patroni inductam, *ex imagine societatis*, quae inter patronum & libertum contracta esse videatur. Sed inter *parentes* etiam & *liberos*, inprimis *suos*, intercedit quaedam species societatis, quae permouit PAVLLVM, vt l. II. D. *de lib. & posth.* fingeret liberos, etiam *uiuis parentibus*, esse quasi *dominos* rerum paternarum, cum quibus omnia communicata esse videantur. Igitur, quae inuidia est, quo minus idem iuris,

ris quod patronis tribuitur, demus etiã liberis, quos ipsa *natura*, cum parente, *societate dulcissima* coniunxit.

Imo vero, videtur superuacuum, rem disputando impedire, cum aperte PAVLLVS, l. 13. D. *si quid in fraud. patroni*. etiã arrogatis dederit *quasi Caluisianam* actionem, vt quartam ex constitutione Diui Pii, sibi debitam & fraude arrogantis interuersam aut deminutam, a possessore reuocarent. Ita enim PAVLLVS, d. l. 13. „Constitutione Diui Pii cauetur de impube-
re adoptando, vt ex bonis, quae mortis tempore illius, qui adoptauit fuerunt, *pars quarta* ad eum pertineat, qui adoptatus est, nisi causa cognita emancipatus sit. *Si quid itaque in fraudem eius alienatum fuerit, quasi per Caluisianam seu Fabianam actionem reuocandum est.*„ Igitur cum liberis arrogatis *Caluisianam* concedi intelligamus; videtur esse manifestum, illam dari multo magis posse *legitimis & naturalibus* liberis. Ipsi enim arrogati imitantur duntaxat iura legitimæ sobolis; cum, contra *naturalibus* etiã proficit *coniunctio sanguinis* ad hereditatem parentis expectandam.

Denique & Ictorum consensus non mediocriter commendat liberos, vt ad *quasi Caluisianam* actionem admittantur. BARTOLVS enim ad l. 2. D. *si quid a parent. manumiss.* in *Caluisiana* actione liberis patrocinatur. Idem FACHINEVS quem antea laudavi, p) quia *par sit ratio*, nec minori fauore re digna videatur *legitima filiis* debita, quam quae ad arrogatos, & patronos, pertinet, ad *quasi Caluisianam* actionem liberos admittit, atque *clarum* etiã & COVARRV. in eadem fuisse sententia, testatur.

§. IX.

Caluisiana actio, ad coercendum dolum liberti & propter merita patroni introducta est. Illa liberis non datur ad donatio- nes paren- tum infruandas. In- genuis alienandi liberior facultas quam liberis.

Hi fere, quos indicauimus, colores sententiæ illorum illinuntur, qui credunt, etiã liberis subinde *quasi Caluisianam* actionem dari; sed videamus an illi abstergi possint. Mihi quidem ita sedet, *nunquam liberos*, quamuis legitimos, *illa actione experiri posse*. Enimuero prætor, quod supra comprobatur fuit, *multa singularia* admisit in *Caluisiana* actione, ad *dolum* seruilis ingenii in liberto coercendum: quod VLPIANVS obseruauit. l. 1. §. 4. D. *si quid in fraud. patr.* Et habebat illud rationem, quod libertorum *improbati* prætor occurrendum esse iudicaret: quandoquidem in plurimos, qui manumissione ad libertatem peruenerant, conueniebat illud, quod GREX ille aiebat apud PLAVTVM. q)

Hic is homo est, qui libertatem malitia inuenit.

Accedebat *incomparabile meritum patroni*, cuius beneficio libertus libertatem, bonum illud inter res humanas carissimum, pro quo digna referri gratia non posse videbatur, denique seipsum, & sua omnia. debebat: vt esset in- hu-

p) FACHINEVS controu. iur. l. VI. c. 85.

q) PAVL. in epidic. act. V. sc. 2. in fine.

humanum & crudele, patronum a liberto, cuius non intererat, inofficiosa alienatione, prodi, & portione legitima fraudari.

Sed nihil tale occurrit, cum de successione liberorum in bona parentum quam magis ex civili, quam naturali, ratione introductam esse, supra §pho I. indicaui, in foro disputatur. *A parentibus* quidem nihil magis alienum est, quam *doli suspicio*, quam tot suis in liberos beneficiis purgarunt: l. II. §. I. D. *de dolo molo*: ut rectius credamus, illos, *communis voto* omnium parentum, quod supra ex PAPINIANO adduximus, pro salute liberorum vigilare, & negotium, quod liberi aufint impugnare, suæ necessitatis, & rei familiaris causa, aut ex pietatis officio potius, quam *consilio fraudationis*, contraxisse.

Imo vero vix opus est, ut quæramus ambages in re luculenta. Aperte enim GAIUS, l. 2. D. *si a parent. quis manumiss.* non usque adeo parentem patrono exæquandum esse, ait, *vili* etiam *Fabiana* actio aut *Caluisiana* detur: quia iniquum sit, *ingenuis* hominibus *liberam alienationem* suarum rerum non permitti.,

Igitur haud dubie excluduntur liberi a *quasi Caluisiana* actione. Neque vero mouet, quod FACHINEVS r) ait, *eundem esse fauorem legitime*, quæ liberis, quam quæ patronis, debeat. Supra enim §pho primo comprobatum fuit, rem acerbissimam videri, si parentibus, pro tot suis in liberos immortalibus, beneficiis, hæc gratia reddatur, ut ne viuis quidem libere aliis benemerentibus beneficium præstare, aut de rebus suis vicumque res & opportunitas tulerit, statuere seueritate inaudita, permittatur: cum contra ob causas innumerabiles summum sanctissimumque esse debeat officium liberti in patronum.

Sed præter illa, quæ diximus, obstabit liberis, quod, non nisi in subsidium, & cum alia iuris remedia deficiunt, *Caluisiana* admittatur. Illud enim supra, §pho III. ex l. I. §. 19. D. *si quid in fraud. patr.* & l. 16. §. 2. D. *de iure patronat.* est a nobis obseruatum. Sed liberis quidem aliud remedium sapperit, quo *donationes* parentum *inofficiosa* rescindantur; ut non habeant liberi, cur confugiant ad odiosum illud remedium *quasi Caluisianæ actionis*. Enimvero PHILIPPVS donationes, quibus pene vniuersæ parentum facultates profunduntur, l. I. C. *de inoff. donat.* aut, quod VALER & GALLIEN. aiunt, l. 2. C. *eod.* quæ ex impetu *immensæ liberalitatis* proficiscuntur, item DIOCLETIANVS, liberalitatem parentum *immodicam, improbabilis enormitate*, l. 4. §. & 6. C. *eod.* ad exemplum querelæ inoff. testamenti, a liberis subinde renocari patiuntur. Itaque cum *directa actio Caluisiana* ad infirmandas donationes maxime sit comparata; non potest dubitari, illam ad liberos, quibus singulari remedio prospectum est,

r) FACHINEVS controu. VI. c. 85.

est, aduersus donationes parentum inofficiosas, omnino non referri. Ut taceam, reuocationem donationis inofficiosæ, quæ liberis concedi solet, pinguiorem esse *Caluisiana* actione. Enimvero *Caluisiana* actione, quod §pho V. est ostensum, *liberalitas liberti in filios*, aut prouidentia paterna, *qua filiam dotauit*, non reprehenditur, aut reuocatur. Ita enim VLP IANVS l. 1. §. 2. & 10. D. *si quid in fraud. patr.* auctor est. Sed a liberis etiam immodicæ donationes, in alium *filium* collatæ, & dos *filia*, quibus parentum facultates exhaustæ sunt, efficaciter subinde reuocantur. l. 1. 2. 3. 4. 5. 6. C. *de inoffic. donat.* & l. vn C. *de inoffic. dotibus.* Ut vel hac ex causa credam, *Tulliam*, cuius §pho II. mentionem feci, pretium venditionis *inter* quinque *liberos* diuisum, *Caluisiana* actione aduersus filium venditoris instituta, non potuisse reuocare, sed ordinario potius remedio *donationis inofficiosæ*, quod liberis accommodatur, vii debuisse.

Illud non dissimulo, ordinarium illud remedium, ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti, *quinquennio finiri.* Hoc enim CONTANTINVS & IULIANVS l. 9. C. *de inoffic. donat.* praeceperunt. Sed *Caluisianam* quidem perpetuam videri supra ex VLP IANO l. 3. §. I. D. *si quid in fraud. patr.* est probatum. Hoc fere induxerat *Tullia* patronum, ut *Caluisiana* mallet experiri, cum in hoc quidem melior conditio patroni, quam liberorum, esse videatur. Sed noli existimare, actionem *perpetuam*, quæ odio fraudis a liberto fabricatæ, iure singulari, contra iuris rationem, patronis accommodata est, etiam ad liberos trahi, quorum querela potius, propter odium querelæ liberorum, contra parentum negotia, prudenter & circumspecte *quinquennio* est circumscripta.

Dilcedam ab hoc loco, si illud vnum adiecero, quod, quæ de donationibus dicta sunt, eadem de *inofficiosis parentum venditionibus* accipienda sint. Si enim nuda & imaginaria venditio fuerit, cum pretium remittitur *donationis causa* a parente; secundum VLP IANVM atque PAVLVM l. 36. & 55. D. *de contrah. emt.* ut reliquæ liberalitates immodicæ, *querela inofficiosæ donationis*, non *Caluisiana* actione, reuocantur. Modo appareat veram donationem inesse in venditione. Sin tantum *paullo vilius* res vendita fuerit, venditio valebit, & reuocandi libido, iuxta VLP IANVM atque GRAT. l. 38. D. *contrah. emt.* & l. 15. C. *de rescind. vendit.* excludetur, quod supra §. VI. copiose demonstratum. Neque enim parentibus ingenuis facultas alienandi intercepta est, neque donandi, copia penitus adempta. l. 2. D. *si a parent. quis manumiss.* & l. 38. D. *de contrah. emt.* Certe durum esset, cum ne *creditores* quidem, qui de *damno* solliciti sunt, bona debitoris, quæ *in fraudem* ipsorum vendita fuerunt, nisi ab *emto*re fraudis conscio, reuocari possint, l. 6. §. 8. & l. 10. §. 3. D. *quæ in fraud. credit.* contra *liberos*, qui *lucrum* captant ex parentis patrimonio, *emtores innocentes*, quod prætor patrono
pet-

permittit, l. 1. §. 4. D. *si quid in fraud. patron. Caluisiana actione* conuenire posse. Si *minus dimidio* veri pretii pater consecutus fuerit, sed ab emtore circumscriptus, liberi ex persona parentis, remedio legis 2. C. *de rescind. vendit.* sed non *Caluisiana* actione, venditionem impugnabunt: sin consilio fraudandi liberos, immodica donatione, ultra dimidium veri pretii pater remiserit emtori; inofficiosa donationis querela liberis dabitur arg. l. 38. D. *de contrah. emt. in fine.* Tunc enim vt §pho VI. obseruatum est, res *uno nummo*, non pretio, vendita videtur, ideoque negotium *donationis* instar habet, l. 46. D. *locat.* & l. 10. §. 2. D. *de adq. vel amitt. poss.* Cum restricta sit enormis liberalitas parentum.

§. X.

Sed grauiorem nobis difficultatem PAVLLVS l. 13 D. *si quid in fraud. Ab arrogatis* patr. obiicit, qui *arrogato*, postquam sine causae cognitione emancipatus, *liberis ad le-* aut exheredatus fuerit, *quasi Caluisianam* actionem aduersus *parentem arro-* gatorem dedit, si quid in fraudem *quarta* partis alienatum fuerit, quae ex *naturales* constitutione *DIVI PII* arrogato filio debetur, quae *non recte ar-* gumentum *ducitur.*

Imo vero, res salua est, nihil enim muto: quamuis potior omnino liberorum naturalium, propter *sanguinis* coniunctionem, quam *arrogati*, qui ciuili vinculo duntaxat cum parente est conglutinatus, habenda esse ratio, videri possit.

Enimuero arrogati impuberes, quos pater citra causam idoneam, familia eiecit, & *emancipauit*, non secus, ac patronus a liberto circumuentus, de *perfidia* queruntur, in cuius poenam *DIVVS PIVS* quartam ipsis, consolationis causa, assignauit. Igitur digni miseratione videbantur, qui, cum sui iuris essent, se & sua omnia arrogantis potestati permiserunt, sed graui iniuria affecti atque circumuenti, spe successionis excluduntur. Ideoque illa *quarta*, tanquam *æs alienum* arrogantis, iure *singulari* ad arrogatum pertinebat. Sed *naturalium liberorum* legitima portio, nihil commune habet cum quarta *DIVI PII*; quod supra §pho I. est a nobis comprobatum. Agnuit hoc *PAPINIANVS* l. 8. §. 15. D. *de inoff. testam.* qui negat arrogatum de inofficioso testamento queri posse, cum *quarta* eius, tanquam *æs alienum*, ex *Diui Pii* constitutione, peti possit. Sed ad hanc legem quidem *FACHINEVS* s) frigidissime respondet. Sufficit autem, quod ex illo loco summum discrimen inter *quartam arrogati*, & *legitimam* partem liberorum intercedere, intelligatur. Imo vero *arrogatis* etiam *restitutio in integrum* aduersus arrogantem datur, l. 3. §. 6. D. *de minor.* quae *naturalibus* liberis negatur. l. 2. C. *qui & adu. quos in integ.* vt appareat, male ab arrogatis ad naturales liberos argumentum duci.

§. XI.

s) *FACHIN.* controu. iur. VI. 85. vid. *CYIAC.* ad *Afran.* tr. l. p. 1294.

§. XI.

*Judicium de specie propo-
fita.* Contrahemus vela, cum fere in portu nauigemus. Sed superest, vt rationes subducamus. Credo enim satis ex his, quæ dicta sunt, intelligi, Tullia, in illa specie quam §pho. II. proposui, non dari potuisse quasi Caluisianam actionem. Primo enim Tullia ne quidem dixerat, fundum *viliori pretio* a parente venditum fuisse: neque potuisset illud affirmare, propter incertissimam æstimationem præstationum annuarum, quas pater sibi, *dum viueret*, stipulatus erat a filio emtore. Ideoque apparet, illi *non venditionem* inofficiosam, quæ *iusto pretio* facta videbatur, sed assignationem pretii, quod pater inter reliquos liberos diuiserat, fraudi quodammodo fuisse. Quæ propter non possessor fundi, sed *liberi*, qui pretium acceperant, conueniri debuissent.

Deinde faciamus, *venditionem* fuisse *inofficiosam*: tamen facta erat *filio*, cui etiam libertus poterat donare. l. i. §. 4. D. *si quid in fraud. patron.* Quare apparet *quasi Caluisianam* non dari potuisse ad venditionem illam reuocandam. Porro Tullia *ne pretium quidem emtori offererebat*, quod ille venditori numerasset. Sed in *Caluisiana* non solum pretium emtori restituitur, sed ipsi etiam *datur optio*, vtrum iustum pretium supplere velit, an discedere ab emtione. l. i. §. 16. D. *eod.* Præterea exemplum *arrogati*, ex l. vlt. D. *si quid in fraud. patr.* frustra ad *naturales* liberos trahi videbatur, quibus aliud remedium suppetit, vt ne possint quidem *Caluisiana*, quæ tantum in subsidium datur, experiri. l. i. §. 19. D. *eod.* Extremo, venditionem *viliori pretio* ab auo factam nepris, quæ illi succedere volebat, ipsa etiam agnoscere debebat. Hæ enim rationes Tullia patronum ab actione repulerunt. Res clarius intelligetur, si adiciemus quæ a præside scripta sunt, cum de illa specie pronunciarer.

Diemeil Kläger, soviel die gesuchte Rescission des Kauffs, und das Pflicht-Theil betrifft, nicht durch die Verkaufung des Hufen-Guths, so Beklagter titulo singulari, und größtentheils oneroso, an sich gebracht, dessen Vater aber inter vivos, nach seinen Gefallen veräußern können, sondern allenfalls durch die Distribution und Assignation der Kauff-Gelder, an ihrem Pflicht-Theil verkürzet worden, und also diejenigen, so davon titulo lucrativo participiret, pro rata, zu rechter Zeit belangen sollen, demnach mit der actione quasi Caluisiana, welche, als ein remedium rescissorium, ohne dies strictæ interpretationis ist, l. vlt. D. *si quid in fraudem patron.* um so viel weniger sich behelffen kan, als die actio Caluisiana und Fabiana selbst darauf, daß ein Grund-Stück, so in fraudem patroni veräußert worden, von dem Käufer entweder ohne Entgeld abgetreten, oder etwas von dem bereits bezahlten Kauff-Gelde heraus gegeben werden müsse, nicht gerichtet,

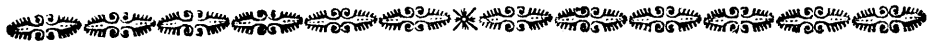
l. i. §. 12. & 16. D. *si quid in fraudem patroni.*

und

und wider den Käufer, wenn das Kauff-Geld, wie in gegenwärtigem Falle, andern Personen von dem Verkäufer geschenkt worden, ordentlicher Weise nicht statt hat,

d. l. i. §. 14. & 16. D. si quid in fraudem patroni.

auf den Umstand aber, daß Beklagter dabey zur Ungebühr, und zu der Klägerin Schaden etwas lucrivet habe, oder die übrigen Geschwister nicht solvendo wären, nicht libelliret worden, ausserdem auch bey den Eltern der animus defraudandi nicht vermuthet wird, demnach Klägerin diesfalls zum Armen-Rechte nicht zu lassen, sondern mit ihrem Suchen abzuweisen; So ist, beschehener massen, billig verabschiedet worden.



XXXIX.

OBSERVATIONES

DE ORIGINE ET VIRTUTE
IVRIS NON SCRIPTI.

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

§. I.

Mirifice falluntur architecti institutionum, quibus elementa artis non strae comprehensa sunt, dum *ius non scriptum* cum vulgi *consuetudine* con- Non omne
fundunt. Aiunt enim, *sine scripto ius* venire, quod *usus* approbavit: cum ius non scri-
diuturni mores, consensu vrentium comprobati, *legem imitentur*, §. 9. I. de ptum populi
iure natur. gent. & civil. Sed magis adhuc decepti sunt, cum *originem* consensu in-
illius iuris non scripti, & *consuetudinarii*, quod illi fingunt, ab institutis ductum
Lacedæmoniorum deriuarunt. Enimvero in nulla republica minus per- est. Ius re-
missum est ciuibus, & consuetudini, quam apud Spartanos. Hi quidem cer- atum. Mul-
te non suo ingenio vixerunt, sed a LYCVRGO formati & instruti sunt se- tum inter
uerissimis præceptis. Imo vero, cum aliquando ab ipsis diuerneret LYCVRGO's, mores, & bo-
nunquam rediturus; iureiurando illos obligavit, ne aliquid peregrini inue- nos moves,
herent, aut deferrent mores patrios ab ipso institutos: quod PLVTAR- interest.
CHVS testatur. Sed *legibus scriptis*, quae certis *tabulis* comprehenderen-
tur, vti illos noluit; vt leges magis *memoria*, ciuium & *traditione*, quam

V 2

vlla

a) PLVTARCH. in vita Lycurgi p. m. 47. & circa finem. CRAGIVS de republ. Lacedæmon. l. III. c. 1. apud GRONOV. in thes. T. V. p. 2587 sq.

vlla re alia, sanciret. Quod vt commodius succederet, TÉRPANDER ANTISSEVS illas ἐμελοποίησε, modulos & numeros accommodauit legibus LYCVRGI. *b)* De quo argumento *præses*, commentatione singulari, de *primitiis legum poeticis* tractauit.

Igitur apparet, interdum *legem expressam iure non scripto* contineri, & non omne ius *non scriptum populi consensu* constare, sed interdum ab ipso legislatore constitui & proficisci. Neque enim locus esse potest dubitationi, quin & ea, quæ *voce præconis* edicuntur ab imperantibus, aut quæ *nutu, aliaue declaratione luculenta* constituuntur, quamuis litteris & verbis non expressa sint, *legis* rationem habeant, & ab auitis etiam debeant, *necessitate iuris*, custodiri. Imo vero, ipsa etiam *naturalia præcepta*, quæ scimus quam sancta sint, & æterna, & totius humani generis propria, quamuis litteris non sint perscripta, tamen sola *naturali ratione*, quam ICti appellant, id est, *ratiocinando*, ex *factis* summi & certissimi legislatoris, maxime ex *creatione* huius vniuersi, eiusque moderamine & *conseruatione*, ab omnibus gentibus intelliguntur. Quod *ius*, quamuis *sine scripto* veniat, ita certum est, & luculentum, & vel sine consensu nostro, necessarium, vt, qui verba legislatoris expressa desideret, nã, ille imperantibus, qui *cogendi* facultatem habent, & *nutu* omnia administrare possunt, præscribet formulam orationis, qua ad ciues suos vti debeant: quod non est ferendum.

Itaque apparet, quid inter *ius non scriptum* & *consuetudines*, quæ consensu vtentium reguntur, discriminis intersit. Ausim enim affirmare, maximam partem *iuris ciuile non scriptam* esse, nec tamen *consuetudine* inuentam, sed a *ICtis* duntaxat, *interpretatione* & *responsis*, introductam. Aperte POMPONIVS l. 2. §. 12. D. de orig. iur. In hac ciuitate, inquit, aut *iure*, id est *lege* constituitur, aut est *proprium ius ciuile*, quod *sine scripto*, in sola *interpretatione prudentium*, consistit.

Ex quo loco apparet, quæ in XII. Tabulis non perscripta essent, aut postea consensu populi in comitiis, solenni suffragatione non comprobata, *ius ciuile*, & *non scriptum* appellari, illudque a *solis prudentibus*: citra consensum populi, introductum. Tantum enim abest, vt *consensu* vtentium, & ciuium opus fuerit, ad *ius illud ciuile* confirmandum vt potius, idem POMPONIVS d. l. 2. §. 35. D. de orig. iur. auctor sit, vsque ad TIBERIUM CORVNCANIVM ICtos *ius ciuile in latenti retinere* cogitasse, vt vix innotuerit ciuibus interpretatio prudentum. Neque eo secius *ius illud receptum*, & *ius*, quod *obtinerit*, appellabatur. In quam sententiam plura RÆVARDVS *c)* disputauit.

- Igitur

b) CLEM. ALEXANDR. I. I. Stromat. p. 308. & 533. *c)* RÆVARD, ad L. XII. tab. c. 16. p. 84. idem de regul. iur. p. 125.

Igitur etiam *ius civile*, quod *interpretatione prudentum* introductum est, merito *iuris non scripti* species habetur. Imo vero, illa *ICtorum* interpretatio *moribus* recepta esse dicitur; vt intelligatur etiam *mores* non semper consensu populi, sed *ICtorum arbitrio*, constare. Audiamus PAVLUM, qui l. 12. §. 2. D. de iudic. & l. 1. §. 2. D. ad SCtum Vellei. *moribus* impediri, ait, foeminas & seruos, ne iudices omnino dari possint: non quia non habeant iudicium, sed quia *receptum* sit, vt civilibus officiis non fungantur. Sed, ne credas, consensu civium obtinuisse, vt foeminae iudicis & virilibus officiis excluderentur. Constat, iudices non a civibus, sed a magistratibus duntaxat, datos esse: constat etiam, *receptum* dici, non, quod populus probauerit, sed, quod a *prudentibus*, *disputatione fori*, fuerit definitum. Huc & pertinet illud VLPIANI, qui l. 1. D. de donat. int. vir. & vxor. *moribus receptum esse*, ait, ne donationes inter virum & vxorem admittantur. Nemo enim dubitabit, hoc non a populo, sed a *prudentibus*, profectum esse. Igitur ne *mores* quidem *populo*, sed plerique *ICtis*, & *prudentibus*, debentur. Elegantissime QVINCTILIANVS, quod ab ALCIATO obseruatum est, ^{d)} rem expressit. „Constituendum est, inquit, quid *consuetudinem* vocemus. Quæ si ab eo, quod *plures* faciunt, nomen accipiat, periculosissimum dabit præceptum, non orationi modo, sed, quod magis est, vitæ. Vnde enim tantum boni, vt pluribus, quæ recta sint, placeant? Nam, vt taceam, quemadmodum vulgo imperiti loquantur; tota sæpe theatra & omnem circi turbam, exclamasse *barbare*, scimus. Ergo *consuetudinem sermonis* vocabo, *consensum eruditorum, sicut viuendi, consensum bonorum.*„

Ex quibus verbis intelligitur, maxime in illis rebus publicis, vbi summa rei publicæ ad paucos, aut etiam ad vnum peruenit, ius receptum, & mores, non semper ex consensu populi, sed potentiorum, & in republica Romana, postquam iudicibus a sententiis *ICtorum* recedere non permissum, *ICtis* maxime profectos esse.

Hoc est, quod CALLISTRATVS l. 38. D. de legibus rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem, vim legis obtinere ait, vt ostendat, *ICtorum* maxime consensum in constituendis moribus desiderari.

Sed ita quidem de *moribus* habendum. Paulo aliter de illa iuris particula, quam *bonos mores* appellamus. Caue enim, *bonos mores*, cum consuetudine, & *moribus*, confundas. Hi enim, vt omne ius consuetudine inuectum, circa res nulla lege definitas & *indifferentes*, quod philosophi aiunt, inprimis occupantur, vt, quæ ita obtinuerint, etiam aliter constituta esse possent: hinc sæpe *incerti* sunt, & per tempora *mutantur*, & patiuntur vires suas. Contra, *boni mores*, ab ipsa voce *naturæ* excitati & constituti

sunt, & ipsam æquitatem, atque omnia, quæ *naturaliter honesta* sunt, fere comprehendunt. Hinc *boni mores*, omnibus gentibus legem faciunt, & perpetui sunt, & negligi aut contemni temere non possunt; vt, generaliter, quod PAPINIANVS ait, l. 15. D. *de condit. institut.* quæ facta lædunt *pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & contra bonos mores fiunt*, ea nec facere nos posse, credendum videatur.

§. II.

Quasdam leges a privatis sancitur. Odium iuris incerti. Consuetudo non tacito consensu principis, sed expresso, at generali, nititur. *Vides*, ius non scriptum, quandoque a *naturali ratione*, interdum etiam a iureconsultis, inuectum esse: *ne iure incerto* in republica utamur. Sed, si aliquando defecerit *ICTorum* diligentia, & nihil obtinuerit, etiam *consensu populi consuetudo* introducitur; maxime in familiaribus negotiis, & quæ pertinent ad domesticas cuiusque rationes. Ita enim IULIANVS l. 32. D. *de legibus* præcipit vt, de quibus caussis *scriptis* legibus non utimur, id custodiri oporteat, quod moribus, & consuetudine inductum est: &, si qua in re hoc deficiat, tunc, quod proximum & consequens est, arripiamus: &, si nec id quidem appareat, tunc ius, quo vrbs Roma vitur, seruemus.

Ex quo loco intelligitur, quam sollicitè indagandi sint iuris fontes, ex quibus *regula* quædam viuendi, & decidendæ caussæ, peti possit. Rectè enim obseruauit, ARISTOTELES hominem esse ζῷον φύσει πολιτικόν, animal natura comparatum ad quærendas quasdam regulas viuendi, quibus in communi societate plurium utatur. Aut omnia me fallunt, aut nihil homini, quamuis natura cupido & studiosissimo suæ liberratis, nihil inquam homini sano & erecto magis molestum est, quam versari in tenebris, & sine luce, id est, sine *certis principiis*, quæ philosophi appellant, aut sine *regula* vagari, in negotiis suscipiendis. Cui non iucundum est, scire, in quam viam tuto possit ingredi, ne sublabatur? Quæ est illa libertas, quæ coniuncta sit cum metu lapsus & offensionis & cum periculo, ne incidamus in difficultates, ex quibus nos deinde extricare non possimus. Hanc nemo, præter infantes & dementes, facile exoptet. Sed non solum nobis iucundum est, scire, quid periculo careat, sed illud etiam iucundius, si etiam de aliis confidere possimus, atque præuidere, quid nobis præstare *teneantur*, & quid ab illis, propter necessitatem iuris possimus expectare. Qua re euenit, vt *iuris incerti odio*, multa, quæ alias nos inuitos non tenerent, tamen *recepta* sint, & *vim legis* dicantur obtinere.

Sed illud tamen inter *liberos & seruos* interest, vt, cum hi quidem in *omnibus*, etiam *indifferentibus*, negotiis, de quibus nihil lege definitum, potestati domini subiiciantur; contra ciues liberi, in his, quæ iuris regulam desi-

desiderant, sed *iure scripto* non sunt certis finibus inclusa, ipsi inter se *ius* sibi quoddam constituent, quo in causis dubiis vtantur.

Certe *privatis* etiam permissum, de quibusdam rebus suis, inter se legem constituere, vt sciant, quo iure in posterum vtantur. Non tractabo illud famosum oraculum antiqui iuris, quo constitutum est, vt, pater familias vti super pecunia sua *legasset*, id est, *legem dixerit, ita ius esset*; id est, vt vltima voluntas eius, qui nullius iuri subiectus esset, legis instar atque vim haberet. Sed illud attinet monere, quod VLPIANVS l. 52. D. *de verb. oblig.* obseruat, in conuentionalibus stipulationibus contractui *legem* a contrahentibus dari posse, cum contra praetoriae stipulationes legem accipiant ex animo praetoris: vt appareat, quaedam, quae etiam a priuatis constituta sint, *vim legis* obtinere inter partes. Eo pertinet, quod PAVLVS l. 33. D. *de seruit. praed. vrb.* illam conuentionem, qua seruitutes aedium vicinarum descriptae sunt, *legem aedium* appellat: & generaliter, quod *legem* venditionis, locationis, traditionis, appellamus, quidquid partibus placuit, cum res traderetur, aut venditio, & locatio, contraheretur. Sic *legem Commissoriam*, quae in venditionibus adiicitur, dicimus, si, quod POM- PONIVS ait, l. 2. D. *de lege commissoria*, venditor fundi, in *lege*, id est, in conuentione, cauerit, vt, si ad diem pecunia non soluta sit, fundus sit inemptus.

Sed haec voluntas priuatorum iustior est in *consuetudine*, & *consensu omnium*, qui efficit, vt, quae *diuturnis* moribus recepta, & *crebro* a pluribus *similiter* facta sint, in posterum etiam inuitos teneant; ne iure incerto in republica vtamur. Enimuero non solum magna vis est *consuetudinis*, vt morem, cui semel animum ciues accommodauerint, deserere, atque in aliam viam discedere sine magno suo incommodo vix possint; sed durum etiam, & cum periculo coniunctum esset, si homines simplices maxime, qui sensibus reguntur, & quae ab aliis facta sunt, memoria retinent, & imitantur, si simplices, inquam, homines *consuetudini* confidere, & certam spem concipere non possent, fore, vt, quae adhuc diu, similiter, & a pluribus facta sint, etiam in posterum seruentur. Nihil certum aut securum esset, si mores ciuitatis in horas mutarentur. Habent omnino ciues, cur negotia, & familiaris rei rationes ad illa componant, quae *plerumque fieri* obseruauerunt, si *iure scripto* nihil definitum. Quae enim hominibus plebeiis ad spem magis opportuna sunt, quam quae saepe, etiam a *sapientibus*, fieri viderunt?

Haec *aequitas* omnem, quae non sit improba, aut legibus aduersa, *consuetudinem* commendat. Sed quae de *consensu principis tacito* dicuntur, mihi non videntur expedita. Quis enim credat, tot mores ciuium dissonos, & in pagis fere singulis diuersos, *principi innotescere*, aut de illis, per spe-

culatores quosdam, *ad principem referri?* Pleræque consuetudines, bona omnium cum venia, sine pompa & apparatu, in rempublicam irrepunt, quas princeps ne diuinando quidem facile allequeretur; tantum abest, vt principem *scire* omnes populi *consuetudines* credamus. Sed si illum *scire* mores ciuium non existimare possumus, quis principis *silentium*, & *patientiam*, pro consensu tacito haberet. Imo vero, eius, qui nos cogere, & obsequium nostrum expectare possit, eius, inquam, *scientia* & *patientia* non temere accipitur pro tacito consensu. Differuntur interdum poenae, & indignationis significatio, vt *tarditas* deinde *pensetur grauitate*. Igitur nolim in definienda virtute *consuetudinis*, recurrere ad TACITVM principis *consensum*. Imo vero sufficit illa, quam supra audiuimus, vox naturæ atque æquitatis, quauis consuetudinis defenditur. Præterea in plerisque prouinciis, & apud *Germanos* maxime, qui semper bonis moribus, si TACITVM audias, e) pro lege vsi sunt *generaliter & expresse* principes auctoritatem illam consuetudini legitimæ & præscriptæ, largiti sunt, *vt legem imitetur*; adeoque non opus est *illo tacito consensu*.

§. III.

Differt consuetudo a re ipsa naturali ratione, ius facere interdum, in rebus *indifferentibus*; si *consuetudine*. Adstet, *animo regulam constituendi* aliquid a ciuibus introductum esse. Hoc *illam requiritur* est, quod magistri artis nostræ, consuetudinem, non *irrationabilem*, sed quæ circa *res indifferentes* vnice versetur, *actus* etiam *crebros*, *mores diuinos regulam constituendi*. *turnos*, vt de *consensu* populi constare possit, denique *actus perpetuo similiter administratos*, id est *uniformes*, desiderant, vt *animus constituendi regulam* intelligatur. Sed hæc copiose disputata sunt ab aliis, quos excubere non vacat. Placet aliqua duntaxat, quasi per saturam, quod dicebant veteres, monere. Illud enim refert obseruare, quod, si quid illorum, quæ iam commemorata sunt, deficiat, non *consuetudo*, sed *res consuetudine*, enasci videatur. Sed hæc quidem, quamuis *legem* non faciat, tamen non prorsus negligenda est, in disceptatione causæ controuersæ. Primum enim videamus, si non de re *indifferenti*, quæ materia est consuetudinis, sed de re iniusta, & iuri scripto aduersa, aliquid *consensu ventium* sit introductum. Enimuero, non eget disputatione, quæ *contra legem* a ciuibus, necessitate *obsequii* obstrictis, administrata sint, *vim iuris* non habere, nisi euidentissimis probationibus, *consensus principis*, qui laxauerit vinculum obligationis & remiserit priorem obligationem, doceatur. Hoc animo subinde nostri etiam *ICti* desiderant, vt *contradicto* inprimis iudicio firmati sint mores illi, qui *contra legem* irrepperunt. Hoc enim *VLPIANO* etiam placuit, l. 34. *D. de legibus*. Certe, quæ *contra legem prohibitiuam* suscepta sunt, ob-

ten-

e) TACIT. de moribus Germ. c. 18.

tentu consuetudinis, propter frequentiam delicti, impunitatem non merentur. Quod & CONSTANTINVS obseruauit. l. 2. C. *quæ sit long. consuet.* Falluntur enim aduocati, qui in excusandis delictis clientium, ad consuetudinem, aut desuetudinem etiam subinde, confugiunt, spe poenæ euitandæ. Hæc enim si *certa & definita* fuerit, propter consuetudinem peccandi, a iudice non temperatur. Frequentissime illud accidit, in exigenda multa XX. Ioachimicorum, quæ *ordin. polit. Sax. elect. de A. 1612.* in illos constituta est, qui ultra tempus lege definitum in popinis & comotationibus versantur. Huius enim legis sanctio, quamuis passim a multis negligatur, tamen semper loquitur: vt Icti reum, qui eius rei accusatus fuerit, quotidie poena definita condemnet, nec locum veniæ relinquat, nisi a principe illa impetretur: quod *praeses* mihi indicauit.

Ceterum, in poenis *arbitrariis* constituendis, aliquando magis fere illis parcitur, qui non sine exemplo, sed ex consuetudine multorum, peccauerunt; si ex negligentia iudicis, qui delicti poenam aliquoties non exegit, iudicari possit: reos *ignorantia*, aut spe erronea impunitatis, deceptos deliquisse. Non enim *dolo* tam insigni peccauit, qui *imitatione* reliquorum seductus est ad delinquendum. Sed tunc temperamentum poenæ admitti posse VLPRIANVS præcipit. l. 5. §. 7. D. *de poenis.* *Mitigamus* igitur poenam aliquando, si quis seductus *consuetudine*, peccauit. Sed *impunitas* frustra speratur consuetudinis obtentu. Multo minus, *ius* facit frequentia delicti. Eo pertinet, quod mercatores *in cambiali negotio*, & mutui datione, plerumque de ipsa sorte, iniustissima *anticipatione*, *deducunt vsuras*, & quod reliquum est, duntaxat numerant; sed cambio totam sortem, quamuis non *integra* numerata sit, plerumque comprehendunt, & annis sequentibus, quasi ex tota sorte, exigunt vsuras. Quod quamquam ipsis familiare & vsu frequentatum est, tamen vitio non caret; vt in reconuentione reperti possit, quod ita iniuste sit exactum. *Praeses* mihi retulit, haud ita pridem a *curia prouinc. Vitemberg.* iudicatum esse, vt lucrum illud restituatur debitori:

Daß denenjenigen Wechsel-Gläubigern, welche die Zinsen vorausgenommen, und inne behalten, dasjenige, was sie auf solche Masse zur Ungebühr erhalten, von denen Capitalien abzuziehen, und die Zinsen nur von dem Rückstand, nach behöriger Ausrechnung, von Jahren zu Jahren anzusetzen,

Quæ sententia etiam a *supremo senatu prouocationum* confirmata est.

Sed *temperatur* tamen poena facti illiciti, quod quis non *dolo*, sed imitatione aliorum, & consuetudine adductus, admisisse videatur. Imo vero aliquando qui *consuetudine* peccandi a pluribus recepta, malo increbrescente, licentiosius deliquerit, cum non ignorantia, sed maiori audacia, peccasse videatur, seuerius punitur: vt reliqui exemplo supplicii deterreantur. Nam

generaliter, *poena arbitraria*, tunc demum, propter consuetudinis excusationem, mitigatur, si appareat, non tam, *dolo*, quam ignorantia, peccatum esse.

Hæc igitur quidem *consuetæ* sunt, sed vim consuetudinis & legis nunquam obtinent, atque opponuntur *insolitæ*, quæ *raro*, & *sine exemplo*, admittuntur. In his quidem *dolus insignis*, & inauditus, proditur. Ideoque tantum abest, ut veniam mereri possint, ut potius *gravius* animaduertendum sit, si nouo exemplo improbitatis delinquatur. Neque enim ibi consistunt exempla, quod VELLEIUS *f)* ait, vnde coeperunt; sed, quamlibet in tenuem recepta tramitem, latissimam euagandi viam sibi faciunt. Igitur in his fere locus *privilegio odioso* relinquitur; ut sine exemplo puniantur, qui sine exemplo peccauerunt: ut *Hadrianus* Vmbriam matronam, quod, sine exemplo, ex leuissimis causis, ancillas suas atrocissime tractasset, in quinquennium relegauit l. 2. f. D. *de his, qui sui vel alien. iur.*

Ita quidem de *delinquendi consuetudine* habendum. Sed sunt & alia *consuetæ*, quæ quamuis *licite* suscipiantur, tamen vim legis non obtinent, & *iuris necessitate*, neminem obstringunt. Sed hæc quidem *res merae facultatis* appellantur. Quoties enim, quod supra dictum est, *non animo, constituendi regulam*, aliquid inualuit, quamuis a multis frequentatum sit, vim consuetudinis & legis non habebit. Eo pertinent, quæ vel *non diu* satis, vel *non ab omnibus*, sed a multis duntaxat, neque *perpetuo similiter*, obseruata sunt: ut appareat, cuiusque arbitrio permissum esse, an sequi velit exemplum reliquorum. Neque tamen, quæ a *plurimis* facta sunt, prorsus negligimus in iudicando. *Solent enim, quæ plerumque fiunt*, quamuis non expressa sint, in dubio, *presumi*; nisi appareat, *diuersum* placuisse. Ita POMPONIVS tradidit, l. 3. D. *de reb. cred. si certum petat.*

§. IV.

Consuetudines singulorum.

Multum igitur *consensui* videntium tribuunt praecepta artis nostræ; sed tanto minus *consuetudini singulorum*, quæ aliis necessitatem legis non imponit. Sed in his quidem quemuis patimur suo sensu abundare. IULIANVS tamen, ius, quo vrbs Roma vitur, aut, si qua alia est *vrbs urbium*, si nihil aliud appareat, etiam ab aliis seruandum esse, ait. l. 32. D. *de legibus.*

Sed *privatorum* quidem *singulorum consuetudines* necessitatem imitationis nemini imponunt. Dolum tamen excusat illa consuetudo, si quis non animo nocendi, sed *ex sua consuetudine*, quamuis minus recta, aliquid fecisse arguatur. Tunc enim magis culpa, quam dolo, videbitur peccasse. *Præses* mihi indicauit, nuper *ordine ICtorum Vitembergenfium* eiusmodi speciem oblatam mercator aliquis vsurpabat sæpius, in consuetudine loquendi, quædam vocabula dimissiuia & ludicra, quæ aliquid iniuriæ omnino continebant, aduersus plerosque, quasi per iocum, quamuis cum illis nunquam

f) VELLEI. Paterc. II. c. 35.

quam familiariter vixisset. Sed aliquando inciderat in virginem honestam, quæ indignius ferebat rusticitatem importuni mercatoris. Hæc rem ad iudicem detulerat, & sibi satisfieri petebat. Reus per testes comprobabat, se sæpius, animo innocenti, verbis illis, quasi *blanditiis*, usum esse: & *notam* esse hanc ipsius *consuetudinem*. Igitur placuit, illum iniuriarum non teneri: cum *VLPIANVS* doceat, neminem facere iniuriam, nisi *sciat*, se iniuriam facere, cum contra, quæ *per iocum*, quamvis illiberalem facta sint, non videantur per iniuriam facta esse. l. 3. §. 2. & 3. D. de iniur. Sed *culpa* reus non vacabat. Igitur responsum, a iudice graui illum increpatione coercendum esse, & expensas ab ipso exigendas.

§. V.

Ne brutorum quidem *consuetudines* iurisprudencia neglexit. Illæ quidem ius brutis non faciunt, quæ *naturam*, id est, voluntatem creatoris, per instinctus naturales ipsis proditam, quam *IUSTINIANVS* non male *ius naturæ* omnium animantium appellat, sequi debent. Igitur si brutum prauam consuetudinem contraxit, vt, si bos cornu petere *solitus*, aliquem petierit, aut equus *calcitrosus*, calce percusserit, deliquisse videbitur; vt dominus de *pauperie* subinde teneatur. l. 1. §. 4. D. si quadrup. pauper. fecisse.

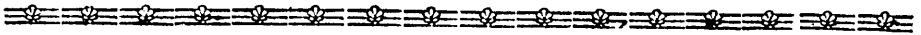
Sed ex *consuetudine* animantium tamen *animus* ipsorum colligitur, & coniectura capitur de domino, cuius potestati fuerint subiecta. *POMPONIUS* enim l. 37. D. de furt. & l. 8. §. 1. D. fam. hercisc. itemque *IUSTINIANVS* §. 15. l. de rer. diu. pauones, & feras bestias, quæ ex *consuetudine* in syluas ire & redire soleant, tamdiu *nostras* esse aiunt, donec *animum* reuertendi habeant, quem tunc videntur desinere habere, cum *reuertendi consuetudinem* deseruerint. Talis erat ille cæruus Latinorum, §)

— — forma præstanti & cornibus ingens,
 Tyrrhida pueri, quem matris ab obere raptum
 Nutribant, Tyrrhusque pater: cui regia parent.
 Armenta, & late custodia credita campi.
 Assuetum imperiis soror omni *Sylua* cura
 Mollibus intexens seruabat cornuta *seris*,
 Pellebatque ferum, pivotque in fonte *lavabat*.
 Ille manum patiens, mensaque assuetus herili,
 Errabat syluis, rursusque ad limina, vox
 Ipse dominus, sera quamvis se nocte, ferebat.

Sed hunc *Afcanius* cum iaculo occidisset, iustam indignationem latinorum trouocauit, nisi, quod ignorantia excusatione vti potuisse videretur.

Nuper quidem ex equi *consuetudine* dominium, artificialiter, quod aiunt *ICTi*, probatum esse, *præses* mihi retulit. Equus furto substractus erat,

& a domino deinde deprehensus. Hic vero, hunc equum suum esse, iurando affirmare detrectabat: sed offerebat aliam probationem. Inter alia enim petebat, equum ad domum adduci suam & obseruari, quid contingat: quod facile impetrauit a iudice. Equus cum ad centum passus abesset a tugurio domini, dimissus ab auriga, confestim tugurium apertum cursu citato petiit: intromissus stabula nota quæsivit; quæ cum ab aliis equis occupata essent, non quieuit, donec viam sibi faceret ad præsepia, atque aduentem locum, in quo olim consistere solitus fuerat: ita dominus obtinuit, ut equus redderetur.



XL.

O B S E R V A T I O N E S

DE SERMONE MARITALI
C V M V X O R E
TESTAMENTI FACIENDI CAUSSA.

AD L. III. D. SI QVIS ALIQVEM TESTARI PROHIB.

VITEMBERGAE, AD D. . IVL. A. Q. S. P. E. M DCC XXXIX.

§. I.
Concordia coniugum affectio mariti, animus uxoris.
Cum omnes reipublicæ articuli & ordines nulla re magis, quam *mutua benevolentia* conglutinentur; publice interest, *societatem coniugum* imprimis, genitricem illam, altricemque ciuitatis, tanto arctiori vinculo adstringi, atque contineri, quanto certius, si illa solutior fuerit, ipsa compages ciuitatis percutitur, & perturbatur. Hinc inter laudes defunctorum, quæ posteritatis iudicium mereri possint, lapides litterati apud GRVTERVM ^{a)} non semel *concordiam coniugum* commendant ut intelligatur, vel propter hanc solam virtutem dignos videri coniuges, ut memoria ipsorum consecratur. Hinc VALER. & GALLIENS conditionem illam institutioni heredis adiectam, inutilem esse aiunt, & bonis moribus aduersam, qua *concordia coniugum* perturbetur, & vxor diuertere a marito iubeatur l. 5. C. de instit. & substit.

Sed *concordia* illa coniugum imprimis *affectio* mariti, & *animo* vxoris continetur. VLPRIANVS enim l. 5. §. I. D. de bon. damnat. *affectio-*
nem,

a) GRVTER. inscript. T. I. fol. 521. n. 7.

nem & animum distinguit, & vxore etiam deportata, tamen *virum affectionem* mariti, *mulierem* contra *animum* vxoris retinere posse, ait. Quibus verbis ne quis Ictum fortuito & temere vsu esse credat; attinet monere, Ictos veteres plerumque cum de mariti benevolentia tractauerunt, *affectionem* mariti appellasse. Imo vero ALEXANDER, etiam *rebus vxoris affectionem* deberi a marito obseruauit, l. 2. C. *qui dare tut. vel cur.*

Contra, viri affectioni, in maritali concordia, vxoris *animus* respondet. d. l. 5. §. 1. D. de *bon. damnat.* qua voce omnem calorem, omne studium vxoris comprehendimus. Ita mariti apud LIVIUM ^{b)} post raptum Sabinarum, suas quisque vxores demulcebant, & obtestabantur: vt, quibus fors corpora dedisset, illis *animos* darent. Neque alia mente HORATIVS FLACCVS, ^{c)} cum Lydiam placare vellet, illam recantatis opprobriis *amicam* fieri, *animumque reddere*, rogabat. Ita etiam STALINVS ille, apud PLAVTVM, ^{d)} cum vxorem obiurgaret, ipsam domare *animum*, illumque marito *dare*, & quod vir fieri veilit, potius facere, quam ipsi aduerfari, & controuersias alere, iubebat.

§. II.

Sed debuit quidem illa coniugum *concordia* non *venalis* esse, & in seruillem modum, mercenaria, sed *affectione* mariti, & *animo* vxoris, id est mutuis studiis, & communi benevolentia, gigni atque conseruari. Ideoque ANTONINVS imp. l. 3. pr. D. de *donat. inter vir. & vx.* donationes coniugum infirmatas esse, ait, quia honestus amor solis *animis* æstimandus sit, & famae etiam coniunctorum consulendum fuerit, ne *concordia* ^{ius ciuile fauet restitu- menti coniugum. Saepius vxores a maritis,} *pre- ti ab vxori- bus scripti sunt here-* *ditio conciliari* videatur. ^{des in re publica Ro-}

Enim vero, cum nulla re magis animi hominum, quam *spe commo-* ^{di cuiusdam, etiam in amoribus, regantur; aut, certe apud neminem di-} ^{ginius collocentur beneficia, quam apud illos, qui amore & officiis illa me-} ^{reantur; lucri opportunitas coniugibus quoque non inuidenda esse visa est, si} ^{honestis artibus praemium coniugalibus fidei & bonitatis alter ab altero quaerent, & impetrarent. Illud vnum duntaxat excipit ANTONINVS, ne} ^{coniuges se spolient fortunis, & deterior forte meliorem, profusa facilitate} ^{deceptum, opibus emungat, & pauperiorem faciat l. 3. pr. D. de donat. inter vir. & vx.}

Huius vero rei nullum erat periculum, si coniux, ex testamento coniugis, *hereditatem* lucraretur. Igitur non solum admissa, sed etiam collaudata sunt, *testamenta coniugum*, in quibus coniux heres scriberetur. ALCIATVS ^{e)} constitutionem THEODOSII adducit, qua mirifice probatur

X 3

b) LIV. lib. I. cap. IX. aq. XI. sc. III. v. 34.

c) HORAT. I. od. XVI. v. 27.

d) PLAVTUS Casin.

e) ALCIAT. pareg. lib. II. cap. 31.

tur *pietas coniugum*, Leontii & Jucundae, qui in iisdem tabulis ambo testamentum condiderant, & alter alterum scripserant heredem. Neque enim facile coniux alium, digniorem coniuge, heredem scribet. Enimuero societas illa & consortium omnis vite, quod *MODESTINVS* laudat l. i. D. *de ritu. nupt.* coniugem quodammodo dominum facit omnis patrimonii, quod ad alterum coniugem pertinet: vt, si *NERVAM* audiamus l. i. D. *de act. rer. amotar.* ne furrum quidem inter coniuges, tanquam condominos suarum rerum, fieri omnino posse videatur. Praeterea, vna domus, commixta familia, quod *VLPRIANVS* ait, l. i. §. 15. D. *ad Sct. Silan. vix* permittit, vt separatis rationibus vtantur. Tot inter illos officia permutantur, tot molestiae communicantur, vt par gratia nequeat referri. Sed imprimis vxores quam gratiam referent maritis? Quorum in vmbra & tutela sunt, quorum fœdoribus aluntur, quorum beneficio & dignitati, ipsæ suam dignitatem, & locum in ciuitate, amicitias, familiam probe ordinatam, omnes delicias humanæ vitæ, sua omnia, imprimis debent. Igitur quæ inuidia est, quo minus illud, quantillum sit, bonorum, quod ad ipsas pertinet, cum e vita emigrabunt, illis potius relinquunt, quorum tot sunt beneficiis ornatae, & quibus proximus post parentes, & aliquanto etiam potior, locus dari debet: vt iustiora propemodum vxorum, quam mariti, testamenta videantur, quibus hereditas coniugi superstiti relinquitur.

Sed vtraque profecto *pia* sunt, & merito *fauore singulari* defenduntur. Illud tamen subit mirari, cur apud Romanos rarius mariti ab vxoribus, quam vxores a maritis, scripti sint heredes. Trecentæ in digestis occurrunt species, in quibus mariti, quæ sexus nostri facilitas est, & bonitas, hereditatem vxori dicuntur reliquisse testamento. Et apud *GRVTERVM* f) in marmore, Aurelia Valeria, quasi inter titulos honoris, se carissimo *coniugi heredem* esse, profiteretur. Imo vero *AGRICOLA* etiam inter summa pericula, & durissimas necessitates, cum Domitianum heredem scribere omnino cogeretur, tamen *optimam vxorem* principi coheredem dedit, vt pietatis officio defungeretur. g) Illa est maritorum pietas, in optimas vxores. Contra, vix semel atque iterum, veteres magistri artis nostræ vxores commemorant, quæ maritis hereditatem reliquerunt. *AFRICANVS* l. 33. D. *solut. matrim.* tractat eiusmodi testamentum, ex quo maritus damnosam hereditatem vxoris adiit, vt in multas incideret difficultates, & magis oneratus videretur vxoris testamento. Certe, in omnibus fere illis speciebus, quæ occurrunt, non nisi *sub conditione*, aliquanto duriori, ab vxoribus heredes scripti sunt mariti, quod *LABEO* l. 20. D. *de condit. instit.* & *PHILIPPVS* l. 7. C. *de hered. instit.* & plerique alii, testantur.

Sed

f) *GRVTER* inscript. tom. I. pag. § 21. n. 7.g) *TACIT.* vita Agric. cap. XLIII.

Sed hæc utcumque fuerint, pium certe est vtriusque coniugis studium, quo hereditas *coniugi superstiti* defertur. Ideoque merito fauet ius civile coniugum supremæ voluntati, ne subtilitate iuris iustissimum iudicium interuertatur: qua de caussa quaedam *singularia* recepta sunt, vt *coniugum* testamenta defendantur; & plenior illis interpretatio accommodata est, *favore* pietatis. Extat eiusmodi species apud IULIANVM l. 13. *de lib. & posthum.* in qua testamentum mariti, humanitate suggerente, liberalius interpretatus est, quam iuris subtilis ratio permittit. Scripserat aliquis testamentum, vt, si filius sibi natus esset, ille ex bese, sin filia, illa ex triente, sed ex reliqua parte vxor heres esset. Apparebat, testatorem de alterutro tantum casu, non de vtroque, cogitasse, id est, filium duntaxat, vel filiam, sperasse. Sed testatori postea & filius & filia nati erant. Igitur, *subtili iure*, ruptum erat testamentum; cum præter spem testatoris duo liberi ipsi nati essent, adeoque propter agnationem sui heredis, de quo antea non cogitatum erat, infirmatum esse testamentum videretur. Sed IULIANVS ait, vxorem nihilominus cum vtroque liberorum ita admittendam esse, vt filius altero amplius haberet, quam vxor, filia minus altero tanto quam vxor ipsa vero partem reliquam hereditatis occuparet, vt pietas mariti exitum haberet.

Itaque *benignius* accipimus pietatem coniugum in testamentis. Huc & illud pertinet, quod *vxorem quocunque*, quamuis minus apto nomine appellatam, in testamento, tamen recte heredem scriptam esse iudicemus, modo intelligatur, coniugem heredem esse ex testatoris völvntate. GORDIANVS enim l. 5. C. *de hered. instit.* ait, vxorem heredem esse, quamuis in testamento *affinis* appellata esset. Igitur sufficit vxorem heredem institutam, quamuis non recte *affinis* nominata sit; cum alioquin, si quis illum quasi cognatum, vel affinem, instituat heredem, qui non sit cognatus vel affinis, facile nascatur suspicio erroris, & testamentum subinde infirmetur l. 4. & 7. C. *de hered. instit.*

Igitur, *coniugum gratia*, obtinuit, vt quocunque nomine heredes vtiliter instituantur. A quo non est alienum, quod & *iisdem tabulis*, coniuges, vt supra obseruatum est, recte condant testamentum. Quamuis alias non admittatur captatoria institutio heredis, & possit esse suspicio, ne tacita conditio, hereditatis ab altero coniuge lucranda, lateat, in mutua heredis institutione, quae iisdem tabulis sit comprehensa.

Sed cum iustissimæ sint coniugum affectiones, &, quod PAPINIANVS ait, illa non sit captatoria institutio, quae mutuis affectionibus, prouocata est, l. 70. D. *de hered. instit.* facilius creduntur coniuges amore coniugali, quam cupiditate lucri, coniugi superstiti hereditatem reliquisse. Ex eodem fonte deriuatur, quod, quamuis liberrimum esse debeat supremum iudicium, tamen *maritalis sermo*, quo vxor ad testandum prouocata est,

non fit impedimento, quo minus valeat vxoris testamentum. Audiamus enim P A P I N I A N V M, qui, l. 3. D. *si quis aliquem test. prohib.* Virum, ait, qui non per vim, nec per dolum, quo minus vxor mutata voluntate contra eum codicillos faceret, intercesserat, sed, *vt fieri assolet, maritali sermone* offensam ægræ mulieris placauerat, in crimen non incidisse, neque hereditatem ipsi auferendam esse. Idem & D I O C L E T I A N O & M A X I M I A N O placuit, qui l. 3. C. *si quis aliquem test. prohib.* rescriserunt, non esse criminofum, *maritali sermone* iudicium vxoris supremum in se prouocare. Sed quis fit ille maritalis sermo, operæ pretium est, vt diligentius tractemus.

§. III.

Sermo maritalis de utroque coniuge dicitur. Blanditias inprimis notat. Aliquando etiam iurgi.

Nunquam facilius decipiuntur aduocati, quam vbi vel *testamenta coniugum*, quasi per *importunas sollicitationes*, aut merum, extorta, impugnare audent, vel vltimas illorum voluntates, quasi blanditiis & sermone maritali prouocatas, tanquam iustas & liberas, defendunt. Subtile enim discrimen est. quo *sermo maritalis* & blanditiæ, ab *importuna sollicitatione* & minis, seiunguntur. Nuper aliquis causfam dicebat pro marito, qui *quando et iustibus* vxorem adegerat ad hereditatem relinquendam. Et parum aberat aduocatus, quin *fustibus* etiam *admonitionem*, quam CALLISTRATVS appellat l. 7. D. *de poenis*, crederet, *sermone maritali* contineri: de quo deinde locus erit disputandi. Sed D I O C L E T I A N V S quidem l. 3. C. *si quis aliq. test. prohib.* permittit marito, vt iudicium supremum vxoris prouocet sermone *maritali*: P A P I N I A N V S etiam l. 3. D. *eod.* patitur maritum placare *offensam* vxoris *sermone maritali*, & intercedere, ne marito adimat, quod ipsi testamento antea relictum erat, vel, factis codicillis, diminuat hereditatem. Vix potest locus esse dubitationi, quin vterque *blanditias* inprimis intelligant, quibus prouocetur mulieris iudicium, & offensam ægræ mulieris placetur. Has enim L I V I V S ^{h)} maxime efficaces ad muliebrem ingenium preces esse, arbitratur. Nemo autem probabit illud rusticum N A S O N I S ⁱ⁾ qui lites & asperitatem coniugibus credit conuenire. Sed ille quidem:

*Lite fugent nuptæque viros, nuptasque mariti,
Inque vicem credant res sibi semper agi.
Hoc decet vxores: dos est vxoria, lites.*

Rectius Romani, qui Sabinas rapuerant, blanditiis indignationem vxorum moliebant, & cupiditate atque amore, factum, quod admiserant, purgabant. ^{k)} Imo vero rectius idem N A S O alio loco ^{l)} agnoscit, *laudes* & præconia muliebri ingenium efficacius mouere:

Nec

^{h)} L I V. l. I. cap. IX. in fine. ⁱ⁾ O V I D. de A. am. II. v. 153.

cap. IX. f.

^{l)} O V I D. de A. am. I. 623.

^{k)} L I V. lib. I.

Nec faciem, nec te pigeat laudare capillos,
Et teretes digitos, exiguumque pedem.
Delectant etiam castas praeconia formae.

Certe facilius apud probas laudatione proficimus, quam iurgio & rixa. Hoc CATULLO in mentem veniebat, cum reflagitaret pugillares ab amica, Ille enim primo rustice & incontinenter. ^{m)}

— ^T o lulum, lupanar,
Aut, si perditius potest quid esse,
Moecha putida, recede (scribe) codicillos,
Scribe, putida moecha, codicillos.

Tandem vero mutato consilio, & recantatis opprobriis:

Sed nil proficimus, nihil monetur,
Mutanda est ratio, modusque nobis:
Pudica, & proba, scribe codicillos.

Desiderat igitur blanditias PAPINIANVS, sed tales, quibus, ut fieri assolet, offensa mulieris placari possit, id est, non lasciuas illas atque iuueniles, sed consuetas in coniugio, & quae amorem ingenuum, & deliberatum, spirare videantur. Hoc enim etiam OVIDIVS ⁿ⁾ praecipit:

Sit tibi credibilis sermo, consuetaque verba:
Blanda rament.

Quandoquidem ipsa simplicitas orationis plerumque veritatis habet argumentum; & quae minus ornate dicta sunt, minus fraudis habere iudicantur. Nemo aptius expressit simplicitatem sermonis maritalis, quam OVIDIVS NASO ^{o)} dum Romanos inducit, iram Sabinarum, post raptum, oratione mollientes:

— Quid teneros lacrymis corrumpis ocellos?
Quod matri pater est, hoc tibi, dixit, ero.

Sed paullo copiosius & non minus eleganter, in eodem fabula LIVIVS: ^{p)}
„Parum id superbia factum, qui connubium finitimis negassent; illas tamen
„in matrimonio, in societate fortunarum omnium, ciuitatisque, & quo
„nihil humano generi carius sit, liberorum fore. Mollirent modo iras, &
„quibus fors corpora dedissent, darent animos. Saepe ex iniuria postmo-
„dum gratiam ortam: eoque melioribus vsuras viris, quod annexurus pro se
„quisque sit, ut, quum suam vicem functus officio sit, parentum etiam, pa-
„triaeque expleat desiderium. Accedebant blanditiae virorum, factum pur-
„gantium, cupiditate atque amore.„ Ex quo loco intelligitur, sermonem
maritalem illum consuetum, quo mariti plerumque uti solent, excusatione,
pol.

^{m)} CATULL. epig. XL.

ⁿ⁾ OVID. de a. am. I. 469.

^{o)} Ibid. 129.

^{p)} LIV. I. 9.

pollicitationibus, *laudatione* etiam, constare; ut credi possit, ex vero amore profecta esse, quae dicuntur a maritis. Ceterum, quae sint illa *consueta* verba, & quid Jupiter Junoni in aurem dicar, nolim indagare. Amor enim, si occasio tulerit, forte per se disertus est.

Sed, si ex laudibus defunctorum, quibus a maritis subinde in marmoribus antiquis ornatae sunt, licet coniecturam facere, quam blande viuas tractauerint vxores; ausim affirmare, nullam omnino gentem honestius & liberalius & amabilius in coniugiis versatam. In illis enim, *coniux* optime merens, anima innocens *q)* incomparabilis foemina, cuius nullam cupiditatem expertus sit maritus *r)* carissima, erga se diligentissima *s)* clarissima, omnium virtutum foecundissima *t)* castissima, purissima, dulcissima, insignis pudicitiae, rari exempli, desideratissima *u)* sincerissimae fidei & simplicitatis *x)* sanctissima, quae veteris probitatis admirabilia exempla superauerit. *y)* *Coniux virginea* *z)* pia, frugi, casta, pudica *a)* rarissima *b)* spiritu incomparabili *c)* iucundissima, *d)* quae, cum vixit, Dea, & sanctissima dicta est *e)* & centum alia occurrunt, ex quibus colligimus, amor ille castus, quam ingeniosus sit, ad mutuos amores prouocandos. Sed si viuis blandirentur, teste PLAVTO, *f)* qui naturae simplicitatem omnium pulcherrime imitatus est, etiam alia vocabula amoris ludicra, ut, *mea cura, mea amoenitas, mea anima, mi lepos, mea Juno, mea festiuitas*, adiecta.

Ita quidem Romani, aliquando cum vxoribus sermocinati sunt. Sed, non est obscurum, quod PAPINIANVS etiam *vxoribus* permittat, ut *maritali sermone* prouocent supremum iudicium mariti. Neque enim dubito, quin maritalis sermo etiam ad vxorem pertineat, cum verba facit ad maritum. Epim vero non solum PAPINIANVS l. 52. §. 1. *D. de don. inter vir. & vx.* vtrumque coniugem, maritos appellatit, ut intelligatur, etiam vxorem nomine *mariti* comprehendendi; sed VALERIVS & GALLIEN. etiam l. 5. C. de *inslit. vxori maritalem concordiam* commendant. Itemque apud GRVTERVM *g)* in marmore, laudantur coniuges, *maritali concordia* incomparabiles: ut dubitari non possit, vxoris etiam negotia, quae cum viro administrat, *maritalia*, & sermonem eius cum viro, *sermonem maritalem* recte appellari. Igitur ex sententia PAPINIANI, etiam vxoribus ignoscitur, quae hereditatem mariti, *sermone maritali*, exorauerunt. Certe illas de maritorum testamentis sollicitas fuisse, inter alias laudes mulierum, refert IUVENALIS: *h)*

Te-

q) GRVT. inscr. fol. 758. n. 8. *r)* id. 604. n. 5. *s)* id. 326. *t)* id. 1141.
u) 1116. n. 2. *x)* 1145. n. 2. *y)* id. 1098. *z)* 932. n. 8. *a)* 826. 6.
b) 448. 6. *c)* 563. 7. *d)* 900. 3. *e)* 613. 5. *f)* PLAVT.
 casin. II. sc. III. v. 14. sqq. *g)* GRVT. inscr. fol. 435. 2. *h)* IUV.
 VEN. sat. VI. v. 268.

Testandi cum sis lenonibus atque lanistis.
 Libertas, & iuris idem contingat arcana;
 Non vnus tibi rivalis diſabitur heres.

Illas enim fere magis ad amicam orationem & maritales blanditias natura comparauit. Huc fere illa pertinent, de quibus Dametas apud VIRGILIVM i)

O quoties, & quæ, robis Galatea locuta est.
 Partem aliquam, vendi, diuum referatis ad aures.

Neque minus disertæ sunt in lapidibus antiquis apud GRVTERVVM, in quibus *maritum benignissimum*, carissimum, k) dulcissimum, l) dignissimum, m) incomparabilem, n) patientissimum, indulgentissimum, o) obsequentissimum, p) omnibus exemplis bene de se meritum, q) optimum, sanctissimum, r) *γλυκύτερον ἄνδρα*, s) *σύμβιον ἀσύνκρictον, σύμβιον τελειότερον* t) appellant. Denique, cum Græce amare discerent, imprimis frequentatum est illud, *ζωή, καὶ ψυχῆ, κύριε μῶ, μέλι μῶ, ψυχῆ μῶ*, quod IUVVENALIS u) atque MARTIALIS x) inter familiaria coniugum vocabula, referunt.

Habes blanditias *sermonis maritalis*, quibus coniux coniugis animum, testamenti faciendi causa, demulcebat. Et discedam ab hoc loco, si illud vnum adiecero, etiam *iurgium* mariti cum vxore, aliquando *sermone maritali* contineri, neque esse impedimento, quo minus valeat testamentum. DIOCLETIANVS certe l. 3. C. si quis aliqu. test. prohib. omnem sermonem, quo uti soleant mariti ad vxores, liberaliter admittit, ad iudicium supremum vxoris prouocandum. Sed quis dubitet, in illa societate tot calamitatum communium, in tot offensionibus humanæ vitæ, in tanta leuitate sexus muliebris, interdum vinci & pertundi patientiam mariti, vt cum vxore, dissimulatis tantisper blanditiis, serio agere, merita in illam ostendere, eius incontinentiam, & temeritatem verbis castigare, ita illam ad frugem reducere, & a consilio perdendæ hereditatis, & mutandi iudicii supremi, reuocare debeat, & spem tot beneficiis quæsitam, quocumque possit modo, conseruare. IUVVENALIS enim auctor est, hunc sermonem coniugibus maxime consuetum esse. y)

Semper habet lites, alternaque iurgia, lectus,
 In quo nupta iacet,

Y 2

Quæ

i) VIRGIL. ecl. III. v. 72. k) GRVT. inc. fol. 424. 3. l) id. fol. 727. 2.
 m) 338. 5. n) GRVT. 466. I. o) 704. 6. p) 349. 2. 778. 6.
 q) 459. 9. r) 472. 4. s) 758. 6. t) 770. 4. 777. 10. u) IUV-
 VEN. sat. VI. v. 795r x) MART. X. ep. LXVII. y) IUV. sat. VI. v. 268.

Quae quamuis dura sint, & præter viri honesti votum eueniant, tamen in illa coniunctione, quae vix dissimulationem doloris admittit, interdum veniam merentur, atque aliquando iusta sunt, & culpa carent.

§. IV.

Facilius ignoscitur sollicitationibus coniugum. Iurgiatatem mereri studeat, PAPINIANVS generaliter in omnibus admittit l. 70. etiam continet. D. de hered. instit. Sed, aut omnia me fallunt, aut d. l. 3. D. & l. ult. C. gum testa- si quis aliquem test. prohib. plus maritis indulgetur: vt vincant animum vxoris. Sermo maritalis quem PAPINIANVS & DIOCLETIANVS permittunt, certis fere finibus non regitur, sed in tanta coniugum familiaritate, in tam longo consortio, liber est, vt non facile certis vinculis adstringi possit. Multae sunt, & quotidianae opportunitates, quæ inuitent ad sermonem de hereditate relinquenda. Miror GOTHOFREDVM, qui ad d. l. 3. D. si quis aliqu. test. prohib. negauit, suggerendam esse vxori testamenti factionem sermone maritali. Hoc si verum esset, nunquam valerent testamenta coniugum. Quis credat, illos, inter tot blanditias, & occasiones, nunquam de scribendo testamento, & de hereditate relinquenda, inter se deliberare. Enim vero DIOCLETIANVS d. l. 3. diserte permittit, vt maritus supremum iudicium vxoris prouocet sermone maritali. Sed hoc fieri vix potest, nisi aliquando, etiam directo, cum illa, de testamento faciendo, & hereditate sibi relinquenda, habeat sermonem. Imo PAPINIANVS etiam d. l. 3. si quis aliqu. test. proh. marito ignoscendum esse ait, si vxorem, quae mutandi testamenti, & adimendae hereditatis consilium ceperit, auocare ab eo proposito, & illud dissuadere, atque offensam mulieris placare studeat, sermone maritali, ne faciat omnino codicillos. Sed hæc fere cogitari non possunt, sine aliqua suggestione. Quæ esset illa familiaritas, si cauendum esset coniugi, ne ipsi excideret verbulum de testamento, & si esset periculum, ne a cognatis suae vxoris postea sollicitationis importunæ & immodicæ accusaretur? Quis hoc ferre posset, si exquirerentur post mortem omnes arcani coniugum sermones. In tanta coniunctione rerum omnium, obstationes, preces, etiam crebrae atque repetitæ, quae in aliis ferri vix possent, nihil habent importunitatis.

Ita etiam de iurgio habendum, & de seuera increpatione, qua maritus intercedit, ne vxor sibi adimat hereditatem. Et hic enim maritalis sermo, a coniugibus quandoque, si res postulet, non minus quam blanditiæ, frequentatur. Finge enim, maritum sua in ipsam merita ostendere vxori, beneficia commemorare, quot eius offensiones & iniurias tulcrit, qua pati-

entia ipsius imbecillitati indulserit, quibus sudoribus patrimonium eius ser-
uauerit, quo suo incommodo illam aluerit, & ornauerit, vt se digne exhi-
bere possit, enarrare; praeterea ipsum conqueri, quod hæc ipsi gratia red-
datur, quod opes, suo studio auctæ & seruatae, aliis deglutientiae offeran-
tur, se, cum sentiat, ita fecum agi, ipsum etiam alio in illam animo futu-
rum; finge illum porro, liberorum mentionem iniicere, suam calamitatem,
indigentiam prolis periculum futuri temporis, sermone maritali explicare;
finge denique vxorem, his rationibus & querelis permotam, tandem cedere,
& maritum scribere heredem; & cenfeo, valere testamentum sermone maritali
prouocatum. Inter coniuges certe hæc tanto facilius feruntur, quanto
iustiores sunt preces illae, quibus illam sibi, pro tot meritis, gratiam referri
petunt, vt heredes scribantur testamento.

Neque vero quisquam obiiciat, *metu coactam* videri testatricem, cui
maritus sermone maritali, eoque seueriore, persuaserit, vt ipsum scriberet
heredem. Respondet enim VLPIANVS l. 14. §. 1. D. *solut. matr.* recep-
tum esse, vt maritis *reuerentia* exhibeatur. Sed quae *metu reuerentiae* de-
bitae, & cogitatione officii, de quo vxor admonita fuit a marito, facta
sunt, metu illiberali non extorta iudicantur. CELSVS enim l. 22. D.
de ritu nupt. docet, illam, quae reuerentia alterius, cuius iuri quodam-
modo subiecta est, tandem consentit, *inuitam* non censeri, sed *maluisse*
hoc videri, in quod, per reuerentiam consensit.

Vnum illud prohibet PAXINIANVS, ne per *vim* ac *dolum* maritus
intercedat, ne vxor, mutata voluntate, codicillos faciat, d. l. 3. D. *si*
quis al. test. prohib. sed *vis* ac *dolus* non *praesumuntur* in *maritali concor-*
dia coniugum. Omnia alia facilius credimus interuenisse, quam viri *vim*
& *dolum.* Multa videntur *ad vim* spectare, quae, in *illa familiaritate*
coniugum, nihil habent vitii & culpae. Igitur oportet euentissimis *pro-*
bationibus docere, vim adhibitam fuisse. Qualia sunt, quae habet VL-
PIANVS l. 1. pr. ff. *si quis aliqu. test. prohib.* vt, si prohibuit testamen-
tarium, id est, scribam, cum testibus, introire, cum vellet vxor muta-
re testamentum.

Generaliter ALEXANDER l. 1. C. *eod.* desiderat, *compulsam* esse testa-
torem ab eo, qui heres institutus est, vt testamentum, quali *per vim* ex-
tortum, infirmetur. Ausim, affirmare, non videri *compulsam* vxorem ad
testandum, nisi *vis immediate*, quod dicunt Philosophi, *circa actum te-*
standi cum illa perseveraret in illo consilio, adhibita fuerit vxori. Hoc ostendit
exemplum VLPIANI d. l. 1. *eod.* & l. 3. §. 5. D. *ad SCrum Trebell.*

vt, si quis abigat testamentarium & testes. Tunc enim videtur impedimento *fuisse*, ne testamentum ordinari posset; quod non permittit DIOCLETIANVS l. 2. C. *si quis aliqu. test. prohib.* Cetera, quae in matrimonio durius gesta sunt, non videntur *vim*, testamenti causa illatam, continere. Alioquin dura esset conditio mariti, cuius omnia dicta & facta in coniugio, post mortem vxoris, pessimo exemplo, inquiri, & in malam partem trahi possent a coniunctis, spe testamenti infirmandi. Multa in matrimoniis fiunt, & per affectionem maritalem condonantur, quae, ab aliis facta, vim continere & pessimo exemplo suscepta viderentur. Finge igitur, maritum, sermone maritali, vxorem compellasse, vt se scriberet heredem; finge illum, cum vxor aliena esset ab illo consilio, remisisse aliquid a pristino calore & studio in ingratiſſimam vxorem, imo etiam cum illa rixatum, & rustice ac incontinenter rem gessisse, aliquando, per occasionem, ad verbera peruentum esse, post ea factum esse ab vxore testamentum, vt mariti animum placaret. Sed non videbitur vis adhibita vxori, quia *immediate*, circa actum testandi, cum perseueraret in consilio mariti excludendi, non pulsata fuit a marito. Nuper certe *scabini* Vitembergenſes, in eiusmodi specie oblata, dixerunt valere testamentum; quamuis appareret, vxorem aliquando pulsatam esse a marito. Sufficiebat enim, quod non *immediate circa actum testandi*, aut testamenti causa, ab illo pulsata videretur.

Eadem fere etiam de *dolo* mariti dicenda sunt, quo testamentum vxoris infirmatur. Neque enim videbitur maritus *dolo* quid gessisse, nisi *immediate circa actum testandi* aliquid fraudis admiserit, quo vxoris libertas impediretur. Talia sunt illa, de quibus PAVLVVS l. 2. D. *si quis aliqu. test. proh.* tractauit: vt, si dolo malo fecerit, quo minus testes conueniant, & *per hoc* deficiat facultas testamenti faciendi. Tunc enim dolus manifestus interuenit. Sed si vxori submisit curatorem, qui repeteret sermonem mariti, & suaderet heredis institutionem, testamentum etiam scriberet, & vxori commendaret; nihil vitii habebit testamentum.

Hæc non ideo disputata sunt, vt barbaram mariti incontinentiam & asperitatem excusemus. Vt quisque est vir optimus, ita maxime detestabitur rixas & iurgia, pestem illam dulcissimae & amicissimae societatis; vt malit non habere, quae ab vxore inuita in ipsum transferantur. Defendendæ sunt vxores a maritis, quod PAVLLVS præcipit l. 2. D. *de iniur.* quae in mariti sinum & tutelam, cum tanto suo incommodo, confugiunt, seque & sua omnia permittunt liberaliter marito, blande & humaniter afficiendæ sunt, quae non habeant alium, cui confidant, in cuius umbra requiescant. Sed cognatis etiam non indulgendum est, qui iniuriam marito faci-

faciunt, &, quæ innocenter ab ipso facta sunt, in criminationem *violentiæ* & *doli* trahunt, iustissimæ hereditatis adimendæ caussa.

Quæ cum ita sint, cauendum est aduocatis, ne, dum testamenta coniugum impugnare audent, *generaliter*, vxorem a marito, ante testamenti factionem, aliquando, aut sæpius indigne tractatam, aut importunius de hereditate relinquenda sollicitatam esse, dicant. Frustra enim victoriam sperabunt, nisi *speciatim* commemorent, *quomodo vis* aut *dolus immediatus*, circa actum testandi, interuenerit, vt appareat, an *compulsa* fuerit a marito ad testandum.

§. V.

Satis credo, comprobatum est, maritum non facile existimari, aliquid per *vim* & *dolum* gessisse, circa vxoris testamentum. Sed res minus ^{Excluditur suspicio violentiæ si vxor superstes fuerit non mutato testamento.} habet dubitationis, si vxor *vixerit post testamentum*, & nihil conquesta sit, de vi, qua compulsa sit ad hereditatem relinquendam, & nihil mutauerit de suprema voluntate. ALEXANDER enim l. 4. C. de his, qui voluntatem suam, ad quam edendam fuerit compulsa.

Consentio enim DIONYSIO GOTHOFREDO, qui ad dictam legem 4. arbitratur, commodius probari metum illatum testatrici, si coram aliquot testibus significauerit, se vi compulsum ad testandum. Contra, si nihil illorum ab vxore factum fuerit, si perseuerauerit in voluntate, quamuis colloqui potuerit, cum amicis, aut iudicem adire; certissime diluitur suspicio violentiæ aut doli admissi a marito. Aperte enim VIPIANVS l. 23. pr. D. quod met. caussa non est verisimile, inquit, *compulsum* aliquem in vrbe quid fecisse, quum potuerit ius publicum inuocare, & adire aliquem potestate præditum, qui vique, vim eum pati, præhibuisset. Sed huiusmodi *presumptioni* debet *apertissimas probationes violentiæ* opponere.

Neque tamen aliquis obiiciat, *ab initio non valuisse* illud testamentum, ad quod vxor compulsa sit, ideoque illud ex interuallo *non conualescere*, propter silentium vxoris. Enim vero huic responderetur, non illud conualescere ex interuallo; sed silentium illud esse argumento, vim non adhibitam fuisse, & testamentum *ab initio* omnino substiisse. Ita certe haud ita pridem visum est *scabinis Vitembergensibus*, quibus eiusmodi species offerebatur. Marito male conuenerat cum vxore sua: secubuerat interdum per dies aliquot ab vxore, sæpe de testamento illam interpellauerat, multæ controuersiæ inter coniuges ortæ erant, aliquando etiam verberauerat vxorem, tandem vxor fecerat quidem testamentum; sed ex *suggestione* mariti, qui ipse

curatorem eius aduocauerat, & ab illo, vt testamentum scriberet, atque vxori commendaret, impetrauerat: quae omnia libello comprehensa erant,

Vxor acceperat scripturam curatoris, singulis paginis nomen suum subscripserat, ita subscriptum testamentum iudici obtulerat, pro tribunali: postea vixerat per menses aliquot, nihil mutauerat, nihil conquesta erat. Sed cognati volebant infirmari testamentum, & pro nullo declarari. Iudicatum est, Daß die Klage, immassen sie angebracht, nicht statt hat. Res erit luentior ex rationibus adiectis:

Dieweil Kläger, worinnen das ungestüme Anhalten, und die Bedrohungen, durch welche Beklagens verstorbenes Ehe-Weib, zu Verfertigung ihres letzten Willens, von demselben gezwungen worden, bestanden, und, daß Beklagter sie unmittelbar zu der Unterschrift des Testaments mit Gewalt oder List genöthiget, eigentlich, und mit einiger Gewißheit, anzuführen nicht vermogt, die übrigen in der Klage enthaltenen Umstände hingegen das gerichtlich übergebene Testament, welches die Vermuthung der Solennität und Richtigkeit vor sich hat, nicht entkräften mögen, in mehrerer Erwegung, einem Ehe-Manne, durch Zureden, und Vorstellungen, das Ehe-Weib zu Abfassung eines letzten Willens zu bewegen, nachgelassen,

l. 3. D. & C. si quis aliq. test. proh.

Hiernächst die zwischen denen Ehe-Leuten, dem Anführen nach, zu gewissen Zeiten entstandene Uneinigkeit, wegen welcher die Ehe-Frau ihrem Manne sich dann und wann entzogen, dem nachhero errichteten letzten Willen seine Wirkung nicht benehmen kan, gestalt auch dem Ehe-Manne, seiner Frauen Vermögen an sich zu nehmen, und solches zu administriren frey gestanden, überdieß die Erblasserin, das von D. N. aufgesetzte Testament nicht allein eigenhändig unterschrieben, sondern auch gerichtlich insinuirt, mithin ihre Genehmhaltung hinlänglich zu erkennen gegeben, auch, bey solcher Verwandsch, da Sie des Schreibens nicht unerfahren, die Vorlesung des Testaments nicht nöthig gewesen, ausserdem dieselbige, nach beschehener gerichtlichen Insinuation, noch einige Zeit am Leben geblieben, gleichwohl ihre Willensmeinung, wie ihr freygestanden, nicht geändert oder widerrufen, dahero, daß selbe solches Testament wider ihren Willen übergeben, nicht behauptet werden mag,

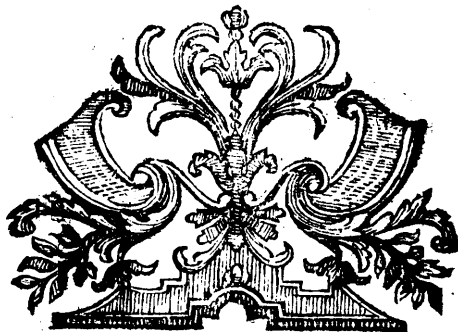
L. 23. pr. D. quod met. causf.

nächst dem die angezogene Furcht vor ihrem Ehe-Manne, durch welche sie zur Unterschrift des Testaments bewogen worden, in Ermanglung anderer Umstände,

stände, allenfalls pro metu reverentia zu achten, mithin der Beständigkeit des letzten Willens dadurch nichts benommen wird:

arg. l. 22. *D. de rit. nupt.*

Es ist, als im Urtheil enthalten, von uns billig erkannt.



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 Longofalissa-Thuringus Vit. d. Oct. 1739. pag. 897
- XLII. *De usufructu praedii voluntarii; ad L. 13. §. 4. D. de usufr. disp.* auct. Io. Fr. P A C K B V S C H. Lipsiensis. Vit. d. 22. Dec. 1739. 905
- XLIII. Obseruatt. ad L. 19; D. de verb. signif. *de his quae familiae relictae sunt*, defend. Io. Gottl. S T O C K M A N N Kuhnitzsch. Misn. Vit. d. Aug. 1740. 931
- XLIV. Progr. inaug. *de immunitate & vacatione a muneribus*, summos vtr. iur. hon. Io. Chrst. S C H V M A N N Dresdensi aduoc. immatric. & not. publ. caesar. conferendos ind. Vit. d. 21. Nou. 1740. 942
- XLV. *De iure viuariorum; von Thier-Gärten*, disput. Io. Gottl. Frid. P E Z O L T V S, Islebiensis. Vit. d. Dec. 1740. 945
- XLVI. Progr. inaug. *de iure bagarum & viuariorum apud Germanos*, Summos vtr. iur. hon. Io. Gottl. Frid. P E Z O L T 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. P E C K O L D V S, Schenkendebriensis. Vit. d. Mart. 1741. 983
- XLVIII. *De tutore aneclogisto & quando rationes tutelae reposci nequeant; ad L. 5. §. 7. D. de administr. & periculo tutor.* disput. Io. Frid. O T T O, Sorbigiensis Misnicus. Vit. d. Iun. 1741. 1006
- XLIX. Obseruatt. *de cautela Socini & quando illa sit inutilis*, defend. Chr. Frid. M E Y E R. Iutreboc. Saxo. Vit. d. Aug. 1741. 1027
- L. *De deposito cum fideicommissio utili ut res post mortem deponentis tertio restituantur; ad L. 26. D. depositi, & L. 77. D. de legat. 1.* disput. Carol. Frid. R I C H T E R. 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. H E M P E L I V S, Lengensfeld. 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 appulsum esse animum *ad testamenti factionem*, nisi congenita *libido timarum vo-*
illa *imperandi* homines, etiam mortis cogitatione perturbatos, aliquando *luntatum*
tangeret, & excitaret, vt, cum viui impofterum non possint, tamen mortui
præcipiant, quo res ex 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* reguntur,
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* amicam & 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, & solícite 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 captare 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 recusent, 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 festertium pensationem: „Imo vero, auisim 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 suppucebat etiam ineptiarum, quorum plerumque plena erant testamenta: ut mallent 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 faucemus ineptissimo custodi prædæ, quæ, illo remoto, nobis debeat.

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 MORATIVS FLACCVS subodoratus est, qui monet heredem cupidum, ne testamentum inspiciat, quamvis oblatum sibi, [ut 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, multisque coheres,
Veloci percurre oculo.*

Vt appareat, non satis tutam & sinceram fuisse illam facilitatem testatorum, qui *viui* testamenta proferebant. Sapienter igitur prætor iudicauit, commu-
ne votum esse testatorum, ut *occultentur* ipsorum iudicia, & in secreto habeantur, donec ipsi satis fuerint defuncti. VLPPIANVS enim l. 2. §. 4. *D. testam. quemadm. aper.* auctor est, si *dubitetur*, utrum *viuat*, cuius quis testamentum inspici & describi velit, prætorem causa cognita statuere: ut, si liqueat, *eum viuere, non permittat inspici 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 Cornelie 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. Ut

A 2

taceam

f) HEINSIVS ad Petronii satyric. c. 71.

g) PETRON. arbitr. satyric.

h) HORAT. Il. sat. 5. v. 51.

i) PAVLL. 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. *Satis* prouidenter igitur prætor custodit & *occultat* viuorum testamenti. 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*, quicumque desiderent tabulas testamenti inspicere, inspiciendi describendique postetatem se facturum. Ideoque *VLPPIANVS*, l. 2. pr. eod. testamenti tabulas, ait, non vnus 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 *transfigere*, quam expectare, vt inuidia aut simplicitate testatoris deludantur. Sætius ineptiæ luculentæ testatorum, in supremis voluntatibus inprimis 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 SCris, *PEGASIANO* & *TREBELLIANICO*, interponebantur.

Igitur, quamuis prætor credat, ad partes suas pertinere, vt defendat defunctorum voluntates, tamen permittit, vt *transfigatur* 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 *trans-*
actum

actum fuerit, nihil amplius peti posse, arbitratur. ANTONINVS etiam l. 2. C. de *transact.* si vel quæstio hereditatis nulla apud iudicem fuisset, tamen *transactionem* de successione ratam esse voluit: & l. 1. C. de *pactis*, propter incertum litis euentum, etiam de *fideicommisso* fratribus permisit 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 GAILIVS ^{k)} maxime *propter exemplum*, sollicitè defendant coheredum pietatem, qui *transactione* potius, quam, lite, controuersiam ex testamento finiuerunt: cum ipse etiam testator, ipsorum concordiam, quam dissensionem, maluisse videatur.

Sed, hæc vt cunquæ 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, rectè 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 in primis æstimatur, coram ipso expositum fuerit, vt intelligat, *non inique transigi*, contra voluntatem testatoris.

Ceterum *generaliter* interdicit prætor, ne in testamentariis controuersis 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 GAIVM l. 6. D. de *transact.* de his controuersis, quæ ex *testamento* proficiuntur, non facile *transigi* permittat, nisi *inspectis cognitisque verbis testamenti*. De quo argumento, operæ pretium videtur, plura admonere.

§. 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 *de restamento non inspectis tabulis non est ip. so iure nulla sed subinde rescinditur propter dolum inprimis.* 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) B O E H M E R O , p) placuisse. Enimvero interpretes oppido falluntur, qui credunt, propter *fauorem testamentorum*, quæ, publice interfit, exitum habere, prohiberi *transactiones*, quæ, *non inspectis tabulis*, in fraudem testamenti, ineantur. Ausim affirmare, G A I O in mentem non venisse *fauorem* ultimarum tabularum, cum prohibuit, ne, non inspectis tabulis, de testamento transigatur, Enimvero, si *necesse* esset, ut *obtemperetur* testamento; profecto, ne *inspectis* quidem *apertisque tabulis* efficaciter transigaretur: cum magis fere, & apertius, voluntas defuncti eludatur, si *tabulis apertis*, contra eius voluntatem, *transigamus*. Sed, quod supra obseruatum est, imperatores atque prætor; odio litium & controuersiarum, facile admittunt transactiones de successione, ut ne quidem *ob nouiter reperta instrumenta*, quæliacunque 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, ut transactio testamentaria subsistat.

Igitur, cum *fauor testamenti* non possit esse *caussa idonea*, ob quam transactio, non inspectis tabulis inita, omnino infirmetur; ego quidem non video, quid vitii habeant transactiones illæ; nisi *de dolo* transigentium subinde *susplicemur*. Sed illa suspicio, quæ ex dissimulatione & neglectu tabularum oritur, non ita penitus certa & expedita est, quo minus illa dilui interdum possit, & transactio confirmari, quæ odio litium & controuersiarum pacifcentibus placuit, priusquam tabulæ inspicerentur.

Igitur non videtur omnino *nulla esse* transactio, qua controuersia testamentaria, *non inspectis tabulis*, interdum finiuntur. Neque enim mouet me T H E O D O S I auctoritas, qui l. 5. C. de *legibus*, *inutilia & nulla* esse ait, quæ lege fieri *prohibeantur*. Enimvero 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 testamento transigatur. Sed ait duntaxat, non *posse* aliter transigi, aut veritatem exquiri, in controuersis, quæ ex testamento proficiantur, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. At vero, noli existimare, quod *simpliciter*, fieri illud posse, neget, si bona fide transigatur. Nimirum idem ille

l) G A I L. II. obs. 139. u. 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 obstat 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 videretur 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 GAIUS 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 pactiōnem transigentium, si ipso iure nulla & infirmata videri potuisset.

Denique, res disputatione vix indiget, si VLPIANVM audiamus, qui l. II. pr. D. *de except. re iudic.* rem iudicatam, ideoque etiam *transactiōnem*, 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 controuersie ex testamento, non inspectis tabulis testamenti, finiuntur; sed illam *rescindi* aliquando, inprimis propter *dolum*, quem vnice transactionibus obstat, supra fuit comprobatum. Neque tamē 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 vtriq; *cognita fuerit voluntas testatoris*, & postea tabulis apertis intelligatur, transigentes probe perspexisse sententiam defuncti, cessare suspicionem doli atque circumuentionis.

nis. Enimuero *GAIUM*, 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, caussa, viui heredibus proferre & recitare testamentum: vt gener ille *Nasicae*, apud *HORATIUM FLACCUM*, *q)* qui

— — *tabulas focero dedit, atque
Vt legat, oravit: 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. Expediendum 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 profus perspectam fuisse transigentibus supremam voluntatem. Sed magis est, vt dicamus, adhuc *valere vim transactionis*. Enimuero, 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 causetur, 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 *fixisse* 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 *MANTICÆ*, *r)* *ANTONIO FABRO*, *s)* *SANDIO*, *t)* *PEREGRINO*, *u)* *HERTIO*, *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)* SANRE IV. §. 15. *u)* PEREGRIN. de fideic. § 2. 21. *x)* HERT. resp. 94. p. 208. n. 2.

BOEHMERO; y) placuisse, ut valeat transactio, perfecta aliunde testatoris voluntate.

§. V.

Efficaciter igitur transfigitur de testamento, si partes non ignorent sententiam supremæ voluntatis. At vero quid dicemus, si verba testamenti non fuerint perfecta, sed vagi rumores duntaxat ad nos peruenerint, ex quibus oriatur suspicio, de re nostra, aut nobis obligata, nullo iure suo, testatorem in iudicio supremo legauisse: an valebit transactio, si, non inspectis tabulis, cum herede paciscamur, ut rem nostram, aut nobis obligatam, nobis restituat, non obstante iudicio supremo testatoris.

Valeat transactio si non principaliter de testamento sed de iure nostro transfigamus. Idem obtinet, si de ipso iure testamenti sit controuersia

Sed vix est locus dubitationi, quin in illa specie efficaciter omnino transigamus. GAIUS enim in illa lege 6. D. de transact. quam sæpius tetigimus, tunc demum aliquam difficultatem obiicit, si controuersia ex testamento profiscatur, ut, non inspectis eius verbis, transigi non possit. At vero expeditum est, illam controuersiam non ex testamento profiscisci, quæ ad ius aliquod, aliunde nobis acquisitum, pertinet, & decidi potest, quamuis nunquam eius rei in testamento esset mentio iniecta. Caue igitur existimes, omnes illas controuersias confestim testamentarias videri, quas verbis quibusdam tetigit 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 inficitissimi inspidique testamenti. Enimvero doli suspicio obstabat transactionibus, quæ de controuersia testamentaria, non perfectis testamenti verbis, ineuntur: quia probabile omnino videbatur, de industria occultari testamentum, ne alter cognoscat, quid sibi fuerit adscriptum. Sed cessat illa suspicio, si constat de iure nostro, quod nobis eripi non potuit, quibuscunque tandem verbis testamentum fuerit perscriptum. Igitur placent mihi HARTMANNVS PISTORIS, 2) FACHINEVS, a) & CARPZOVIVS, b) qui de iure nostro, & rebus alio iure nobis obligatis, efficaciter transigi omnino posse arbitrantur, quamuis forte, in testamento de illis dispositum, intelligatur.

Neque dubito, quin ita etiam sentiendum sit, si non de verbis, sed de ipso iure testamenti, & vtrum valeat omnino testamentum, transigatur. Et hæc enim controuersia interdum decidi potest, quamuis verba testamenti ignorantur: ut, 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. 1. 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. I. §. 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 inspicatur. 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-
spektioni 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 inspektioni tabularum*.

Neque verò dubito, quin ita efficaciter subinde transigatur, si de dolo alterutrius partis non appareat. Enimuero infirmantur interdum eiusmodi transactiones, quod saepe 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 HERTIVM ^{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) HERTIVS T. I. resp. 164. n. 4. p. 334.
n. 37. p. 136. 3. n. 3.

d) BOEHM. T. II. P. I. resp. 94.
e) DE BERGER resol. Lauterbach. p. 80. sq. oec. iur. VI. 34.

§. VII.

Non erit difficile, ex his, quae adhuc copiosius tractata sunt, statuere ^{judicium de} de illa specie, quae haud ita pridem *ICtis Vitembergensibus* proponebatur. ^{specie singu-}
lari.

Caius inter liberos bona sua *uiuus* 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 *nondum apertis tabulis*, restagabat 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 finiebatur, 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 testamenti non inspectis*. Respondebatur: subsistere transactionem:

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

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

l. 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 Beständigkeit eines dieserhalb getroffenen Vergleichs nicht eben schlechterdings erfordert wird, andern Theils mehr berührter Vergleich nicht hauptsächlich auf der Hirschickin letzten Willen, sondern auf das Eigenthum des streitigen Grundstücks, dessen Kläger sich anzumassen wohl befugt gewesen, und darüber die Hirschickin zu disponiren nicht vermocht, gerichtet worden, demnach obangezogene Verordnung derer Rechte auf gegenwärtigen Fall nicht zu erstrecken, allenfalls solche Vergleiche nicht so gleich vor nichtig und ungültig geachtet, 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 beruffen kan, noch sonst einige Billigkeit vor sich hat, vielmehr der Groß-Vater die zum Besten seiner Enckelinnen, 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 unzweifelhafte Rechte gegründet ist, und das Vorgeben einer geschehenen Uebereyhung 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 voluptu-
rium volup-
tuosum.*

Ita fere pulcherriman hanc *uniuersitatem rerum omnium*, ipsa natura, constitutam atque diuisam esse, cernimus, vt *calamitates* huius vitæ, ne prorsus intolerabiles videri possint, *varietate* quadam mirifica, & *vicissitudine 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* intelligimus *honestam* illam, & simplicissimam, administratam a natura, quae *exhilararet* animum iucunditate, & remissione, vt obfirmatiores, ad perferenda vitæ incommoda & labores, redeamus. Enimvero, si TULLIVM ^{b)} audias, solemus incundum illud, quod sensus exhilarat, atque id omne, quo *gaudemus*, *voluptatem* appellare, vti omne illud offendimur, do'orem.

Sed illam quidem, quam diximus, remissionem animi cum ira 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. Ipsietiam *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. 58.

c) COLVMELL. de re rust. L. VIII. c. 11.

alio loco, d) propter contemptum luxus & desidia, plebi vrbanae longissimè praetulit, propter vitae rusticae taedia, captant vndique *voluptates* adquirere, quibus solitudines ruris *eblandiantur*: vt a plurimis illorum etiam *pa-uonum* educatio non aliena sit; quamuis illa magis vrbani patrisfamilias, quam tetrici rustici curam, postulare videatur.

Quarum rerum studio cum omnes tenerentur, quamuis, secundum PLINIVM e) patrisfamilias is fructus maxime probari debeat, qui *minimo impendio* constaret, tamen coeperunt, non solum *urbana* praedia, sed etiam rustica, ad vsum *voluptatis* diligentius accommodari; vt pleraque omnino *sumtuosa* fierent, & ipse COLVMELLA f) in homine frugi, qui praedium emturus sit, *facultatem impendendi* desideret: quandoquidem non satis sit scire omnia, & velle *sine sumtibus*, qui exiguntur ad fundum percolendum. Hoc igitur consilio vt, & rem familiarem seruarent, & iucunditate aliqua perfruerentur, primo praediis *subiungere* aliqua coeperunt, quæ *ad voluptatem* pertinere viderentur. Solebant enim, si VITRUVIVM audias, g) quæ aedificiis propter voluptatem adiuncta erant, *membra* praediorum, & *voluptaria* accessiones, subinde appellare. Certe secundum COLVMELLAM h) rusticis maxime praediis & dominicis habitationibus subiecta sunt *viuaria*, vt in conspectu domini clausa *venatio* oculos possidentis oblectaret; sed *urbanis* etiam *viridaria* adiecta, & horti a dominis subinde comparati, vt, quod PAPINIANVS ait, l. 91. §. 5. D. de leg. 2. domos *amoeniores* possiderent: praeterea balneae aedificatae, quæ *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 VLPIANO l. 8. §. 7. D. de instruct. vel instrum. leg. quæ viridaria amoenissima habebat, vt etiam serui *topiarii*, & arienses, & 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, inuexerunt, 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 rerust. L. I. c. 1. g) VITRUV. L. III. c. 1. h) COL-
 VMELL. praef. libri IX. i) COLVMELL. L. I. cap. I. de re rust. k) LI-
 VIVS in praefatione operis.

Sunt enim quaedam, ut ait A. GELLIVS ^{l)} quae, quamuis vsui esse non possint, emuntur tamen, ut sua specie oblectent: aut, quae secundum LABEONEM l. 19. D. *de seruitut.* habere possumus, quamuis ea non sint *utilia*: aut, si MARCIANVM audiamus, l. 41. §. 1. D. *de seruitut.* quaedam possidentur, in quae plus *impendimus*, quam ex illis *acquirere* possimus: aut, quae *speciem* dumtaxat 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. & II. D. *de impens. in res dotal. fact.* *Voluptaria*, sed a PAVLLO l. 10. eod. & l. 79. §. 2. D. *de verb. sign. 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 torsit interpretes, quid sit illud, quod praedium *voluptate* fuisse dixit VLPIANVS. Non enim ita latine dici, obseruarunt. Igitur V. C. GERARDVS NOODT ^{m)} non *voluptate*, sed *voluptare* praedium, scribendum esse, ait. Est enim ipsi probabile, veteres aequae *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 TVLLIO ^{s)} placuit. Mihi tamen nunquam persuadere potui, VLPIANVM de. l. 13. D. *de usufruct. voluptare* praedium scripsisse. 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 *volupt-*

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.

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

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

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, videlicet Antiocho, captas *Asiae* ciuitates, tanquam *voluptarias* possessiones, inter socios suos diuississe, cum gloriam sibi vindicandam, sociis opum *luxuriam* relinquendam esse, iudicarent. Imo etiam PLAVTVS ^{x)} nationem Epidamnam, cum tota esset in voluptatibus, gentem *voluptariam* aliquando nominauit. Itaque ignorat Latium *voluptare* praedium, & solum *voluptarium* agnoscit. Sed de his quidem, satis est, obiter admonuisse.

§. II.

Ex his, quae adhuc obseruata sunt, non potest esse obscurum, quod *Praedium voluptarium praedium* dicamus illud, cuius species non sine sumtu exornata est ad amoenitatem, ut plus impendi debeat, quam ex fructu adquiratur. ^{Prædium amoenum, feneum elegans.} Ita enim colligimus ex illis, quae LABEO l. 19. de *seruit.* & MARCIANVS l. 41. §. 1. D. de *usufruct.* atque VLPIANVS 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, omnia 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 *amoena*, atque ad amoenitatem *comparata*, appellari. Ita VLPIANVS l. 13. §. 4. D. de *usufr. voluptarium* illud praedium esse, dixit, quod viridaria habeat, & gestationes & deambulationes, arboribus *infructuosis opacas & amoenas*; ut intelligatur, praedium voluptarium, imprimis *sumtu*, sed *infructuoso*, & *amoenitate*, aestimari. Ita etiam PAVLLVS l. 79. §. 2. D. de *verb. signif.* *aquas salientes* inter *voluptaria* retulit, quas POMPONIUS l. 3. pr. D. de *aqua quotid. & aestiu.* dixerat *amoenitatis* causa comparatas. Neque alia fere ratione *balneum amoenum*, aut inter diaetas *amoenas* positum, appellat VLPIANVS. 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 PAVLLVS l. 16. §. 1. D. *quod vi aut clam, voluptatis* causa interesse, ait, ne arbores, quamuis non frugiferae, sed ad *amoenitatem* positaе, 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 VLPIANVS atque PAVLLVS l. 13. §. 4. D. de *usufr.* & l. 79. §. 2. D. de *verb. signif.* doceant *viridia & hortos* ad *praedia voluptaria* referri.

Igitur apparet, veteres magistrōs 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. I. 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 haec „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 *fordidum*, quam *voluptarium* dicebatur. Ita PLINIUS IUNIOR, a) in descriptione villae suae laudat atrium frugum, nec tamen *fordidum*, cellas vero circa balneum magis *elegantes*, quam omnino *sumtuosas*. Neque tamen dissimulem, praediis etiam *amoenis* atque *sumtuosis elegantiam* subinde a veteribus tributam: quod GELLIUS 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, a IVSTINIANO quidem illa praedia, quorum fructus non respondeant *impensis*, subinde *foe-nea*, & *damnosa & minus idonea*, & *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*, κησιν ἀπορον, 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 CVAECIVS noster obseruauit. c)

§. III.

Quid inter praedium utile & voluptarium intersit utilitas 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 *ισέγγετος*, quo coloni aut domini sumtus & industria pensetur, ex illis non percipitur: vt, secundum LABEONEM l. 19. D. de *seruitut. inutilia* videri possint. Enimuero aperte aliquan-

do
 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) CVAEC. §. obser. 40. d) PLIN.
 V. ep. 13.

do COLVMELLA e) quae *lautitiis* & *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 *reditu* & *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, uti 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 *infertuosus* sit, aut ex quo fructus quidem capiatur, sed cum magno *impendio* & *apparatu*. Obtemperavit illis VLPPIANVS, cui ille non visus est *utiliter* fecisse, qui opus instituit, quod magnum *apparatum* desideret, ut sine sumtu fructus percipi non possint l. 13. §. 6. D. de usufr.

Negat enim idem VLPPIANVS, 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 *exornavit* tectoriis, & 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 reperere, qui in praedio rustico, & saltu communi, cum haberet paternas habitationes, *ampla aedificia* extruxerat: cum non videretur rem *meliozem* his sumtibus fecisse, neque *utiles* sint sumtus, qui, *nulla re urgente*, sed *voluptatis* causa, profundantur.

Vides, quid inter praedium *voluptarium* & *utile* discriminis interfit. Hoc enim ex *reditu* & *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-

ram

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.

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*; vt *utiliter* interdum possint comparari. Sed certius est, VARRONEM, non de *amoenitate* illa *adscititia*, & *sumtuosa*, sed de *naturali pulchritudine ordinis*, si arbuta 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 obseruari, quod, quamuis inter se pugnent *utilia*, & illa, quae *voluptatis causa* fiunt, tamen interdum, ex *animo vrentium*, & ex *voluntate domini* inprimis, etiam *voluptaria* pro *utilibus* accipiuntur. Enimvero & *naturalis ratio* ostendit, hunc *reditum* & *fructum* omni fere *Quaestu* potiore esse, si animus viresque domini reficiantur si oblectatione quadam innocenti corpus, humanae vitae incommodis fractum & debilitatum, recreetur aliquando, vt perdurare possit, atque ad spem futuri temporis ipsa iucunditate obfirmetur, si in praedis, & maxime in aedificiis, in quibus *quotidie* versamur, & quorum vel voluptas & commoditas vel taedium nos perpetuo afficit, etiam *sumtus* fiat, quamuis nihil inde in Kalendarium & pecuniarias illas rationes inferamus. Igitur passim sunt iuris inter res, *suo se* quemque *modulo metiri*, vt, 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 inuecta, & a plerisque cupidius accepta, quaedam, quibus facile careremus, non solum *utilia*. sed etiam *necessaria* facta sint, vt, concepta luxuriandi *consuetudine*, multa *voluptaria* ad necessitatem vitae pertinerent. Ideo certe *libentius*, etiam in *usu*, qui sine *fructu* constitutus, ad solam *necessitatem* vrentium restringitur, permittit, vt vsuarius etiam cum *conuiuibus* & *hospitibus* fundo uti possit: cum *largius* agendum sit cum vsuario, pro *dignitate* eius, cui vsus sit relictus. l. 12. §. 1. D. *de usu & habit.* Vt intelligatur, pro modo luxus & consuetudinis, alia atque alia interdum ad *necessitatem* pertinere. Quae omnia cum certum penitus modum non habeant, & vna facile regula non possint definiri, satius visum est, domino permittere, vt ex re sua consilium capiat, & quid sibi necessarium sit, aut vile, ex suo ingenio & natura arbitretur.

Igitur, si seruus se alat, & vestiat, ad eum modum quem dominus ei praestare *consueuerat*, hunc sumtum, secundum LABEONEM, in *rem* & *utilitatem* 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, quamuis 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 feruit*. Eodem sensu MARCIANVS l. 41. pr. D. *de usufruct.* etiam *statuas & imagines* habere aliquam *utilitatem* docet, si loco opportuno collocentur: quamuis ex imaginibus vix possit *quaestus* aliquis sperari. Imo etiam, secundum PAVLLVM l. 16. §. 1. D. *quod vbi aut clam, propter voluptatem, interest*, ne arbores, quamuis non *frugiferae*, caedantur, si *amoenitas* quaedam ex illis arboribus praestetur. Vnum excipitur, ne domino *inuito* aliquid, quod ad *voluptatem* pertinet, & *ipse non fecisset*, pro *utilitate* imputetur: quia ipsum praeter necessitatem *onerari ornamentis* non oportet. Ita enim VLPPIANVS 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 voluptariae* possessionis, quae, vt supra comprobatum fuit, *voluptarii venationis, hortorum, gestationum, aquarum salientium.* plerumque est *infructuosa*, vt inconsultum fuerit, ex illa *usum* atque *fructum* expectare. Enimvero ipse MARCIANVS l. 41. pr. D. *de usufr.* quamuis liberalissimus fuerit in *utilitate* aestimanda, tamen desiderat *utilitatem* quandam, vt *ususfructus* efficaciter constituatur. Sed nemo dubitabit, in constituendo usufructu etiam hanc utilitatem aestimari, quae ex *voluptate*, ex oblectatione oculorum, ex commoditate vitae, percipitur, quamuis 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 GAIVS noster l. 3. pr. D. *de usufr. omnium* omnino *praediorum* constitui posse usumfructum, ait. Neque CUIACIO assentior, qui fundos duntaxat Italicos & prouinciales, a GAIO intelligi suspicatus est, & excusit praedia *urbana*. Quamuis enim non negem, paullo post illa verba, *fundi* mentionem factam esse a GAIO, in exemplis, & certum sit praedia urbana nunquam *fundos* appellari; ¹⁾ tamen constat, regulam, inprimis *generalem*, non circumscribi atque coarctari per exempla: vt ausim affirmare, GAIVM 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 VLPPIANVM atque PAVLLVM l. 7. pr. l. 9. pr. & l. 59. §. 1. D. *de usufr. omnis* fructus rei, *omnis commoditas, omnia,* quae

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 VLPPIANVS l. 7. D. *de usufr. circa finem*, etiam, quæ *voluptatis* causa fiunt, ut cubicula amoeniora, in quibus tectoria fuerint, & pauimenta, & 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. VLPPIANVS 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 æstimatione 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 FLUPPINVS 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. GELLIVS *s*) tradiderunt, quo *sumtu*, ad *oblectandos* domini oculos, instructa sint, quo impendio detenta, quam sumtuosa illorum fuerit tutela; ut dubitari non possit, haec praedia ad *voluptatem* fuisse comparata.

Denique apud IAVOLENVM etiam est usufructus *herti*, 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 re rust.
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, & horti, 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 ^{r)} sumtuosis opposuit, & CATO ^{u)} emtori fructuosos esse affirmavit. Hos enim, apertum est, praediis utilibus & frugi, contineri. De balneis autem deinceps locus erit exponendi.

Sed, priusquam hunc locum deferam, opportunum erit, attingere scrupulum 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 praediorum duntaxat, non de iure hominum, tractare; nihil autem esse apertius, quam quod ad utilitatem hominum potius, quam praediorum, pertineat, ut liceat pomum decerpere ex alieno.

Imo vero, certius est, augeri pretium praedii 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 acquiri, ut pomum aliquando decerpatur; quae 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 praedia, ambulent; non intelligo, quae sit invidia, ut pomum decerpere non liceat iure servitutis. Denique, cum omnis utilitas, per quam augetur pretium praedii, 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, quae non permittebat ut praedium praedio, nisi utilitatis aut necessitatis causa, facile serviret. Sed homine ingenuo indigna videbatur gula 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

^{r)} PLIN. II. ep. 17. ^{u)} CATO de re rustica. c. 1. ^{x)} GVILIELM. FORN. select. L. II. c. 28. apud Ottonem T. II. p. 78. ^{y)} GERARD. NOODT de usufr. L. I. c. 12. Id. probab. l. c. 2. 3.

XLII. *D i s s e r t a t i o.*

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. *agu. quotid.* indicauit, qui, cum antea de iure præco tradidisset, *hoc nos iure uti*, ait, ut *amoenitatis causa* seruitutes adquirentur. Ex his enim verbis haud dubie intelligitur, *interpre. tatione* demum & consuetudine inuectum esse, ut hæc seruitutes admittantur.

§. V.

De usufructu prædii voluptarii in dorem dato. Quomodo talis fructus in computanda quarta falcidia aestimetur.

Habes usufructum prædii *voluptarii*, ideo subinde constitutum, quia etiam ex *amoenitate* fructus quidam capi posse videbatur. Sed, ut diximus, hæc tota *voluptaria utilitas* ex ingenio domini & uentium 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 *voluptariæ* possessionis. CELSVS quidem atque VLPPIANVS 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. dot.* 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 uerferet. Imo VLPPIANVS etiam eiusmodi pactionibus aduerfatur, nisi forte *largiores* fructus fuerint, ut interim ex illis possit, *dotis loco*, vfuras 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* prædii *voluptarii*, qui non facile quaestuosus sit marito. Sed magis est, ut *dotata* vxor videatur, quæ *usufructum* possessionis *voluptariæ* 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 iur. dot.* Sed *ius usufructus* in prædio *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 quaesiuisse: quod si fiat, non *inutiles* habentur *voluptariæ* possessiones. Igitur non erit vxor *indotata*, quæ hanc dotem obtulerit marito. Ut taceamus, maritum, assuetum voluptatibus, forte aliis sumptibus *voluptariis* parcere, si illum usufructum habeat, adeoque utilitatem quandam comparcendo percipere, aut etiam *locando* interdum, & mercedes exigendo ex prædio *amoeno*: quod & ipsum aliquando permissum esse, deinceps apparebit.

Sed

Sed, si *testamento* relictus fuerit usufructus praedii *voluptarii*, dispiciamus quomodo fructus illi in ratione *legis Falcidiae* ineunda, aestimentur. Nam PAPINIANVS quidem l. 5. D. *de usufr.* praecipit, per legem FALCIDIAM quandoque minui legatum usufructus, ut *quarta* detrahatur. Et copiose docuit ÆMILIUS MACER l. 68. D. *ad legem Falcid.* quot annorum fructus computandi sint, ut aestimatio illius iuris fiat, in viribus hereditatis computandis. Aliis placuit, ut singulis annis, propter legem Falcidiam, *quarta pars fructuum* retineatur ab herede.

Sed, quis non videt, nec computari quidquam neque retineri posse ex illis fructibus, ex quibus nullus omnino *quaestus* perueniat ad illum, cui usufructus sit relictus. Praeterea PAVLLVS l. 63. D. *ad leg. Falcid.* praecipit, pretium in quarta Falcidia, non ex affectu aut *utilitate singulorum*, sed *communiter* 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 possessionis*, videamus. Et primo quidem, certum est, aliquando rerum voluptariarum fructum *separatim*, & directo a dominis relinqui, ut omne illud, quod ad fructuarium peruenit, *voluptarium* esse videatur. Antea enim obferuatum est, etiam mancipii symphoniaci, & histrionis, & statuarum atque imaginum, & hortorum, relinqui vsum fructum: quod VLPPIANVS atque MARCIANVS, itemque IAVOLENVS, l. 15. §. 1. l. 41. pr. D. *de usufruct.* & l. 24. D. *quib. mod. usufruct.* tradiderunt. Praeterea VLPPIANVS, etiam *ornamentorum*, atque *balnei*, subinde relictum esse vsum fructum, docet l. 10. §. 6. & l. 12. pr. D. *quib. mod. usufr.* quod si factum fuerit, dici potest, *directo*, relictum esse vsum fructum voluptariae possessionis.

Sed non negligendum est, quaedam *voluptaria* interdum, non per se, sed tanquam *membra quaedam* praedii, & *iure accessionis* duntaxat, ad fructuarium cum praedio principali peruenire. VLPPIANVS 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* & *picuris ornata*, ad ipsum pertinere viderentur. d. l. 7. §. 3. D. *eod.* Imo vero, ne quis dubitet, idem VLPPIANVS 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 P A P I N I A N V S 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. De istis H O R A T I V S F L A C C V S accipiendus est, in famoso illo: 2)

Cedes coemtis saltibus, & domo,

Villaque, flauus quam Tiberis lauit.

Enimuero *coemimus* 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 P O M P O N I V S, 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 affixa, & *ornatus praesentis* causa ab ipso comparata. Sed, vt diximus, ne quis decipiatur, placuit P A P I N I A N O d. l. 91. §. 2. & 6. D. de leg. 3. tunc demum accessiones *voluptarias* membra praedii videri, si *facto* domini ita fuerint *coniuncta*, vt separari commode non possint, sed appareat, illas *perpetuae amoenitatis* causa fuisse comparatas. Hoc V L P I A N V S etiam probauit, qui fistulas, temporis causa positas, non esse aedium, sed si *perpetuo* fuerint posita, aedium esse, itemque *sigilla*, *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 *act. emt.* Ex hoc enim facto perpetuae coniunctionis demum *destinatio* domini *seria* intelligetur,

Quae cum ita sint, *hortus*, a testatore comparatus, tunc demum videbitur cum domo ad legatarium pertinere, si illum domus causa comparauit, vt amoeniorum 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 usufructus fuerit legatus.

Non

2) H O R A T. L. II. od. 3. v. 17.

Non multo aliter de *balneis* P A P I N I A N V S arbitratur. Illas enim credit *portionem* domus esse. Et recte, quandoquidem secundum V I T R V V I V M ^{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 & uxoris nonnumquam fuerint, & mercedes illarum *inter ceteras rationes* domus accepto laeae 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 reditus 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* imprimis pro *voluptaria* possessione ab artis nostrae interpretibus accipiantur. Enimuero posset quidem S E N E C A ^{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 inducta, quae scires C A T O N E M aedilem, aut F A B I V M M A X I M V M, aut aliquem ex C O R N E L I I S, sua manu temperasse. Sed notum est, Romanos in illa simplicitate non diu substituisse, postquam a Graecis, quod ipse S E N E C A 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 imprimis, *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 H E L I O G A B A L I balnearem insaniam, quam A E L I V S

L A M-

^{b)} V I T R V V. de architect. l. V. c. 10.
nat. l. 33. c. 12. & l. 36. c. 15.

^{c)} S E N. loc. cit.

^{d)} F L I N. hist.

^{e)} S E N E C. loc. cit.

LAMPRIIDIVS depinxit. *f*) Haec igitur postquam a multis etiam privatis facta sunt, coepit res balnearis, quae antea quadrantaria fuerat, *sumtuosa* fieri, & impendii immensi; ut recte VLPPIANVS 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, ut 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. Quamvis enim & *ruri* dominos in villis habuisse balneum, PLINIUS *h*) testetur; tamen, constat, balneas ad commoditatem habitandi pertinere, & aedificiis adiungi. Sed haec talia, expeditum est, quamvis ruri habeantur, non eo secius ad domos, & urbana praedia referri.

Quae cum ita sint, desinerem 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 & diligentia heredum* suorum, 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
VTRIVSQVE SEXVS GRATIS
LAVARENTVR

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

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 exigentur: 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 IVSTINIANVS etiam addidit, ut, si mulier, libidinis causa, cum viris *lauacrum commune* habeat, marito diuertendi licentia concedatur. l. II. §. 2. D. de repud. Ex illo igitur tempore caldaria muliebra, & virilia, secreta quidem, sed proxime tamen, si VITRUVIUM audias, m) interiecto duntaxat pariete, coniuncta; ut ex hypocausto communis vsus aquae sit utrisque. Sed illud quidem in publicis obtinuit: priuati saepe vnum duntaxat habuerunt: vnde saepius publica illa, *balneae*, sed priuata, balneum dicuntur; cum in his vsus utriusque 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 muliebre a virili, fructuarium mercedes utriusque percepturum, aut, si utrumque, quod VLPIANVS ait, l. 13. §. 8. D. de usufr. *dominicis* vsibus duntaxat vacauerit, ipsum vtroque, cum familia, vsurum. Hoc enim deinceps apparebit.

§. VII.

Expeditimus, 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 in prius CELSVS l. 13. §. 4. l. 9. D. de usufr. praeceperunt, nihil fructuarium *in perniciem proprietatis* facturum esse, sed *cogendum, recte colere*. Igitur operae pretium est, ut videamus, quando fructuarium *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, corumpatur: debet etiam arbores *adserere*, quod CELSVS atque PAVLLVS

D 2

l. 7.

l) SPARTIAN. in vita. Andrian. 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, vt in gregis usufructu, gregem supplere debet *ex agnatis*, quod VLPPIANVS ait, & submittere ex foetu in locum capitum demortuorum l. 68. §. 2. D. *eod.*

Quandoquidem igitur, vt diximus, nihil committere debet in perniciem proprietatis, etiam tempestiue *colere*, & suo quaque tempore facere debet: cum secundum GAIVM *intempestiua* etiam cultura, fundum deteriore faciamus l. 25. §. 3. D. *de locati.*

Neque vero necessitatem sumtus faciendi facile vitabit, quamuis dixerit, se fructus ex fundo nullos percepisse. Quamuis enim NERATIVVS & VLPPIANVS 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 faciendi 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, quamuis, quod MARCIANVS ait, plus impendi debeat, quam ex fructibus percipiatur. l. 41. pr. D. *de usufr.* Eo pertinet, quod, si serui artificis usufructus fuerit relictus, parcere sumtibus non possit, sed seruum *sufficienter* alere cogatur, atque etiam vestire, secundum *ordinem* mancipii, & dignitatem. Ita enim VLPPIANVS praecipit, l. 15. §. 1. & 2. D. *de usufr.* Imo vero generaliter POMPONIUS l. 65. pr. D. *de usufr.* omnia illum facere debere, ait, quae diligens paterfamilias in suo fundo facturus esse videretur.

Itaque, usufructuarium, ante omnia, fundum voluptarium *recte colere* oportet. Sed, si tergiueratur fructuarius, si, quae ad culturam necessaria sunt, omittit, videamus, qua actione teneatur. Et VLPPIANVS quidem l. 13. §. 2. D. *de usufr.* negat illum *ex lege Aquilia* recte conueniri. Quod habet rationem, cum damnum illud *corpore* non datum sit, quod in formula legis Aquiliae desideratur. Similiter enim etiam ille, qui hominem *fame* necauerit, si NERATIVVM audias, ex lege Aquilia omnino non teneretur; cum non tam suo corpore & facto, quam *omittendo* potius, seruum 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, vt recte colere per *arbitrium* cogatur. Ita CASSIO & VLPPIANO visum est. l. 7. §. 3. & l. 13. §. 2. D. *de usufruct.*

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

fructuarium reficere, ne quid in fundo corrumpatur. Ait enim, non solum refectiones necessarias facturum esse fructuarium, sed etiam *voluptatis* causa, & tectoria, & pavimenta, & similia refecturum esse: de quibus deinceps exponemus. Vnum CELSVS excipit, vt, si totum praedium *vetustate* corruerit, non videatur cogi posse ad refectonem 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 coepti usufructus. Ita TRYPHONINVS tradit, l. 62. D. *de usufr.* Quamuis enim ei 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 seruari.

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

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

VLPIANVS tamen, si paratus sit *derelinquere* praedium, quod sibi infructuosum esse sentit, & *recedere* maluerit ab inutiles prorsus usufructu, ipsum non cogendum esse docet ad *refectionem* l. 64. pr. D. *de usufr.* Quapropter dicemus, *derelictione* usufructus & voluptariae possessionis, ab onere refectionis 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 absolendus, quamuis vsumfructum derelinquere paratus sit, donec illa, quæ ipse *corruerit*, reficiantur: cum de culpa praeterita omnino teneatur. l. 65. pr. D. *de usufr.*

D 3

§. VIII.

p) FLIN. II. ep. 17.

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

§. VIII.

Ex voluntate & destinatione domini re voluptaria videtur fruatur. An etiam locare possit praedium voluptarium;

Ita quidem, vt diximus de cultura & refectione *praedii voluptarii* fructuarius tenetur. Superest, vt videamus, qua cautione ipsi praeterea opus sit, vt recte vti frui videatur voluptaria possessione. Nimirum fructuarius cum agnoscit & accipit a domino proprietatis vsum fructum, in hanc conditionem consensisse intelligitur, vt, *loco domini*, eiusque nomine vtatur & fruatur. Quapropter vti frui debet, vti ipse *dominus solebat*. Quandoquidem enim, quod POMPONIVS ait, l. 24. §. 3. D. de leg. 1. non solum nomina fundorum, sed etiam vtilitates, non tam a natura, quam nostra destinatione potius, constituuntur; consequens est, vt ille rem nostram corrumpere, aut ad vsus alios transferre nequeat, qui nostro nomine fundo voluptario vtatur & fruatur. Enimuero, si VLPPIANVM audiamus, plerumque videbitur causam proprietatis *deteriorem* facere, si rem ad vsus alios conuertat, quam quibus a domino solebat adhiberi. Igitur nec seruum fructuarius, artibus *voluptariis* instructum, *contrariis* ministeriis & inusitatis adhibere, atque ita artificium eius corrumpere poterit, quod ARISTO apud CASSIVM notauit. l. 17. §. 1. D. de usufr. Neque VLPPIANVS l. 15. §. 1. D. de usufr. ipsi permittit, vt librarium rus mittat, & calcem portare cogat, aut ex histrione balneatorem, aut ex symphonico atriensem faciat, aut seruum de palæstra stercorendis latrinis praeponat; quandoquidem horum mancipiorum ministeria *ad voluptatem* pertinent, vt delectationis causa duntaxat comparentur. Quare abuti videbitur proprietate, qui rem ita tractauerit, vt appareat, dominum finito vsum fructu, rem vsibus 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 factio eius deterior, tamen a *consuetudine* domini discedere non potest, si *nouus* ille vsus cum *iniuria* domini & *contumelia* fuerit coniunctus. VLPPIANVS enim prohibet, ne contumeliose aut iniuriose vtatur & 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 nouit *voluptatis* causa a domino fuisse comparatum. Sed certum est, non posse praedium *locari*, *salua dignitate*, quod dominus *suis vsibus* duntaxat, amoenitatis causa, destinauit, nisi & ipse dominus consueuerit locare. Videtur enim in illo quaestu *mercenario* plerumque aliquid, nescio, quid, *serdidi* inesse: neque patitur conditio personarum illustrium, & clarissimarum, vt ipsi, finito vsum fructu, postea vtantur rebus illis, quae fructuarius *publice*, pro mercede, omnibus promiscue consuevit exhibere. Recte igitur VLPPIANVS 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 permitteretur fructuario, illa ad usus alios transferre. Igitur si balneum sit in domo, *visibus dominicis vacare solitum*, in intima parte domus, vel inter diætas amoenas, non recte, neque ex boni viri arbitrato faciet, si *id locare coeperit*, ut publice lauetur: non magis, quam si domum ad stationem iumentorum voluerit *locare*. l. 13. §. 3. 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 & personae clarissimæ interdum publice laurentur, & ACCIA, Cæsaris Augusti mater, hac sola de causa balneis abstinerit, ne macula illa proderetur, quam veluti picti draconis imaginem, ita in corpore habebat, ut eximi non posset: quod ex SVETONIO s) RÆVARDVS r) 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 sœuuisse. 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 præsumta domini voluntate, fructus, quibus ipse uti nequeat, aliis vendere, aut prædium locare possit. VLPPIANVS 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 cædere, quam dominus cædere consueuerat: sed *vendere* tamen arbores poterit, quibus dominus ipse uti ad necessitatem familiae solebat: cum domini non intersit, qua ratione lingua consumantur. Igitur poterit consuetudinem domini describere, si noua illa *qualitas* utendi non cum *corruptione* substantiæ aut domini *contumelia* fuerit coniuncta neque res impostera, propter hanc mutationem, domino *inutilis* futura videatur. Qua de causa etiam VLPPIANVS vestem scenicam & funebrem locare fructuario permisit l. 15. §. 4. D. de usufr.

§. IX.

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

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

r) RÆVARD.

§. IX.

*An fructuar-
rius mutare
possit, prædi-
um volupta-
rium. An
fundum me-
liorem face-
re. Quid sit
melio-
rem face-
re. An
accessiones
voluptarias
facere ipsi
permittatur.*

Nemo igitur dubitat, quod ille prædium *deterius* facere non possit, cui ususfructus 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 *melio-rem facere*. Quod non videtur a ratione; iuris alienum, cum nemo possit conquiri de utilitate, sine suo commodo sibi procurata. Sed aliquando non satis expeditum est, utrum fructuarium conditionem proprietatis *melio-rem fecisse* videatur. Enimuero in tanta diuersitate cupiditatum & consiliorum, quibus hominum studia reguntur, non confestim, quae fructuario placeant, domino proprietatis probabuntur. Sed illud tamen in hac inspectione non obscurum est, quod *utilia* possit *utiliora* facere subinde, modo fructuarium subsistat *in eodem genere* utilitatis, quod ipse dominus antea probauit. Igitur, secundum VLPPIANVM, lapidicinas, & cretifodinas, & arenifodinas, quamuis 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*, quamuis *melius* omnino facturum esse videatur. Igitur, si ipsi *quaestus* placeat, *domino* fundi *amoenitas* & *innocua voluptas*; non poterit *voluptaria detrachere*, ut *fructuosius* aliquid faciat, quo *reditus* & *quaestus* augeatur. Recte enim VLPPIANVS l. 13. §. 4. D. *de usufr.* negat fructuarium *voluptariae* possessionis *viridaria*, vel *gestationes*, vel *deambulationes* arboribus *infructuosis* opacas & *amoenas*, posse deiicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel quid simile quod ad reditum spectaret. Quod habet rationem, cum possit domino proprietatis quaedam *amoenitas* omni *quaestu* potior videri: ut facile *reditu* careat, si *voluptate* illa, quam ex suo ingenio parauit, carere non cogatur.

Itaque pro voluptariis *utilia* facere non potest, sed *voluptaria* reficiet potius, & tuebitur, & secundum VLPPIANVM, tectoria etiam & pavimenta conseruabit. l. 7. §. 3. D. *de usufr.* Contra vero, nec *utilia detrachere* 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 remere mutabit, cum, secundum VITRUVIUM ⁿ⁾ *pro cuiusque conditione* atque *dignitate sit aedificandum*. Erit enim ridiculum, si quis in rustici aut opificis aedibus vestibula regia faciat, alta atria, peristyllia amplissima, sylvas, ambulationes laxiores, ad decorem maiestatis, ad publicorum operum magnificentiam comparatas, aut quid aliud, quod potius ad magistratus & honores videatur pertinere. x)

Pote-

n) VITRUV. de archit. L. VI. c. 8.

x) VITRUV. loc. cit.

Poterit igitur fructuarius reficere, sed qualitate ædium *non immutata*; quare nec diatras transformare, vel coniungere aut separare, nec refugia aperire, nec aditus posticae vertere poterit, nec *atrium* mutare. Hoc enim VLP IANVS docet l. 13. §. 7. D. de usufr. Enimvero de *atriis* etiam VITRUVIVS y) obferuat, quod, pro diuerfitate *fortuna*e, ab aliis aliter ædificentur: his enim, ait, qui *communi* fortuna fint, magna vestibula & *atria* non neceffaria videri: ab illis, qui fructibus ruficis feruiant, in vestibulis ftabula & tabernae fieri debere, & cetera, quae ad fructus feruandos magis, quam ad elegantiae decorem, effe poffint: *forenfibus* autem & difertis neceffaria effe quaedam elegantiora, ad conuentus hominum excipiendos.

Igitur, ne quid fiat in perniciem domini, cuius alia & alia poteft effe commoditas, ex *voluptariis* rebus fructuarius nihil transformabit: hinc nec *viridaria ad alium modum* conuerter, quamuis illa, quod ait VLP IANVS excolere & exornare, ipfi permittatur. d. l. 13. §. 6. D. de usufr.

Non folum autem nihil temere mutabit, fed ne *nouum* quidem aliquid faciet, quod ad voluptatem pertinere videatur. Itaque ipfi nec balneum in domo *facere* permittitur, cum balnea *voluptatis* cauffa ædificari videantur. l. 13. §. 8. D. de usufr. Et recte quidem, fecundum NERATIVVM, cum aliud fit *tueri*, & reficere, aliud, noua facere, quod fructuarius fuo iure non audebit. l. 44. D. de usufr.

Imo vero idem NERATIVVS alio loco, ne quidem, vt *inchoata perficiat*, fructuario permittit. Ait enim, ædificium inchoatum *consummare* fructuarius non poffe: l. 61. D. eod. Quod videretur habere rationem, cum multae cauffae potuerint dominum mouere, vt defereret coeptum ædificium, quod fibi videbar oneri futurum.

Eadem cauffa adductus NERVA negat, fructuarium *altius tollere* poffe ædificium l. 13. §. 7. D. de usufr. quidquid IACOBVS CONSTANTINÆVS z) subtiliter difputet in aduerfam partem. Enimvero poteft domini intereffe, ne altius tollatur, propter diuerfitatem regionis, aut ordinis, aut propter luminis etiam rationem, fi ipfe ex aduerfa parte voluerit vtilius ædificare. Illud durius effe, quod NERATIVVS fructuario ne quidem *nouum tectorium* parietibus, qui *rudes* fuerint, imponere permittat: l. 44. D. de usufr. cum tectorium, quo paries tegitur, & incruftatur, vix videri poffit domito proprietatis oneri futurum. Enimvero, fi PROCVLVM audiamus l. 13. §. 1. D. de feruit. praed. urb. quaedam *tectoria* etiam *vulgaria* dicuntur, aut *gregalia*, fecundum SENECAVM a) quae ad *communem* vtilitatem pertineant, vt credibile fit, de illis dominum conqueri non poffe. Sed

y) VITRUV. de archit. L. VI. c. 8.

z) CONSTANTINÆVS subtilium enodat.

L. II. c. 22. apud Ottonem T. IV. p. 596 fq. a) SENECA. ep. 86.

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

Vides igitur, si nihil adiectum sit, *tectorium* fere accipi pro elegantissima *incrustatione*: quae, 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 *praesentis & temporariae voluptatis* causa fecerit; frustra tentabit fructuarius aliquid *noui* instituire, quod ad usum *voluptatis* pertineret. Sed si fecerit, *corrumpere* non potest, quod semel est ab ipso constitutum. Enimuero nec bonae fidei possessor, qui se dominum esse errore probabili credebat, *tectorium*, quod fecerit, & picturas *corrudere* poterit, cum damno illius, cui proprietas debetur. *CELSVS* enim hanc *malitiam* hominum appellat, si aliquid *corrumpant*, nihil inde persepturi, praeter quam ut domino officiat. 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.* praecipit, si quid *inaedificauerit*, postea illum neque hoc *tollere* nec *reficere* omnino posse.

§. X.

Nec proprietario per-
mittitur mu-
tare praedi-
um cum in-
commodo
fructuarii.

Habes iura fructuarii, quibus vitur in usufructu *voluptariae possessio-*
nis. Proximum esset, ut de domino proprietatis videremus, qui & ipse fructuario tenetur. Sed sufficiet, quaedam duntaxat extremis digitis, quod aiunt, attigisse.

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

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

ter diuersam inceramque vtilitatis rationem l. 23. D. de usu & habit. Quae cum 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 prædii voluptariam recte detrahere, & vilem substituere, nec, detractis vtilibus, aliquid voluptatis causa machinari posse.

Ceterum, si verustate collapsum sit balneum, aut alia quaedam voluptaria portio vitio operis corruerit, POMPONIUS & CELSVS 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 hæc, 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. MDCC XXXX.

§. 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 arcurit, si ipsum heredem nuncupassent. Ita certe veteribus visum est, non facile admittendam esse institutionem, nisi appareret, rector legatum 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. præfidis: an conditio, quæ 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 Lælio obseruat, *e*) dicamus illam sanctissimam & familiarissimam coniunctionem, ex amore vero, & mutuo, constatam, 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 VLPPIANVS 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 VLPPIANVM, *e*) non valuit legatum, quod illi, qui filio testatoris filiam suam in matrimonio collocauerit, relictum esset; cum *ignorauerit* testator, cuius vxoris conditione vsurus 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 IVSTINIANI constitutione, qua obsecutus est incertæ testatorum voluntati, atque *incertas* etiam personas subinde heredes scribi passus est, omnesque ad beneficia testamentaria liberaliter admittit, si *euentus* comprobauerit, *dubia* illos & *generali* 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 personis relicta esse. Sed, utcumque hæc existimata fuerint, illud certe semper, etiam *iure prisco*, obtinuit, vt, teste VLPPIANO, *f*) personis *incertis*, *sub certa* tamen *demonstratione*, efficaciter legari, siue, vt IVSTINIANVS, §. 25. I. de leg. *gat.* rem luculentius interpretatur, vt *ex certis personis incertæ* personæ recte aliquid relinqui possent. Sufficiebat enim, quod *omnes* diligeret testator, & *omnibus* faueret, ad quorum *unum*, vel paucos, casu & fortuna dispensante, beneficium debebat peruenire. Itaque admissum est legatum, vt *ex cognatis* meis, *qui nunc sunt*, quicumque primo ad funus meum venerit, aut *ex cognatis* meis, *qui nunc sunt*, si quis filiam meam vxorem duxerit, illi heres aliquid exsoluat. §. 25. I. de leg. VLPPIAN. *tit.* 24. *§.* 18. Neque enim semper, quod PLINIUS *g*) ait, *gradatim* colimus amicos, aut ordine & gradu seiungimus, sed, quæ liberalissima *amicitia* est, amo-

e) CIC. in Lælio c. 7. id. de diuinat. L. II. 245. *d*) VLPPIAN. T. XXIII. §. 18.
e) VLPPIAN. loco cit. *f*) VLPPIAN. Tit. XXIII. §. 18. *g*) PLIN.
 L. II. ep. 6.

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, quicumque testatori beneficium principis impetrauerit, aliquid relinquat, itemque VLPPIANVS l. 10. D. *eod.* vni ex cognatis, quicumque monumentum testatori fecerit, efficaciter legari posse, ait: denique IULIANVS l. 11. D. *eod.* valere legatum censeat, si testator illi, qui *nouissimus* 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: quamuis testator *ignorauerit*, quis sibi beneficium impetraturus, aut monumentum sit facturus, aut diutissime in familia mansurus.

Recte igitur vni, ex *cognatis*, aut amicis, *qui nunc sunt*, & quos omnes nouerit testator, legatum relinquatur 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* relicto esset, non solum illos admittit, qui ex nomine defuncti fuerint, eo tempore, quo testator moreretur: sed etiam eos, *qui ex his procreati fuerint*; quamuis 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 relinqui: quamuis 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 VLPPIANVM, si quis vni filiae posthumae, quam natum iri sperabat, aliquid relinquat, & postea plures posthumæ nascantur, singulis tantundem debeatur: l. 17. §. 1. D. *de leg. 2.* quamuis 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*, oculis 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 obseruare, 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 *presentibus* 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 prouidentia 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 obseruauit. l. i. c. de *incert. person.*

§. III.

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

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, apparet, etiam *prisco iure*, legata ualuisse, quæ *posteritati*, quamuis 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 uerit, & oculis uiderit, sensisse censetur.

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

Sed *gentis* quidem & *generis* nomen (nostri das Geschlechte appellant) semper latissime patuit, ut plures familias complecteretur. Hoc enim SVETONIVS TRANQVILLVS ^{b)} in *uita Galbæ*, obseruauit: ut familiae nomen paucioribus personis coerceri uideatur. Aperte uero 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 uidetur discriminis interfuisse, cum omnes gentiles eodem nomine usi 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 servaverit *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 peruenire. 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 ciuilem illam generationem, plerumque appellati, iure veteri referebantur.

Sed de *agnatis cognatisque* videamus: quorum nomen quamvis familiarissimum esset, non tamen semper certa definitione a veteribus continebatur. VLPIANVS enim l. i. §. 1. D. *unde cognat.* omnes, qui commune nascendi initium habebant, cognatos appellavit: sed MODESTINVS l. 4. §. 2. D. de *grad. agnatos* nominat, qui ciuili 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 peruenissent: 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)} RÆVAR. ad L. XII. Tab. c. 13. op. tom. l. p. 59.

ⁿ⁾ VARRO de lag. ling. L. VIII.

^{m)} CIC. top. VI.

gine descendant, contineri: *cognationis* vero nomen ad omnes, qui ex eodem sanguine originem traxerint, referri, quamvis nominibus diuersis interesse discernentur: hinc etiam feminas sub cognatis comprehendi: 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 VLPPIANVS 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, subiiciatur.

Sed ne credas, hoc ita perpetuo a Romanis esse obseruatum. Idem enim VLPPIANVS de l. 195. §. 2 D. de *verb. sign.* *familiam* cum ipsa *gente* & *genere* confundit. Communi enim iure, inquit, *familiam* dicimus omnium *agnatorum* coniunctionem, quamvis, patrefamilias 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 vnus 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, quae *ab eiusdem ultimi genitoris sanguine* profiscantur: ut dicimus *familiam Iuliam*, quasi a fonte quodam memoriæ: quod item VLPPIANVS 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. comprobauit, & supra est a nobis obseruatum.

Igitur *familiae* nomen interdum cum *gentis* appellatione, vsu 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 *οὐ* auctor est, etiam *familios* coepisse ad familiam referri, illosque *familiares* appellari; cum olim in liberis hominibus substiterit familia, quorum dux, & princeps *generis*, vocare-

careretur pater & mater familiæ, & *familiares* dicerentur, qui ex eadem familia progeniti fuissent: quod VLPPIANVS, d. l. 195. §. 3. D. de V. S. obseruauit. Extat etiam apud GELLIVM ^{p)} Scauolæ responsum, qui a liberis *familiam* distinguit, quæ circa patrem familias eiusque liberos versetur; vt 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: vt 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 VLPPIANVS l. 11. §. 19. D. de leg. 2. præcipit, in his causis maxime inspiciendum esse, de quibus testator *senferit*, vt *voluntas* eius diligentissime seruetur. Itaque in primis *consuetudinem* loquendi, qua testator usus est, sequemur: quod etiam SERUIO & CELSO placuit, l. 7. §. 2. D. de *suppellect. legat.* Neque tamen, quod MARCELLVS monet, l. 69. pr. D. de leg. 3. a *significatione* verborum *communis* facile receditur, nisi cum *manifestum* est, *aliter* sensisse testatorem.

Igitur hæc prima erit cura interpretis, vt ex figuris verborum, & *ordine orationis*, eliciat consilium & voluntatem, seu *finem*, testatoris. Si alia deficiant, proximum est, vt 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 quocumque modo familiæ nomine comprehendi possunt, pertinere videantur.

Vnum fere expeditum est, quod per feminas coniuncti ad illa quæ *familiæ* relicta sunt, non facile adspirent, aut certe *in subsidium* duntaxat admittantur. Mulierem enim, constat, familiæ suæ & *caput & finem* esse: quod VLPPIANVS 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 fami-

p) GELL. noct. Attic. IV. c. 1.
lib. Germ. c. 20.

q) SENECA. ep. 67.

r) TACIT. de mo-

miliae fuisse docet. „*Sororum*, inquit, filiis idem apud *auunculum*, qui „apud *patrem*, honor est. Hunc enim sanctiorem & arctiorem nexum sanguinis arbitrantur: tanquam ii & animum firmiter, & 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 solis *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 agnoscunt: ideoque si *familiam* nominent, omnes personas, quamvis diuersarum linearum, quæ *communem originem* habeant, vsu promiscuo, plerumque comprehendunt. Vnum meretur obseruari quod non nihil intersit apud Germanos, vtrum certi cuiusdam *individui* familia, vt puta: *Heinrich Stockmanns Familie*, an generaliter, nomine *appellatiuo*, certa familia, die *Stockmannische 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, si generaliter *genti cuidam* cum nomine *appellatiuo* demonstratae, der *Stockmannischen Familie*, aliquid relictum sit, omnes lineæ, a prima origine profectæ, generali vocabulo contineantur.

Difcedam ab hoc loco, si illud vnum adiecero, quod vox frequentissima, die *Freundschaft*, latissime pateat, & omnes coniunctos, nullo fere discrimine admisso, comprehendat. Illud certe BESOLDVS r) tradidit, & vsus magister & arbiter loquendi, confirmatit. Imo vero ausim affirmare, quod voce illa, der *Freundschaft*, etiam affines primi gradus in linea recta, gener & nurus 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 *Stockmannischen Namen* bleibe, ad *agnotos* duntaxat pertinent, quamvis minimam capitis deminutionem passos, qua, constat, apud Germanos, ius agnationis fere nunquam interuertit.

§. IV.

Quæ familia legantur in dubio perpetua sunt, & ad omnes pertinent, in infinitum In primis, si annuum quid, aut ad pios *Accepisti*, quas personas, *familie* nomine, generaliter comprehendamus. Si vacat, obseruabimus, qui in primis ex reliquis *familiaribus*, & ex toto ordine *familie*, admittendi sint, si quid *familie* cuidam a testatore relinquatur. Constat enim, quod *fidei commissa* & *legata familie*, cum per illa facultas alienandi, contra naturam domini, cohibeatur, strictius aliquando accepta sint, ne in *infinitum* ad omnes, qui ad *familiam* referri possunt, pertinerent. Enimvero MODESTINVS l. 32. §. 6. D. de leg. 2. si quid *familie* relinquatur, illos tantum ad petitionem admittit, qui *nominati* sint a testa-

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

solui. Obmouebatur, testatorem cum vna duntaxat linea gentis STOCKMANNIAE quodam vinculo coniunctum fuisse: ideoque personas reliquarum linearum non admitti posse ad legatum. *Praeses*, priuatim de illa specie consultus, respondit, deficientibus proximis, etiam remotiores omnes, quicumque progeniti fuerint ex gente STOCKMANNIA, admittendos esse ad stipendii petitionem. Res facilius intelligetur 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 Vniuersität sich auffhalten 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 entfernten 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 vermandt gewesen, daß die übrigen, so zu dieser letzten nicht gehören, das oberwähnte Legatum zu suchen nicht berechtiget, 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 auffhalten, 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 gewinnt, im übrigen dergleichen Stiftungen, so auf ganze Familien gerichtet, nicht allen dazu gehörigen Personen, in infinitum, sondern

bern ordentlicher Weise, nur denenjenigen, so binnen des 4ten Grads begriffen sind, zu statten kommen,

Nou. 159. c. 2. & 3.

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

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

CHRISTOPH BESOLD. thes. pract. v. Freundschaft, nächstdem, 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, quamuis 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 Erwegung 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 süklichstn abzunehmen, demnach bey gegenwärtigem Falle, daß alle und jede Personen von der Stockmannischen Familie, wenn sie sonst die erforderlichen Eigenschaften haben, zu diesen Stipendio gehören, um so viel weniger gezweifelt werden mag, als der Testator, daß zwischen der agnation und cognation, zwischen Schwere, und Spill-Magen, hiebey kein Unterschied gehalten, sondern allemahl der nächste zu dem Genuß gelassen werden solle, ausdrücklich verordnet, außerdem diese Stiftung auf den Unterhalt einiger studirenden Personen, mit hin auf milde Sachen, gerichtet ist, folglich dieselbige benignius, und also, daß niemand ohne erhebliche Ursache, davon ausgeschlossen werde, zu erklären, inmassen auch ferner mehr berührter Erblasser, daß diese Stiftung ein perpetuürliches ad piam causam geordnetes legatum seyn solle, mit ausgedrückten Worten sich erkläret, solche Meynung auch aus denen vorhero gebrauchten Worten, daß die verordneten 50. Thlr. jährlich bezahlet werden sollen, offenbar erhellet,

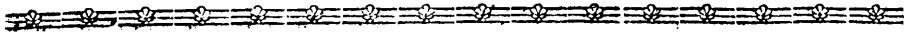
Cum *annua* pecunia, ad vsus publicos relicta, *quotannis & in perpetuum* præstanda sit,

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. D. W.

Saluo rectius sentientium iudicio.



XLIV.

PROGRAMMA

DE

IMMUNITATE ET VACATIONE A MVNERIBVS.

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

Recte aliquando gauisus est *PLINIUS secundus* ^{a)} de *ingeniorum liberalium prouentu*, cum existimaret, multum referre, vtrum 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 presentis, sed, inprimis, propter spem futuri. Cogitauerunt enim, quod *TACITVS* in *vita Agricola* ^{b)} obseruauit, vt 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 *CALLISTRVS* l. 12. D. de *decur.* ciuitates illas, quæ *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, quamuis 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 VLP IANVS 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* & πολυανδρωπίας 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, πολυανδρωπων inprimis ευανθειας 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 coherescant, 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 *subolis procreandae* causa, adeoque vtilis 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 *privatim* salutare est, & cum *singulorum* commodis coniunctum, si respublica *multitudine* ingeniorum & ciuium amplificetur. Vt enim taceam fructum publicæ vtilitatis plecumque 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 & praecipuæ 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*

c) DIO. CASSIVS L. LVI. p. 656.

d) Id. cit. l. p. 659.

CIO *Coff.* placuit, portorii & tributo plebem liberari, quae multos liberos susciperet, & 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 ἀγῶνὸν τῶν παίδων τὰς τιμωρίας αὐτῶν ἐπέσειεν, pro numero liberorum de poena aliquid remisit. Apud PAVLVM etiam, l. 7. §. 3. D. de *hon. damnat.* extat rescriptum D. HADRIANI, in quo causam liberorum Albini, qui ex delicto sententiam passus erat, propter numerum filiorum, *fauorabilem* appellat, vt intelligatur, non prorsus infructuosam 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 patribusfamilias 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, vt 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: quamuis MODESTINVS l. 83. §. 1. D. de *leg. 3.* tradiderit, in aliis causis, *posterorum* appellatione, omnes omnino liberos, atque etiam ex feminis coniunctos, comprehendit. Sed, vt 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 *impubes* quandoque ad honores & munera suscipienda adigeret, si necessitas *penuriae hominum* illud imperaret. Imo vero idem, quem antea laudavi, CALLISTRATVS, alio loco, ne *senectuti* quidem & grandibus natu peruitus pepercit, si *ex ea ciuitate* sint, in qua non facile *virii sufficientes* publicis muneribus inueniantur. l. 5. pr. D. de *iure immunit.* Quamuis enim ceteroquin in ciuitate Romana propemodum eadem *vacatio* & *immunitas senectuti*, quae magistratibus. tribueretur; tamen necessitas iubebat, vt, propter *hominum penuriam*, etiam senes ad munera publica suscipienda cogerentur. Ex eodem fonte deriuatum est, quod etiam *minores* viginti quinque an-

c) 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 deficiant in ciuitate, multa extra ordinem recepta esse, docet, vt ne senibus quidem aut minoribus parcatur 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 ciuibus concessam, non omnino *perpetuam* fuisse, multa arbitrio iudicis permessa, sæpius hæc beneficia restricta per *interpretationem*, non raro propter *casus improuisos & repentinam* aliquam *necessitatem*, inprimis propter *pernuriam* ciuium honestorum, neglectum ius vacationis & immunitatis, denique incertum fere & non satis tutum huius beneficii fructum ciuibus fuisse.



XLV.

DE

IVRE VIVARIORVM.

Von Thier : Gärten.

 VITEMBERGAE, AD D. . DECEMBR. A. Q. S. P. MDCC XXXX.

§. I.

Quandoquidem *otio* inprimis hominum ingenia produntur, quod *Venatio voluptas liberalis non neglecta a Romanis.* PLINIUS IUNIOR affirmat, a) & ex *voluptatibus* cuiusque certissime de eius grauitate, temperantia, & sanctitate iudicamus, inter reliqua virtutis argumenta, hoc etiam ad gloriam ditissimæ bonis exemplis reipublicæ pertinet, quod iuuentus Romana a *venationibus* non abhorruit, quarum studio animus & corpora ad vsum belli & militiæ exercitari credebantur. Audiamus enim M TVLLIVM b) qui, „iam vero, inquit, immanes & feras „belluas nanciscimur *venando* vt & vescamur illis, & exerceamur in *venando* „ad similitudinem bellicæ disciplinæ, & *vtamur* domitis & condocefactis, & 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 CICERO alio loco tradidit, ^{c)} apud Romanos maiores fuerint vrbanis; 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 TVLLIVS, 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 IVSTVS LIPSIUS ^{e)} qui Romanos, ait, scientiam venandi *fero* attigisse. Frustra enim CHRISPI SALLVSTII auctoritatem inuocat, qui studium agri colendi, aut *venandi*, officium *seruile* appellauit. ^{f)} Potuisset etiam ad SENECAM confugere, qui venatoris & hominis *agrestis* esse, ait, feras confectari. ^{g)} Sed vterque de illis tractauerunt, qui *ætatem agerent*, & vitam traducerent, in studio venationis, & tunc se functos officio crederent, si ceruos & lepores cepissent. Has enim perpetuas operas *rusticis*, & quandoque etiam *seruis*, delegabant. PAVLLVS certe l. 99. § 1. D. de leg. 3. *seruos venatores* commemorat, qui, prout paterfamilias, vel in rustico, vel in vrbano, praedio moretur, mancipiis modo vrbanis, modo rusticis, contineantur. Itemque VLPIANVS l. 12. §. 12. D. de instruct. vel instrum. leg. si in agro venationes sint, *seruos venatores* & vestigatores, ait, ad instrumentum agri pertinere. Apud Gruterum etiam extat monumentum C. Cionii, serui, *musicus* & *venatoris*, ^{h)} quod genus mancipiorum, vtraque arte exercitatum, veteres, si VARRONI ⁱ⁾ fides est, *orpheas* solebant appellare.

Enimvero. ^{k)}

*Syluestres homines sacer, interpresque Deorum,
Cacibus & victu fœdo deterruit, Orpheus,
Dictus ob hoc lenire tigres, rabidosque leones.*

Talis fuit *Orpheus* ille, quem Q. HORTENSIVS, cum VARRO apud illum in *viuario*, loco excelso, coenaret, buccinam inflare iussit, ad cuius sonitum tanta conuiuas circumfluxit ceruorum & ceterarum quadrupedum multitudo, vt non minus formosum esset spectaculum, quam si aedilium in circo maximo venationes ederentur. ^{l)}

Sed,

^{c)} CIC. L. I. de offic. c. 22.

^{d)} l. L. I. offic. c. 29. f.

^{e)} LIPSIUS ad

Plin. panegy. op. T. IV. p. 492.

^{f)} SALLVST. in proem. belli Catilinarii.

^{g)} SENEC. de constant. sap. c. 2.

^{h)} GRVT. inscript. T. II. p. 118. n. 2.

ⁱ⁾ VARRO de re rust. L. III. c. 13.

^{k)} HORAT. de arte poet. v. 391.

^{l)} VARRO 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 PLINIVS SECVNDVS ^{m)} „hanc *olim* experientiam iuuentutis, hanc voluptatem fuisse, ait, his artibus futuros duces „imbui 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, HORATIVM FLACCVM testem audiamus, qui collaudat studium venandi.

Romanis solenne viris, vile fama

Vitaeque, & membris, praesertim cum valeat, &

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 quaesuerit, & obtinuerit, & posteritati reliquerit. Quapropter indicium deficientis priscae virtutis atque disciplinae HORATIVS 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 reipublicae initia inualuisse. Et non inepte VARRO hunc *primum* & maxime naturalem *gradum* vitae humanae appellat, cum ex animalibus, quae possent, *syluestria* caperent, & concluderent, & ad necessitates suas adhiberent. ^{p)}

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

G 2

Inpri.

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

ⁿ⁾ HORAT. l. 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* obseruauit. ^{r)} Imo vero *curatores venationum*, ex quibus præcipuum quendam aliquando caligula per iracundiam occidit, ^{s)} alio nomine, *TRIBVNI voluptatum*, *SICASSIODORO* fides est, ^{x)} appellabantur. Certè *HONORIVS* & *THEODOSIVS*, cum occidendorum leonum potestatem prouincialibus facerent, se salutem prouincialium suis *voluptatibus*, & *venationi*, prætulisse, præfati sunt: ^{u)} vt intelligatur, *venationes* inter ludicra & oblectamenta habitas fuisse.

Quare non possumus mirari, quosdam aliquando in reprehensionem incidisse propter studium *venandi*. *LVCIVS* certe *ÆMILIVS*, si *POLYBIVM* 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, quocumque 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, quæ 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 præceptum, qui de *iure rerum* tradiderunt. Vnum meretur obseruari, venationem illam promiscuam, in fundo alieno, non solum ab honestioribus, qui timebant, ne a domino, si præuiderit, venandi causa in fundum alienum ingredi prohiberentur, quod *GAIVS* dominis permisit, l. 3. § 1. D. de *A. R. D.* sed etiam a plebeiis, propter *impedium*, non diu multumque frequentatam esse. Obtemperauerunt enim *M. VARRONI*, qui, neminem sanum, ait, velle impensam ac sumptum facere, si videat non posse refici, ^{z)} & laborem esse superuacuum, si fructus *sumtu* deuorentur. ^{u)} Neque enim si *VLPIANVM* 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 quandocumque, neque vt velis, liceat insidias facere, res confici non poterat, sine instrumento vario &

r) *VOPISC.* in Probo. c. 7. s) *SVEP.* in Calig. c. 27. z) *CASSIOD.* VII. rep. 10. u) *COD. THEOD.* LXV. tit II. x) *POLYB.* hist l. 31.
y) *SPARTIAN.* in vita Adriani, c. 1. z) *VARRO* de re rust. L. I. c. 1.
u) *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 *provinciis* maxime, propter usum *ludorum*, & bestiarum raritatem, non videtur omnibus facultas fuisse, feras quascunque, imprimis illas terribiles, & quæ malignæ dicerentur, & quæ populo R. exhiberi possent, impune capiendi. Enimvero HONORIVS & THEODOSIVS, 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 vellent, occidendi. Nimirum, ut appareat *prohibitam* fuisse ferarum terribilium venationem, & accusationi locum fuisse, si quis in illas manum iniecerit, 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 THEODOSIVS ^{b)} seruavit, 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, vbi 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* imprimis operam dederunt, XENOPHON ^{d)} diligentissime præcepit.

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

Sed de *maioribus* nostris C. IVLIVS CAESAR in *commentariis de bello Gallico* tradidit, illorum vitam in *venationibus* fuisse. ^{f)} Et mos duravit 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. I. I. c) vide mandat. August. reg. Pol. & pr. el. Sax. de. A. 1697. von der Wild. Bahne u. seine neue Wild. Gruben zu machen, cod. Aug. T. II p. 595. d) XENOPH. L. I. Κύρα παιδείας L. I. p. 12. & in Κυνηγετιῶν 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) vt *sacrofancti* sint, vbicunque venari voluerint, *venatores* illi, qui equis, canibus, corporis virtute, feris quadrupedibus bellum faciant, atque ita hostes vincere affuescant. In *personis ecclesiasticis maioribus* duntaxat Franci & Germani non ferre potuerunt studium venandi. CAROLVS M. enim, ne episcopi, abbates & abbatillæ, cuplas canum habeant, aut, falcones & accipitres, non semel interdixit. h) Cui obsecutus LYDOVICVS 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.

*Feræ man-
suefactæ de
venatione
circensî obi-
ter.*

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, intelligitur, tum propter *necessitates* quasdam, tum *voluptatis* & *refectionis* causa, plerasque gentes, atque etiam Romanos, ab antiquissima origine, animalibus syluestribus insidias fecisse. Enimuero; præter *indigentiam* & famem, quæ veteres quandoque ferarum cubilia excutere coegit, inest in ingenio humano aliquod studium occultum, quo vincere obluccantes & aduersos, aut fugientes retrahere, cupimus, & quanto quisque magis a nobis alienus est, quantoque diligentius sibi a nobis cauer, 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 syluestribus 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 bestię, 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, vt 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. LYDOV.

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, & bouum, & suum, & caprorum: vt sensim homines ad *gradum tertium* vitæ, vitamque *pastoralem*, peruenirent.

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

Aperius etiam M. VARRO ⁿ⁾ iam tum tritauros illorum, qui suo tempore viuebant, lepulem aliquem in villa mansuetum habuisse, docet, quem promerent, cum hospites ad ipsos descendissent.

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

*Affuetum imperiis soror omni Syluia cura
Mollibus intexens ornabat cornua feris,
Pectebatque ferum, puroque in fonte lauabat:
Ille manum patiens, mensæque assuetus herili,
Errabat syluis, rursusque ad limina noxa
Ipse domum sera quamuis se nocte ferebat.*

Hæ sunt feræ illæ *mansuefactæ*, de quibus FLORENTINVS, l. 4. D. de A. R. D. disputat, quas, ait, emitti solitas subinde, & reuerti: & quae, secundum GAIVM, l. 3. §. 2. D. eod. custodia nostra coercentur, & tandem 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 VLPIANVS l. 1. §. 10. D. si quadrup. pauper. fec. tractauit.

Has igitur olim quidem singulas, in *caueis* inprimis, 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 profectioe, quod M. TVLLIVS monuit, ^{s)} aliquando per tempus longius a provincialibus 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.*

Enimuero 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 vsum nutriti, quasi alletores sint captiuorum, & moestitiam eorum mitigent interuolando. Imo vero idem, alio loco, hoc etiam in ceteris feris vsu 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 educentur. Sed *Germani* quidem, quamuis olim inprimis dediti venationibus, ^{d)} tamen attacti 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 *mansuescissent*, domi aluisse. Imo vero IVLIVS CAESAR, inter reliqua syluae Hercyniae ani-

ma-

^{s)} PLIN. hist. nat. L. VIII. c. 17. f. ^{r)} 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.

Dilcedam 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 furtum fiat, multa non exigua in lures constituta. Ex quibus rebus intelligitur, etiam *Germanos* atque *Francos* feris domi *mansuefaciendis* operam dedisse.

§. III.

Accepisti, qua diligentia Romani, & alia pleræque gentes, feras be. *Viuaria*, *septias* ceperint & nutriuerint, & *mansuescuerint*, vt commodius voluptate *leporaria*, simplicitima oblectarentur. Sed, vt solent illa, quae non solum ad *quae- Dnegoleo- stum* & vtilitatem, sed etiam ad *voluptatem*, pertinent, diligentia crescere, *rica 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 u) præcepit, non negligendam esse hanc *iucunditatem* in villis comparandis; cum, si alius inde fructus expectari non possit, certe, quae ad *delectationem* pertinent, fundum *vendibiliorem* 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- NEM i) 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 *ἐπιδαῖνες καὶ περιεργεῖνες*, id est, quae in *auuariis* & *columbariis* exercebantur, vel certe *circa villam*, vt *μελισσῶνες καὶ χηνοτροφεῖα* *pecudum- que syluestrium*, quod COLVMELLA ait, m) *viuaria*, de quibus constitui- mus copiosius tractare.

Viuaria 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* desi-

f) CÆS. B. Gall. L. VI. c. 28.
dast. T. III. p. 9.

g) FARAMVNDI lege Salica tit. 35. apud Gol-
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* nutriantur. Ait enim, more antiquo, *lepusculis*, capreisque ac similibus feris, *iuxta villam*, plerumque *subiecta dominicis habitationibus* poni *viuaria*, vt & conspectu suo clausa venatio possidentis oculos oblectet, & cum exegisset vsus epularum, velut e cella promerentur. o) Ceterum, si *voluptatis* causa venatio claudatur, proximum ædificio locum accipi, & *viuarium* muniri, semperque de manu cibos & aquam animalibus praebere: sin *quaestus* ratio haberi debeat, magis *vicinum villae nemus* eligi, quod feris destinetur. p)

Sed generaliter *quidem septa villae affixa*, quae habent *inclusa animalia*, vt ibi *pascentur*, VARRO q) *viuaria* appellat. Interdum enim, vt diximus, omnium *ferarum* receptacula, omnia loca, quibus *ferae pascentur*, atque saginentur ad vsum temporis futuri, *viuaria* dixerunt: vt etiam *piscinae* contineri videantur. Audiamus L. ANNAEVM SENECAM, qui vas illud *vitreum*, in quo nullus, vt rubor eius & pallor oculis notari posset, seruabatur, *viuarium perlucidum* aliquando appellauit. r) Sed piscinas quidem etiam M. CATO in libro de re rustica, inter *viuaria* agnouit, vt antiquissimum genus *viuariorum* esse videantur. Iubet enim tempore *feriarum* ex *piscina immunditias* efferi, munditias fieri: ne, si nihil fiat, sumtum frustra faciamus. Imo vero ipse, cum esset tutor Luculli, *piscinas* pupilli sui, grandi aere, festertium millium quadringentorum venditauit. s) Nam solebant aliquando veteres magis de capto pisce peregrino, quam de capto hoste, gloriari. Hoc enim de Sergio Orata & L. Murena COLVMELLA obseruauit: t) qui, eodem loco, *piscinas* maritimas, quæ, secundum VARRONEM, u) *marisupium* exinaniant magis, quam replent, *viuaria* a mari delata appellauit. x) Certe PLINIVS *secundus*, *piscis feros* in *viuariis* cum *plausu*, ait, consuetudine ad cibum congregari: y) & alio loco, *ostrearum viuaria* a Sergio Orata, z) Murenarum a C. HIRIO, 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 Cæsar postea possedit. d) In hoc seruatus est piscis, qui post annum sexagesimum demum exspirauit. 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. progem. L IX. p) Id. ibid. c. I. q) VARRO de re rust. III. 9.
 u) SENEC. quaest. natural. III. 18. s) CATO de re rust. c. 2. & 39. VARRO de re rust. c. 2. & 39. t) COLVMELLA. VIII. 16. u) Id. VIII. 16.
 x) VARRO III. c. 17. y) COLVMELLA VIII. 16. z) SENEC. de ira III. c. 40. PLIN. hist. nat. IX. c. 23. a) Idem ibid. IX. c. 53. b) IUVENAL. sat. IV. v. 50. c) PLIN. hist. nat. X. c. 70. d) Id. L. IX. c. 54. Id. c. 55.

Depastusque diu viuaria Casaris.

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

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

Etiam VARRO noster, g) a piscinis, quae & ipsæ quidem septæ sunt atque ad *villaticas* illas *pastiones* pertinent, *septa venatica* distinguit, vt diuerso iure censeantur. Quapropter, vt huic obsequamur, *viuaria* quidem quae specialiter accipiuntur, & opponi possint piscinis, *septa venatica* dicemus.

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

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

At vero ipse etiam VARRO profitetur, seiunctos esse & diuersos *ornithonas* a *septis*, quae proprie *venatica* dicuntur. In his enim specialissime *animalia syluestria quadrupedia* includi, alio loco obseruauit: n) vt apri, capreae & cerui, septis venaticis maxime contineantur. Sed *cochleas* tamen & *glirium dolia*, tradit, iisdem plerumque septis custodiri: sed vt diximus imprimis apros, capreas & *ceruos*. Hos enim, quos postremo loco nominauit, etiam PLINIVS, in *viuariis* cornua mutare, ait, sed alterum tamen desodere, aut occultare, vt 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. ibid. i) Id.
k) Id. l. 38. l) Id. de re rust. III. c. 3. m) Id.
n) Id. ib. III. c. 12. o) PLIN. hist. nat. L. VIII.

Proprie igitur *viuarium* dicemus, *septum venaticum*, in quo *pecudes syluestres*, 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 *feræ viuae pasci solent*, quae nunc *viuaria dicuntur*. De his *septis* cogitauit AMMIANVS MARCELLINVS, *r*) qui illa *viuaria* appellari, ait, quod in iis *bestiæ dentatae* sagittis plerumque occiduntur. Hoc PLINIO *s*) etiam placuit, qui proprie *viuaria* aprorum 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 tritauit 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 *Ἰηγοροφείων*, 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 prouinciis, 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*, *Ἰηγοροφεία* 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. I. *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 ^{e)} 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 hereditatis subinde senes illos, quos donis & blanditiis venantur & quasi feras bestias, saginandi causa, custodiunt.

— — in viuaria 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* inluserimus, a nobis *possideri*, ait, non vero, quae in *syluis circumseptis* libere vagentur: *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, interfit, 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 *Ἰηριόροφεία* dicebantur ab *Hortensio*, & ipso usu veterum a *leporariis* & *viuariis* antiquis seiunguntur. Sed haec quidem postea expediemus.

§. IV.

Difficile fuerit, rei tam antiquae, & in *secundo* gradu vitae humanae, *Venatio Per-* quod VARRO ait, inter res maxime necessarias enatae, origines inuestigare. *sica, para-* Sed illud tamen in promptu est, a *Graecis* atque *Perfis* diu atque diligenter esse frequentatam *clausam* hanc, quam diximus, in *viuariis venatio-* rum *viuaria* *nem*, Enimvero, ut illos iam taceamus, certe ALEXANDER ille MA- *quedam no-* *biliora.* GNVS, cum *naturam animalium*, auctore atque adiutore ARISTOTELE inprimis, discere instituisset, aliquot millia hominum, in Asiae Graeciaque tractu, qui *viuaria* curabant, & venationibus vacabant, in consilium adhibuit, ut nihil, vlllo in loco genitum, omnino ignoraret. Hoc enim PLINIVS SECVNDVS ^{e)} obseruavit. Sed *Graeci* quidem institutum illud a *Perfis* videntur didicisse. Ipsi enim *viuarium*, quod A. GELLIVS ^{f)} monuit, & ex illo ISAACVS CASAVBONVS ad Athenæum, ^{g)} voce *Perfica παράδεισον, paradisum* appellarunt. Audiamus XENOPHONTEM ^{h)} qui in regia Cyri, ad Celænas, notauit *hortum* insignem, *παράδεισον μέγαν, ἀγρίων θηρίων πλήρη, ἃ ἐκεῖνος ἐθήρευεν ἀπὸ Ἰππε*, id est, *plenum animalium syl-*

H 3

ue-

e) GELL. noct. Attic. II. c. 20. d) HORAT. I. ep. I. v. 79. e) PLIN. hist. nat. VIII. c. 16.
f) HELLIVS 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 deiectis, 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 festabatur, nec ferre poterat *ἐκείναι τὰ περιωμοδομημένα*, illa animalia *circumsepta*, quae ipsi vincita & captiua, atque virtutis suae oblita, videbantur. ^{m)} Enimvero, illa in *paradisus* & *viuariis venatio*, quod BULENGERVS 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 *viuario* emissas, in secussu Albano confecisse. ^{p)}

Igitur, ut ex diuerticulo ad Romanos redeamus, priuata quidem *leporaria*, illa exigua, quibus lepores forte, in vsu coenae proximae, a patrefamilias subinde alebantur, de quibus VARRO exposuit, iam tum a tritauis VARRONIS, & sub initium vitee pastoralis habebantur: Sed illa cultiora & patentia, in quibus & apri, & capreae & cerui, circumiecta maeria, 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 *Ἰνδοτροφέω* supra est tractatum. ^{u)} Neque vero postea morem maiorum posterius deseruerunt. NICOLAVS enim PINELLVS ^{x)} laudat *viuaria*, magnorum principum, in primis *Mediolanensium* & *Etruscorum*: quorum illi ad Artiminum, syluam parietibus firmatam,

ⁱ⁾ CURT. de rebus Alex. VIII. c. ^{k)} Ibid. l. c. ^{l)} XENOPHON. *κύβη παιδείας* L. I. p. 9. & p. 11. ^{m)} Id. ibid. p. 13. ⁿ⁾ BULENGER. de venatione circi c. 3. in Grau. 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, vltra viginti millia passuum ambitu suo continentem, ad memoriam posteritatis, munierunt. Sed *Ticinense* illud etiam ob casum *Francisci*, Galliarum regis, qui in illo captus 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 viderur *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. Enimuero PROCOPIVS ^{b)} auctor, *Romæ viuarium* fuisse, in quo bestiae 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, quae hodie dicitur, ^{e)} alii prope aggeres Tarquinii, alii denique inter Nomentanam & Tiburtinam, portas, munitum fuisse arbitrantur. ^{f)}

Desererem hunc locum, nisi me *theatrum venationis* moraretur, quod & ipsum aliquando ab illis, qui venationes publice ederent, in modum *viuarium* 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, con- nexis late irabibus affixas, terra superiecta eo ordine constituisse, vt the- atrum syluae speciem referret: postea immisos mille struthiones, ceruos mil- le, apros mille, mille etiam damas, ibices, & oues feras, vt populus vena- ri in *secessu* videretur.

§. V.

Sed, quoniam de *viuariis* tractamus, vt deinde de illorum *iure* rectius *Commoditas* constituamus, operae pretium fuerit, monere, ad quas *commoditates viuæ viuariorum.*
ria

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) LAM-
PRIDIVS in Heliogab. c. 6. d) LÆTVS Rom. antiqu. c. 60. e) AR-
GOLVS in not. ad Panuinii. L. II. c. 6. de ludis. circens. f) PANVIN. L. II.
c. 6. de ludis circens. g) VOPISC. in Probo. c. 7.

ria 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 CASSIVM, VI l. 9. §. 5. D. de *usufr. venationum* etiam reditum in usufructu esse affirmaret, sed etiam TRYPHONIVM, ut ipsi, si circa villam ferae inclusae *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 vsus epularum, velut e cella promereur. 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 obijceretur: 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 *quæstu* videamus.

Ex PLINIO enim didici, *viuaria* olim non tam gulæ, quam *auaritia*, inferuuisse. ^{q)} Sed luculentus 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 tuearis in foetora ad partus, natas nutrices, & fagine, ut tandem pingues in macellum possint peruenire. ^{s)} Eodem consilio COLVMELLA, feras non vitra *quadrinatum* 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. proem. & 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 commode non possint: nisi quis *ceruos* excipiat, qui longius durare, et per multos annos iuuenes manere, videantur. 1)

Hac igitur lege *quaestus* ex *viuariis* speratur. Superest vt de vltimo gradu videamus, quem *luxuria* adiecit. Hæc enim, si VARRONEM 2) audias, propter *palatum suauæ* dominorum, *leporaria* propagauit, & protulit: vt iam maiori ambitu ferae, quam olim villæ domini, contineantur: hæc docuit, triclinia in auariis 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 3) 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 exspirasse.

§. VI.

Diximus, quo *consilio* viuaria instituantur: superest, vt qua cura *in-* *Apparatus*
struenda sint, expediamus. Sed supra quidem ex VARRONE atque COLV- *viuariorum*
MELLA, 4) a nobis obseruatum est, si *voluptatis* causa venatio claudatur, *septa, muni-*
proximum villæ locum deligendum, in quo de manu cibos & aquam feris *menta.*
præbeamus: si *quaestus* & reditus desideretur, *vicinum* villæ *nemus* muniendum esse: cum intersit, *viuarium* non procul ab oculis domini abesse. VARRO præterea desiderat, vt sint in *viuariis latebrae*, vbi ferae interdum in virgultis atque herbis delitescant, cum non ament versari in aprico: denique vt sint arbores patulis ramis, quæ aquilæ impediunt conatus. 5) Imo vero COLVMELLA, 6) propter *pastionem*, *saltus* maxime commendat, qui & *terrae foetibus* & arborum fructibus abundant: ait enim, illas gramini- bus, & glande querna, & pomis syluestribus gaudere, & cibis reliquis, quos sponte terra subministrat.

Ex quibus locis intelligitur, inprimis commendari *sylvam pascuam*, de qua GAIUS l. 30. §. 5. D. *de verb. signif.* disputat, & quam *pastui* pascudum, ait, destinari. Has vero *sylvas*, quas ad *pastionem* sint accommodatae, quandoque *saltus aestiuos* & *hybernos* appellari PAVLLVS l. 3. §. 11. D. *de adq. vel amitt. possess.* interpretatus est: quod POMPEIO FESTO 7) etiam placuit. MARCIANVS etiam auctor est in quibusdam *saltibus* æstiuis & hybernis, quaedam animalia *perpetuo* relinqui: vt interdum

1) COLVMELL. IX. I.

2) VARRO III. 3.

3) SENEC. nat. quaest. III. 18.

4) VARRO III. 3.

5) COLVMELL. IX. I.

6) VARRO III. 12.

7) CO-

LVMELLA IX. I.

8) 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 potus 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) & CVRTIVS e) testantur.

Vix attinet monere, si copia naturalis pabuli deficiat in saltu, clausis succurrendum esse, illasque hordeo vel farre, vel faba, vel viuceis, alendas, atque adducendam aliquam ex mansuefactis, 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 uterentur, & 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, *munitionatur*. Ita enim VARRO k) rem interpretatus est, cum de quatuor generibus *tutelarum fundi* disputaret. Ita etiam intelligenda sunt, quae interdum in *testamentis* ad *tuitionem* 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*, hortulos, quos monumentis sæpius adiciebant, *claudi maceria* iubebant. Hoc enim multi *lapides* apud GRVTERVUM n) profitentur.

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

c) COLVMELL. IX. I. d) XENOPHON. Κύβη παίδεας L. I. p. 9 seqq.
 e) CVRTIVS de rebus Alexandr. L. VIII. c. 1. §. 22. f) VARRO III. 12. 13.
 g) COLVM. IX. I. h) VARRO II. 13. CVRT. VIII. I. i) COLVM.
 L. IX. proem. k) VARRO I. 14. l) GRVT. inscr. T. I. p. 348. n. I.
 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. I.

nent, si res familiaris impendium dissuadeat, etiam *sepe* & *vacerris* viuarium includi. *p*) Veteribus enim, quod *PLINIVS junior* dicere si lebat, *q*) in primis villa probabatur, cuius *tutela* non *sumtuosa* videretur. Vnum tamen *COLVMELLA* excipit, ne *leporos* vacerris includantur; illos enim, propter exiguitatem corporis, facile clatris surrepere, & ferum nactus fugam subitariam moliri. *GELLIUS* auctor est, *r*) a quibusdam *roboreis tabulis* viuarium conclusa.

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

§. VII.

Satis diu te tenui, & diutius, quam vellem. Sed ne quid nos postea *Nomina pro-* perturbat, dicendum est de *nomibus*, quibus *viuarium* quodoque appellantur. *miscua viua-*

Ex *A. GELLIO* quidem supra obseruatum est, *viuarium*, quae veteri-
bus *leporaria* fuerunt, etiam *septa loca*, *paradisos*, *clausam venationem*, *gama*, *laccus*,
quandoque nominata. Sed idem ille *s*) me docuit, *SCIPIONEM*, qui omni-
um *parcus*, &c.
um *etatis* suae purissime locutus sit, *roborarium* dixisse, quod posteri *viua-*
rium dixerunt: nomen enim a *tabulis roboreis* descendere, quibus *septa* es-
sent viuarium: & hoc genus septorum frequentari locis in Italia plerisque. Ad-
ducit etiam locum eius, ex oratione contra *Claudium Afellum*, ex quo ap-
pareret, *roborarium* piscinis maxime oppponi.

SCIOPIVS *t*) multis argumentis studet efficere, vt credamus, *viua-*
ria etiam *faginas* aliquando nominari. Cum quo etiam *TAVEMANNVS*
nostr *u*) facere videretur. Sed idem ille *Scioppius* ipsas feras, quae in vi-
uariis fuerint, *faginas* vocitari censet. Certe *VARRO* me docet, *x*) feras
pingues fieri, & *faginari*, si in *leporario* claudantur, donec ad *macellum*
adducantur.

Semigræci, *latina* voce, *βιβάριον* dixerunt. *y*) *Plerique* rectius *ζω-*
γορεία, viuarium, appellant, *z*) *Alii* etiam *καλαβίλως*, quasi *carceres*, qui-
bus *terae clausæ* teneantur.

Laccum forte commodius *foueam* interpretamur. Sed de hoc
NICOLAUS PINELLVS *a*) tradidit.

In medio *quo*, *sylvam circum septam* plerique, in primis *Angli*, *par-*
cum appellabant. Sed *CAROLVS du FRESNE* *b*) comprobavit, male

I 2

p) *COLVMELL.* IX. I. *q*) *PLIN.* L. II. ep. 17. *r*) *GELLIUS* II. 20.

s) *GELL.* noct. Attic. II. 20. *t*) *SCIOPIVS* in *suspectis* L. V. & 9.

u) *TAVEMANN.* ad *Plaut. Mostellar.* I. I. p. 518. *a*) *VARRO* III.

2. 3. 12. & 13. *y*) *TZETZA* Chil. L. 8. c. 173. *z*) *STRABO* L. XII.

a) *PINELLVS* in *addit. ad Panu.* 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 concludit, & *parcum* delitiosum fatis & amoenum fecit, diuersis
 „arboribus confutum, in quo damas, capreolos, & porcos syluestres aluit,
 „& concludit.

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 V L-
 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* censerri. Vt taceam, *ferarum* educatio-
 nem nemo atque syluam desiderare, vt illa pastio administraretur. Sed PAVL-
 LVS 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 *aucupis* & *venatione* disputa-
 tionem non omittendam esse rati sunt, cum & ipsa ad vsum ruris pertine-
 ret. l. 16. D. de *S. P. R.* Ideoque apparet, si villæ ius *viuarium* 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. I.
 an. 1149.

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

^{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 VLP IANVS l. 17. pr. D. de act. emt. docet, quicquid *terra se tenebat*, fundi esse portionem: ideoque etiam IAVOLENVS 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 VLP IANVS, l. 17. §. 4. D. de A. E. V. praecepit, illa non cum fundo ad emtorem aut legatarium transferri. Et luculenter quidem SCÆVOLA 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, POMPONIVS l. 40. D. de A. E. V. monuit, non esse corpus a fundo separatum, ideoque emtorem ex emto habere actionem, si hæ 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 instr. vel. instrument. ex qua intelligitur, villam quandoque a reliquis partibus fundi separari, & solam ad alios transferri.

Ausim 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; præterea *passionis villaticæ* partem præcipuam in alendis feris & colendo viuario versari. Imò vero abscisse VARRO *leporarium*, septum *affixum* villæ, & partem villae *afficitiam*, appellat: i) sed quae affixa sint, & propter villam habeantur, constat inter omnes, *partem villae*, aut ædium 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

con-

g) VARRO de re rust. III. c. 3. & 17.
KO loc. cit.

h) COLVM. L. IX. proem.

k) COLVMELL. IX. proem. & c. 1.

i) VAR-

consilio, & loco atque modo, a patribus familiæ instituantur. 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 adeatur*, aut si *hortum vicinum villæ* comparauerit, vt amoeniorem 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 perperuæ, caussa factum fuerit, vt dominus *iucundius* habitet. & conspectu delectetur. cum fundo etiam *viuarium* transire. Sed, si *quaestus* caussa inprimis, *vicinum* villæ *nemus*¹⁾ sed non proxime cum villa coniunctum, cuius reditus *separatis rationibus* connumerentur & cum fructibus villæ non facile confundantur, venationis caussa, septum fuerit; certius est, *viuarium* partem fundi quidem; sed non villæ portionem, esse. Luculenter SCÆVOLA l. 27. §. 5. D. *de instruct. & 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, quae disputauimus, intelligetur, *viuarium*, si in *fundo feudali*, auf *Lehen-Grund und Boden*, institutum fuerit, ad successores, & *heredes feudales*, quos dicimus, transire. Cum enim *in edificatum* sit *viuarium*, & non solum *arbores*, quae ibi sunt, pars feudi esse videantur, sed etiam *munitio*, & *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 expresse lege definitum, ne sumtus heredibus restituantur. P. III. constit. elect. XXXI.

§. IX.

Feræ viuariis incluse *septus*, contetur: proxima inspectio est de *feris*, quae in viuario aluntur. Sed de his quidem expeditum est, *feras in dominio* illius esse, qui *viuarium* exerceat. Res ipsa loquitur, *captas & custodiae caussa conclusas* esse, quae viuarii munitione continentur. Hoc enim supra docuimus, ex *VARONE* atque *COLVMELLA*. Iam vero audiamus *GAIUM* atque *FLOREN-*

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, censue *feudales pertinent, possi-* runt. l. 1. §. 1. l. 2. 3. & 4. D. de *A. R. D.* Vnum GAIVS excipit, si *in dentur ta-* *libertatem naturalem* se receperint, & oculos effugerint, vt difficilis sit per- *men.* secutio: tunc enim, ait, rursus occupantibus concedi, l. 5. pr. *D. eod.*

Igitur posset dubitari, vtrum piscator ille, apud IUVENALEM *m)* qui piscem ingentem ceperat, recte timuerit inquisitores,

*Non dubitavros fugitium dicere piscem,
Depastumque diu viuaria Casaris: inde.
Elapsum, ad veterem dominum debere reuerti.*

Sed, vt 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 illustri FLEMMINGIVS *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 vti in nostris animalibus proberur, mihi placet, feram domino restituendam.

Res minus habet dubitationis, si cogites, plerasque, vt supra ex VARRONE *o)* obseruatum est, *feras bestias*, quas dominus viuario includat, *emi* a venatoribus, & seruorum diligentia nutriri, atque saginari, vt postea aliis vendantur. Hæ igitur, cum titulo oneroso, aut certe, si vel a nobis ipsis captæ sint, cum labore & impendio a nobis comparentur, ita nobis adquiruntur, vt, 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, & GAIVS atque FLORENTINVS monuerunt. l. 3. §. 2. & l. 4. D. de *A. R. D.* Illud tamen adiiciam, plerarumque prouinciarum legibus constitutum esse, vt in fures ferarum captiuarum seuerius animaduertatur. Vt nostras taceam, apud CAROL. du FRESNE inuenio etiam extra Germaniam, quod ille ex chronico MATTH. WESTMONASTER *p)* obseruauit, poe-

m) IUV. sat. 4. v. 50 sq.

n) Hrn. Hannß Friedrich von Flemming vollkommener 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 Vttembergenses* capitis poenam *furi piscium* dictitasse, cum omnino manifestum esset, magnum numerum piscium ab ipso surreptum 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. Atvero furto- rum, de quibus constabat, pretium non superabat nouem Joachimicorum aestimationem. Sed fur confitebatur, se praeterea magnum numerum piscium e piscina abstulisse. Dominus, quamuis, quot 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. possess.*

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, hactenus res mobiles a nobis possideri, quatenus ita sunt in nostra *custodia*, ut naturalem possessionem, quandocumque voluerimus, nancisci, & res illas arripere possimus. l. 3. §. 13. *de adq. vel amit. poss.*

Iraque, cum in *viuariis* quidem plerumque penitus sciamus, quod ferae a nobis nutriantur, & 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 *syluis circumseptis* libere vagentur, a nobis possideri: quia relictæ 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*, quae *syluestres pecudes* nascantur. Igitur quidam interpretes, vt nodum Gordium scinderent, verbis PAVLLI, particulam *non*, interferere 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 retribus duntaxat, non *perpetui usus* sed *praesentis 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 conclusa 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. §. I. 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. Enimvero 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 muniri possunt, vt *cerui*, odore cadauerum, aut aliis odoribus, allecti, 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 *magnis Inzotzopéiois*, in denen Thier-Gärten, libere vagantur, verum est, quod GALVS l. 5. §. I. D. de *A. R. D.* monuit, multa posse accidere, ne a nobis

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

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

§. X.

Ferae quae sunt in viuaria non sunt fundi portio. Apparet igitur, feras pecudes, quas in viuariis alimus, & nostras esse, & a nobis quandoque possideri. Sed, vt solet alia dubitatio ex alia enasci, non satis conuenit inter interpretes, vtrum ferae illae, quas *circa villam* educamus, *portio villae aut fundi* esse, & cum villa & fundo ad successores singulares *fundi instruantur?* transire videantur. Inprimis enim MENOCHIVS ¹⁾ rem intricauit, qui *Et contineantur?* ad coniectos *fundi partem* esse, ait, & pro *rebus immobilibus* haberi. Enimuero, quamuis illam de piscibus disputationem, cum illorum natura ab animalibus *syluestribus* multis modis sit discreta: merito nunc omittamus, tamen generaliter, si de feris, quas in viuariis alimus, tractatur, potius facimus cum VLPIANO atque POMPONIO, 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 emtorem peruenire. Enimuero supra a nobis obseruatum est, illas syluestres pecudes plerumque *emi* a venatoribus, & *viuario* includi, & opera seruorum saginari, donec ad macellum possint peruenire, ²⁾ Itaque intelligitur, nihil illas pecudes ad fundum, sed ad separatam domini negotiationem pertinere, quae in fundo & villa dominica exerceatur.

Neque vero nobis facile quisquam obiecerit, quod partus illorum animalium, quae ex foetu arborum immobilium & reliquis villae fructibus alio solent, videantur ad *fructus fundi* pertinere, quos constat, secundum VLPIANVM l. 13. §. 10. D. de A. E. V. emtoribus cedere, nisi aliud conuenerit in lege emtionis. Verum enim vero non illa omnia, quae in *fundo* percipimus, sed quae *ex fundo* capiuntur, inter fructus fundi in emtione referuntur. 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 nutriantur, & nunquam cohæserint cum ipso fundo. De *fructibus perceptis* autem luculenter 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 habemus, *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

¹⁾ MENOCH. I. consuet. §. I. gloss. §. n. 18. 19. 20.

²⁾ VARRO III. c. 3.

NVS 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 cæruos forte excipias, in viuariis non ferri ultra quadrimum: post quatuor enim annos illas senescere, & inutiles videri. Igitur post quatuor annos ~~de~~ nouæ comparandæ sunt, aut ex partu aliæ submittendæ, ex quibus reditus sperari possit. Sed disputatione non indiget, quæ per quatuor tantaxat annos utilia esse possint, non ad vsum perpetuum sed ad præsentem comparata esse, ideoque non cum fundo ad emtorem peruenire l. 17. §. 7. D. de act. emt. Imo vero abscisse MARCIANVS l. 67. de leg. 3. salu 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. VLPIANVS enim rem perturbat, qui l. 8. §. 1. D. de instr. & instr. leg. quibusdam in regionibus, ait, si saltus pastiones habeat, etiam greges pecudum instrumento contineri. Et addit IAVOLENVS, eandem rationem esse in auibus, quæ in insulis maritimis alantur, vt, si ex his etiam sit reditus, ipsæ quoque debeantur. l. 11. D. de instr. & instr. Hoc SABINO etiam & CASSIO placuit l. 12. §. 13. D. eod. Sed PAVLLVS quidem l. 9. D. eod. hanc dubitationem diluit, vt ausim affirmare, feras illas, regulariter, non comprehendi villæ instrumento. Ait enim, in grege & similibus distinguendum esse, vt, si pecudes comparatæ sint, vt ex illis fructum capiamus, non contineantur instrumento: sin vero ideo coemtae 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 magis 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, pecudes cum fundo non transire.

Paulo aliter dicemus, si fundus instructus sit legatus. VLPIANVS 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-

viuaria, vt iucundius in villa habitemus; ²⁾ potest videri, feras ali in viuariis, vt villa sit instructior ad iucunditatem. Enimuero certius est, hoc distinctio nem recipere, si villa instructa sit legata. VLP IANVS 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 comprobatum est, viuaria plerumque propter *quaestum* institui, vt ferae saginatae & nutritæ in macelum perueniant, & aliis vendantur. ^{u)} Igitur pauca illa, quae suae voluptatis causa dominus comparauit & nutriuit, 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*, & vltimi possessoris proximos heredes controuersia, de feris in *viuario* nutritis, oriatur. 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. ^{x)}

§. XI.

*Vsufuctus
viuariorum.*

Satis quidem diximus de *proprietate* & *possessione* pecudum syluestrium, quae viuariis custodiuntur: consequens est, vt etiam de *vsufuctu* videamus.

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

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 fructuarium *viuario* vtatur, vt ipse feras aliquas *include* possit in viuario, semel constituto, vt etiam, si quae postea

²⁾ VARRO loc. cit. COLVM. prooem. l. IX.

^{u)} VARRO III. 3. COLVMELL.

IX. & VIII. I.

^{x)} SCHRAD. tract. feudal. II. P. IX. part. princ. sect. III.

p. 442. T. I.

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 VLPPIANVS atque PAVLLVS & NERATIUS non admiserunt. l. 7. §. 3. l. 3. §. 4. 5. 6. & 8. l. 14. & l. 44. D. de usufr. Enimuero licet quid multo *utilius* malit substituere, & multo minorem ex viuario fructum capiat, tamen utilitatem *ex voluntate domini* aestimare debet, ut nihil immutare possit, quamuis ad *voluptatem* duntaxat petinere videatur. Contra, si domino *viuarium* non placuerit, ipse illud instituire, 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. Esset enim periculum, ne rationes domini peturbarentur, aut res quaedam quae dominum oneraturae sint, aut apparatus aliquem desiderent, *voluptatis* causa, a fructuario quandoque instituerentur.

Igitur, quamuis instituire *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 CASSIVM & PAVLLVM, *arbores* alias, in locum demortuarum, *assere* & 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* feruetur.

Enimuero etiam in usufructu *gregis* concessio, quod GAIVS & POMPONIUS praecipiunt, l. 68. §. 2. & l. 69. D. de usufr. in locum defunctorum capitum *ex agnatis* submittere, & ex caetero alias pecudes ipsum substituere oportet: ut, quamuis, 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 feruetur.

Atvero in ceteris quidem gregibus sufficit, si *ex foetu* alias pecudes submittat: sed nulli nascantur, officio patris familias vix continebitur, vt 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

finito usufructu, domino *restituatur*: idque propter difficilem discretionem singulorum animalium receptum esse ait. Vtrum 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 fructuarium 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 praefide est disputatum. Vnum tamen omittere non possum, quod ab aliis non observatum esse video, ΤΡΥΦΟΝΙΝΥΜ d. l. 62. de illis exiguis duntaxat leporariis sentire, in quibus pecudum numerus iniri possit, ut totidem capita restituantur. In *Ἰνδογεφείοις* igitur & maioribus viuariis, quae per plura iugera & gentes tractus pateant, ut numerari pecudes non possint, iure communi fructuarium utetur.

§. XII.

An ius viuarii cum iure venandi sit coniunctum? Vidimus, quid usufructuario iuris competat, in viuariis, quae in fundo fructuario habentur, & comprobatum est, ipsum, invito domino proprietatis, non posse viuarium munire. Qua re intelligitur, multo minus illi, cui ius venandi invito domino, in fundo alieno sit tributum, instituire viuarium licere. Siue enim hoc ius praedio vicino, iure seruitutis rusticae, competat, siue personae sit concessum, iure usufructus ad venire licet iur. nationem & aucupia restricti; certe durio rem causam seruiantis facere non poterimus, ut viuario instituto, locum quendam, perpetuo in fundo alieno occupemus. Fiet enim ius seruiantis deterius, si seruitutem discontinuam, quale est ius venandi, cum interdum & per intervalla venandi causa in fundum alienum ingredimur, in continuam mutemus, & perpetuum quoddam viuarium in fundo alieno occupemus. Enimuero aperte PAVLLVS obloquitur, l. 6. §. 1. D. de seruit. praed. rust. & negat, mihi licere, tugurium in fundo alieno instituire, quamuis ibi habeam pascui seruitutem, 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, quamuis non ignorem, quod POMPO-

NIVS

2) BIEDENBACH. quaest. nobil. 12. HARFRECHT 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 seruitute, tacita quaedam iura sequi, quae in seruitute inesse videantur, & sine quibus seruitus non possit expediri; tamen certius est, venationem innumeris modis explicari posse, quamvis locus nullo sepimento muniatur. In seruitutibus autem constat, hunc modum eligendum, qui domino quam minime molestus esse videatur. Haec igitur multo magis obtinebunt, si ius venandi *praescriptione* sit quaesitum, quam & ipsam, nouimus, strictissimam interpretationem duntaxat admittere, vt ad plura & similia non extendatur.

Imo vero ne quidem inter omnes conuenit, vtrum 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. Enimuero ICRUS illo loco de formula locationis agit, qua conuenit, 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. caes.* interpretatus est, hunc demum syluam *cingere* videri, qui arbores *deglabrauerit*, & ita perdidit, vt emoriantur. Hoc igitur lege illa locationis conductori erat interdictum. Sed id nihil commune habet, cum iure syluam *sepe & munitionibus cingendi*, quo vtuntur, qui viuarium instituunt in suo fundo.

Magis posset aliquem mouere, quod GAIVS quidem l. 3. §. I. 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 oblectari 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, vt venator arceatur. Igitur certius est, GAIVM de prohibitione, quae manu fiat, aut opere *subitario*, non de viuarii munitione, tractauisse.

Ex multis profecto causis probabile videtur, suspectas fuisse imperatoribus priuatas illas in syluis laxioribus munitiones, in pr. uinciis inprimis. Enimuero ex VARRONE ^{c)} supra didicimus, *altam munitionem* viuarii desiderari, & *Ἐπιτορροφεία* interdum multas regiones tractusque ambitu pre-

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

b) ZASIVS conf. 6. n. I. vol. II.

c) VAR-

prehendisse. *d)* Sed nemo me adducet, vt mihi persuadeam, in prouinciis inconsulto principe, syluas, latronum plerumque receptacula, *muniti* poruisse. 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 praeberere 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 Tandem venio ad *Germanos* nostros, quos, propter gloriam gentis *innocentissima* instituta, primo loco nominare debuissim. De his qui-
uinaria nisi dem supra, ex commentariis CAESARIS, *e)* obseruatum est, ipsos olim
in aulis principum & *se-* vitam in *venationibus* egisse, sed campos & syluas apertas maxime sectatos,
cessibus cle- alienos a studio *munitiorum*, quas Galli diligentius instituebant. *f)* Neque
ricos um. Ha- tamen Germani ignotauerunt *muros* atque *claustra*, in quibus ferae virtutis
ga Germanorum. congenitae obliuiscantur. *g)* Praeterea in possessionibus suis defendendis quaedam genera *naturalium tutelarum* & munitiorum elegerunt, quibus iniuriam inuaforum prohiberent. Si enim TACITO fides est *h)* suam quisque domum spatio circumdabant, & *sepe* muniabant. Neque in syluis muniendis otiosi penitus fuerunt. *Hagam* enim, dicebant, quam nos *cin* *Hagen* und *Wild-Zaun*, ein *Geheege*, appellamus, sepem 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 Hohenloicorum*, qua Hagas suas refici & instaurari praeceperunt. *Das* 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 circumcis*, aut aliam *munitiorum* venationis causa faciendi, ex usu gentis nostrae, interpretati sunt.

Ita enim ZASIVS, WEHNERVS, *m)* BESOLDVS, *n)* & GOTHOFREDVS CHRISTIANVS LEYSERVS *o)* tradiderunt. Vt 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. & intima latinit. voce: Haga T. II. p. 691. *k)* Hohenloische Jagd Ordnung tit. 17. von Hagen, apud FRITSCHIVM in corpore iuris venat. P. III. p. 235.
m) WEHN. obler. practic. voce *Fürstrecht* p. m. 120. *n)* BESOLD. thes. pract. voce: *Fürst Obbrigkeit* p. m. 260 sqq. *o)* LEYSERVS iur. georg. III. c. II. 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 officiatur*. Hoc enim video etiam auctori consultationis, *de iure hagarum* apud FRITTSCHIVM, o) itemque illustri FLEMMINGIO p) omnino placuisse.

Neque tamen dissimulo eandem vocem *hagæ*, *Seege*, *Seege*, *Graben*, *Einfang*, etiam ad alias *munitiones*, inprimis urbium, referri. Extat apud LVNIGIVM q) tabula *Maximiliani I.* qua *Rothenburgensibus* inter alias *munitiones*, ius *hagæ Seege und Graben zu machen*, liberaliter concessit. Inuenio etiam *Fridericum III. imperat.* *Francofurtensibus* facultatem dedisse *Schläge, Thurn, Graben, und Einfang zu machen*, r) quam & CAROLVS V. *Halenfibus*, inter sueuos, hac formula concessit, *daß sie befugt seyn sollen mit Seege, Niegeln und Schrancken ihre Stadt zu befestigen.* 2)

Sed, vt ad Germanorum *hagas venaticas*, & *viuaria* simplicissima, reuertar, *clericis* inprimis illa *viuaria*, claustris illorum & habitationibus adiecta, placuerunt. Multa enim *parcorum* & *hagarum*, quæ ad *clericos* pertinent, exempla CAROLVS du FRESNE in *glossario* congeffit. 2) 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 *Osnabrugenfi* saltum insignem donauit, & *Henricus III.* in tabula donationis, qua ecclesiæ *Brixinensi* sylum attribuit x) item Otto III, in donatione sylvuarum ecclesiæ *Mindensi* assignatarum, y) & alibi passim, vsi sunt.

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

o) FRITTSCH. 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. 2) 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.

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, vt tandem finiamus, hodie, si illustrem FLEMMINGIVM audiamus ^{a)} vix aliud genus animalium syluestrium 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 *munendi*, non competere, plerique omnes, quos supra allegaui, præter GALLIVM ^{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 accommodaro, quandoque impune instituat. Sed cum de hoc iure *viuarium instituendi præses* commentatione singulari, quæ huic opusculo adiiceretur, 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, & *Saxoniæ* 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⁾ Act. 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)} ZASIUS II. cons. 6. n. 1.

virtutis. Quapropter operae pretium videtur, vt, cum clarissimus *candidatus* noster, cuius honori vt inferuiam, hæc a me scribuntur, de *iure viuariorum ex iure Quiritium*, publice verba sit factururus, iam quidem de *Germanorum & 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, vt cum ZASIO ^{a)} & GAILIO ^{b)} facerem, qui *ius hagam faciendi, & syluam venatoriam muniti-
onibus cingendi*, crediderunt ipso *iure venandi simpliciter concesso comprehend-
endi*. Sed ausim affirmare, *priuato* quidem, cui *ius venandi* sit tributum, nunquam sine principis *expressa venia* licere syluam venatoriam, quamuis eius propriam, & nemini deuinctam, munitione aliqua cingere, cin Gehee-
ge und Wild-Zaun zu machen, aut *viuarium* publicum instituere, in quo syluestres pecudes circumseptæ a domino pascantur. Ita enim vt sentiam, multæ apud me causæ effecerunt.

Primo enim ipsæ *munitiones* a *priuatis* institutæ, sed maxime *munitiones 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 *imperatorum* quidem edictis, quibus *munitiones priuatas* seuerissime coercuerunt, 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 obseruatum, maiores nostros vix circa domum cuiusque *priuati* sepem subitariam, maioris altitudinis, *munitionis* causâ institutam, tolerasse. Ita enim ille de *priuatorum muniti-
onibus* 3. N. art. 66. præcipit, man soll keine Heeg noch Thurn bey Dörffer machen ohne des Land-Richters Urlaub. Ihn sein Urlaub mag man aber wohl Graben aufwerfen, als tief ein Mann mit seinen Spaden aufschießen kan die Erde, also, daß er keinen Fuß-Schemel noch Gerüste dazu mache. Man mag auch wohl bauen, mit Holke 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 niedersten Baden über der Erden, eines Knies hoch. Man mag auch wohl besetzen einen Hoff mit Zäunen, oder mit Stecken, oder Mauern, als hoch ein Mann reichen mag, auf einen Neß sitzende, Zinnen, und Brustwehren sollen auch nicht daran seyn. Neque vero posterius deseruerunt maiorum instituta, sed sapientissimorum *principum* prouidentia cautum est, ne vn-

L 2

quam

a) ZASIVS II. conf. 6. n. I. b) GAIL. II. obf. 68. n. 6 sqq. c) libello singulari, de iure vrbes munitendi & munitiones reficiendi.

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 Berhefung und Vermachung derer Felder nur in gewöhnlicher Höhe nachgelassen, auch Stecken ohne Spitzen darzu zu gebrauchen, seuerissima 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, cuiuslibet, 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. Enimvero res ipsa loquitur, quae propter publicam securitatem constituta sunt, non pactione priuatorum immutari, sed *principis* auctoritate duntaxat ius singulare, extra ordinem, a quibusdam impetrari.

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

Enimvero, *publice interfuit*, ne cuiuslibet 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 statuisent, 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-

a) 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. Apr. 1734. verbis: Und bey herannahender Gefahr in die Wälder sich saluiren, und darinnen verhauen. *f)* WEHNER. 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 Gedrenge zu kornen 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 nemonum munitionem, qua animalia syluestria vel sepe facta, vel muro excitato, vel lignis circumcisus, includuntur, vt elabi & syluas foetibus locupletare & escam idoneam quaerere non possint. Vt taceamus, ex praeceteris venatorum, h) munitiones illas ad radices montium decliuum & virgultis obsitorum fieri, vt ferae, atque in primis cerui, ipso conspectu & iucunditate loci & odoribus alliciantur, vt sponte insiliant, & augeant numerum captarum, quasi voluntaria deditio. Solent enim hoc illecebrarum genus nostri den Einsprung-appellare. Quod ipsum quam periculosum sit, & quo cum incommodo coniunctum, & Germaniae, quas commemoravi, 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 regia*, 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. Enimvero satis est, ius piscinarum illo loco inter regalia referri, vt ex vna specie de toto genere venationis iudicemus. Praeterea leges illae feudales, si vel in campis Roncalicis editae vel alio in loco Italiae prolatae sunt, ideoque ad possessiones illas Italicas in primis pertinent, ita Germanorum principes non obstringunt, vt ipsorum iura regia ex istis aestimemus. 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 inprimis pertinere. Audiamus LUDOVICVM 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. inprimis, 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 sæpius, 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)}

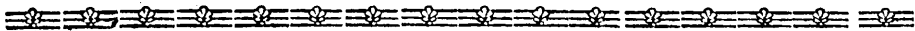
Satis igitur ex his, quae adhuc disputata sunt, apparet, ius banni ferini & omne illud ius venandi ab imperatoribus ad principes imperii, sed ad priuatos nunquam, nisi ex voluntate principis subinde, peruenisse: iam vero non potest locus esse dubitationi, quin iura *villa regia* priuatis a principe extra ordinem permessa, 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 munitiones illas nemorum, quibus ferae bestiæ a priuatis intercipiuntur. Enimvero 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 *ius 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. LUDOVICI III. 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, Etifferra. It. spic. eccles.
 P. II. p. 140. & 148. It. P. III. spic. eccles. p. 101. ^{m)} Sabers Europ. Staats:
 Gansley P. XVIII. p. 64 sqq.

Certe *superioritas* illa *forestalis*, quam dicunt, vi cuius omne *ius regium* in syluis a principe duntaxat, aut nomine eius exerceretur, & inter alia, leges etiam forestales & venaticæ conduntur, denique cauetur, ne quid respublica per sylvarum & nemorum abufum detrimenti capiat, non permittit, vt, inuito aut non consulto principe, in memoribus, quamuis illa ad priuatos quodammodo pertineant, machinationes suspectæ & periculofæ temere instituantur.

Satis, credo, comprobatum est, ius *Hagarum* bas *Geheete*, priuatis etiam in fundo proprio non competere, nisi expressa atque luculenta voluntate principis quibusdam concedatur. Sed apparet, quæ a nobis dicta sunt, ad *ἄγριοι λεοφάγα* maiora illa *viuaria* duntaxat pertinere, quæ in *syluis venaticis* instituuntur. Haud paullo secius de leporariis priuatis sentiendum est, quæ circa villam in loco priuato, & venationibus vacuo, habentur, vt feras ab aliis coemtas, 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 INTERDV̄M INNOCVA.

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

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

§. I.

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

a) CIC. L. II. de fin. c. 31.

enim, alio loco, *b)* fugit acerbas *recordationes*, quae, quasi morſu 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 ſimus, adeoque non magis corpore, quam rerum imagine & cogitatione afficimur ac dolemus; non poteſt eſſe obſcurum, quod cōtemplatione ac memoria priſtinae calamitatis, repetamus incommoda temporis prioris atque in piſtrinum illud, in quo antea vexati ſumus, & quod denuo nobis obiectum quaſi oculis cernimus, acerba recordatione retrahamur. Enimvero, qui de malis praeteritis gauſi ſunt, non tam de grauitate periculi, & de incommodis ſuis ac dolore, cogitarunt, quam de magnitudine animi ſui, aut de opportunitate, quae iſtis oblata eſt, vt elaberentur, aut de fama ſuae victoriæ, qua maximas difficultates ſuperarunt: quae voluptas tamen ipſa memoria difficultatis aliquid ſper diluitur & infirmatur. Ita CÆSAR aliquando, quod HIRTIUS *d)* ait, memoria victoriæ, ad Zielam partæ, incredibili lætitiæ affectus eſt, non quod in ſummum periculum illapſus eſſet, ſed, quod maximum bellum tanta celeritate confeceſſet & quod facilis victoria ex difficillimis rebus accidiſſet. Quod cum tandem intelligeret M. TVLLIVS apud DIONEM CASSIVM, *e)* auocauit animum a cōtemplatione praeteriti temporis, & hanc ſolam recordationem malorum in ſapiente ferri poſſe iudicauit, quae nos doceat cauere, ne in eaſdem inſidias, ex quibus aegre elapſi ſimus, incuria noſtra recidamus.

Imo vero, ſi TROGV M POMPEIVM *f)* & CORNELIVM GALVVM *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 viciffitudine dolemus. Quae cum ita eſſent, idem ille, quem antea appellauimus, M. TVLLIVS maluit aduerſa, quorum recordabatur, quaſi perpetua *obliuione* obruere, *h)* aut iniurias aliorum *voluntaria* quadam *obliuione* cōtere-
re, *i)* & diſcordiarum memoriam *obliuione* ſempiterna delere, *k)* vt melius gratia & incunditate temporis praefentis fruere-
tur. Hæc eſt *voluntaria* illa *obliuio*, quam Græci *ἀμνησίαν* vocant, & gentes liberæ plerumque, cum le-
ges

b) CIC. ad Attic. L. XII. ep. 18. *c)* Id. de oratore III. I. *d)* HIRT. bell. Alexandrin. c. 77. *e)* DIO CASSIVS l. 44. p. 289. τῆτο γὰρ τις μόνον τῶν κακῶν ἀπόνειτο, τὸ μηδὲν αὐθὺς ὀμνίον σφίσι παθεῖν Φιλάξασθαι.
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 perferibuntur, mutuo promittunt, vt ne vnquam priorum iniuriarum memoria resuscitetur.

Igitur multi *fugiunt* 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 1)

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

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

Εἰ μὲν γ' ὀφείλεται μοι, μνήμων πᾶντι,
Ἐάν δ' ὀφείλω χέτλιος, ἐπιλήσμων πᾶντι.

Sed, vt diximus, multi serio dant operam, vt quarundam rerum memoria, ex quarum scientia & recordatione vel periculi aliquid, vel incommodi & molestiae, ad ipsos peruenire posset, in animis ipsorum deleatur. VLPRIANVS enim l. i. §. i. D. de act. emt. in venditionibus fundorum obseruauit, quosdam emtores illud de industria *agere*, ne *recordentur*, aut *cognoscant*, quae feruitures vicino debeantur: illosque se ipsos decipere *voluntaria & affectata ignorantione*. Alii, qui memoriam non in potestate habent, & quibus inuitis recordatio prioris temporis subrepat atque obuertatur, 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,
Obliuiofa vt fiant, meminisse nequeant.

T A V B -

1) 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 *inmemorabiles* appellari, ait, quia confestim, vtcunque 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 TEREVTI-VM, p) qui, se sui ipsius oblitum esse fingit, ne cogatur vera enarrare.

Ita enim ille:

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

§. II.

Error, ignorantia, dubitatio, quandoque infirmant negotia iure Quiritium. Non item naturalis ratio- ne. *Accepisti*, qua de caussa iuuet interdum, quaedam ignorare, atque obliuisci temporis prioris, vt 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 caussa, 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 fecius 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. Sive enim *culpa* non vacat, qui in errorem incidit, nihil tam naturale est, quam vt ex sua quisque *negligentia* enatam incommodatam 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 vt sensum illius in aduersarium, qui & ipse suis incommodis vrgeret, transferat, aut cum damno alterius, erroris fortuiti obtentu, fidem pactorum deferat, qua societatis neruus continetur.

Sed, vtcunque 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 effecit,

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

p) TEREVT. 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, & ignorantés*, inter se coniunxit, & eodem iure censendos existimauit, ideoque etiam illud, quod animo *dubio* & *ancipiti* indebitum solutum esset, reperi conditione permisit, quasi per *errorem* & *ignorantiam* indebitum solutum esset.

Sed hoc quidem iure utimur, in primis, cum de *quasi contractibus* cognoscimus, quorum ius & obligatio mera ratione naturali & æquitate continetur. Neque tamen aliud vsu 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. II. & 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 nostræ indulgentiores fuisse, quam vox naturæ *Ignorantia* postulasset, si *venia erroris* peteretur. Tanto diligentius operam dare *de crassa & subuerunt*, ne quis, per hanc occasionem, obtentu *ignorantiæ*, impunitatem *pina non prodest in* atque veniam negligentiae aut fraudis impetraret.

M 2

Igi-

q) Præses: *de proprietate rei donatæ, ad eum, qui quasi mutuam accepit, trans-eunte.* §. V. sq.

distrabendis negotiis sed gotiis erroris excufatione uti poffe videretur. Primo, ut *errore probabili, culpa igno-* non *craffo & fupino*, lapfus effet, qui *ignorantiam* obtenderet: deinde, ut *nantis æfti-* appareret, *vere* aliquem *errore* probabili deceptum, non *ficta & affectata* gradu dili- *ignoratione*. Igitur de utroque capite feorfim videamus.

Et primo quidem admittimus duntaxat *probabilem* errorem. Ita *NE-* *RATIVS* rem definiuit; qui hunc demum errorem *tolerabilem* putauit, qui *probabilis* & non *fupinus* effe videatur. l. 5. §. I. D. *pro fuo*. Sed in difputatione ancipite verfatur, quem maxime errorem *probabilem* dicamus. Veteres enim obfcura circumfcriptione vfi funt, ut res in medio relicta videatur, &, nifi per exempla, intelligi vix poffit, quid illi fenferint de *probabili* errore.

PAPINIANVS quidem l. 55. D. *de ædil. edict. diffolutam ignorantiam* repudiat, ut illa excufationem parere non poffit. Sed *SABINVS* atque *CASIVS* & *POMPONIVS* l. 3. §. I. D. *de iuris & facti ignor. non deperditii & nimum securi* hominis errorem duntaxat admiferunt. *PAVLLVS* etiam admonuit, non *ftultis*, fed *errantibus*, fuccurri. l. 9. §. 5. D. *de iuris & facti ignor.* & hanc demum ignorantiam admitti, quae in *fupinum* hominem non cadat l. 15. §. I. D. *de contract. emt.*

Vides, rem in loco ambiguo hæere: cum nec *VLPPIANVS* illam expedit, qui l. 6. D. *de iur. & facti ign.* ignorantiam *craffam & fupinam & nimum fecuritatem* reprehendit, ut hæc illi non fufficiat, qui negotium, obtentu ignorantiae, retractet. Neque *AFRICANVS* rem impeditam extricauit, dum damnat errorem atque ignorantiam, cuius quis *iufam cauffam non habere* videatur. l. 11. D. *pro emtor.*

Sed aufim affirmare, *naturam negotii* inprimis æftimandam effe, in quo quis *errore & ignorantia* fe deceptum effe conqueratur: ut, fi error in *contractu* obuenerit, in quo diligentia maxima defideretur, hic demum error *probabilis & tolerandus* dici poffit, qui furreperit inuito, & curiofiffime inueftiganti, ut ne *culpa* quidem *leuiffima* errantis accusari poffe videatur: contra, in quibus negotiis *diligentiam ordinariam*, ut in plerisque, exigimus, quae cum boni patrifamilias officio coniuncta fit, in his inueftigationem quidem, fed non ferupulofam & nimis foliciam, defideremus, ut *ignorantiae* excufatio locum inuenire poffit.

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 fentiam, illud me inprimis mouet, quod illam *ignorantiam* veteres, quam *ftultam* atque *craffam & diffolutam* ac *fupinam* appellarunt, cum gradu quodam *negligentiae* plerumque coniunxerunt: ut intelligatur, *ignorantiam*, pro gradu *culpa & negligentiae* in quouis negotio

tio admiffae, æftimari. Ne quis locus dubitationi relinquatur, audiamus VLP IANVM, qui l. 6. D. de iuris & fact. ignor. scientiam hoc modo æftimandam effe, ait, vt nec negligentia craffa, nec nimia fecuritas expedita fit, neque delatoria curiositas omnino exigatur. Imo vero apertius atque luculentius omnino PAVLLVS noster, l. 9. §. 2. D. eod. tunc non ferendam effe ait ignorantiam, fi erranti *fumma negligentia* obiiciatur: & recte LABEO scientiam neque *curiofiffimi* hominis, neque *negligentiffimi* accipiendam effe, cenfuit, fed eius, qui eam rem, *diligenter* inquirendo, inueftigare potuiffet.

Igitur apparet, ex *gradu negligentiae* constitui, vtrum *ignorantia* errantis ferenda effe videatur. Sed *gradum diligentiae* cum in aliis negotiis alium omnino exigamus, non potest effe obfcure, *pro natura negotii* alium atque alium errorem excufatione dignum & *probabilem* haberi.

Ne quis exempla defideret in re manifesta, obferuabo pauca, in quibus, pro *gradu negligentiae* ipfi etiam *gradus ignorantiae* conftituuntur. Opportune occurrit MARCIANVS, qui l. II. D. de incend. & ruin. tunc demum excufat *ignorantiam* illius, in cuius aedibus incendium factum effet, fi non tam *lata eius culpa* fuerit, vt luxuriae aut dolo comparetur. Eandem rationem CONSTANTINVS l. I. C. de *falsa monet.* fequitur, in illis iudicandis, qui *ignorantiam* obtendunt, & fe fciffie negant, quod in aedibus fuis *falfa moneta* cuderetur. Ait enim, *incuriam & negligentiam* illius puniendam effe, qui cum in proximo habitaret, ignorauerit, quid malae rei in fuis aedibus administraretur. Ipfe etiam VLP IANVS, alio loco, *ignorantiam* cum *culpa* comparauit, & *negligentiam* appellauit, cum quis illud ignoret, & non intelligat, quod omnes intelligere & fcire videantur l. 213. §. 2. D. de verb. *fignif.* ideoque etiam tutores teneri cenfuit, fi, per *ignorantiam latamque negligentiam* non bonam conditionem in cœmendis praediis elegerint; cum in hac parte de *lata culpa* teneantur l. 7. §. 2. D. de *adminiftr. tut.* Itaque difputatione non indiget, in diuerfis negotiis alium atque alium errorem excufatione dignum & *probabilem* cenferi. Quae cum ita fint, neceffe eft, iurisconfultos interdum, in venia *errori* danda, difficiliore effe, & aegrius *ignorantiae* excufationem admittere, fi quid in illis negotiis, quae *diligenter* atque *circumfpecte* adminiftranda funt, per *ignorantiam* peccatum effe videatur. Ita certe de iure *fponfaliorum* iudicamus, vt non facile *fponfum* audiamus, qui *errore & ignorantia* fe deceptum effe ait, cum conditionem eligeret, qua fcire potuerat, fe, poftquam negotium femel contractum fuerit, perpetuo vfurum effe. Deuiffes enim illam, quam petebas, etiam atque etiam adfpicere, quod poeta ait: r)

ne mox
Incuterent aliena tibi peccata pudorem.

Præses recordatur, *ICtiis Vitembergenſibus a conſiſtorio Magdeburg. M.* Majo A. c^o 10 cc xxxii. eiſmodi ſpeciem oblatam, cum maritus, cui cum vxore ſua peſſime conueniebat, ſe, per *errorem*, vxorem peſſimam duxiſſe quæreretur. Apparebat, vxorem eiſ, priuſquam ab ipſo duceretur, vitam turpiſſimam egiſſe: illam aliquando, abreptam & accenſam amore cuiuſdam iuuenuli, quieſcere non potuiſſe, ſed, quaſi furiis quibuſdam agitaram, cum ſe iuvene, quem penitus deperibat, potiri poſſe deſperaret, veſtibus depoſitis, nudam ſe in flumen conieciffe, vt extinctis illis faculis ſuffocaretur: ſed, magna hominum turba confluenta, extractam a piſcatoribus, vitæque reſtitutam, inter ciues ignominioſam cum magno opprobrio vixiſſe. Maritus, ſe hæc *ignoraffe*, 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 hac ipſum peſte liberarent, inuocabat. Reſponſum eſt, ſecundum ea, quæ proponerentur, petitioni eiſ 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 negligentiffime verſatus ſit, &, quod *V L P I A N V S* ait, l. 213. §. 2. *D. de reg. iur.* non intellexerit, quod in ciuitate omnes, & tonſores etiam, intelligebant.

§. IV.

Ignorantia facti proprii 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 demonſtreſſe *crassa & affectata eſt* tur, *vera* ignorantia, non ficta atque ſimulata, aut voluntaria ignoratione, *ideoque ſollicitati comparatur.* 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 ſæpiſſime 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 inſiguntur, quæ nos proxime attingunt, quanto rarius illarum rerum obliuiſcimur, quæ nos viuidius & vehementius afficiunt, tanto minus excuſationem inuenire poteſt, qui ſui ipſius fere obliuſ ſit, & quæ ab ipſo adminiſtrata ſint, memoria & recordatione repetere non poſſit. Quandoquidem enim, quæ ab homine ſano & intelligente perficienda ſunt, cum circum-

cum spectione 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. TVLLIO¹⁾ 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,²⁾ 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 totius ut lacus puridaeque 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 alnus
In fossa liguri iacet supernata securi.
Tantundem omnia sentiens quam si nihil sit unquam,
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 municipio, qui rerum suarum *obliuisci* videbatur. Enimuero etiam SCÆVOLA admonuit, omnino omnes, qui non desipiant; aut deperditi sint ac dissoluti, etiam in vltimis voluntaribus, 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 *vfos*, arbitrat. l. 14. C. de hered. instit.

Enim

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

2) CATVLL. epigr. ad Coloniam.

Enimuero, si rationem audiamus, per *summam* illa *negligentiam* administrata esse oportet, quorum quis confestim, quamuis ipsa ea perfecerit, obliuiscatur. Si quis enim illorum non meminerit; quorum omnes recordantur, si quis sui ipsius oblitus esse videatur, per *culpam latissimam*, quod VLPPIANVS 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 VLPPIANO in mentem venisse, qui, alio loco, illorum *segnitiam* rusticitatem, inertiam, simplicitatem, *ineptiam* accusat, qui culpa latiori, & *supina negligentia*, promeriti fuerint, vt 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 PAVLLVS, 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 suæ negligentiae sentire patimur; non eget disputatione, facti proprii obliuionem nunquam fere probabilem videri, aut excusationem idoneam parere, vt erranti succurratur. Ita enim nisi sentiremus, facile fuerit cuius, negotia tantum non omnia peruertere & infirmare. Luculenter & generaliter IVSTINIANVS l. 12. C. de contrah. stipul. quemlibet, quæ aliis promiserit, *memoria seruare* iussit, ne, obtentu *ignorantiae*, fides pactorum dissoluatur: cum nemo postulare possit, vt sui officii ab aliis *admoneatur*. Hoc PAVLLVS intellexit, qui l. 3. §. 19. D. de acquir. 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 vsucapionem non sufficiet, si quis in ea *opinione* sit, vt 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 *supinæ negligentiae*, illum non facile audiri, qui *ignorantiam* facti proprii alleget. Imo vero si etiam subinde audiendus esse videretur, res certe in ambiguam 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 IVSTINIANVS, vt supra obseruatum est, non praesumi hanc stolidita-

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

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

^{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 subscripsisset, *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.

Das Beklagte Principal zu der angebothenen endlichen 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 derselbe 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: die weil Beklagter, in dem fol. 4. befindlichem Brieffe, daß Er Klägers 1000. Thlr. nebst N. assureiret, und in abgewichener Michaelis, Messe zu bezahlen schuldig, eingeräumet, 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 agnosceiret habe, zugestehen müssen, dahingegen der vorgeschickte Irrthum Beklagtem hierbey nicht zu staten 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. instir.

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

§. V.

*Etiam 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 & facti ignorant.* etiam ignorantiam iuris, quod nemo sine turpitudine ignorat, *in damnis amittendae rei suae*, nemini nocere arbitratur. Neque enim videtur caussa idonea subesse, cur in illis caussis, 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. *Illam* quidem certe, propter subtilitatem artis nostrae, quandoque veniam mereatur: *haec* plerumque ex *fatuitate*, & *summa negligentia* enascitur, quam in contrahendis negotiis non ferri posse, supra est nobis comprobatum.

Deinde, ipsam regulam PAPINIANI ne quidem in iuris ignorantia *generaliter* accipiemus, vt 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 caussa 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 reperimus, *damno* non caret, si illam nobis reddere omnino iuberetur. Sed scimus, in pari caussa *pro possessore* iudicari. Denique, qui, *damni vitandi* caussa, *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 praecipit. l. 203. D. de *reg. iur.*

His

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

His igitur caussis moueor, vt credam, etiam in *damnis vitandis*, & cum de *periculo amittendae rei nostrae* agitur, *facti sui* ignorantiam errantibus nocere. Ne longius quaesiueris 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 affirmauit. 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-^{Toleratur ig-} que *obliuionem* temporis praeteriti damnabimus, cum illa ne quidem in ^{ignorantia fa-} *damnis* euitandis promiscue prodesse videatur. ^{cti proprii si}

Nimirum ita sentio, non aliter de *obliuione facti proprii*, quam de ^{de dolo ad-} reliquis generibus *ignorantiae* & *erroris*, iudicandum esse. Sed de his qui ^{uersarii aga-} dem supra §pho III. a nobis comprobatum est, aestimandum esse gradum ^{tur aut si su-} *negligentiae*, ex qua error & ignorantia enascantur, vt, si gradus ille ^{spicio negli-} *cul-* gentiae elidi ^{possit.} *pa-* pae, qui, pro natura cuiusque negotii, in quouis contractu praestandus est, elidi possit, tunc *ignorantibus errantibusque* succurramus. Cum enim ipsa *ignorantia* species quaedam *culpa*, & 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 copiose demonstrauius, plerumque argumentum est *supinae negligentiae*, & *culpa*, 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 sumus, & in periculum adducti. Quanquam enim non ignoro, non multum 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 amisit. Hoc igitur casu demum recte dicimus *ignorantiam facti proprii* nobis non nocere, cum de *damnis vitandis* agitur. si nempe nobis controversia fuerit cum altero, quem appareat, in *dolo* aut *lata culpa* versari, aut cum damno nostro & iniuria locupletiozem factum esse.

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

Et primo quidem audiamus POMPONIUM, qui l. 22. pr. D. *de condict. indeb.* hanc speciem proponit: Tullius Tertulliano decem sestertia exsoluit, quia *per ignorantiam facti proprii, putavit*, se Sticho aut Tertulliano decem promississe. Postea apparet, Tertulliani personam stipulatione non fuisse comprehensam. Querebatur, 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 vsi sunt in speciebus aliis trecentis. Sed operae pretium videtur, ut pauca delibemus. Occurrit enim IULIANVS, qui l. 32. §. 1. D. *de indeb. condict.* in eandem sententiam responder, & erranti liberaliter succurrit, cum aduersarius *dolo* aut *lata culpa* ipsum decepisset. Ecce enim, fideiussor cum Pamphilo, apud quem pro Sticho intercesserat, stipulatus erat, ne ab ipso pecunia promissa peteretur. Fideiussor, pacti sui oblitus, soluit 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 nouationibus* tractauit. Plotius Apuleium, debitorem quondam suum, Florentino delegauit. Sed Apuleius nihil Plotio debebat, cum doli mali exceptione aduersus 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, aduersus 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 delegauerat, ideoque de Apuleio conqueri non poterat, qui indebitum solutum, quamuis obtentu *ignorantiae facti proprii*, cum summa ipsius negligentia coniunctae, ab ipso repetebat.

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. Enimuero, si SENE-
CAE C) fides est, memoriam & recordationem praeteriti temporis ex omnibus animi facultatibus in primis *fragilem & delicatam* nobis natura attribuit, ut leui aliquando & fortuita offensione perturbetur. Certe LVCRETIVS D) testatur, qui *peste* laborauerint, *obliuiosos* & rerum omnium immemores fuisse

*Ignoranti-
facti proprii
excusatur
propter debi-
litatem me-
moriae illam-
que natura-
lem aut mor-
bo aliquo
contractam.*

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

Sed hos apparet, *sui suorumque* sine dedecore *oblitos*. Enimuero etiam posterius fidem dictorum agnouerunt. IOANNES SCHENCKIUS enim auctor est, e) Antonium quendam Senensem morbo subitario correptum, donec venter ipsi fluere inciperet, & bilem viridem deiiceret, ita rerum omnium *oblitum*, vt ne rerum quidem nomina seruaret. Idem fere in aliis, qui *febri acuta*, vel *siccitate* debilitati fuerint, vel nimia neruorum & *ingenii contentione* infirmati, obseruauit, quos ipse narrat visos quasi *repuerascere*, & 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 loculos 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.

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.
obf. 116. & 117. g) Id. obf. 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, vt *litterarum omnisque disciplinae obliuisceretur*. Quod, ne quis inauditum & plenum miraculi existimet, C. PLINIVS^{k)} exempla plurima congeffit, quibus comprobauit, *vim recordandi* omnino fragilem, & morborum iniuriis, multisque casibus ita esse obnoxiam, vt quidam e recto prolapsus matris & affinium & propinquorum, & *Messala Coruinus sui etiam nominis* oblitus sit, quasi omnium rerum memoria in eius animo penitus deleta. Non vacat, in re nota & tratitia diligentius conquirere exempla. Vnius maxime IOANNIS SLEIDANI inter multos miseratio me subit, qui, cum ipse memoriam temporum cum cura singulari tradidisset, postea, non sine veneni suspicione, rerum omnium memoriam in animo oppressam esse sensit, vt ne liberorum quidem, & quo nomine illorum quemque appellarer, neque vxoris, nec familiae recordaretur.

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

Enimuero hoc debilitatis sensu, homines conditionis suae admonentur, vt desinant de virtute sua gloriari; &, cum diuinus ille spiritus, quo reguntur, si fragilis corpusculi ministerio usuque partis minimae quandoque careat, confestim elanguescat, & deserueat, & 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 exspectare. ^{l)}

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

§. VIII.

Excusatur Igitur apparet, dari veniam *errori*, si turpitudine *supinae negligentiae* qui *facti sui praesumptione* quadam, aut idonea *probatione*, elidatur. Sed ipsa *facti antiquitas* & temporis elapsi *diurnitas* memoriam & recordationem rerum oblitus est antea gestarum sine sensu sere frangit & extinguit: vt videamur in sola *factum sub* etiam antiquitate & diurnitate temporis excusationem quandam *ignorantiarum* *fue*-tiae & *obliuionis* inuenire. Ipso enim *laxamento* temporis & *successione* rerum

i) SVIDAS, Ἀντωνίνος p. m. 314. ἐκ τῶν τρόπων τινὰ ἐξέωθη, τῆς δὲ παιδεύσεως, ὡς εἶδε τὸ ὄνομα αὐτῆς ἀκκρωσῶς, ἐπελάθετο. k) PLIN. 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 PAPIANVM quidem l. 44. pr. *de acquir. vel amitt. possess.* extat eiusmodi species, in qua homini peregre profecto, qui pecuniam custodiam causa, in terra condiderat, ignoscebatur, quamvis reuersus locum thesauri conditi *memoria* repetere non posset. Sed PAPIANVS 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 perentum 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 dominii, seruum suum, forte fugitium, & per tempus longius a se seiunctum, sed iure tamen dominii priori 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 euiremus. 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* sufficit, ut hoc spatio elapso facti proprii obliuionem excusamus.ⁿ⁾ Enimvero veteres imprimis tempus longum *decennio* finiuerunt l. ult. C. *de praescr. long. temp.* Hoc elapso, etiam qui *nundinas* a principe impetrauerant, si illo iure vsi non essent; quasi *obliti* suarum nundinarum, privilegio 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)} CIC. de senect. c. 7. ⁿ⁾ MENOCH. T. III. conf. 203. n. 42. & conf. 265. n. 21. Id. de arbit. iud. II. 26. & plures ibi allegati.

quamuis 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 excusatione post illud tempus vitur, non iniustam causam erroris habeat, quod desiderauit *AFRICANVS*, vt ignorantiae succurri posse videatur l. 11. *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. Enimuero, 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*, quamuis *proprii*, *obliuionem*, nisi factum *notabile* & *insigne* fuerit, quod non facile animo excidere credimus, nisi alia quaedam causa idonea probetur.

§. IX.

Toleratur ignorantia senum impuberum. 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 sedent, aut per foros cursent, 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 instillant, ne prorsus extinguatur. Sed illud tamen ne ipsi *senes* quidem facile dissimulabunt, in

tanta

^{o)} *CIC.* de senect. c. 6.

^{p)} *Id. ibid.* c. 7.

^{q)} *Id. ibid.* c. 11.

tanta *defectione* virium, & eneruatione totius corporis, in laxatione partium solidiorum, in illo frigore, quo partes omnes contrahuntur, ipsam etiam vim mentis & memoriae paulatim elanguescere, & infirmari, & sine sensu propemodum extingui. 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 saepius, ne quidem si adoleuerint, de illis, quae in tenera aetate ab ipsis suscepta sunt, satis tuto affirmare posse videantur.

PAPINIAMVS enim nihil *scire* impuberes, & IVSTINIANVS, illos quid videant, & agant, *ignorare*, crediderunt. l. IO. D. *de iuris & facti ignorant.* l. I. 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, *Graviter* aenisi suspicio vel *doli* & mendacii vel *negligentiae* sic amoueat, vt magis *grotantium* miseracione dignus sit, qui facti sui ignorantiam allegat, quam vt negligens *obliuio item* 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* uiori opera perfecta sunt, quanto minorem contentionem animi & virium *magna per-* desiderarunt, tanto facilius successione rerum aliarum deleri atque extingui. *turbatione* Igitur supra obseruatum est, facilius cuique credi *facti subitarii obliuionem,* quod etiam pontifex probauit. c. 32. X. *de sentent. excommun.* Quae si *mentis ali-* vera sunt, non difficilis erit aut anceps disputatio, si de factis *quid fecerunt.* *graviter decumbentium* & aegrotorum iudicemus.

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

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

s) Id. ibid. c. II.

t) IOAN. SCHENCK. de

capit. human. obs. 152. & 155.

ignoscimus, sed ne quidem desideramus, vt 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 IVSTINIANVS nou. 18. c. 6. praecipit, vt 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, vt 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; vt iureiurando comprobaret, *se nihil illorum recordari*: quod cum adstantibus sacerdotibus, magna hominum turba confluente, 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, attingero, qui & ipsi saepius *obliuionis* suae veniam merentur.

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

litterarum elementa permutabat, & alia pro aliis substituebat, vt breui post, si relegeret, neque quid scripserit, neque quid scribere voluerit, recordaretur. Hoc enim SVETONIVS TRANQVILLVS ⁿ⁾ 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 INNOCENTIVS 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 obuenerit, 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 profus 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 verbulum 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 va-

n) SVE T. 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 obtendat, 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* caussa, 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 caussa reum *pro confessio* 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 vtetur, 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 caussa probabilis, si nulla *praesumptio*, quam ICI 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

tratum videretur, etiam in atrocibus delictis ad *iusiurandum* tanto facilius reum admittemus, quanto certius a *dolo*, qui maxime punitur, causa etiam *fatua* excusat. 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 grauiori 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 sunt, 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

TUTORIS ANECLOGISTO

ET

QUANDO RATIONES TUTELAE
REPOSCI NEQUEANT.

ADL. V. §. VII. D. DE ADMINISTR. ET PERICULO TUTOR.

VITEMBERGAE, D. IVN. A. Q. S. P. EST MDCC 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 portorii & tributis liberarunt, ut diuites conferrent, qui oneri ferendo esse viderentur. Censuerunt enim, pauperes satis stipendii pendere, *si liberos subinde educarent.* ^{b)} Enimvero, si PAVLLVM audiamus, ad *honorem civitatis* legatum illud pertinet, si quid *in alimenta aetatis infirmæ*, imprimis 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* uterentur, & 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 conuenerit, 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. CATORO, 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 pupil-

a) LIV. L. II. c. 9.

b) Id. ibid.

c) A. GELL. noct. Attic. L. V. c. 13.

pupillo, non testimonium dicere aduersus pupillum aut clientem. ^{d)} Hoc & MASSVRIO 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. TVLLIVS ^{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 abscisse CLAVDIVS 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 requiri l. 33. pr. D. *eod.*

Iubemus igitur tutorem *bona fide* in rebus *pupillaribus* versari. Quam ne quis perfunctorie & modulo quocunque metiatur, VLPPIANVS *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 GAIVS 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 sigularem, qua quis fere magis, aut certe non minus, rebus pupilli prospiciat, quam suis, comprehendendi.

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, VLPPIANVS 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 debebit, 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, vt explorari possit, imputationes probe, an improbe, ab ipso referantur, accepta an recte relata sint, an minus recte; denique, vt omnia examinentur, vt excipiat, vt 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, VLPPIANVS 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, vt *bona fide* res pupilli defendisse videamur. Quae res, cum magnam diligentiam & sollicitudinem desideraret, plerosque ita deterruit, vt inter summa beneficia acciperent, si *vacatione* vterentur. Alii, si hanc necessitatem subterfugere non possent, *pacatione* efficiebant, vt ne rationes tutelae scrupulosius a se reposcerentur. Aliis, quos ipsa ostentatione fiducia & spei efficacius mouere voluerunt, ne diligentiae ipsorum diffidere omnino viderentur, *testatores*, illud *suprema voluntate* tribuerunt, *ne ab ipsis rationes rerum pupillarum 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 vt *ipsa bona*, a parentibus profecta, redderentur. Ita enim L. I. iur. prou. Sax. art. 23. cautum est. *Ihr ältester ebenbürdiger Schwerdmagen nimmt das Heergewett alles zu sich, und ist der Kinder Vormund daran, bis sie zu ihren Jahren kommen, so soll ers ihnen darnach widergeben, und darzu 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 se.* Wo aber der Vormund auch Erbe mit ist, so darff er niemand des Kindes Gut berechnen, oder Dürgen setzen. Sed hoc quidem, dici non potest, quanta consensione in exemplum traxerint & imitatione quadam moris innocentissimi ad suos transtulerint reliquae Germanorum ciuitates. ^{b)} Pleraque enim *matri* in primis tutelam *fructuariam* dederunt. ⁱ⁾

Sed

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

Sed BERLICHIVS quidem, ^{k)} & RICHTERVS ^{l)} etiam hodie vestigia moris prisici 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 dontaxat 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 beschicket 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. § 8. Sed ne quis de consensione Germaniae vniuersae dubitet, audiamus Suenos, qui c. 224. §. 2. iur. Suen. idem praeeperunt: hat er das Gut zu Lehen von einem Herrn, so wird dem Herrn das Geld, das Gut behält er. Denique, vt morem latius scripsisse videamus, etiam Normanni tutelam fructuariam vassalli impuberis, custodiam, la garde noble royale, appellant. ^{m)} Idem iuris Lotharingiae ducibus, ab HENRICO, rege Rom. A. MCCXXII. & Treuirorum 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 vassalorum fructuariam, mundobardiam vassalli impuberis & bonorum eius, cum spē 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 quaesiuisse.

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

§. III.

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

^{k)} BERLICH. P. II. conclus. 12. n. II. & 14. ^{l)} RICHTER. P. I. dec. 18. n. 12. 19. ^{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. Germa. T. I. tit. XV. §. 347. 199. & 354. 199. it. tit. XVI. §. 375.

haec pactio non donatio est sed transactio. tas, & ipsa vox naturae, & personarum coniunctio, iubebat, necessitates reddendarum rationum declinabant. Sed alii, qui *lege* durius tractabantur, quandoque *pactione*, vt supra obseruatum est, impetrauerunt, ne rationes rerum pupillarum reposcerentur. Enimuero luculenter DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS, imperatores, l. 8. C. *arbitr. tut.* praeceperunt, non praescriptione quidem, sed *transactio*ne tamen, vel *nouatione*, vel *acceptilatione* aliquando, tutores *liberari* posse iudicio tutelae. Sed apparet, tutelae iudicio perempto, rationes rerum pupillarum efficaciter exigi non posse. Imo vero generaliter alio loco VLP IANVS, *omne damnus*, quodcumque ex tutela quis senferit, remitti posse ait. l. 5. §. 7. D. de *administ. & pericul. tut. in fine.*

Igitur nemo dubitat, quin de rationibus etiam, *ne reddantur* aut *inspiciantur*, recte transigamus; cum appareat, efficaciter de ipso *damno* transigi, quod, *rationibus excussis*, praestari debuisset. P A P I N I A N V S enim obseruauit, *conuentione remitti posse*, vt doli, ita & *culpa praeteritae* tutorum, 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 pupillarum, per *nouationem* expressam, penitus extincta.

Vnum P A P I N I A N V S monet, vt ab illo remittatur culpae 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 *culpa futura* cum pupillo pactus est, durante officio tutelae. Sed a *maiore facto* remitti debet culpae 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 dicemus, si culpae quaestio tutori reinitatur? Opportune P A P I N I A N V S subiicit, *non donatum*, sed *transactum* videri, si tutori *culpa* sit remissa. l. 39. §. 13. D. de *administ. & periculo tut. in fine.* Quod habet rationem, cum *ambiguum* sit tutelae iudicium, & multa in rationibus tutelae vtrunque imputentur, & tutor, quod VLP IANVS ait, l. 1. pr. D. de *contrar. tut. act.* etiam pupillum sibi obligatum habeat, ex rerum pupillarum 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 *administ.* & *pericul. tut.* curatori nec *donare*, nec cum debitoribus, *deminuendi causa*, *transigere* permittat; tamen certius videtur, in causa ambigua, & virimque imputationes varias habente, etiam a minoris curatore, cum debitoribus, ex causa idonea, efficaciter tractari posse, vt a lite discedatur. Enimvero GAIVS l. 54. §. 5. D. de *furtis*, comprobauit, si *curator transegerit* cum fure, euanescere omnino turti actionem Praeterea ALEXANDER l. 6. C. *arbitr. tutel.* monuit tutores, ne calumniosas actiones instituunt, aut lites exercean 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, minore etiam tutori obligatum esse, si difficultas instrumentosa iuste meruatur ex iudicio tutelae, curatorem commodius remissurum esse tutori administrationis gestae rationes: cum non *donasse*, sed *transegisse* videatur, qui difficultatem excutiendae rationis pactione euitauit.

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 IVSTINIANVS 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, vt, quamuis 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, vt a pactione discedatur l. 4. C. de *transact.* nisi specialiter de *dolo* sit transactum. Sed recte DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS l. 22. C. *eod.* obseruarunt, non facile audiri, qui, maior XXV. annis, transegerit cum curatore, & *doli* contestatione vti velit ad transactionem rescindendam. Igitur dicemus, luculentam doli suspicionem ab illo indicandam esse, qui retractare velit rationes, quarum necessitatem tutori in legitima aetate constitutus liberaliter remisit. Iidem enim *imperatores* alio loco tradiderunt, si quis *donationis*, seu potius *transactionis* causa, *administratae tutelae* obligationem tutori remiserit, frustra illum *de dolo* conuenerit, cum dulus

volentibus non inferatur. l. 34. C. *de transact.* Quamuis 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 reperatarum, 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. At uero nihil illa de rationibus a tutore nunquam reposcendis pactio cummune habet cum *donatione*, quam Iustinianus infirmavit; ut ausim affirmare, qui *veniam aetatis* impetrauerit, 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 imperare 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 fideicommissis percepisset, tutelae actione aduersus tutoris heredes audiatur, l. 26. D. *de liberat. leg.*

§. IV.

Vides, qua sollicitudine id egerint tutores, ut vel seipfos viui *pa-* Tutores anec-
ne, vel *testamento*, difficultate reddendarum rationum liberarent. Sed *logisti ex re-*
non minus frequenter ipsi, quorum bona ab aliis administrata sunt, sponte *stamento vel*
suprema voluntate, tutoribus exactionem istam remiserunt. Enimuero *patris vel mi-*
nores, qui rationibus a tutore nondum redditis supremo fato fungebantur, *norum; for-*
ut vel gratiam tutoribus referrent, de quorum fide & benevolentia ipsis *mulae, qui-*
constabat, vel, quia ipsorum post mortem non in rererat, utcumque ratio- *bus liberatio*
nes redderentur, non raro tutoribus quondam suis liberationem testamento *tutoribus re-*
reliquebant. Sed omnium maxime *parentes*, qui impuberes liberos in testa- *linquitur.*
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 adiicere, quibus plerumque vsi testatores:

Enimuero aliae omnino *plenam* significationem habent, quod PAVL^{VS}
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
POMPONIUM, *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, co-
que nomine cum 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 VLPIANUM certe l. 5. §. 7. D. *de administ. tut.* Tuto-
res filiorum meorum *aneclogistos esse volo.* Apud SCAEVOLAM *τρέτες*
βέλομαι είναι ἀνεκλόγιστες. l. 23. §. 2. D. *de pecul. leg.* Apud PAPINIA-
NUM: *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 exigere veto*, l. 31. §. 1. D.
eod. aut, *ne ratio ab ipso exigatur.* l. 72. §. 3. D. *de condit. & demonst.* aut

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

Ita quidem veteres tutori difficultatem illam remittebant. Nostri non minus sollicitè 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 jedermänniglich, damit, daß Er auf sein Priesterlich Gewissen anzeige, was, nach errichtetem Inventario, bey angetretener Vormundtschaft, 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 Weitläufigkeit, und davon entstehenden Gelegenheit zu Defecten und Streitigkeiten keine Consignation gefertiget, sondern auch den Pachtbriefsen 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 wohlbedächtigt und gänglich erlassen haben will, und ohne alles Widersprechen, haben und behalten solle. Quod quo fructu factum esse videatur, superest, vt exponamus.

§. V.

Seruite inter-
pretamur le-
gatum quo
tutori ratio-
nes remitt-
untur.

Sed illud quidem expeditum est, si ab ipso *minore*, cuius quis tutelam legessit, omnis *tutelae* vel *curae administratae* quaestio, quoad tempus praeteritum, plenissima formula, in testamento, remittatur, vt nihil ab illo exigi, nihil repositi, 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*, relinquitur 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 *transactione* inter viuos, multo minus legato, comprehensa videantur.

Sed, *enormem* esse liberalitatem illam atque a regula iuris omnino alienam, disputatione quidem tanto minus viderur 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 *administr. 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 interfit, 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, vbi liberatio legata, & *rationum reddendarum* necessitas administratoribus remissa, solite sequuntur, vt, 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 re-* testatoris, qua tutori rationes administrationis, aut iam tum gestae, aut *liquorum* etiam futurae, remittuntur. Quae cum ita sint, apparet, *reliquam ex ad-* ministracione, id est, quae tutor lucratus est, & accepit, sed in utilitatem pu- *non remissa* pilli non impendit, non contineri hoc legato, quo prohibuit testator, *viderur fir-* rationes a tutore exigantur. Et primo quidem de administratione iam tum *rationes re-* gesta videamus. Tractat eiusmodi speciem SCAEVOLA l. 28. §. 4. D. de *posci vetuit re-* *statutur.* *liberat. legat.* Maeuia enim Iuliani, quondam tutoris sui, pupilla, post libertatem ita legauerat: *rationes tutelae*, quam egit Iulianus, (vt appareat, de administratione *praeterita* sermonem esse) *posci ab eo nolo*, eoque nomine, *omni causa* illum *liberatum esse volo*. Quarebatur, an, si *qua pecunia* ex tutela apud eum *mansit*, illa nihilo secius ab ipso peri 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, vt curatoribus suis nemo *quaestionem* moueret, *quod ipse adolescens omnem rem tractasset.* Quamuis enim ipsa actio curationis seu tutelae remissa videretur, & praeterea ipse adolescens factus esset testamento, non curatores, sed se ipsum sua negotia tractasse, vt 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, vt restituantur. l. 20. §. 1. D. de *liberat. legat.*

Eandem veteres rationem etiam in aliis administratoribus secuti sunt, vt, quamuis testator illos liberos & *auferentes*, *inexcussos*, esse voluerit, tamen pecunia & *reliqua*, quae ex administratione apud illos mansissent, non legata viderentur. Ita enim SCAEVOLA respondit, l. 23. §. 2. D. de *pecul. legat.* Sed apertius paullo MARCIVS de seruo, quem testator a se manumissum rationes reddere prohibuit, l. 119. D. de leg. I. disputat, non illud seruum consecutum esse, vt ne, quod apud eum sit, reddat, illudque lucrifaciat, neque vt peculium retineat, de quo non senserit testator. Denique generaliter PAPINIANS, legato, quo tutores actus sui rationem reddere ventur, negat *liberationem* eius, *quod ex tutela illi percepissent*, contineri l. 41. D. de *administr. & pericul. tut.* Et VLPIANVS saepissime rescriptum esse, ait, vt si quis *rationes exigere* vetetur, *reliquas*, quas tutor *reliquauit*, repetere omnino non impediatur. l. 9. D. de *liberat. leg.* Enimuero 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, vt *reliqua restituantur.*

Hoc igitur iure utimur, si administrationis *iam tum gestae* rationes remittantur, vt 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 *administr. & pericul. tut.* negat,

tutorem, quem pater *aneclogistum* esse iusserit, quasi ex fideicommissio ali-
quid 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 CLAV-
DIUS TRYPHONINVS, quod semper Romanis placuerit, tutorem *lucrum*
facere ex tutela non debere, l. 58. pr. D. de *administr. & pericul. tut.*
Tanto minus igitur ferri posset, si ad *futurum* etiam *lucrum* traheretur
captiosa liberalitas, quanto magis negotia illa auersamur, quibus occasio
tutoribus offeritur, licentiosius grassandi in rebus pupillorum, quos reipu-
blicae & posteritati educamus.

§. VII.

Nihil igitur tutori, quem testator rationes reddere vetuit, omnino *Dolus nec*
relinquemus, quod ad *lucrum* eius pertinere videatur. Superest, ut etiam *praeteritus*
de *damnis* exponamus. Sed *damnum* quidem *praeteritum* quod quis ex *nec futurus*
gesta iam tutela senserit, ULPIANVS ait, & legato & fideicommissio effica- *remittitur*
citer remitti posse, si hoc *specialiter* testator voluerit remitti. l. 5. §. 7. D. de *clorigsto.*
admin. str. & pericul. tutel. Omnibus enim debitoribus, quae debent, le-
gari posse, supra, ex l. I. pr. D. de *liberat. leg* a nobis obseruatum est.
Sed nisi hoc expresse egerit testator, secundum POMPONIVM, non videbi-
tur id sensisse, ut obligatio, quam administrator *dolo* vel *fraude* quadam
contraxerit, legata sit tutori l. 8. §. 6. de *liberat. leg.* Qui enim hoc volue-
rit, teste ULPIANO, ita legare debet, ut heres, quidquid a tutore exege-
rit tutelae actione, ipsi restituat, vel remittat tutelae actionem. l. 9. D. *eod.*
Contra vero, si *rationis* tantum *reddendae* necessitas remissa sit, PAPINI-
ANO etiam placet, rationi exigendae modum duntaxat adhiberi, non vero
intelligi, *dolum* etiam *remissum*. l. 72. §. 3. D. de *condit. & demonstrat.*
Enimuero, si res pupilli ille perdidit, cui testator remisit rationes, etiam
contutores eius tenebuntur, qui eum *suspectum* facere omnino debuissent,
l. 41. D. de *administr. 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 redde-
rentur. l. 119. D. de leg. I.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, apparet, ne ex *gesta* quidem *ad-*
ministratione quaestionem *fraudium* remitti, nisi hoc luculenter expresserit
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

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

§. VIII.

Bonam fidem praestare debet tutor aneclogistus, an etiam culpam? scrupulosa inquisitione remittitur, rationes in folle admittuntur, & chartae ab ipso exhiberi debent. *Damnandus* igitur videtur tutor *aneclogistus*, si, non *bonam fidem* praestitisse rebus *pupillaribus* intelligatur. Sed *bona fides* quam multa in tutore comprehendat, & quanta *sanctitate* pupillis praestanda sit, supra §pho primo a nobis disputatum est. Quid igitur dicemus, si non res pupilli, vt *suas*, aut diligentius quam *suas*, administrauerit. Hoc enim GAIVS non obscure desiderauit in tutore, qui videri velit bona fide rem gessisse. l. 13. §. 1. D. de *administ. tut.* Neque enim CALLISTRATVS tutorem *bona fide* circa res pupillares versatum esse credit, qui non eandem diligentiam in illis praestiterit, quam paterfamilias rebus suis *ex bona fide* debeat praestare. l. 33. pr. D. de *administ. tut.* Denique quid fiet, si non *reperitorium* confecerit, quod, sine luculenta *doli* nota, non omitti posse a tutore, VLPIANVS comprobauit. l. 7. D. *eod.*

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

Ita quidem certe quibusdam visum est, quos longo ordine MENOCHIVS, vir summi ingenii & acuti, excitaui. s) Fidem enim VLPIANI inuocant, qui l. 2. D. de *pact. dotal.* ne inter maritum quidem & uxorem pactum seruandum esse, ait, si conuenerit, vt dos, mortua vxore, apud maritum remaneret: cum ita ius publicum turbetur. 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: vt superuacuum sit, do *dolo* teneri tutores *aneclogistos*, nisi *rationes reddere* omnino teneantur.

Sed,

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

Sed, quantumuis illa non inepte ad speciem dicantur, tamen ausim affirmare, non prorsus inutile legatum esse, quo rationes rerum pupillarium tutori remittantur. Enimvero non omnino omnia, quae de pacto contra dotem in fraudem uxoris iuito 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? imprimis 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 *administr. tut.* Sed disputatione non indiget, iustissimam causam esse, si testator prohibuerit, ne fiat *inuentarium*, aut ne rationes reddantur a tutore.

Itaque certius videtur, prodesset hoc tutori, si testator vetuit *repositi rationem*. Nimirum id effectum esse iudicamus, vt *bonam fidem* & diligentiam tutoris *remissius* & benignius interpretemur. Opportune enim **PAPINIANVS** monet, his verbis: *ne reddantur rationes*, rationi non reddendae *modum adhiberi*; scilicet, vt *culpa*, non vt dolus, *remissus* videatur. l. 72. §. 3. D. de *condit. & demonstrat.* Nec minus eleganter **MARCIANVS**, illud tutorem hoc legato consecutum esse, ait, non, vt lucrifaciat, sed vt ne *scrupulosa inquisitio fiat*: hoc est, vt *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, vt sola quaestio *fraudium* & *lucris* a heredibus tractari posse videatur. Sed quomodo de *fraudibus* & *lucris* iudicabimus, nisi *rationes* reddantur a tutore. Enimvero, vt dicam quid sentiam, viderur illa *solemnis forma*, & *scrupulosa rationum excussio* remissa, de qua **CALLISTRATVS** l. 82. D. de *condit. & demonstrat.* tractauit: vt luculenter conscribantur, vt legendae offerantur rationes, deinde vt computentur, denique vt 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 CALLISTRATUS, eum, qui res alienas administrauerit, 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 dilci possint, domino, ad quem res pertinet, exhibere iussit; cum nec *vindicatio* tabularum domino negari posse videatur. l. 31. §. 1. D. de *liberat. legat.*

Itaque *pruatum 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, *intelligantur*.

Sed haec quidem multo certius a tutore, etiam *aneclogisso*, postulari possunt, si haec forma specialiter *statuto* sit praescripta, ut omnia, si non publice, certe *pruatum*, a tutore conscribantur. Enimvero recte a plerisque obseruatum est, tutorem non omnino liberari, nisi forma *statuto* definita, & quae testamento non specialiter remissa est, ab ipso obseruetur. *) Sed inuenio, *statuto Lipsiensi* u) constitutum esse, ut, non obstante testamento, omnia *pruatum* consignentur a tutore & cognatis. Als soll es in solchen Fällen also gehalten werden, daferne 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 Vermündern darneben angezeigt, und auferleget werden solle, daß sie nichts desto weniger vor sich selbst, ein ordentlich und richtiges Inuentarium 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.

*) MONTAN. de tutel. c. 38. n. 142. sq. MEVIUS P. VIII. dec. 21. BOEHM. consult. 611. n. 7. FABER. L. V. cod. tit. 34. def. 3. u) Leipziger Vermündschafft-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 indidentur. 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.

An probatio
reliquorum
pupillo aut
heredibus in-
cumbat, mul-
tum arbitrio
iudicis per-
mittitur, ple-
rumque iure-
iurando res
definitur, fa-
cilius perso-
nis coniun-
ctis creditur.

Neque tamen cum illis prorsus sentio, qui *plenam probationem* desiderant, ut tutoris fides infirmetur. *) Certius videtur, multum *arbitrio iudicis* permitti, in aestimanda fide tutoris, quem pater aneclogistum esse iussit testamento. Audiamus enim VLP IANVM, qui l. 3. §. 3. D. de *administr. 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 exurus.

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 legis *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 causa 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* causa, sponre 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 iusiurandum exigimus a tutore, qui rationes non habeat in promptu.

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

Q 3

*) ВОЕНН. responf. 92. н. 25. fq.

y) МЕНОЧ. conf. 22. н. 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 Saxonēs utuntur. decif. elect. XXI.

§. X.

Contutori non prodest si alter tutor liberatus sit necessitate reddendarum rationum.

Non igitur potest esse ambiguum, tutores, qui rationem reddere ventur, de *reliquis*, de *dolo*, de *instrumentis*, de *bona fide* maxime, reperi: sed hanc quidem *remissus* 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 praeeperit, ne ab ipso rationes poscerentur. Enim vero quaesitum est, virum in *culpa* quaestione, *liberatio* vnus alteri prodesse videatur. Hoc enim ratione probabili ad speciem poterat defendi, ne vnus liberatione partes contutorem 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 PAVLLO in mentem uenit, qui l. 45. pr. D. de *administr. 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. distr.* 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 *socii* fuerint, prodesse liberationem. Sed speciatim de tutoribus exponit VLPRIANVS l. 15. D. de *tut. & rat. distr.* Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegerit, 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 SCÆVOLA noster nominatim tractat eiusmodi speciem, si paer ab altero ex tutoribus rationes exigi prohibuisset testamento: et respondet, *comutorem* 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.* Enimuero 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 poruerint, illud neglexerint. Tunc enim, ex sua negligentia, etiam propter contutorem dolum tenebuntur. Ita certe PAPINIANO visum est, d. l. 41. de *administr. tut.*

§. XI.

Vidimus, quo fructu tutore necessitas reddendae rationis remittatur, *An impugna-* vel ab ipso, cuius tutelam gessit, vel a parentibus pupilli: nunc breuiter *ri possit pa-* artingam, quando discedi possit a parentis voluntate, vt nihilominus, & legato non obstante, rationes a tutore exigantur. *tris testamen-*

Et primo quidem, si pupillus conqueratur, magnam hoc legato *liberauit.* *Quando tu-* tem 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. *tor indire-* *cte cogi possit*

Neque enim, quantum ad legitimam partem attinet, obstabit parentis *uis legato re-* testamentum: cum sciamus, illam sine onere liberis reliquendam esse, aut *missie sint.* certe onus detrahendum, si quod adiectum esset a parente. l. 32. C. de *in-* *offici 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. VLPIANVS 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, *contrariu tutelae actione*, impensas reperat, ex quibus patrimonium pupilli auctum esse videatur. Idem enim VLPIANVS 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 perceperit ex administratione. Igitur vix conficiemus negotium, nisi *rationes* qualescunque reposcantur. Et generaliter magi-

magistratus, si res suspecta sit, poterit deserere 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, intelligitur, quid nuper *ICtos Vitembergenses*, cum a serenissimo duce *Meclenburgico* consulenterentur, permouerit, vt 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 optima, pupillo tutor datus & postea *aneclogistus* esse iussus erat. Enimvero a pupillo, cuius tutelam gesserat, post pubertatem, impetrauerat, vt 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 omniarectissime 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 caussa postulabant. Igitur, secundum ea, quae proponebantur, responsum est, iureiurando tutoris opus esse, illique locum dari posse, sed instrumenta administrationis vniuersa cum hereditibus communicanda, vt 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, inmaßen ihm zuzörderst zu thun obliget, so hat derer Klägerer 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 1738ten 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 Klägern auszuantworten pflichtig, die beyderseits aufgelauffenen Unkosten aber, sind gegen einander zu compensiren, in maßen Wir sie hiermit compensiren und aufheben, W. N. W.

Res erit luculentior ex rationibus adiectis:

Obwohl eines Theils Beklagten auf seines verstorbenen Pflegbefohlenen letzten Willen, nach dessen Inhalt er, besage derer im sechsten Spho 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 beruset, demnach mit einem förmlichen Ende und weiterer Verantwortung verschonet zu werden verlangt, andern Theils Klägere, 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 administr. & 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, angestrenget 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 sündig 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. distrah.

ausserdem 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

eigentlich die Rechnung nebst dem Inventario von Beklagten zu fordern berechtiget gewesen, in dem 6ten Spho 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 Red. en

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 erfrecken, vielmehr bey dieser Verwandt nüss 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-Diener 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 administrirer, 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 stehet, und kein andrer Weg, ohne Weitläufigkeit des N. N. Vermögen auf etwas gewisses zu setzen, und die erregten Zweifel zu heben, übrig bleibet, Klägere hingegen, da der Erblasser selbst diesen Weg vorgeschrieben, sich darbey billig beruhigen müssen, hiernächst der wegen des Pflicht-Theils erregte Zweifel durch die Rechts-Kraft obberührten Urtheils 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 Klägerern aus Beklagten's Rechnung gezogene Defecte nicht zu attendiren, auch die angesponnene 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 XXXXI.

§. I.

Ipsa quidem *natura* suos cuique liberos, quos illa propter spem *Favor heretemporis fururi & posteritatis edidit, & quorum successibus & incrementis ditatis legitimae odium non solum ante omnes prospectum cupiant, sed omnem etiam pestem & exheredationis crudelitatis & avaritia matrum.* calamitatem, quamvis cum detrimento quodam suo, a liberorum capite tanto diligentius auertant, 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 inprimis, apud quas plus boni mores, quam alibi bonae leges, valuerunt, *sui cuique liberi heredes sunt.* a) Certe, si *naturale* ple-
rorumque *votum* audiamus, fructum sudoris sui ad suos liberos peruenire cupiunt parentes, aut, quod senex ille, qui iam decrepitis nouum opus in hortis inchoauerat, apud CATONEM, b) affirmavit, arbores posteritati

R 2

serunt,

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 successorem vocant extraneos heredes: vt, 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, vt *viros* oporteat, sed nimis *molliter* ac *remisse*, institutiones facere *uxoribus*, vt si non proprietates, tamen vfusfructus, suprema parentis voluntate liberis interuertatur. Est enim non leuis suspicio, ne matres, quamuis indulgentissime tractent liberos, maritorum hereditatem, cum sanguinis sui iniuria, subinde aucupentur, vt *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, quae matrum naturalium pudori pepercisset, de *nouercis* suspicatur, quae *nouercalibus delinimentis & instigationibus* parentum ingenium corrumpant, vt *maligne* de sanguine suo sentiant in tabulis supremas 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 minuatur. *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 comprobatur est, ignorat testamenta: & latius fuisset, arbitrio reipublicae, cuius ornandae & amplificandae causa facti & procreati sumus, penitus permitti, ad quem illa velit hereditates mortuorum peruenire. Sed, postquam inualuit, suo patresfamilias iudicio deligere heredem; omnino multa sunt, quae naturali ratione nos mouere possint, vt *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, vt *nesciant*, quam messem expectare possint. Ita aluntur, ita educantur, vt 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 *Legitima portio plenissima* naturali illa liberorum hereditate aliquid detraxit. Sed, ne tamen parentes, *sine & sine* propter liberorum cupiditatem, iucundissima illa dulcissimaque voluptate, *omni onere* quam ex amicitiiis exercendis dandisque beneficiis capimus, carere, & liberis *relinquenda* omnia promiscue deglutienda relinquere, cogantur, primo, *interpretatione est.* Per *cautelam Socini* *legitima oneratur.* *Falcidia*, quarta pars hereditatis a parentibus relinquere: cum liceret hereditatem, vsque ad illam partem, legatis & fideicommissis exhaurire. Vt enim credam, a *ICiis* duntaxat, post tempora AVGVSTI, hoc inuectum esse, *PLINIUS SECVNDVS*, junior, c) apud me effecit. Ille enim, vt 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*, vt non amplius apud te, quam „*quarta*, remaneret?

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

Sed, haec vtrunque 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, vt imposterum liberis modo *triens* modo *semis* deberetur. *Nou. XVIII. c. 3.*

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

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 torus, vel quoad partem aliquam, euictus, & portio illa legitima nouis casibus, sine filii faelo, quocunque modo deminuta fuerit, efficaciter experietur ad portionem legitimam replendam d. l. 36. pr. C. de *inoff. testam.* Enimvero 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.* Imo 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 portio legitimae vel quantitas vel libertas aliquantulum deminuat. 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. 122. in sec. dub. L. I. id. consult. 112. n. 24. L. I.

CIVS ^{f)} & GVALDENSIS, ^{g)} & 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, vt filius, si onus, quod testator heredis institutioni adiecerit, suscipere detrederet, *legitima portione contentus* esse, & reliquam hereditatem alii restituere, in testamento iuberetur: vt ecce: *filius meus heres* esto: sed vsufructum hereditatis viuicrsae matri suae relinquat, quae ipsi alimenta annua praestabit: si voluntati meae non obtemperauerit, legitimam duntaxat portionem capiat: in reliqua parte matrem eius instituto heredem.

Et SOCINVS quidem vititur non *improbabili obtentu*. Ait enim, haec 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, vtrum *totam* hereditatem, quae ipsi *necessario* non reliquenda 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 vtrum recte senserit *socinus*, operae pretium videtur, vt diligentius expediamus.

§. III.

Res erit luculentior, si a prima origine repetemus, quid induxerit SOCINVS, vt hac cautione, quam praescripsit, vtendum 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 IVSTINIANVS, ita rem procedere, *quasi Secus iure nihil eorum adscriptum esset* testamento. l. 32. C. de *inoff. testam.* Quae cum ita sint, dicemus, filium familias, quem pater ex asse heredem cum *conditione* scripserit, ex mente IVSTINIANI. *pure institutum* videri, vt totam hereditatem consequatur, quamuis non paruerit conditioni; nisi legitima portio ipsi *sine onere* expresse sit relicta. Enimuero si rota illa conditio, nisi legitima ab onere excepta & liberata sit, *pro non scripta* accipitur, quae potest

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

f) DECIVS consil. 688. g) GVALDENS. de arte testand. tit. de substit. caut. 31. b) MENOCH. T. I. cons. 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 uis *obscure*, onus toti hereditati a parente impositum, de *portione legitima* duntaxat detrahit, ut illa *pure* perueniat 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 ULPIANVS 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 euentu, pendere videatur, nisi forte filius ex causa idonea *expressè exheredatus* & in locum eius alius heres scriptus esset a parente, in hunc casum, si conditio non impleretur.

Quandoquidem vero his legibus nunquam postea derogatum est, plerique omnes, usque ad BARTOLVM, 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 *expressè* 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 *expressè* 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, *expressè* 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 usufructum omni-

k) PEREGR. de fideicommiss. art. 36. n. 63. p. 335.

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 Socini* magis *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. MARTINET IDEO- CIANVS enim l. 2. D. de *his quae poenae caussa relinquuntur*, *poenam* ait a *conditione* testatoris voluntate maxime distingui. Iam vero nemo dubitabit, quin *cogendi coercendique* heredis caussa testator *Socini* cautione vti 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 cogeretur. At vero aperte *imperator* §. vlt. I. de *legat. poenae caussa* relictum esse ait, quod *coercendi* heredis caussa relictum esse videatur. *que veteri iure inefficax fuisse.*

Poenam igitur continet *Socini* formula, & heredis *coercendi cogendi* que caussa excogitata est.

Sed *veteri* quidem *iure* non valebat, quidquid *poenae & coercendi heredis* caussa relictum esset. Ita enim AFRICANVS praecepit, l. 1. D. de *his, quae poenae causs. relinq.* Et iam antea SABINVS, heredis *cogendi & coercendi* gratia ne quidem *coheredem* efficaciter heredi scripto dari posse, obseruauit §. vlt. 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 caussa* adiecta esse intelligebantur, pro *non scriptis* accipi debebant.

Quae cum ita essent, nec *Socini* formula vtilis fuisset, qua pater filium heredem scribit, & vxori suae relinquit vsumfructum, sed filio, si non obtemperauerit, vxorem coheredem adiicit suprema voluntate.

Et mihi quidem veteres videntur rectissime sensisse, qui negauerunt, in testamento, *poenae caussa*, posse aliquid relinqui. Nimirum ipsa potestas testandi patribus familias hac maxime ex caussa iure prisco attributa est, vt haberent facultatem collocandi *beneficia*, & bene de aliis etiam in supremo

iudicio merendi: non, ut poenas constituerent, & iras exercerent. Quare liberaliter TIBERIVS CAESAR hereditates omnium repudiavit, nisi quae *amicitia* meritus fuisset: ^{l)} & saepissime rescriptum est, ne *principem* quidem agnoscere, quod *puniendi* heredis causa, non ex testatoris in *principem* affectu, sit relictum. d. §. vlt. 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 IVSTINIANI, 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 IVSTINIANVS, 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 *obtruditur*, 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, supellestem & 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 conditione, nulla iactura, nullius metu *ignominiae*, in parentum testamentis sibi *ostentatae*, deterreri debent. Certe *periculofum exemplo* foret, liberos quacunque machinatione prohiberi, ne experiri possint, vtrum *portio* illa, lege definita, parentis iudicio ipsis interuersa sit, aut deminuta: quod video illustrem LEYSERVM ^{m)} nostrum iam pridem obseruasse.

Illud

l) TACIT. II. annal. 48.

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* deterrerent, 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 statuunt, legumque saluberrima praecepta interuertant. Quid enim faciat filius, si pater ipsi in testamento usufructum bonorum omnium, in *uxoris gratiam*, ademit, aut si praecepit, ne *inventarium*, aut *specificationem iuratum* hereditatis paternae a matre, aut alio quocunque possessore, exigat, sed ut coeco obsequio omnino credat, optime sibi consultum esse. Hiscere 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. instit.* Sed inter *conditiones bonis moribus* aduersas hanc inprimis 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 P A P I N I A N V S 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 I V S T I N I A N V S improbauit. l. 32. C. de *inoff. test.*

§. VI.

Cautela Socini in frau & metu ignominiae liberos subinde prohibere, ne beneficio legum vii, ne *onus legitimae adiectum* detrectare, ne vires patrimonii inuestigare possint. *inuenta est*, Sed vtrum ex his, quae adhuc disputata sunt, sequatur, illam in *fraudem* quamuis per *illam liberis* legis inuentam esse, diligentius excutiemus.

legitima salua relinqui videatur. 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 videret facultatem tribuisse. Nou. CXVII. cap. I. 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 P A P I N I A N V S, qui l. 79. D. de *reg. iur. fraudem*, ait, ex *consilio & euentu* iudicari. Iam uero 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 *privatis*, de quibus P A P I N I A N V S 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* & *fnis* legislatoris interuertitur, quoties *machinatio* & *difficultas* aliqua excogitatur, qua quis vti 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 VLPPIANVM, 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*, quamuis expresse non veruerit.

Sed quis dubitabit, *nolle* legislatorem, vt 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 legitima adiiciatur. Sed SOCINVS hac formula effecit, vt liberi metu *ignominiae* & *damni* deterreantur, ne onus legitimae impositum detrectent, ne inuestigent, an legitima portio ipsis salua relinquatur. Ita parentes *exemplo* inuitabuntur, vt, si videant liberos rem inuestigare non aufuros, ipsi liberos legitima tacite, adiecto onere, defraudent, quamuis illos cum onere ex aere scripserint heredes. Sed si *imperatores* audiamus, quae in *fraudem legis* excogitata sunt, *inutilia* sunt, & pro *infectis* merito accipiuntur l. 5. C. de *leg.* Imo vero maxime in heredum institutionibus obtinuit, secundum POMPONIUM, vt conditiones, quae ad *fraudem legum* respicerent, heredibus remitterentur. l. 9. D. de *condit. instit.* Hoc est, quod PAPINIANVS praecipit, *privatorum 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 *Cautela Socini* videamus. *legibus*

Et multi quidem eius partes ex hac caussa maxime defendunt, quod *fraudem facit, quamvis detur liberis electio,* nihil clanculum a testatore fiat in formula SOCINI, sed res aperte admittretur, & liberis *optio* relinquatur, vtrum hereditatem totam cum onere *electio,* agnoscere, an legitimam duntaxat accipere, illaque integra & salua contenti *vtrum conditionem agnoscere an legitimam sal-* esse malint. Neque enim liberi recte de illa formula conqueri videntur, *uam habere malint. Ex alternatiuis* cum sciant, quid agatur, cum vtramque viam videant, & alteram eligere *malint. Ex* possint, & rebus suis, vtcunque visum est, consulere, & ne quid *malint. Ex* damni *malint. Ex* accipiant, cauere. Negat enim VLPPIANVS recte illos *fraudem* aliorum accusare, qui sciant, quid agatur. l. 145. D. de *reg. iur.*

conditionibus si altera turpis & iniqua est, neutra valet. Sed his quidem satisfiet, si dicamus, ex *alternatiuis conditionibus neutram valere*, si altera in *fraudem legis* concepta sit, & metuatur, ne quis, *electione data*, ad *iniquam* conditionem vrgeatur. 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 *conditio*, & iuret, vel *Titio* mille exsoluat. Quaerebatur, an *valeret institutio*: quandoquidem heres, si millia exsoluerit, securus sit, & necessitatem *iurisiurandi* euitare possit. *VLPIANVS* respondit, *vtramque* conditionem remittendam esse, *ne conditio altera ipsum vrgeat*, 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 vrgeri 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 excusari potest cautela Socini *Operam* perdere videbimur, qui diutius heremus in re manifesta. Sed, ne quid obrendi possit, breuiter tractabimus de alia *SOCINI* excusatione. Aiunt enim, *iustissimam* esse formulam, qua iubeatur filius *legitima* contentus esse, nisi paruerit *conditio*, quae toti hereditati sit adscripta: *nul-* *quamuis* *liberi legitima* *contenti esse* *deberent si illa ipsis simpliciter relicta esset.* lam 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.

Quaedam simpliciter constitui possent. Sed huic dubitationi, quamuis non *improbabilis* esse videatur, occurri potest, si admoneamus multum interesse, vt *trum* aliquid *pure & simpliciter* constituitur, an cum *conditio*, quae in *fraudem legis* excogitata esse videtur.

Nimirum, si pure filius a reliquis partibus exclusus & ex sola portione ^{sunt quae al-} legitima heres institutus esset, appareret, ^{ternative} *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 *diuulgata* 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, quamuis testator illos praeterire aut *pure* excludere a tota hereditate potuisset. Eo pertinet illa species *VLPIANI*, quam supra diligentius tractaui. 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 *VLPIANVM*, 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 vsuram esse, sin fecus fecisset, Seio centum daturam. Sed, quamuis frater Seio *pure* & *simpliciter* centum donare potuisset, tamen inutilis esse visa est illa cautio, & forori obligatio remissa, quod appareret, illud onus forori in *fraudem legis* impositum fuisse. d. l. 15. §. 1. D. ad *leg. Falcid.*

§. IX.

Si heres editionem inuentarii aut iuratae specificationis cum cautela Socini petere prohibeatur illa proorsus est inutilis. Poena constituta est in possessorem hereditatis qui legitimam integram reddere detrectat.

Sed frequentissime quidem formula *Socini* vtuntur testatores, cum nolum *editionem inuentarii* aut *iuratae specificationis*, quam dicunt, ab vxoribus aut hereditatis possessore exigi, sed his simpliciter fidem adhiberi praecipunt. Atvero 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 fumus etiam *poenam* olim in possessorem hereditatis fuisse constitutam, qui partem legitimam liberis reddere detrectet. *IUSTINIANVS* enim *duplo* eius auaritiam coerctet, 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 priuatam sua cautione *ius publicum* mutare, & heredem iactura reliquarum partium hereditatis, in modum *poenae* testamentariae, multare, ne *poena* iuris publici locum inuenire possit.

§. X.

Iudex potest deferere iudicium parentis. Tutissimum consilium aduersus formulam Socini ut officium iudicis modeste implore tur.

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 *PAULLI* & *IUSTINIANI* confirmatur. l. 19. D. de *lib. & posthum. Nou. XVIII. c. 3.*

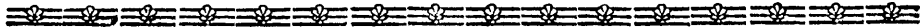
Iampridem hoc agnouerunt cordatissimi iurisconsulti, qui *Socino*, in ipsis fere huius formulae incunabulis se opposuerunt. Ex multis aliis occurrit *CAROLVS RVINVS*, qui *Socinvi* formulam diligenter impugnavit. ⁿ⁾ Idem ex veteribus *NICOLAO SVPRANO* ^{o)} in mentem venit, qui & ipse non ferendam esse 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. Enimvero 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. cons. 149. n. 13.*

^{o)} *NICOL. SVPRANVS cons. n. 20. & 32.*

a nobis obseruatum est. VLPIANVS quidem certe l. 3. §. 3. D. de *administr. & 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 ita sint, *tutissimum* consilium videtur, vt, 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, vt 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

D E P O S I T O

C V M

F I D E I C O M M I S S O V T I L I

V T R E S P O S T M O R T E M D E P O N E N T I S

T E R T I O R E S T I T V A T V R

A D L. XXVI. D. DEPOSITI ET L. LXXVII. DE LEGATIS I.

V I T E M B E R G A E , D. IVL. A. Q. S. P. EST CLO IOCC XXXVII.

§. I.

Cum durare conuictus ille, & communitas hominum non posset, *Sanctitas de-* sed euerri & dirumpi necesse esset hanc nostri generis societatem, nisi *fidepositi*. Haec & *amicitia* contineretur, & nisi esset aliquando inter homines, in cuius *interdum* finem confugere, in cuius tutela conquiscere possemus; recte *Qv. SCÆVOLA* *postulat, vt* apud M. TVLLIVM^{a)} existimauit, summam vim esse in illis arbitriis, *res non depo-* *nent, sed* *interuo restitua-* *atur. Species* *singularis* *proponitur.*

a) CIC. III. off. c. 17.

in quibus adiectum sit, ut ex *bona fide* res administratur. 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 postulamur ab amicis, ut *depositum reddatur*. Pertinet ad laudem sanctissimae religionis nostrae, quod C. PLINIUS 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, grauius & turpius, *δεινότατον*, haberi, docet, si *depositum*, quam si mutuum, negetur: ἔτι ἀρχὸν, ἀδικεῖν φίλον: cum sit inter res humanas turpissimum, *fidem* amicitiae deserere, & iniuria afficere amicum. Οὐδεὶς γὰρ παρακατατίθεται μὴ πισέω. ^{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 quodcumque, tanquam ex penu suo. Hoc HORATIO FLACCO in mentem venit, cum scriberet famosum illud:

— — — quidquid habes, age,
Deponere iuris 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 *commisisset* censetur. Audiamus VLPIANVM, qui l. i. pr. & §. 4. D. *deposit.* *depositum* ex eo, quod ponitur, dictum esse, tradit, & praepositionem, *de*, quod FESTVS etiam obseruat, ^{g)} augere depositum, ut ostendatur, *totum fidei* eius *commissum* esse, quod quis amico custodiendum dederit, 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, inprimis 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 *decultarunt*, *dedita*, *destrui*. 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 atque variis, regatur: res habet aliquid difficultatis, ut constituamus, quid bonae fidei, quid communi hominum societati, conuenientius utiliusque 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 sanae mentis esset, deposuerit; enimque repetat insanians, *reddere*, peccatum, *non reddere*, *officium* videri: aut si is, qui apud te pecuniam deposuerit, 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 utilitate, fieri non honesti, & interdum magis ex *bona fide* esse, si depositum amico *non reddatur*.

Nimirum, ut paucis rem expediamus, *bonam fidem* veteres ICII ex utilitate non *singularum*, 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* utilitatem, fidem promissi deseramus, & detrectemus depositum reddere, quod bona fide custodimus. Igitur recte TRYPHONIVS 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 aequitatem, 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 TRYPHONIVM, si reus capitalis criminis centum apud te deposuerit, & is deinde deportatus sit, bonis eius publicatis, non ei, qui dedit, restitu-

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 patiarum *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, vt interdum *stricti iuris* rationem atque verba sponsonis deferamus, & si hoc vtilius 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, vt depositum, non quidem domino inuito, sed tamen, *secundum deponentis voluntatem, tertio*, ad quem ille rem peruenire voluerit, *reddatur*. Propter summam enim aequitatem receptum est, vt, si honestas & publica societatis vtilitas 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, & *cuicumque voluerit*, restituamus. Videmus illud & *iure gentium*, & si HERODOTO ^{k)} fides est, ipsius *oraculi Delphici* auctoritate comprobatum esse, vt 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, vt, quicumque tesseram cum ista nota attulerit, illi pecunia ab ipso redderetur, Glaucos, inquam, illi, tergiuersanti pecuniam restituere, atque consultanti, vtrum fides depositi etiam tertio, qui notam attulisset, praestanda videretur Pythia respondit, ipsum cum familia & gente vniuersa periturum, ni confestim redderet pecuniam, secundum deponentis voluntatem.

Sed *veteres*, quidem iureconfulti in quibusdam speciebus aperte praeceperunt, vt 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, vt domino, pro libertate, redderetur, secundum IULIANVM, *domino* pecunia vtiliter restituatur, l. 1. §. 33. *D. eod.* aut, si deposuerim, vt 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, vt *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 commenda-
„uit Caiæ Seiaë, & dixit ei: *cum salua sanaue venero, restitues mihi: cer-*
„*te, 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, Publiæ Mae-
uiaë 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 dubiter,
vtrum hoc depositum recte filio reddatur. Enimvero apparet, hunc filium
non *unicum* fuisse, cum ita illum designauerit Publica 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 acquiratur, 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 sim-
pliciter obtemperamus. Ita enim ut sentiam, inprimis VLPPIANVS apud
me effecit, qui l. 77. de leg. I. in specie non absimili, *fideicommissum*
utile subesse, ait, ut res deposita *tertio*, cui deponens illam restitui *volue-*
rit, 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 fidei-*
„*commissum* facit.

In eandem fere sententiam, etiam ante VLPPIANVM, CERVIDIVS
SCAEVOLA, & AFRICANVS, l. 37. §. 3. D. de leg. 3. & l. 108. §. 13. D. de
leg. I. responderunt, ut quamvis iste, qui rem acceperit, neque heredita-
tem defuncti, nec bonorum possessionem nactus sit, & nihil ex hereditate
possideat, tamen, post constitutionem DIVI PII, res, quasi ex *fideicom-*
missio, debeat illi, ad quem dominus illam voluerit a debitore post mor-
tem suam peruenire.

Sed ne hoc suspectum videri possit, etiam DIOCLET. & MAXIMI-
AN. l. 8. C. ad exhibend. & l. 3. C. de donat. quae sub modo generaliter, *be-*
nigna interpretatione, a *diuis principibus* admissum esse, aiunt, ut in eius-
modi negotiis, secundum domini aut deponentis *voluntatem*, accipiens *ter-*
tio, quamvis vterque nec civilem nec praetoriam hereditatem a domino
adepti sint, res acceptas restituere cogatur.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, intelligitur, rem depositam ex re-
scripto DIVI PII, interdum *tertio*, cui deponens prospectum voluerit, se-
cundum 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,
vt, post mortem suam, illi quinquaginta filio suo, restitueret, ad iura ma-
gisterii a collegio restiariorum redimenda, redderentur. Calphurnia, Tul-
liae deponentis voluntati obsecura, post mortem eius, quinquaginta restitu-
erat filio, vt in collegium opificum adoptaretur. Tulliae heredes repe-
bant depositum, & Calphurnia defuncta, filium Tulliae restiarium pulsa-
bant actione, vt quinquaginta aureos, a Tullia depositos, & a Chalphur-
nia ipsi restitutos, in communem hereditatem deferret, vt inter heredes
Tulliae diuiderentur.

Iudex filium Tulliae restiarium quinquaginta aureos iussit heredibus
restituere, his vsus rationibus, quod neque actio ipsi a matre Tullia ad-
quiri potuerit, & res Calphurniae tradita fuerit, sine omni solemnitate,
quam leges desiderant in donationibus mortis causa & in fideicommissis:
vt inutilis videatur voluntas Tulliae, quae illos quinquaginta filio restitui
praecepisset. *Praeses* qui de illa specie consulebatur, respondit, quinqu-
aginta aureos ad filium Tulliae restiarium omnino pertinere & heredes Tul-
liae frustra illos repetere. Ita enim PAVLLVM l. 26. pr. *D. depos.* &
VLPIANVM l. 77. *D. de leg. I.* & SCAEVOLAM l. 37. § 3. *de leg. 3.* &
AFRICANVM l. 108. §. 13. *de leg. I.* in speciebus simillimis, ex rescripto
DIVI PII, iudicasse. Sed digna res visa est, de qua diligentius tradamus.

§. II.

Fideicommissorum sanctitas quid in re sit inter fideicommissum & depositum. Fideicommissum vtile nullas solennitates desiderat.

Audiuisti, ex SCAEVOLAE nostri, & VLPIANI, itemque AFRI-
CANI sententia l. 37. §. 3. *D. de leg. 3.* l. 77. *D. de leg. I.* l. 108. §. 13. *D.*
de leg. I. *fideicommissi* quandam speciem subesse, si quis rem acceptam *tertio*
restituere in contractu iubeatur. Quod vt rectius intelligatur, paucis de na-
tura huius fideicommissi exponemus.

Nimirum per se quidem inter *depositum* & *fideicommissum* est quae-
dam affinitas, vt alterum ab altero non multum abesse videatur. Vtrum-
que certe negotium *bona fide* in primis regitur, cum & in *deposito fidem*
amici eligamus, & in *fideicommisso* personae *fidem* maxime spectemus, at-
que confidamus, illam obsecuturam esse nostrae voluntati. Imo vero lucu-
lenter VLPIANVS, l. I, pr. *D. deposit.* in *deposito*, ait, rem totam *fidei*
alterius *commissam* esse: vt intelligatur, non prorsus alienam esse naturam
depositi a fideicommisso.

Praeterea, si utriusque negotii formulam spectemus, parum videmus interesse inter *depositum* & *fideicommissum*. Enimvero, 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 & PAVLLO, l. I. §. 45. & 46. D. *depositi*. 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⁾

Haec tenus 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 *uiuos* 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 conuenierit, 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. §. 11. & 12. D. *depositi*.

Haec 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. 1.* *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 fideicommisso, 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 *fideicommisso*, quasi debitorem conveniri posse, si promiserit parenti, se res a patre viuo acceptas, secundum voluntatem patris, *tertio* restitutum esse. Posset enim videri, *fideicommisso* 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 fideicommisso, quamvis nihil acceperit, praeter illud, quod ex contractu debebat testatori. Imo vero generaliter VLPIANVS ait, ab *omni debitore fideicommissum utile* relinqui posse. l. 77. D. *de leg. 1.*

An igitur dicemus, per rescriptum DIVI PII, ad quod SCAEVOLA & VLPIANVS prouocarunt, mutatam naturam fideicommissi, ut illud a quocunque, quamvis non sit honoratus suprema voluntate, efficaciter poterit 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 fideicommisso onerari, nisi aliquid acceperit ex suprema voluntate testatoris.

Quorsum itaque confugiemus, ut tueamur *fideicommissum*, a *depositario* relictum, quem deponens rogavit, ut res depositae, *post mortem* suam, *tertio* restituantur. Nimirum ita sentio, non esse *proprium & verum* fideicommissum, si depositario necessitas imponitur a deponente, ut res deposita *tertio* restituat post mortem suam. Sed *fingitur* fideicommissum, quo non depositarius, sed *heres* a defuncto oneratus esse videatur. Enimvero *depositarius*, & quicumque 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 convenitur, 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, insti-

tuendam, & generaliter eandem actionem, quae defunctio competebat, 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 VLPPIANVS 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. I. l. 37. §. 3. D. de leg. 3. l. 108. §. 13. D. de leg. I.

Itaque dicendum est, non debitorem, qui iussus sit tertio rem restituere, sed heredem deponentis onerari fideicommissio, ut hic quidem patiat, 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 VLPPIANVM, qui d. l. 77. D. de leg. I. diserte docet, heredis personam fideicommissio oneratam videri, si defunctus praeceperit, ut res deposita tertio restitueretur. Ita enim ille; „fideicommissum ex rescripto DIVI PII debet, „bitur; quasi videatur heres rogatus, remittere id debitori: nam si con- „ueniatur ab herede, doli exceptione uti potest; quae res utile fideicom- „missum facit. „

Vides, preces deponentis, quibus debitorem suum rogavit, ut res depositas tertio restitueret, ita ab VLPPIANO 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 ab simili, l. 108. §. 13. D. de leg. I. respondisse. Proponit enim: Iuolenum, exheredata filia sua, filium duntaxat scripsisse unicum heredem: sed, priusquam moreretur, Titio margarita pignori dedisse, hac nimirum lege, ut pignus venderet, & quid quid, deducto debito, ex pignoris pretio superesset, illud restitueret filiae exheredatae. Apparet Titium Iuoleno eiusque heredibus, in quantum pignoris pretium summam debiti excederet, obligatum fuisse, eoque nomine conveniri potuisse a Iuoleno, eiusque filio herede. Sed quia Iuolenus Titium rogauerat, ut, quidquid ex pretio pignoris superesset, illud restitueret filiae exheredatae, AFRICANVS iudicavit, fratrem filiae exheredatae, id est, filium, heredem Iuoleni, obstructum esse fideicommissio, ut agnosceret defuncti voluntatem.

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, quamuis 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; vt appareat, *fideicommissum* a tertio, non vt causam petendi, sed loco *legitimationis ad causam*, quam practici appellant, allegandum esse, quo ostendatur, in ipsum per *fideicommissum* translaram esse actionem, quae defuncto competeat.

Heres igitur, qui ex contractu defuncti agere omnino potuisset, obligatur *fideicommissio*, vt dimitat illam actionem. Neque ramen ipse etiam heres *fideicommissio* obstringitur, si defunctus rogauit deponentem, vt 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, vt 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, vt *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: vt 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, vt in hac specie *fingerent* aliquod *fideicommissum*. Enimvero, secundum iuris civilis rationem, non poterat admitti, vt *tertio*, ex pacto deponentis, actio, aut omnino ius aliquod, aduersus debitorem, cum quo ipse non contraxerat, adquireretur. 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, vt 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 admittum est, ut rata sit voluntas deponentis, si tertio rem reddi praecepisset. Postea, ut solent illa quae extra ordinem inuecta sunt, raro ibi subsistere, vnde 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 *paet. conuent.* etiam in *donationibus*, & *dotis constitutione*, itemque AFRICANVS l. 108. §. 13. D. de *leg. I.* in debito 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 ciuiliis*, 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. I.*

Colore igitur *utilis*, non *veri*, fideicommissi utebantur interpretes, ut regulam iuris ciuiliis defenderent, & voluntati tamen deponentis, qui res suas ad tertium peruenire vellet, 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 inter, retum, 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 adicitur*, quamuis fideicommissa hodie legatis exaequata sint, tamen *sceleritates 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, vt res tertio restituatur. Illa enim solennia, quae certum *numerum testium*, aut *praesentiam personae honoratae* desiderant, cum per se *odiosa* sint, & restringenda videantur, in *veris* tantum fideicommissis locum habent, non in his, quae, per *fictionem iuris* & interpretationem, propter aequitatem meram, subintelliguntur. Meretur enim obseruari, quod *VLP IANVS* l. 77. D. de leg. 1. hoc fideicommissum maxime *exceptionem doli*, seu aequitatis naturalis, aduersus heredem, parere affirmit. Si enim debitor, qui depositum, ex voluntate deponentis, tertio restituit, conueniatur ab herede, debitor, secundum *VLP IANVM*, *doli* exceptione vti, id est, iniquitatis ipsum accusare potest: *quae res utile* fideicommissum facit. d. l. 77. de leg. 1. Vt 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)} iudicauerunt, in omni *contractu* efficaciter constitui *fideicommissum*: id est, ratum esse pactum contractui adiectum, quo conueniatur, vt res debita tertio restituatur: neque hoc pactum aliam formam, quam quae in ipso contractu obseruanda sit, desiderare, neglectis solennitatibus *veri fideicommissi*.

Poterimus igitur haec *quasi fideicommissa* commodissime *conventionalia fideicommissa* appellare, cum pacto & *conuentione* efficiatur, vt res a debitore post mortem nostram tertio restituatur.

Vnum adhuc attinet monere, fideicommissum hoc conuentionale ab *VLP IANO*, *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 *VLP IANO* appellari, quod per *fictionem* inducatur, & non prorsus impleat naturam *veri fideicommissi*. Eodem enim sensu *PAVLLVS* ^{p)} *utile fideicommissum* dixit, quod non verbis consuetis conceptum sit, sed aliis, quae, per *interpretationem*, pro verbis fideicommissariis accipiantur. Cerre & 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 comprobatum est.

§. III.

m) *DECIVS*, conf. 245. col. penult.

o) *MENOCH.* conf. 944. n. 37.

n) *CRAVETT.* conf. 130. in fine.

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-*
commissio pactione commutare *tacitum* fideicommissum, quod inefficax & *dem legis*
 improbum magis, quam utile, viderur. Enimuero *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-*
tionem, vel *chirographo*, relinquitur, quo accipiens, sine solennitate, se ob-
 stringit, ad rem *tertio* restituendam. l. 103. D. de leg. I. MARCELLVS
 enim, *tacitam fidem* appellat, si pactione, extra testamentum, accipiens ad
 rem restituendam obligetur. l. 123. §. 1. D. de leg. I. qua formula video
 etiam VLPIANVM ¹⁾ aliquando vsum 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. pet.

Apparet igitur, etiam *tacitum* fideicommissum contractu & *pactionibus*
 relinqui. Sed, ut ante diximus, noli naturam *taciti* fideicommissi miscere, cum
 utili fideicommissio contractibus adiecto. Enimuero idem DIVVS PIVS, ex cuius
 auctoritate, secundum VLPIAN. l. 77. D. de leg. I. *debitur* & subsistit *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* admitturam 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. I. & MARCELLVS, in *frau-*
dem legis, *tacitam fidem* accommodari, respondit, si quis legem circum-
 ueniat *tacito fideicommissio*, l. 123. D. de leg. I. 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 *sc*ieciibus
 taciti fideicommissi, persona *honorata* tacito fideicommissio se obstrinxit, ad
 rem restituendam.

1) VLP. tit. XXV. c. 17.

Sed nihil cum his commune habet *utile* fideicommissum, quod traſta-
mus. Hoc enim *contractui* quidem adiicitur, sed hoc consilio, vt res ter-
tio reddatur, cui deponens ipse viuis actionem suam cedere aduersus de-
bitorem 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, vt 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. I. §. II. &
l. 13. D. *si quid in fraud. patr.* locum dari. Nimirum, secundum AFRI-
CANVM, l. 38. §. I. D. *de solut.* ne quidem illi, qui *solutioni adiectus est*,
recte soluitur, si creditor tertium, in fraudem legis, solutioni adiecit
videatur.

Huc enim pertinet, quod, si maritus vxori *donaturus*, debitorem
suum iubeat soluere vxori, non rata sit voluntas creditoris, neque nummi
vxoris fiant: cum a maritis donari vxoribus, salua iuris ciuilibus regula, non
possit: ideoque debitor, conditionem, quam aduersus mulierem habet,
ad repetendam pecuniam, tenebitur cedere marito. d. 38. §. I. D. *de solut.*

§. IV.

Debitor libe- Sed, vt ex diuerticulo in viam redeamus, nisi deponens, aut legi,
ratur si de- aut aliis, quibus ius perfectum antea quaesitum fuerit, *fraudem* fecisse vi-
positum ter- deatur, rata erit voluntas deponentis, vt depositum, post mortem eius,
tio restituit tertio reddatur. Cui consequens est, *liberari debitorem*, qui, obsecurus
Secundum deponentis voluntati rem isti restituerit, ad quem deponens iusserit deposti-
voluntatem tum, post mortem suam, peruenire.
deponentis.

An tertius Enimvero, si omnia alia deficerent, certe, post rescriptum DIVIPII,
in hac specie *exceptione doli* tutus erit, & liberabitur; cum heres ex DIVIPII rescripto
solutioni ad- agnoscere cogatur defuncti voluntatem. Audiamus enim VLPIANVM,
iectus vide- qui l. 77. D. *de leg. I.* „fideicommissum, inquit. ex rescripto DIVIPII,
atur. An de- „debetur, „quasi videatur heres rogatus, remittere id debitori: nam si con-
ponens mu- „ueniatur debitor ab herede, *doli exceptione uti potest*: quae res vtile fidei-
zare possit „commissum facit.,,
voluntatem
suam.

Sed videamus, an non, etiam *sine fictione fideicommissi*, liberetur de-
bitor, si a deponentis heredibus conueniatur. Ipsi certe deponenti, qui rem
tertio restitui voluerat, si, post restitutionem depositum viuis repeteret,
pacti exceptio sine dubio obstaret. Illud enim ante VLPIANVM, PAPINIA-
NVS docuit, l. 26. §. 4. D. *de pact. dotal.* vt, qui, contra *propria placita*,
illud petat, quod alii dari voluerit, *exceptione* repellatur. An igitur di-
cemus, eandem *exceptionem doli*, quae deponenti obstaret, etiam *heredi-*
bus

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 conuenierit, ut res post mortem deponentis alii restituatur, 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, vbi quis cuiquam 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, vtrum illud, quod fauore monumenti & sepulchri a MARCELLO admissum est, secundum CVIACII ^{r)} sententiam, trahi possit ad alias species mandati; cum PAVLLVS aperte doceat, morte dissolui hoc mandatum, si quis debitorem suum iusserit alii soluere, 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 PII 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 substiterit, & res ita deposita fuerit, ut tertio restitueretur. Enimvero, cum res viuo deponente, secundum eius mandatum, tertio restituitur, ne

r) CVIACIVS. obs. l. I. c. 38.

eat, 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 solum 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 VLPPIANVS 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 solvatur, 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, intelligetur, debitorem, si rem *tertio*, ex voluntate creditoris, *post mortem* deponentis restituerit, exceptione *doli mali*, propter *fideicommissi* fictionem, *in vivo* deponente, eius iussu, *tertio*, vel *adiecto solutioni*, rem reddiderit, *vi mandati*, liberari. Igitur discederem ab hoc loco, nisi hoc unum expediendum esset, vtrum 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 vivo*, 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 VLPPIANVS, 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, & iple a te repetere, quod vel me vivo, vel *post mortem* meam, tertio restitui volueram. l. 1. §. 45. & 46. D. *deposit.* Non verbosus ero in re manifesta. Abscisse enim PROCVLVS l. 82. D. de *solut.* si veterit 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 destinaverit, atque eius etiam *nomine* rem comparauerit, re integra, mutari posse voluntatem.

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 GAIO atque VLPIANO 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 compenlandi facultatem, in ea re versetur, ut potius tertio solueret, quam creditori suo. Cum enim certam conditionem habet stipulatio, illam, cum promissoris incommodo, non immutare 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 extorqueri, quamuis creditor *mutauerit* priorem voluntatem. l. 82. D. de *solut.* Hoc enim iure in *delegationibus* utimur, ut conuentio, vnius voluntate, nequeat mutari aut perueri.

§. V

Itaque, si vel *stipulatione* debitori permittitur, 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* potest voluntas deponentis, *heres deponentis neque* qui rem tertio restitui praecepit. Ceterum, extra has species, *re integra, depositarius* omnino efficaciter *reuocatur mandatum* deponentis cum utili *fideicommissio, repetere possunt.*

Sed diligenter obseruandum est, *re integra* dumtaxat, *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 iustus sit, vi mandati & *ipso iure* liberetur; apparet, *non interesse* debitoris, ut rem recipiat, quam ad tertium transtulerit ex voluntate deponentis. Enimvero, si vel *inutilis* videri posset voluntas deponentis, tamen, quod per

errorem iuris solutum fuerit, efficaciter non repetetur. Nimirum, secundum ANTONINUM, si quis, quamvis ex *inutili fideicommissio*, tamen *conscientia* fideicommissi, voluntati defuncti obsecutus, tertio rem restituerit, 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 vt expediamus, diuidenda est illa disquisitio, vt aliud, si mandans, se viuo, tertio vel *simpliciter*, vel tanquam *solutioni adiecto*, rem restitui praeceperit, aliud, si rem tertio *post mortem suam* reddi iusserit, respondeamus. Enimuero, cum *inter viuos* 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 SCÆVOLAE etiam placui. 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 *creditore*. Hoc enim VLPPIANVS 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 SCÆVOLA & 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 *viuos* quidem, inspiciendum est, quid actum sit, a creditore: vt si mandauerit duntaxat, vt res a tertio recipiatur, tertius vel *mandati*, vel *negotiorum gestorum*, vel etiam *depositi* subinde teneatur, l. 1. §. 11. 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 *pac. dotal.*

Sed hoc quidem iure vtimur, si, me *viuo*, 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 VLPPIANUM l. 77. D. de *leg.* 1.

§. VI.

Depositum igitur, secundum deponentis voluntatem, nisi haec quidem *Falcidia* non mutata fuerit, ad tertium perueniet, quasi ex utili fideicommissio. Igitur, an quarta *Falcidia* ex hoc fideicommissio detrahatur, non superauacaneum est, disquirere. Enimuero, ad speciem, defendi posset, deducendam esse *Falcidiam*, cum non solum fideicommissa exaequata sint legatis, ex quibus *Falcidia* debetur, sed etiam ex mortis causa donationibus & quibusdam mortis causa capionibus, quibus haec voluntas deponentis simillima videtur, quarta, secundum IUSTINIANVM l. 18. C. ad leg. *Falcid.* deducatur.

Nimirum haec voluntas deponentis, ut res, post mortem eius, tertio restitueretur, cum mortis causa donationibus hoc quidem commune habet, quod donationis plerumque causa res tertio reddi iubeatur, ut supra est a nobis obseruatum. 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 peruenire. Hoc enim IAVOLENVS l. 55. D. de condit. & demonstr. & IULIANVS itemque GAIVS 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 VLPIANVS & reliqui hanc deponentis voluntatem fideicommissum utile appellent. d. l. 77. de leg. 1. Sed, secundum GAIVM, illae quidem accipiendi figurae, quae proprio nomine significantur, inprimis fideicommissa, secernenda sunt a mortis causa capione. l. 31. pr. D. de mort. c. donat. Praeterea ex mortis causa capionibus, nisi in fraudem legis *Falcidiae* 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 conseruandae causa, fingitur subesse fideicommissum, quasi heres rogatus, videatur. Igitur magis est, quod dicamus, cessare in hac specie legem *Falcidiam*; cum

res non tam ex vltima voluntate, quam ex pacto potius, ad tertium perueniat, vt supra comprobatum est. Ita certe PAVLLO in specie simillima visum est, cum vxor pacta esset cum marito, vt 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, peruenire. l. 59. §. I. D. ad SCtum Trebell.

Quae cum ita sint, heres quidem certe non deducet *Falcidiam* ex quasi *fideicommisso*. 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 vna me inspectio teneret, vtrum *coheredes* a coherede tertio, cui res parentis a debitore restituta fuit, recte petant, vt *communicetur cum reliquis heredibus*, quod ipsi soli restitutum est, aut, quod idem est, an coheres rem sibi restitutam, in iudicio familiae herciscundae conferre teneatur. Hoc enim in specie illa singulari, quam §pho I. circa finem, proposuimus, heredes Tulliae deponentis, a fratre restitario, 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, vt 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 obseruatum 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 VLP IANVS docet, l. 1. §. 16 D. de collat. Igitur frustra heredes Tulliae a fratre coherede repetebant, quod ad *iura magistratuum* a restitariis 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 restituitur acti com petit, non reuocari, sed personalis. Deponentis igitur voluntas, qua rem a se depositam tertio restitui desiderat, est *pactum*, ex rescripto DIVIPII, *aequitate*, & tacti ne quasi *fideicommissi*, sustinetur, *nullas solennitates* desiderat, *exceptionem doli* aduersus heredem deponentis parit, debitori, qui rem restituit, ad *liberationem* prodest, plerumque tamen *reuocari* potest etiamque, vt *res deposita restituta* ad tertium cum pleno iure pertineat, neque quanae *Falcidiae* detractio

tractatione 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*. *terti 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, §) vt, 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 IVSTINIANO nouissimis constitutionibus interpolauerit, profectum esse videatur. Sed ego quidem malim in hac caussa puras TRIBONIANI manus iudicare, cum nihil alieni ex IVSTINIANO veterum interpretum responsis admixtum videatur. Enimuero aperte quidem SCÆVOLA praecepit, filium emancipatum, qui nec partis hereditatem, nec honorum possessionem nactus, sed a parente partem rerum ipsi donatarum *tertio* restituere iussus sit, *conueniri* posse, vt 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, vt 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, vt debitor voluntati deponentis, qui *tertio* rem reddi iusserit, obsequeretur. Sed exercebat ICTORUM ingenia, quomodo, salua iuris ciuilibus regula, rescripto DIVI PII in hac specie obtemperarent. Et primo quidem facillimum erat, vt 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, vt rem traderet hoc debitori, & pateretur, rem tertio relinqui, secundum deponentis voluntatem

E, hac fictione obtinuit, vt, *quasi si fideicommissum*, valeret haec voluntas deponentis. Hoc peperit aliam interpretationem, vt 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.*

Habes alterum, quod per interpretationem inuectum est, vt iam non solum debitor, qui sponte rem restituerit, *exceptione* tutus esset, sed etiam inuitus *conueniri* posset, si tertius ab herede impetrauerit, vt *sibi actiones cederentur*. Hoc enim si factum esset, *actione depositi directa*, quam heres tertio *cesserat*, ad rem reddendam commodissime compellebatur: quod video a viro summo, IACOBO CUIACIO^{t)} 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, vt debitor confestim a tertio conueniretur. See aegre hoc admissum, cum inhaereret in animis interpretum *iuris ciuilis regula*, quam QUINTVS MUCIVS SCÆVOLA, l. 73. §. 4. D. de *reg. iur.* & POMPONIVS l. 110. pr. D. de *verb. oblig.* & VLPPIANVS l. 38. §. 17. D. *eod.* proposuerunt, *alteri extraneo ex stipulatione nostra actionem non adquiri*. Haec enim efficiebat, vt, si quid ex eiusmodi pactone tertio solutum esset, ex errore solutum videretur. l. 59. §. 1. D. ad *SCt. Trebell.*

Apud quosdam tamen interpretes *fauor dotis* praeualuit, vt 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.* & VLPPIANVS 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, vt coniuncto pactum alterius coniuncti, de restituenda dote, prodesset aliquando, ad dotem repetendam.

Atuero, vt 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, vt 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^{u)} res per se experenda sit, *depositum reddere*, in deposito, inquam admiserunt, vt, 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,

t) CUIAC. ad l. 108. de leg. 1. op. T. I. p. 1390.

u) SENECA. de beneficiis Lib. IV. c. 10.

Sed, cum hoc durum esset & *contra regulam iuris* reciperetur, non nisi ob summam aequitatem 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. x) Ita res mansit in incerto. Donec illa veteris iuris subtilitas sensim, maxime post IVSTINIANI 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. *depos.* & 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* experi-ri, 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 SCÆVOLA 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*. Immo vero, ut supra obseruauimus, SCÆVOLA 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 competebar, 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 competebar*, actionem, id est. *personalem ex pacto aut contractu*, dari censuerunt.

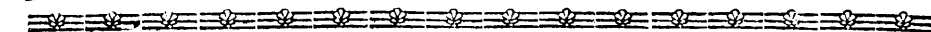
Itaque nec *hypothecaria actione*, quae ex *vero fideicommissio* dari solet, debitor a tertio conuenietur, cum, nec *honoratus* sit defuncti voluntate, & nihil, praeter rem depositam, ad ipsum peruenerit ex hereditate deponentis, quod hypotheca onerari potuisset, nec *fideicommissio* illo depositarius, sed *heres* rogatus videatur, ut res tertio restitueretur.

Satis

x) 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 postularret, vt expediremus, vtrum 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, vt, secus nuptiis, illud *dotis* loco haberetur, & heres voluntatem defuncti, secus *post mortem* eius nuptiis, agnoscere detrederet; *ipso iure dominium dotis transire ad maritum*. Quae res perimouit *M. ANTONIVM PEREGRINVM*) vt 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, obtinuisset, ait: vt intelligatur, nihil hoc pertinere ad hanc speciem vtilis 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 praue-nerit, & 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 A D I M A T V R.

AD L. III. §. XI D. DE ADIMEND. VEL TRANSF. LEGAT.

VITEMBERGAE. D. IVL. A. Q. S. P. EST CLO MDCC XXXII.

§. I.

*Legatum est
nobilissima
species bene-
ficii ideoque*

Bene & sapienter *SENECA* praecepit, ^{a)} *etiam atque etiam* consi-derandum esse, cui *beneficium* a nobis *tribuatur*: omnem enim fructum beneficium

y) *PEREGRIN.* de fideicommiss. art. §. II. 17. p. 336. a) *SENEC.* de benef. l. III. c. 14.

beneficii accipientis fide contineri: ideoque, postquam illud e manibus tuis elapsum sit, nullam fere actionem, nullam *repetitionem* dari, nullum tibi iudicem succurrere, nullam legem te in integrum restituere; vt tanto circumspēctus *eligeres*, qui tuo beneficio ornandus videretur: denique publice interesse, vt *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 femina *arenis* committunt nec senes illi, apud *STATIVM* *c)* & *TULLIVM* *d)* quamuis arbores non sibi, sed *posteritati* & Diis immortalibus serant, in quouis solo arbutta instituunt, aut, quoniam nulla ex his utilitas ad ipsos peruenitura est, negligentius rem administrant. Vt quisque est vir optimus, ita maxime annitur, ne quid illorum omnium, quae ab ipso profecta sint, pereat, aut fructu atque euentu careat, aut male collocerur.

Itaque, cum curiosus eligimus, cui beneficium a nobis tribuatur, id agimus inprimis, vt sit hoc *vere* beneficium, *e)* quod alteri tribuitur, hoc est, vt 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 prouidentia inprimis *testatoribus* commendanda est, qui nobilissimo genere officii, etiam *post mortem suam*, bene de aliis merentur, vt circumspēctius eligant, quorum utilitates *legatis & fidei commissis* amplificari iubeant in tabulis *supremae voluntatis*. Hi enim fere, cum remota omni spe commoditatis & gratiae, quae iis defunctis ob merita referri ab accipientibus non potest, bona sua distribuunt, & elargiantur, *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, vt, 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 *adjecto*, 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. IV. c. 9. *f)* *Id.* de benef. III. c. 15. f. & IV. c. 9.

Sed opportune PLATO, & idem ille, quam saepius appellauit, SENECA g) 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 *errori*, b) & 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, vt vel fides promissi potius deferenda, quam hoc committendum esse videatur; d) recte a veteribus constitutum est, semper dum spiritum ducamus, mutari posse iudicium supremæ voluntatis. Aperte enim in illa causa admisit & probauit *variationem* testatoris VLPPIANVS, vt si *gravis offensa* interuenierit, *ademptum* esse legatum, sin testatorem offensæ prioris *poenituerit* & ille cum legatario in amicitiam redierit legatum *reintegratum* videatur: cum *ambulatoria* sit omnis *voluntas* testatoris, vsque ad vitæ exitum supremum l. 4 D. de *adimend. vel transfer. leg.* & l. 32. §. 3. de *donat. inter vir. & vx.*

Imo vero, vt intelligatur, *fauisse* veteres *mutationi voluntatis* in supremis iudiciis, luculenter idem VLPPIANVS. l. 3. §. 11. D. de *adim. vel transfer. 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-

b) SENECA. 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*, *neccessario* seruis ex legato debeatur, si, quod PAVLLVS & TERENTIVS 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 *ICris Vitembergenfibus* 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*, Meuia legatum *ademisse*. 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 Meuia legatum *ademisse*: hic idem iureiurando etiam affirmauerat, *codicillos perfectos* fuisse, omnia ex testatoris voluntate administrata esse: saepius illum, quod Meuia 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 Meuia adimeretur. Accedebat & alius testis, qui sacramento esserebat, aliquoties dixisse testatorem, Meuiam *improbam* esse, & male de se *meritam*, se nihil ipsi relinquere; Die Canaille hat much betrogen, sie soll nichts haben: testatorem perseuerasse in illa voluntate, ut legatum Meuia adimeretur. Meuia, 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 VLP IANI auctoritas, qui ne-

gat per *tabulas vacuas*, postea a testatore factas, quamvis a septem testibus signata sint, *rumpi prius testamentum*. Ita enim VLP. IANVS l. 1. D. de iniust. rupt. „si binae tabulae proferantur, *diuersis temporibus* factae, vnae prius, aliae postea, vtraeque septem testium signis signatae, & apertae „posterioribus *vacuae* inuentae sint, id est, *nihil scriptum habentes* omnino, „*superius non est ruptum*, cum posterius nullum sit. „

Ex his igitur causis poterat legatum *non ademptum* Meuiæ 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 alios testis accesserit, qui de *seria adimendi* voluntate deposuerit: itaque *iuramento supplementorio* locum dari posse; quod si ab heredibus praestaretur, dubitari non debere, quin *ademptum sit legatum*. Quapropter responsum est: *Das es, der eingewandten Zeuterung ungeachtet, bey vorigem, am 4. Aug. des letztlaufenden 1741sten Jahrs eröffneter, sol. befindlichen Urtheil nochmahls billig bleibet, Es könnten und wollten Beklagters Principalen vermittelst Endes erhalten, und, daß sie das Original des in dem Notariats-Instrumente sol. erwähnten Codicills nicht haben, noch gefährlicher Weise von Händen Kommen lassen, auch nicht wissen, wo solches anzutreffen, henedest, daß sie gewiß glauben und davor halten, daß ihr Erbl. sser, bey gutem Verstande, daß Meuia dasjenige, so er in seinem bey dem Amte N. niedergelegten Testamente ihr beschieden, nicht erhalten solle, deutlich und ernstlich sich erkläret, auch bey dieser Meynung bis an seinen Tod beharret, oder doch seinen wider Meuiam gefaßten Unwillen nachdrücklich bezeiget, 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 Meuiæ 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 verlangt, und seinen Namen in ihrer Gegenwart nicht unterschrieben, überdies

diß, 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, u. stündlich ausgesagt, daher, 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 schmeret, als einige Rechtslehrer zur ademptione legati 5. Zeugen schlechterdings erfordern, im übrigen dem Notario die fol. eyndlich angezeigten Ungebührrnisse entgegen stehen, hierbey auch, daß die Zeugen denen in seinem Protocolle und Instrumente angegebenen Umständen, obgedachter maassen, ausdrücklich widersprochen, nicht gänzlich auffer Augen zu setzen, demnach, daß voriges Urthel 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 berathen lassen, und das H. Abendmahl genossen, vermittelst Endes beträffiget, daher, 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 eyndlicher Aussage, sich bekannt, oder doch der Unterschrift, nur zum Echeime, bengewohnet, und dieselbe von den Zeugen, laut ihrer Deposition fol. verlangt haben würde, keinesweges zu vermuthen, vielmehr des Notarii Protocolle, welches Er eyndlich bestärket, wenn auch das Original des Codicills nicht mehr vorhanden, nach den 5ten Spho n. 1. Kaisers Maximiliani des ersten Ordnung derer Notarien halber, in zweifelhaften Fällen, Glauben bezumessen, dessen fides hingegen durch die obangezogenen testes negatiuos nicht völlig entkräftet, sondern durch die Aussage des andern unweirflichen Zeugens unterstützt wird, immassen aus dieser letztern, daß der Testator die Meuiam eine Canaille geheissen, und die Worte: die Canaille soll nichts haben, sie hat mich betrogen, von ihr gebraucht, sich veroffenbaret, mithin Beklagte, wena auch des Notarii eyndlicher 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 Erfüllungsende dßfalls 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 Seindschaft, ohne erfolgte Veröhnung, ingleichen Schimpfworte, so der Testator wider den Legatarium ausgestossen, vor hmlänglich zu achten,

l. 3. § 11. D. de *adim. vel transferend. leg.*

l. 13. *eod.*

mit

mithin die Verfertigung eines Codicills und die Gegenwart mehrerer Zeugen, wenn nur des Erblassers wahre Willens-Meynung erwiesen werden kann, zur Ademtion eines Vermächtnisses nicht schlechterdings erfordert wird, gleichwohl die Ermangelung des Codicills, so der Notarius, nach Inhalt des abgelegten Editions-Eydes, derer Beklagten Mit-Erben ausgeantwortet, eine Vermuthung wider dieselben erwecket, welche durch den Jhnen zuerkannten Eyd mit abzulshnen,

So ist, wie im Urtheil enthalten, von uns billiq erkannt worden.

Vides nudae testatoris voluntati hoc tribui, vt legatum, rite antea relictum, eius poenitentia ademtum censetur. Sed res digna est, de qua copiosius a nobis exponatur.

§. II.

Hereditas plerumque solenniter adimitur. Sufficit tamen ad ademtionem, si nomen heredis inductum aut deletum sit. Legata etiam testamento imperfecto admittuntur, quamuis posterior voluntas ceteroquin sit inutilis.

Nimirum, quod supra obseruatum est, fauemus poenitentiae & mutationi supremae voluntatis, ne beneficium vim suam perdat & indignis conferatur. Sed facilius tamen legata, quae beneficium duntaxat rationem habent, quam heredibus hereditates, adimuntur. Aperte enim VLP IANVS docet, hereditatem semel datam adimi facile non posse: l. i. §. 4. D. de his, quae in testam. del. Ad quem locum ANTON. FABER^{k)} copiose commentatur. Imo vero Iululentius idem VLP IANVS 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 solenniter, 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 solenniter, vel apud acta, reuocantur. Ceterum, testamentum posterius effectu careat, an subsistat, non interest. Enimuero, secundum PAPINIANVM, si quis in posteriori testamento heredes scripserit, quos institueri non potuerit, adeoque prius non vere ruptum fuerit, tamen hereditas defuncti non relinquetur 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 VLP IANVS non interclusit, qua hereditas etiam minus solenniter 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

^{k)} 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 artinet 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 solemnitate 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 obseruari, *inductione* aut *deletionem non adimi* legatum, nisi *specialiter* inductum aut deletum sit legatum. Quamuis enim *legata* sint *accessio* heredis institutionis, tamen, VLPIANVS ait, etiamsi 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 *supremae voluntatis*, ut hereditas, sic etiam *legata*, *adempta* videbuntur. Neque tamen ibi substituit legis benignitas; sed *facilius legata* adimi permisit. quam hereditates. Enimuero *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, inimicitias 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 adim. vel transfer. leg.* Non multum ab hoc recedit, quod, si POMPONIO fide est, quamuis 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* potiore esse; ideoque etsi non valeat donatio, tamen *ademptum* intelligi *legatum*: cum, qui postea rem legatam 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 *perimii* legatum, si constet de *mutatione* voluntatis, & de *animo* legatum *adimendi*. Haud paullo aliter in *contractibus* iudicium fiet, si *posteriori* negotio *imperfecto* & inutili id actum sit, vt 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, vt 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* infirmendis, aliud in *legatis* adimendis, obseruari. Et habet rationem, vt aliter de *contractibus* & heredis institutione, aliter de *legatis*, iudicemus. Enimvero haec quidem, cum *beneficii* naturam habeant, nisi quis in illo consilio vsque 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 proficit, alteri nocere possit, cum magno eius incommodo & damno, extorqueri. Eadem fere ratio suadebit, vt benignius de ademtione *legati*, quam hereditatis, respondeamus. Illud enim si ad matur, *vnus* duntaxat legatarii, sin hereditas auferatur, *multorum* commoditas & vtilitas interuertitur & infirmatur. Cum enim non solum ipsius testatoris interesse videatur, vt habeat heredem, sed creditorum etiam, illorumque, quibus ex testamento aliquid deberur, aliquando interfit, 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, comprobatum est, nuda voluntate, etiam sine *solemnitate*, 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 *solemnitate*, 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; vt, quod *pro parte dari* efficaciter non possit inutiliter *pro parte adimatur*. Nam constat, quae natura sua *indiuisa* sunt, & partitionem non admittunt, vt *via & libertas*, nec legato recte diuidi, vt pro parte dentur, pro parte adimantur.

§. III.

Ex his quae adhuc disputata sunt, non potest esse obscurum, *legata Legatum vel* & fideicommissa etiam sine solemnitatibus, *sola poenitentia & mutatione vo-* ipso iure vel luntatis, quandoque *adimi* & interuerri. Neque enim res disputatione indi- ^{exceptione} geret, nisi ab eodem VLPJANO, qui l. 3. §. II. D. de *adim. vel transf. leg. doli mali* *nuda voluntate* legatum adimi posse docuit, alio loco res in dubitationem ^{opposita} adducta videretur Ille enim tit. XXIV. c. 29. *fragment. testamenta* duntaxat, ^{ademptum iu-} & *codicillos* testamento confirmatos, commemorat, quibus *adimi* legata ^{dicatur. Ad} posse viderentur. Sed ne quidem ibi subsistit, vt *testamento* vel *codicillis* ^{nuda voluntas} *adimantur*, sed praeterea praecipit, vt *eodem modo*, quo *datum* est, legatum *adimatur. de tit. XXIV. c. 29.* Inprimis in *ademptione* libertatis seruo ^{hanc speciem} legatae hoc ipsi placuit, vt *libertas* vel *testamento*, vel *codicillis* ^{nuda voluntas} *testamento* ^{sufficit.} *tit. II fragm. c. 12.* In qua re etiam CERVIDIUM, SCAEVOLAM & PAVLIVM & MARCIANVM consentientes habuit, qui l. 50. D. de *fideicommiss. libert. l. 14. D. de leg. 2. l. 10.* §phus 1. de D. *manumiss. scripturae* mentionem faciunt, qua libertas legata seruo *adimatur*. Si quaeris, quis sit ille *modus*, quo libertas & *dari* & *adimi* possit, audiamus eundem VLPJANVM, qui l. 35 D. de *reg. iur.* nihil tam naturale esse docet, quam *eo genere quidque* *dissolui, quo est constitutum*: ideo *solemniter* constituta, *solemniter* tollenda esse.

Habes difficultatem, quam VLPIANVS 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 VLPIANO, & legatum *naturaliter*, atque commodissime, *eodem modo, quo est constitutum*, id est, vel in testamento, vel in codicillis, vel certe coram quaque testibus, *adimi* & dissoluis, aio. d. l. 3. 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, sublarum 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 legauerat, sed postea subiecerat, *vt semel tantum solueretur*: quamuis enim verba non essent *contraria*, tamen secundum ARISTONEM, & CELSUM, & MARCELLVM, & PAPINIANVM, vna tantum quantitas debebitur, ceterae *ademptae* videbuntur. d. l. 14. de *leg. 1.* Plures eiusmodi species BARNABAS BRISSONIVS collegit.^{l)} 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 *testamentis* tamen aut *codicillis* plerumque *adimi* legatum debet, vt *ipso iure* ademptum videatur. Neque tamen in illo rigore persisterunt 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 quaecunque *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 VLPIANVS 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

l) BRISSON. de formul. c. 144.

m) SEN. de benef. L. III. c. 14.

qui *consulto deleta* perant, docet, *exceptione* submoueri, l. 1. §. 3. D. de *his, quae in testam. del.* Enimuero 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 redemptam, petat, *exceptionem doli mali* obstare doceat, vt, nisi mutatam voluntatem testatoris, quae ex *alienatione* intelligatur, redintegratam 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 *nomissima* ademptum esse. Quae enim quomodocunque *adempta* sunt, secundum *CELSVM* & *MARCELLVM*, quasi *non data* videbuntur. l. 14. pr. D. de *leg. 1.* Quod video etiam *IACOBVM CUIACIUM*, quamuis a nobis dissentire videatur, agnouisse. n)

§. IV.

Igitur *voluntas*, secundum *POMPONIUM*, efficiet, vt valeat, quod *Quae sit nuda voluntas.* scriptum est in testamento l. 12. §. 3. D. de *leg. 1.* quae si petenti refragatur, *exceptioni doli mali* locum faciemus. Sed de *voluntate* tamen & *poenitentia*, omnino *constet*, necesse est, priusquam *ademptum* esse legatum arbitremur. Igitur, vt constet, de *voluntate*, testatoris, *nudam voluntatem*, aut *animum adimendi* *VLPIANVM* probari iubet ab heredibus, nisi *Probatio nuda voluntatis ex iniunctis suboritur. Variare licet vt, quae quis ademerit, nona poenitentia redintegrentur.* 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*, praecipiant, vt quis petitione *fideicommissi* excludatur.

Sed in *probatione* voluntatis *non sollemnitas*, sed *veritas*, id est, *animus serius* legatum adimendi, demonstratur. Quid enim opus esset *exceptione*

tione doli mali, si *solemnis* ademptio, aut certe V. testium praesentia desideraretur. Hac enim *solemnitate* legatum *ipso iure* tolleretur. 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 iudicia voluntatis solemniter prodantur. Ne diutius te teneam, audiamus ALEXANDRUM, qui ne *scripturam* quidem, multo minus *testes*, postulat, sed *folis rationibus*, ex quibus mutatio voluntatis intelligatur, contentus est, ut *nouissimam* voluntatem, quomodocunque comprobatam, in supremo iudicio sequamur: ita enim ille l. 5. C. *fam. hercisc.* „Si *offensam* „postea *clementia* flexerit; *nouissimam* voluntatem arbiter familiae herci- „scundae sequeretur. *Sed illud, licet scriptum non probetur, aliis* tamen „*rationibus doceri* nihil impedit: praesertim si talia merita deprehenduntur, „*ut ira domini potuerit* mitigari. „

Ex quo loco intelligitur, ex illis, *quae circumstant*, iudicandum esse, *utrum* mutauerit 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* de- siderari 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 deesse- set, *probationi*, iudicem *iuramento* vel *suppletorio* vel *purgatorio* posse locum relinquere, quo dubitatio suborta dilueretur.

Res erit luculentior, si eamus per exempla, ex quibus capiamus *in- ducium 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. Unum duntaxat monet, ut *capitales* sint, vel *grauissimae*; non *leuis* quaelibet *offensa*, quibus *probat* fideicommissum ademptum censetur: & 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, *solemnitatem* aliquam poscere, quae si neglecta fuerit, voluntas *nouissima* habere exitum non posset. Enimvero, si Parmenionem apud P. TEREN- TIVM o) audiamus,

In

o) TERENT. eunuch. I. sc. I. v. 14. sqq.

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, quatto 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 apricam lucem proferre, quae inter amicos aliquando suboriuntur, odia illa temporaria, quamuis grauissima interdum, & cum magna concitacione animorum saepissime coniuncta. Igitur frustra in his solennitatem requisueris.

Non equidem ignoro, quid IACOBO RAEVARDO q) in mentem venerit, cum de inimicitiiis capitalibus & grauissimis, quas VLPPIANVS in ademptione legati desiderat, commentaretur. Ait enim, inimicitias denunciatas iarelligi, quas quisque solenniter profiteri & inimico indicare solet, vt sciat, sibi cum aduersario similitatem esse.

Sed res ipsa loquitur, VLPPIANVM non de denunciatis duntaxat inimicitiiis sentire: cum etiam poenitentiae & saepius reconciliatae gratiae mentionem adiunxerit, quae non confestim, nec facile, in denunciatis inimicitiiis speratur. Ne quis dubitet, audiamus eundem VLPPIANVM, qui l. 32. §. 3. D. de donat. inter vir. & vx ex coniugum diffidiis exemplum capit, cum constet coniuges plerumque sine solennitatibus inter se rixari. Ita enim VLPPIANVS: poenitentiam supremam accipere debemus. „Proinde si uxori donauit, deinde eum poenituit, mox desit poenitere, donationem valere, vt supremum eius iudicium spectemus: quemadmodum circa fideicommissa solemus, vel in legatis, cum de doli exceptione tractamus: vt sit ambulatoria voluntas eius, vsque ad vitae exitum supremum. „

Vides in indignatione & poenitentia testatoris, ex qua ademptio legati iudicatur, idem iuris esse, quod in rixis coniugum, qui modo alter alteri donant, modo indignantur, modo in gratiam redeunt: vt in vtrisque supremum iudicium, id est voluntatem illam, in qua vsque ad vitae exitum perseuerent, maxime spectemus.

Igitur nemo dubitare potest, quin illo, quem supra excitauimus, loco, l. 3. §. 11. D. de adm. vel transf. leg. grauissimae inimicitiae tales significant, quae cum indignatione, & auersatione, coniunctae sint, & facto luculento indicentur, vt verisimile sit, quod VLPPIANVS l. 9. pr. D. de his,

Z 3

quae

p) TERENT. Andr. act. III. sc. 3. v. 23.

c. 19. op. T. I. p. 187.

q) RAEVARD. de diuers. reg. iur.

id. varior. L. V. c. 15. p. 742. sq.

quae ut indig. aufer. ait, vt, inquam, sit *verisimile*, testatorem *noluisse* legatum praestari, quod illi, quem postea auersatus sit, reliquerit in testamento.

Solam igitur *auersionem & 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 *solemnitatis*, vel omnino *plenam probationem* desideraret.

Superuacaneum erit, commemorare illa *indicia*, quibus *offensa & alienatio* atque animorum disiunctio probetur. Vnum tamen attinet monere, *probra* inprimis, quae legatario a testatore inferantur aut obiciantur, *voluntatem* legatum adimendi continere. Hoc enim MARCIANVS, l. 13. D. de *adim. vel transf. leg.* ex rescripto DIVI SEVERI & ANTONINI obseruauit, vt, si testator *postrema scriptura*, quaqua ratione motus, *pestimum* libertum esse, adiecisset, ea, quae *priori* scriptura ei relicta fuerant, *adempta* videantur. Igitur sola execratio testatoris efficiet, ut *probari* possit *mutatio* supremas 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, quamvis *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 adici 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 *probis*, quae testator legatario obiecerit, post consummationem testamenti. In his enim omnibus PAPINIANVS *probationem* duntaxat requirit, non *solemnitatem*. l. 4. D. *eod.*

Accepisti igitur, *poenitentia verisimili & nuda voluntate probata*, ademptum legatari beneficiu videri: sed *ambulatoriam* esse illam voluntatem: hinc *variationem* admitti: ideoque, vt *ademptionem probata* poenitentia, ita *redintegrationem* legati, *probata reconciliatione & noua gratia*, sine *solemnitatibus* doceri posse. Discederem igitur ab hoc loco, nisi operae pretium esset, admonere, vt *poenitentiam & mutationem* voluntatis, ita nec *reconciliationem & redintegrationem* legati & gratiae, praesumi, nisi indiciis lucu-

luculentis demonstratur: ideoque sufficere ad ademptionem *veteres* inimicitias, nisi reconciliatio probetur. *SCÆVOLA* tractauit eiusmodi speciem l. 31. §. 2. D. de *adim. vel transf. leg.* Seia *Titio* legauerat auri pondo quinque: *Titius* Selam postea capitis accusat: vt grauissimæ inimicitia subortæ 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 *SCÆVOLA* affirmat, legatum non deberi, cum ademptum videatur, neque, ex silentio in codicillis, remissio iniuriæ & gratiæ redintegratio probetur d. l. 31. §. 2. Et generaliter *PAVLLVS* probationem nouæ voluntatis, quamuis *non solennis*. desiderat, si semel *mutata* sit voluntas testatoris. l. 15. D. de *adim. vel transf. leg.* cum non possit poenitentiae præsumi.

Satis, credo, expediimus, 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, restatorem verbis legatum Meuiæ ademisse, 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 præsentiam desiderare videatur. Inuocat enim auctoritatem *IUSTINIANI*, qui l. 27. C. de *testam.* anteriores constitutiones corrigat, ne *reuocari* posset testamentum, nisi testator *coram tribus testibus* declaret 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 *strictæ 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 obstabit, qui l. 8. §. 3. C. de *codicill.* in *omni* vltima voluntate, præter testamentum, *V. testium* præsentiam 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 eoim nihil THEODOSIVS mutauit.

Sed magis fere HONORIVS nobis aduersatur, qui l. 20. C. *de testament.* negat: *solenniter scripta* testamenta, *sine scriptura*, commode *mutari*, aut hereditates. *sine scripto* in *principem* transferri posse. Diluerit illa difficultas, si cogitaueris, HONORIVM de *hereditatibus*, non de legatis, de *translatione*, non de ademtione & reuocatione nuda, de *translatione in principem*, non de aliis mutationibus, tractasse.

Sed instat CVIACIVS, certe, si quis *constituerit*, coram testibus legatum reuocare, & hoc non perfecerit, non sufficere *probationem nudae voluntatis* ad legatum adimendum. Hoc enim & LABEONI & SERUIO & IAVOLENO videtur placuisse, qui testatorem, si *coeperit* testamentum facere, nec perfecerit, intestatum decessisse aiunt. l. 25. D. *qui testam. fac. poss.* Posset igitur videri. Apuleium in specie, quam p. 8. proposuimus, non efficaciter legatum ademisse, quamuis 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, quamuis testator voluerit testamentum facere, & quamuis illud non perfecerit, *nuda voluntate* adimuntur: quod ex PAPINIANO l. 22. D. *de adimend. vel transf. leg.* supra est a nobis demonstratum.

§. V.

Adimitur legatum per alienationem voluntariam. Igitur, vt rem totam finiamus, dicendum est, legatum vel *ipso iure*, id est, coram quinque testibus, solenniter, vel *ope exceptionis doli mali*, perimi & interuerti, & quidem vel *verbis* expressis, cum indignatione aliqua coniunctis, vel *factis* etiam quandoque, quam speciem GAIVS *tacitam ademtio-* appellauit: l. 5. D. *de adim. & transf. leg.* Sed has quidem duas ademtio- nis species postremas sola *probatione voluntatis* sustineri, copiose demonstratum est. *Exceptione enim doli mali* sustinentur. l. 3. §. II. D. *de adim. vel transf. leg.* Vix autem opus esset *exceptione*, si ipso iure, coram quinque testibus, eodem modo, vt constituta sunt, reuocarentur.

Ademtio tacita. Ademtio legati sub conditione, quinque testes desiderat. Ademtio legati stricte accipienda est. Auctoritas fori & interpretum. 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 transfer. leg. obseruauit, per illas perimi legatum, nec querendum aut probandum esse, *quo animo & ex qua caussa* donauerit testator, *cum manifesta sit voluntas adimendi*. Sed de *uenditionibus & alienationibus* rerum legatarum PAVLLVS & PAPINIANVS obseruant, 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* uideri, sed ne quidem redintegrari, quamuis rem antea alienatam postea recuperauerit aut redemerit testator; cum sufficiat *semel mutatam* esse uoluntatem, nisi legatarius *probauerit nouam* uoluntatem 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 *uoluntatem adimendi* l. 11. §. 12. D. de leg. 3. Sed res ipsa loquitur, non difficilem probationem heredibus futuram; cum, qui in eiusmodi *necessitates* incidit, 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 uero *libertas fideicommissaria* seruo destinata, secundum PAVLLVM atque VLPIANVM, nunquam *alienatione* interuertitur: neque interest, ex qua caussa 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* legatorum disputantur. Primo enim *sola mutatione rei legatae*, quamuis illa nomen suum perdat, secundum VLPIANVM, non uidetur semper ademptum beneficium a testatore; l. 44. §. 2. sqq. D. de leg. I. cum *uoluntatis mutatio* desideretur. Ita enim VLPIANVS cum PAVLLO, qui l. 88. de leg. 3. ab ipso uidetur dissentire, in gratiam reducendus est, ut uoluntas, 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, & uni ademerit, neque appareat, *cui ademptum sit*, utrique legatum debeatur. l. 3. §. 7. D. de *adim. vel transf. leg.*

Denique nec ommittendum 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.* observauit, *qualis* sit conditio, sub qua testator aliquid ademit. 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 a *futuro 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*. Enimvero, 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 magnum 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. pos. 2. 3. 12. 6) COCCIOS
 CEI. iur. controu. T. II. L. XXXIV. tit. 4. qu. 1. 7) WERNH. select.
 obseru. forens. 300. P. I.



