





4
DISSERTATIO

1785, 2

DE
FIDEICOMMISSO EIVS
QVOD SVPERFVTVRVM ERIT
EIVSQUE DIFFERENTIA A DEBITIS QVIBVS
ACCEPTA REDDENDA SVNT IN EODEM GENERE
AD NOV. CVIII.

QVAM
RECTORE ACADEMIAE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

P. 312
DOMINO
CAROLO AVGVSTO

DVCE SAXONIAE IVLIACI CLIVIAE MONTIVM
ANGARIAE ET WESTPHALIAE REL.

PRO LOCO
IN ILLVSTRI IVRISCONSVLTORVM ORDINE
RITE OBTINENDO

DIE XII. NOVEMBR. CIOI^oCCCLXXXV.

PVBLICAE ERVDITORVM DISQVITIONI

SVBMITTIT

IO. AVGVSTVS REICHARDT D.

INSTITVTIONVM PROF. PVBL. ORDINAR. CVRIAE PROVINCIALIS SAXON. COM
MVNIS ET SCAB. COLLEGII ADSESSOR.

IENAE,
LITTERIS MAVKIANIS.



DISSERTATIO

DE

FIDELICOMMISSO FIVS
QVOD SVPERVTVRVV ERIT
RIVSQVE DIFFERENTIA A DEBITIS QVIBVS
ACCEPTA REDDENDA SVNT IN EODEM GENERE
AD NOV. CVIII.

QVAM

RECTORE ACADEMIAE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPI AC DOMINO

DOMINO

CAROLO AVGVSTO

DUCE SAXONIAE PALACI CIVIAE MONTVM

LANGVIAE ET WESTPHALIAE REG.

PRO LOCO

IN BELVETRI IURISCONSULTORVM ORDINE
RITE OBTINENDO

THE XII. NOVEMBER. CIVIS. SAXONIAE.

FRATRICAE BRVNDVIVM DECVGATIONE

CAVENSIS

IO. AVGVSTVS REICHHALDT.

INSTITVTIONVM TROP. REI. ORDINAR. CIVIAE. SAXONIAE. REG.

ALMIST. ET BOAR. COLLEGI. AVGVSTOG.

LENAE

LITTERIS. MAR. BEHNIS.

1781
1782





§. I.



Solemnes Romanorum in substitutionibus precariis formulae, quibus fidei heredum committebant negotium, ut, cum morerentur, hereditatem ejusve partem traderent alteri, hae erant: rogabantur heredes, *ut hereditatem, sibi relictam, aut, quod ad eos ex hereditate pervenisset, aut denique quod ipsis morientibus superfuisset, alteri traderent relinquerentve a)*. Posteriori verborum conceptione vsi, alij, *quod ex bonis, alij vero, quod ex hereditate superfuisset, tradi volebant. Ac horum quidem verborum vis atque potestas vtrum sit eadem, an*

A

vero

vero prior formula posteriore latius pateat? jam non lubet disquirere *b*). Ad rem praesentem quod attinet, binas adijcere notas sufficiet I) Formulam, quod *superfuerit*, sive hanc, sive illam, sive neutram adjectionem habeat, de rebus testatoris rogantis intelligendam esse. Aliam relationem nec verba habent, nec alia est mens testatoris, qui, si quiequam dari iubet aut petit, de aliis, quam suis rebus, sensit non est existimandus *c*). Itaque proprias heredis facultates fideicommissio teneri, tantum abest, ut potius leges, quibus ejusdem fit mentio, utrumque, heredis ac defuncti, patrimonium, sollicite distinguant *d*). II) Eadem formula dari fiduciario heredi res hereditarias alienandi aliquam deminuendique potestatem *e*), quae formulis prioribus non continetur. Tacite eandem concessisse videtur testator, qui reliqua s. residua, quae mortuo fiduciario remanerent (ea enim verborum, *quicquid superfuerit*, vis est), hereditatem non omnem relictam, vult tradi. Verum enim vero ea ipsa permissione indefinita, voluntatem testatoris fieri dubiam, in aprico est. Eandem interpretaturus, sicut, MARCIANO auctore *f*), in omnibus, quae in testamento ambigue scripta sunt, fieri debet, ab eo, quod credibiliter est cogitatum, incipiam,

a) Formulas, ut solet, magno studio collegit BARN. BRISSONIVS de *formulis et solemnibus populi Rom. verbis* Lib. 7, Cap. 42.

b) Legi tamen merentur, quae ea de re disputant IAC. CVIAC. in *Recit.* ad L. 3. §. 2. D. de *Vfuris* et L. 58. §. 7. D. ad *Sctum Trebell.* Idem Lib. 12, Obs. Cap. 10. et in Lib. 19. *Quaest. Papin.* ad L. 3. §. 2. de *Vfuris* HVG. DONELL. L. 7. *Comment. jur. civ.* Cap. 76. EDMYND. MERILLIVS Lib. 3. *Variantium ex Cujacio* Cap. 32. EVERH. OTTO in *Papiniano* Cap. 13. pag. 376. STRAVCH in *diff. ad jus Iustinianum* Dill. 10, th. 21.

c) L,

- e) L. 67. §. 8. D. de Legatis II, L. 71. eodem I, L. 7. D. de tritico, vino, oleo legato. L. 41. §. 3. D. de vulgari et pupillari substitutione.
- d) L. 25 §. 16. D. de petit. hered. I, 54. D. ad SCtum Trebell, Nov. 108. L. 3. §. 2. D. de V'juris.
- e) L. 58. §. 7. D. ad SCtum Trebell.
- f) L. 24. D. de rebus dubiis.

§. II.

In tempore ex ipsa defuncti oratione limites apparent, quibus deminuendi potestatem, heredi concessam, circumscribere voluit. Ejus, qui heredem rogavit, ut, quod, eo moriente, ex hereditate superesset, traderetur alteri, eam mentem fuisse, ut heredi medio tantum tempore alienandi deminuendique potestatem daret, palam est a). Itaque heredi heredis ea potestas non competit, nec ipsi heredi facultas ultima voluntate de rebus fideicommissio subjectis disponendi. Superfunt enim atque ex precibus defuncti fideicommissario praestari debent, quae vivus nec alienaverit, nec consumserit. Nulla proinde ejusdem hac in re voluntas de eo, quod post mortem suam fieri velit b). E contrario cum defunctus deminuendi facultatem usque ad mortem heredis dederit, sequitur, ut, illo vivente, quantum superesset, nec dici nec peti potuerit, licet fieri possit, ut recte dicatur, nihil superesse nihilque peti posse.

a) L. 54. D. ad SCtum Trebellianum.

b) FRID. ES. a PFENDORF Obs. jur. univers. Tom. 2. Obs. 87. §. 2. CAROZOV P. 3. C. 8. Def. 37. MICH. GODOFR. WERNHER diff. de lege Falcidia et fideicommissis. th. X. PEREGRINVS de fideicom.

commissis. Art. 40. n. 43. BRUNNEMANN ad Auth. contra cum C. ad Sctum Trebell. n. 112. KNIPSCHILD de fideic. famil. nobil. C. 12. n. 471. BERGER Occ. jur. Lib. 2. Tit. 4. ih. 34. not. 5.

§. III.

Sed, quaeso, quis erit hujus deminutionis modus? In verbis defuncti definitionem illius contineri, tantum abest, ut statuatur, ut potius liberrimum rerum hereditariarum usum largiri videantur. Dubium tamen, si quid ego judico, neutiquam est, eum, qui tali ratione fidei heredis aliquid commisit, modum voluisse rebus hereditariis consumendis ponere. Nam hoc profecto a mente ejus alienum erat, ut fideicommissarius ludibrio quasi haberetur atque spes illius, data heredis fiduciarum opera, fieret inanis. Merito igitur zalem defuncti orationem ambiguum putemus, monenteque IULIANO a), id accipiamus, quo res, de qua agitur, valeat magis, quam pereat. Tali modo fieri potest, ut, quo mens ejusdem inclinaverit, conjectura assequamur. Voluit, quod facile apparet, singulari adfectu animi et benevolentia adductus, necessitatibus heredis et indigentiae subvenire atque prospicere. Ipse Imperator Iustinianus, cui in legibus ferendis nil magis curae cordique fuit, quam defunctorum voluntates, quoad fieri posset, respicere, cognitasque tueri b), hanc mentem defuncti perspexisse videtur, cum heredi, qui non haberet, unde expensas faceret, easdem ex rebus hereditariis restituendis faciendi facultatem permisit causamque permissionis in eo posuit, quod testator id quoque permisisset c). Nec facile dubitabitur, Iurisconsulti Rom. a sententia, quam ego defendo, fuerint

rint alieni, an vero consenserint, qui regulas, quibus, quid fideicommissarius aliquando petere, quidve heres, jure voluntatis defuncti, absumere possit, tradunt, accurate perpenderit. Quas quidem regulas alio loco traditurus satis habeo, unicum illarum exemplum hoc loco exponere. Scripserat VLP IANVS, dotem, quam filia heres marito dedisset, tali fideicommissio decedere, nisi *fructus ex hereditate tantos mulier percepisset, ut inde posset doti satisfieri d*). Decidendi ratio facillime perspicitur. Fructibus enim sufficientibus, res ipsas hereditarias deminuendi non aderat necessitas, ideoque detrahere dotem non licebat.

a) L. 12, D. de rebus dubiis.

b) Nov. 1, Cap. 2. pr. Nov. 108. Cap. 2. fin.

c) Nov. 108. Cap. 2.

d) L. 22, §. 4. D. ad SCtum Trebell.

§. IV.

Datur itaque tali substitutione precaria alienandi facultas, necessitate heredis circumscripta. Causas ejusdem, quantumve heres secundum illas absumeret, defunctus non magis ac ipsam deminuendi facultatem definiit. Re igitur ex ejus voluntate considerata, utrumque pendet ab arbitrio heredis. Hoc quidem ex alienandi potestate, heredi indefinite data, apparet; attamen justum et aequum heredis arbitrium defunctum voluisse, ex mente ejusdem probabili colligere possumus. Hoc nunc quaeramus, quid Romani ea de re judicaverint. Bifariam constat ICtis accipi arbitrium hominum; quod aequitatis vinculo adstrictum est, *boni viri arbitrium, boni viri arbitratu*,



quod e contrario ita non est circumscriptum, *liberum, plenum s. mera voluntas* solet vocari *a*). Illud potius, quam meram voluntatem defunctum permittere voluisse, existimant. Bonam fidem in verbis hujus fideicommissi PAPINIANVS perspexit; boni autem viri arbitrium inesse D. MARCVS Imperator, cognomine Philosophus, decrevit *b*). Qua in re, me quidem iudice, recte sentiunt. Equidem formulam dicendi, quibus Romani, ex heredis, tamquam boni viri, arbitrio relicturi, uti solebant *c*), in hac substitutione precaria non deprehendimus (nisi forsitan, quod volunt nonnulli *d*), ipsi formulae, *fidei tuae committo*, eam vim tribuas, illaque defunctus fuerit vsus). Mentem vero defuncti eo spectasse, vix est quod dubitemus. Si, qui in alterius arbitrium aliquid conferunt, eum recte arbitraturum, sperant omnes *e*); quidni de eo, qui fidem heredis sequitur, idem dicamus. Periret fideicommissum, si deminutionem rerum hereditariarum in infinitum heredi permitteremus, non obligatus is foret, si non vellet, quem defunctus obligare cogitabat. Sed rem, legibus decisam *f*), atque ab aliis jam pertractatam, pluribus argumentis demonstrare non lubet.

a) III. CAR. FRID. WALCH diss. de legato heredis in arbitrium collato. §. 2. HENK. de COCCEJI diss. 1. de arbitrio boni viri §. 5, seq. in Exerc. curios. Vol. 1. p. 237.

b) L. 54. D. ad Sctum Trebellianum, L. 25, §. 16. D. de hereditatis petitione.

c) E. gr. si aestimaveris heres, si comprobaveris, si iustum putaveris, si vtile tibi visum fuerit. L. 75. D. de Legat. I. L. 11. §. 7. cod. III. L. 46. §. 3. D. de fideicommiss. libertat.

d) HENK. de COCCEJI diss. 3. de arbitrio boni viri §. 27. ARNOLD, VINNIUS in sel. quaest. jur. Lib. 2. Cap. 25.

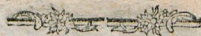
e) L.

e) L. 30. D. de oper. libert.

f) L. 1. §. I. D. de legatis et fideicommissis II. L. 22. D. de diuersis re-
gulis juris.

§. V.

A re, quam pertractare animus est, non alienum erit, utrum conditio in sit fideicommissariae nostrae substitutioni, breuiter disquirere. Vbi quidem, voluntatem defuncti si species, aientem sententiam defendere, vix dubitabis. Quid enim interest: *quicquid post mortem heredis superfuerit* mihi relinquatur, an, *si quid superfluum fuerit*. Haec vero conditio contrariam in se continet, hanc: *si nihil superfuerit*, nihil relinqui. Licet enim heredi pro necessitate et indigentia res hereditarias deminuere atque alienare, licet id ipsum ex voluntate defuncti (§. I. et III.). Tali modo consumptum noluit restitui, qui id tantummodo reddi ab herede petit, quod post mortem ejus superesset. Itaque ex voluntate defuncti, quae conditiones regit, jus fideicommissarii, *dum vivit heres*, incertum est. Pendet partim ab arbitrio heredis, partim a fato, nimirum ejusdem indigentia et necessitate, an quid aliquando petere possit et quantum? Si quid deminuerit heres, residuum; si minus, assent: (nam superflui nomine et as continetur, nec ineleganter as superesse dicitur, ex quo nihil abest, nihil absumsit heres). E contrario, si hereditatem omnem consumserit, peti nihil poterit. Pendere dixi conditionem, dum vivit heres. Quod ut recte intelligatur, tenendum est, fieri quidem posse, ut, eo vivo, deficiat, neutiquam vero, ut conditio existat. *Prius*, vbi heres, antequam diem suum obierit, licito modo res hereditarias consumserit omnes; *posteriorius*



sterius, quia heredi vsque ad mortem facultas deminuendi hereditatem concessa est (§. II.). Ita quidem rem, in se spectatam, diiudicem, nec deficiunt aliorum Ictorum suffragia a). Ipsi Romani demonstrationem, in futurum collatam, (qualis etiam formula: quicquid superfuturum erit, continetur) accipiunt pro conditione. Ait POMPONIVS b): „Plane in mortis tempore „collatum hunc sermonem; *vestem, quae mea erit*, sine dubio pro „conditione accipiendum puto, sed et *Stichum, qui meus erit*, puto „pro conditione accipiendum: nec interesse, vtrum ita, *qui meus „erit*, an ita: *si meus erit*: vtrobique conditionem eam esse.“ Huc etiam facit, quod idem ait alio loco c). „Inest autem con- „ditio legati, veluti cum ita legamus: *Quod ex Arethusa natum „fuerit, heres dato*: aut, *fructus, qui ex fundo percepti fuerint, „heres dato*: aut, *seruum, quem alii non legavero, Seio dato*.“ Concinit IULIANVS d): „*Stichum, qui meus erit, cum moriar, „heres meus dato*: magis conditionem legato injecisse, quam de- „monstrare voluisse patremfamilias apparet; — Sed conditio ta- „lis accipi debet, quatenus meus erit, vt, si totum aliena- „verit, legatum extinguatur: si partem, pro ea parte debeatur, „quae testatoris mortis tempore fuerit.“ Ecce! legatum, quod alienatione (testatoris, an heredis, ex illius permissione? nil refert) minuitur, quinimmo extinguatur, ac morte demum ejus, cui facultas alienandi competit, fit certum, accipitur pro conditionali. Rogo dissentientes, an de fideicommissio nostro aliter sentire velint? Aliud tamen VLPIANVS existimasse videtur. Negat ille e), legatum in arbitrium boni viri collato, inesse aut moram, aut conditionem

nem. At fideicommissum, de quo sermo est, ab heredis, tamquam boni viri, arbitratu pendere, demonstratum est. Plurimum forsitan Ictorum plausum ferrem, si hanc Vlpiani sententiam a Stoa arecesserem *f*). Sed non opus videtur ex re dubia petere explicationem *g*). Loquitur Ictus de legato nudo seu simplici boni viri arbitrio, (tali puta, quocum nulla circumstantia aut factum conjunctum est, sed potius velle aut nolle sufficit), aperte relicto. Tali legato nec moram nec conditionem inesse, si quis cum Vlpiano contendere velit, per me licet. Verum enim vero longe aliter fideicommissum, de quo disputamus, comparatum est. Moram illi injici, neque hoc solum ab arbitratu, sed ab indigentia heredis ejusque deminutione pendere, nemo non videt, et saepe a nobis dictum est.

a) IO. BALTHASAR 2 WERNHER *sel. Obs. for.* Tom. I. Part. 2. Obs. 452. IO. VOET *Comment. ad Pand.* Lib. 7. Tit. 1. n. 11. HUGO DONELL *ad Auth. Contra cum C. ad SCtum Trebell.* CONR. GVIL. STRECKER *diff. de fideicommissio sub clausula, quicquid post mortem superfuerit, relicto* §. 14. IO. BRUNNEMANN *ad Auth. Contra cum C. ad SCtum Trebell.* n. 1.

b) L. 85. D. de Legatis III.

c) L. 1. §. ult. D. de cond. et demonstrat.

d) L. 6. D. de Legatis I.

e) L. 1. D. de Legatis II.

f) Stoicis, omnes viri boni pares, nomenque boni viri mereri non videbantur, nisi qui virtute ita excellerent, ut a nemine superarentur. Quae cum ita sint boni viri arbitrium secundum stoicam disciplinam non potest non esse certum, constans et immutabile. Si opinionem eorum, qui, Ictos Romanos Zenonis praeceptis imbutos fuisse, sibi persuadent, probamus, facili negotio ratio perspicitur, cur Vlpianus

B

huic

huic arbitrio conditionem inesse negat Conf. HERR. de COG:
CEJI diff. I. de arbitrio boni viri §. 6. et 7. ill. WALCH c. l. §. 13.

g) PÜTTMANN *Probabil* Lib. I. Cap. 21. p. 147. LVD. IVL. FRID.
HOEFFNER, *Commentar. ad Inst.* Lib. I. Tit. I. §. 18.

§. VI.

Haec haecenus explicata, voluntate defuncti, sive verbis, sive
vi ac potestate, contineri videntur. Quae cum non sit omnibus mo-
dis definita, legibus eandem circumscribi in publicum utile est, ut
litium seges eviteretur. Hisce tradendis jam operam dabimus. Ictis
Romanis facultas heredis, res hereditarias deminuendi, his visa est
legibus definiri, I) ut ne dolo malo, intervertendi aut minuendi fidei-
commissi gratia, eadem abutatur. In petitione fideicommissi erit,
quod in fraudem s. everfionem eiusdem est factum a). Verbis enim
fideicommissi bona fides et boni viri arbitrium inest (§. IV.), qui,
Tullio b) auctore, prodest, quibus potest, nocet nemini. II) Iusta
ad sit deminuendi causa c). Profundi et dilapidari res hereditarias
nec defunctus voluit nec heredis, quippe boni viri, arbitratui con-
gruit d). III) Nihil rerum hereditariarum in rem suam convertat.
Non est absumentum, quod in corpus patrimonii est versum e). In-
terverteret enim heres fideicommissum, si suum facere vellet, quod
testator alteri destinavit. Ast talis deminutio, quae sit intervertendi
caussa, nec licet heredi, nec proprie loquendo deminutio dici potest.
Quare deminuissè non videtur, qui de pretio rerum venditarum
alias comparat f), sed, quod inde comparatum est, vice permutati
dominii restituetur g). Idem servandum erit, si proprios credito-
res ex ea pecunia dimiserit h). Nam et hoc in corpus patrimonii
heredis

heredis pervenit, si debitor liberatus est f). Multo minus illa alienata ex hereditate fideicommissi subiecta decedent, quorum pretium in corpus patrimonii heredis rediit k).

- a) L. 22. §. 4. L. 54. et 58. §. ult. D. ad *SCtum Trebell.* L. 25. §. 16. D. de *hereditatis petitione.*
 b) De *Officiis* Lib. 3. Cap. 15.
 c) L. 22. §. 4. II. ad *SCtum Trebell.*
 d) Arg. L. 1. §. 3. D. *quemadmodum usufr. cav.*
 e) L. 23. D. de *adimendis et transferendis legatis* L. 72. §. 2. D. de *Legatis* II.
 f) L. 70. D. de *Legatis et fideicommissis* II.
 g) L. 71. eodem. Itaque ipsae res comparatae, sicut permutatae, veniunt in fideicommissi restitutionem, secus ac si bonae fidei possessor hereditatis alienae rem hereditariam distraxerit et ex pretio aliam comparaverit. Hoc casu pretium veniet in petitionem hereditatis, non res, quam in suum patrimonium convertit L. 25. §. 1. D. de *hereditatis petitione.*
 h) L. 72. D. de *Legatis et fideicommissis* II.
 i) L. 20. D. *quod metus causa.*
 k) L. 25. §. 16. D. de *hereditatis petitione.*

§. VII.

IV) Ex D. MARCI decreto heres quoque pro modo *caeterorum* bonorum a) deminuat necesse est, hoc est, tam ex suo patrimonio, quam ex bonis fideicommissi subiectis pro rata e. gr. si in patrimonio heredis sint ducenta, in fideicommissio centum, et consumat duodecim; patrimonio suo accepta ferat octo, fideicommissio quatuor. Non solum VLPPIANVS b) huius decreti mentionem facit, sed PAPINIA-

NVS quoque, modo prolixiori, illud adduxit simulque rationes, cur ita rescipserit Imperator, exposuit. Ita vero ille c): „Diuus autem Marcus cum de fideicommissaria hereditate cognosceret, his verbis: Quicquid ex hereditate mea supersuerit, rogo restituas, et viri boni arbitrium inesse credidit. Iudicavit enim, erogationes, quae d) hereditate factae dicebantur, non ad solam fideicommissi deminutionem pertinere: sed pro rata patrimonii, quod heres proprium habuit, distribui oportere. Quod mihi videtur non tantum aequitatis ratione, verum exemplo quoque motus fecisse. Cum enim de conferendis bonis fratribus ab emancipato filio quaereret; praecipuum autem, quod in castris fuerat adquisitionum, militi relinqui placeret: consultus imperator, sumtus, quos miles fecerat, non ex eo tantum modo patrimonio, quod munus colationis pati debuit, sed pro rata etiam castrensis pecuniae decedere oportere constituit.“ Locum, qui parum difficultatis habere videtur, praeterea que IAC. CVIACII e) et ANDR MYLII f) commentariis jam illustratum, vberius exponere non opus erit.

a) L. 3. §. 2. D. de *Vsuris*.

b) L. 25. §. 16. D. de *hereditatis petitione*.

c) L. 54. D. ad *SCtum Trebell.*

d) Geminacionis ope hanc lesionem defendit IO. CONRAD. RYCKERVS *Obsérvat.* Cap. 3. §. 9.

e) Lib. 19. *Quaest. Papin.* ad L. 54. D. ad *SCtum Trebell.* in *Opp.* Tom. III. pag. m. 570.

f) *Diss. de fideicommissis sub clausula: Quicquid supersuerit, relicto ad L. 54. D. ad SCtum Trebell. Lips.*



§. VIII.

Reputaverint adfœclae Zenonis, boni viri arbitrium unicum esse, certum et immutabile. Placuerint sibi D. MARCVS et PAPI-
NIANVS, modum, quem heres in deminuenda hereditate seque-
retur, definientes, regulis a bona fide et boni viri arbitratu repe-
titis, aequitati pariter ac menti defuncti congruis. Longe diversa
tamen IVSTINIANVS Imperator a) probavit, cui ista omnia, quae
legibus prioribus continentur, *vetus incertitudo* (*παλαια αοριση*),
sunt. Sapientissimum Papinianum carpit, qui ea, quae de pro-
hibita alienatione intervertendi fideicommissi gratia tradidit, stu-
dio in aenigmate b) proposuerit; quid multa? nova lege rem com-
plectendam esse censuit, qua id, quod a maioribus indefinite dictum
esset, sub *legitimam quandam diuisionem et ordinem* deduceretur. Oc-
casionem constitutioni praebuit dubia species substitutionis nostrae
fideicommissariae, quam refert Imperator principio ejusdem. Or-
dinaverat illam testator hunc in modum, vt, si quis ex liberis et he-
redibus suis, absque prole decederet, detractis, quae ex lege de-
bentur, *reliquas omnes res et iura, quaecumque apud eum tempore mor-
tis inuenirentur*, superstiti, aut filiis ejus, traderentur. Ipsa imperato-
ris dispositio, quam, quia caput rei proxime attingit, integram da-
mus, haec est: „Sancimus vsque ad Falcidiam solum suae institutio-
nis necessitatem habere seruare eum, qui oneratus est fideicommissi
„restitutione, et non posse aliquid penitus ex illa minuere sufficiens
„existens: sed heredi quidem supersint tres partes, illi autem quar-
„tae solius relinquatur ratio. Non enim concedimus ei, qui grava-
„tus est, etiam donationibus vt aliquibus, et forsan ex studio (quod

„Papinianus dicebat) intervenerit fideicommissi causa, ut etiam
 „quarta minuatur institutionis ejus: sed hoc omnino relinquere fi-
 „deicommissum: aliis omnibus in ejus positis potestate: et licentiam
 „habere cum his, sicut voluerit, vii, quemadmodum perfectis dominis
 „competit. Si vero et ipsam quartam is, qui gravatus est, contin-
 „gat, necessarium est perferuari causam, secundum quam hoc egit:
 „et si quidem aut dotem voluerit dare, aut sponsalitiā largita-
 „tem c), aliam non habens substantiam: oportet ei hoc permitti
 „agere, hoc videlicet, quod nostra continetur jam lege, in qua ei
 „omnino non negavimus talem deminutionem. Si vero et in ca-
 „ptivorum redemptionem (hanc enim excipimus, et dicamus Deo
 „causam) et hoc licentiam eum habere facere, et minuere etiam
 „quartam pietatis ratione: quod omnium nobis pretiosius videtur,
 „Si vero contigerit neque ipsum habere ex aliquibus causis, unde
 „faciat expensas, ex tali restitutione, etiam has facere: damus ei
 „licentiam (hoc quod et testator permisit) quod relinquatur, om-
 „nino hoc volens ad restitutionem trahi, et quasi aliquis dicat, ex
 „hoc, quod remaneret, ei restitutionem fieri. Si autem nulla talis
 „subjacet occasio, necessitatem habere omnino quartam partem pro-
 „priae institutionis servare, et tali et aliis restitutionem donare. Si
 „tamen aliquid expenderit, habens unde supplementum faciat: ex
 „illo suppleri quartam, et per nullam causam hanc minui. Hinc
 „desumpta est *Authentica contra eum C. ad SCtum Trebell.* qua idem
 „Iustiniani placitum contractum continetur.

a) Nov. 108.

b) Quod, EVERH. OTTONE (*vita Papiniani* Cap. 6. p. 1002) interprete,
 involutam denotat et perplexam finitionem, quae Sphinge Thebana
 vel numero Platonis obscurior est,

c) E2

e) Ea ipsa exceptio jam *VLPIANO* placuit *L. 22. §. 4. D. ad Scrum Trebell. (§. III.)* Similitudinis quoque quiddam est in hac constitutione cum *Nov. 139.* Diferimen utriusque ostendit *RITTERSHUISVS. Exposit. Nov. Part. 6. Cap. 9. n. 18.*

§. IX.

Collato jure novo cum veteri et voluntate defuncti, observati digna videntur haec. I) Ad tempus quod attinet, quo res hereditarias deminueret, heredi liceret, nihil in constitutione Iustiniani dispositum legimus aut immutatum. Servavit itaque jus voluntatis defuncti (§. II.) nec II) conditionem fideicommissi detraxit. Sive dodrantem respicias, sive quadrantem, pendet res fideicommissarii ab eventu incerto. Novem istas vneias petet, nisi placuerit fiduciario, res eo spectantes consumere aut alienare; triuncium, nisi necessitas subesse incipiat, qua, bono permittente Iustiniano, et quartam deminuere licebat, suoque jure usus heres defuncti bona absumserit. III) Omnis mutatio nova lege facta, spectat ad modum res fideicommissi subjectas deminuendi, IV) Summa ejusdem haec est: in tribus hereditatis partibus sit liberum heredis arbitrium, in quarta nullum. Posterius, quod attinet ad regulam traditam, et verba manifeste probant et species exceptae firmant, quibus deminuendi facultatem fiduciario permittit. Prius vero ex verbis, *aliis omnibus in ejus potestate et licentiam habere cum his sicut voluerit, uti, quemadmodum perfectis dominis competit colligere licet.* V) Sustulit itaque Imperator boni viri arbitrium in utraque hereditatis parte, dodrante ac quadrante. VI) In illa parte, mutato boni viri arbitratu in liberum, regulas juris Digestorum §. VI. et VII.



VII. traditas, me quidem iudice, antiquavit. In hac similiter illae parum ad usum fori proderunt aut nihil a), certe ultima plane cessat b). Quantum rerum, ex quarta hereditatis parte deminuendum, casu existente, quo deminutio permessa est, v. gr. si heres non haberet, unde faceret expensas, iusto et aequo arbitrio definiendum esse, nemo facile negabit.

- a) Faciunt tamen, objiciat aliquis, ad definiendam alienationem, generatim prohibitam, quae alienandi facultatem aequitatis vinculo adstrictam moderantur. Largior. Sed hoc loco ejusmodi definitiones quae ipsi Iustiniani placito insunt, ex antiquioribus legibus petere opus non videtur. Cautius certe ac rectius ex ipso fonte hauriuntur.
- b) Dotis causa vel sponfalitiae largitatis quartam deminuere imperator tantum permittit, si heres aliam non habeat substantiam, nec minus alimentorum causa, si non habeat unde faciat expensas. Quae cum ita sint, ejusmodi erogationes, ex hereditate faciendae, pro rata patrimonii, quod heres proprium habet, distribui non possunt.

X.

Video interpretes in iis, quae observavi (§. praec.) in diversas partes abire. Plurimi quidem in prima observatione mecum consentiunt a). Aliud tamen de dodrante videri poterat, quo, sicut voluerit, uti, quemadmodum perfectis dominis licet, Imperator heredi permittit. Nec desunt juris interpretes, quibus, eam ob causam, hanc partem hereditatis, ab herede non abstintam, et heredem illius retinere et ipsum heredem fiduciarium, ultima voluntate, fideicommissarium eadem privare, jus fasque videtur b). Verum enim vero verba Iustiniani modum deminuendi respicere, tempus neutiquam, in aprico est. Ac quis quaeso sibi aliisque, extremis ipsis consti-

constitutionis verbis c), mentis contrariae protestationem legentibus, persuadebit, tali modo Iustinianum morientium voluntates evertere voluisse. Causam jam alii perorasse videntur d).

- a) Communem hanc esse opinionem PEREGRINVS de fideicommissis Art. 40. n. 45. testatur.
- q) Recentent hujus sententiae fautores CVIACIVS Lib. 19. Quaes. Papin. ad L. 54. ad SCtum Trebell. PEREGRINVS de fideicommissis Art. 40. n. 42. f. FVSARIVS de fideicommissaria substitutione Quaes. 145. n. 41.
- e) Nos aliter disponere non est morientis conjicere voluntatem Nov. 108. Cap. 2. fin.
- d) Cf. Icti §. II. allegati.

§. XI.

Dissent deinde complures ab ea sententia, qua regulas juris Digestorum, (§. VI. et VII.) dodrantis intuitu, placito Iustiniani sublatas esse, defendo. WERNHEROS a) BRUNNEMANNOS b) MENOCHIOS c) tantum nominabo; sed numerus eorum major est d), qui primae inter regulas illas usum defendunt atque heredem, jure novellarum, intervertendi fideicommissi gratia, dodrantem consumere posse, negant, doli reum, si tale quid factum probetur, facientes atque damnantes. Quid quod? usum receptum esse illud non Iustiniani, sed Papiniani jus, strenuus hujus sermonis aenigmatici, a Iustiniano reprehensi, defensor EVERH. OTTO e), IO. VOETIO f) auctore, gloriatur. Nec desunt, qui juri Digestorum, regula tertia (§. VI.) tradito, dicam scribere nolunt, et illius et novi juris nil interesse persuasi, vtrum ipsa pecunia vel corpora hereditaria extent apud fideiuciarum, an alia, ex tali pecunia, seu rerum hereditariarum distractionum pretio, comparata, cum haec non minus ac illa fideicommiss-



fario sint restituenda, idemque servandum, si proprios fiduciarius ex pecunia hereditaria dimiserit creditores g). Neutri sententiae calculum adiciere possum. Ac vereor, ne, qui priorem defendunt, fiduciarium, fraudis in dochrante intervertendo commissae, damnent injusto iudicio. Ex donatione aut simili ejusdem alienatione solius quadrantis restituendi consilium atque propositum apparere, fingamus. Licuisse fiduciario his rebus, sicut voluisset, vti, eundemque, perfecti domini ad instar, rei suae arbitrum fuisse atque moderatorem, probe sumus memores. An dolo fecisse videatur, quaero, qui jure suo usus sit? An fideicommissarius circumventus in eo, quod peti non poterat? Certe sententiam in tali lite contra fiduciarium laturos a mente Iustiniani longe remotos esse, et verba constitutionis h), quibus solae donationes, *ex quadrante*, intervertendi fideicommissi causa factae, inveniuntur impeditae, et mens Imperatoris, ne generalia verba dubitationem moverent, quatenus hereditatem diminuendo heres fiduciarius intervertendi fideicommissi causa fecisse intelligeretur, curate definiendi, me quidem iudice, luculenter probant i).

a) *Sel. Obs. for.* Tom. I, Part. 2, Obs. 452.

b) *Ad Auth. Contra cum C. ad SCTum Trebell.* n. 9.

c) Conf. 334. n. 60. *IDEM de Praesumptionibus* Lib. 4, Part. 2, Praef. 188.

d) *HOMMEL Rhaps. Obs.* 659. *KNIPSCHILD de fideicommissis famil.* Cap. II, n. 477. *FVSARIUS* all. loc. Quaeft. 545. n. 2. seqq. aliique Conf. *PEREGRINVS* all. loc. *MYLIVS* cit. loc. Cap. 4. n. 8. lqq.

e) *Vita Papiniani* Cap. 6. §. 5. p. 101.

f) *Ad tit. D. ad SCTum Trebell.* n. 54.

g) *CONR. GVL. STRECKER* diss. *ue fideicommissio sub clausula, quicquid post mortem superfuerit, relicto* §. 14. G. A. *STRVV Synt. jur. civil.*

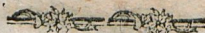
Ex. 56. th. 34. IO. VORT. tit. D. ad Sctum Trebell. n. 54. PHIL. KNIPSCILD de fideicommissis familiae C. XI. n. 474.

h) *Heredi quidem supersint tres partes, illi (fideicommissario) autem quarta solius relinquatur ratio. Non enim concedimus ei, qui gravatus est, etiam donationibus uti aliquibus et forsitan ex studio, quod Papinianus dicebat, intervertendi fideicommissi causa, ut etiam quarta minuatur institutionis ejus; sed hoc omnino relinquere fideicommissum, aliis omnibus postis in ejus potestate.* Adposite hanc in rem S. RECKER loc. cit. §. 16. ex doctrina oppositorum, scribit et argumentatione a contrario sensu sequitur donationes et animum intervertendi in quarta tantum interdicti in dodrante vero permitti.

i) Veriorem sententiam mecum tuentur FRID. ES. a PVFENDORF *Obf. jur. univ.* Tom. 2. Obf. 87. §. I. MICH. GODOFR. WERNER *diff. de lege Falcidia et Fideicommissis* §. 10. IO. VORT. c. I. CONR. RITERSHYSIVS *Exposit. Novell.* P. 6. C. 10. n. 4. ANDR. MYRIVS c. I. C. 4. n. 6. sqq. ANDR. FACHINEVS *Controv. jur.* Lib. V. Cap. 53. CASP. HENR. HORN. *Class.* 7. Resp. 33. PEREGRINVS c. I. Art. 40. n. 44.

§. XII.

Fateor majorem veri speciem posteriorem sententiam eorum prae se ferre, qui hac in re nobiscum non consentiunt. Quod enim, PAVLO teste a), oratione Divi Hadriani est constitutum: *potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum, trito ICeis sermone quasi proverbio causam dedit: Rem succedere in locum pretii; quod quidem, ubi de rerum univrsitate restituenda quaeritur, applicare, nemo facile dubitabit. Similiter PAPIANIANI illud: non absimitur, quod in corpus patrimonii retinetur b)* generalis quasi juris aliqua ra-



tio, nec alia, cur huic speciei non sit accommodanda, apparere vide-
 tur causa. Sed adest omnino. Nitetur jus Digestorum principiis,
 ex heredis tamquam boni viri arbitrio repetitis, quibus, interver-
 tendi fideicommissi causa, ab eo quidquam fieri non convenit.
 Conveniret autem, si pretia rerum hereditariarum vel ipsa, vel res
 ex illis comparatas, in suum patrimonium convertere, aut proprios
 ex pecunia hereditaria vellet dimittere creditores. Quare rectissime
 Ictri Romani hoc omne in fideicommissum venire existimant. Ex-
 ploso vero, Iustiniani constitutione, illo juris Digestorum aenigma-
 te, fiduciarioque in dodrante hereditatis perfecto domino facto, res
 hereditarias, quae ad istam hereditatis partem spectant, in suum
 patrimonium convertere, et ubi, eo mortuo, tale quid factum
 adparet, heredi ejusdem retinere licet. Frustra, ut jam dixi, fi-
 deicommissarius conquereretur, fiduciarium intervertendi fideicom-
 missi gratia fecisse, quod jure suo facere poterat. Nulla proinde
 adversus fiduciarii heredem, harum rerum causa, eidem compe-
 tit actio. Trito illo verbo: pretium succedit loco rei, adfueti, si
 qui sint, qui sic occurrant, equidem CYJACIII e) verbis responde-
 re posse mihi videor, falsum esse plerumque hocce DD. Catholicum,
 ideoque pro regula adferri non debere. Ad orationem D. Hadria-
 ni quod attinet, jus ex illa constitutum ad nostram speciem non
 spectare, ista integra perspecta hujusque ratione considerata,
 facile adparebit. *Aequius esse, censuit Imperator, possessorem
 non facere lucrum, et pretium, quod ex re aliena perceperit, red-
 dere d*). Eandem aequitatem tueri, iniquitatem contra cavere,
 vnice in senatus consulto, Hadriani orationem secuto, Senatui
 fuit negotium. Hanc vero sive aequitatem sive iniquitatem, si quis
 hic

hic admittere veller, imaginariam vocarem. Multum interesse, utrum possessor rei hereditariae alienae, an fiduciarius ex doctante eo, quo gaudet, jure perfecti domini, quid vendat, illum quidem, hunc minime, ex pretiis, quae ad unum vel alterum pervenissent, injuria fieri locupletiolem, nemo non videt. Respicit jus, oratione HADRIANI constitutum, hereditatis petitionem, qua demum tenetur, qui vel jus pro herede aut pro possessore possidet, vel rem hereditariam *f*). Pecuniam, ex rebus hereditariis redactam, sine discrimine, sive res extet, sive deperierit *g*), in hanc actionem venire, hereditariamque quodammodo existimari, id quidem singularem habet rationem, ipsi actioni propriam. Partem enim rei venditae aut fructum ex illa provenientes pretium non haberi, et PAULVS *h*) testis est et VLPIANVS *i*). At uterque possessor, qui petitione hereditatis tenetur, vendit res hereditarias tamquam heres. Aliam personam neuter illorum gerit, nec alia est ratio, cur hoc iudicio possit conveniri, cur conventus, corpora non solum hereditaria sed etiam, quae tamquam heres exinde comparaverit, jura actionesque ad vnum omnes, adeoque et illam, quae ex contractu emtionis venditionis possessoris est nata *k*), debeat restituere, si actionem et pretium redder, quod jure actionis exegerit *l*). Longe diversa est conditio fiduciarii, ubi ex novem vnciis hereditatis aliquid vendit. Eo, quo gaudet, perfecti domini jure, hoc fecisse omnino censendus est, actionem, quam nactus est, jure venditionis, sibi acquirit, fideicommissarii negotium gessisse minime intelligitur, adeoque rerum distractarum pretium, propter negotiationem, quam sibi suoque emolumento fecit, perceptum *m*), in patrimonio ejus jure retinetur *n*).



- a) L. 22. D. de *hered. petit.*
- b) L. 72. D. de *Legatis*, II.
- c) *Ad Africanum* L. 23. D. de *rebus creditis*. Inversam potius regulam: pretium loco rei non fungi IAC. GOTHOFREDVS ad L. 48. D. de *furtis* tuctur.
- d) Certe ad illas tantum actiones pertinet, quibus, vtrum aliquid ad reum pervenerit, ex quo locupletior factus sit, quacri oportet, hocque pacto in nostra specie non obtinet ANTON. FABRI *Rat. Pand.* ad L. 22 D. de *hered. petit.*
- e) L. 22. D. de *hered. petit.*
- f) L. 9. D. de *hered. petit.*
- g) L. 20. §. 6. *cod.*
- h) L. 21. D. de *hered. vendita.*
- i) L. 48. §. 7. D. de *furtis*.
- k) L. 16. §. 5. D. de *hered. petit.*
- l) L. 21. D. de *hereditate vel actione vendita* Conf. CVIACIVS l. c.
- m) L. 21. D. *hereditate vel actione vendita.*
- n) Ex aliis argumentis eandem sententiam tuctur ANDR. MYLIUS c. l. Cap. 4. n. 14. f. Summam illorum dedit PET. MÜLLERVS in *notis ad Struv. Synt. jur. civ.* Ex. 36. th. 34. (c).

§. XIII.

Boni viri arbitrium in utraque hereditatis parte, Iustiniani constitutione discreta, sublatum esse, supra (§. IX. n. IV. V.) evictum est. Quae cum ita sint, PETRI GVDELINI sententia mihi non probatur, qui extensionem caussarum, in constitutione, quam modo dixi, nominatarum, ex quibus deminutiones rerum hereditariarum ultra quadrantem factae valent, ad aliam quamlibet caussam, quae iusta sit, probat a). Illis ipsis a Iustiniano nominatis insistentium

dum

dum esse, luculenter significat Imperator, dum, iisdem relatis, heredem, addit b), *omnino necesse habere*, quartam partem propriae institutionis servare, *si nulla talis subjaceat occasio*. Ipsum deinde praecceptum, quo fiduciarium heredem ad servandam Falcidiam adstringit, ex illa penitus quidquam minui vetat c), ita conceptum est, ut, diligenter et severe observandum esse, inculcet, majorem quam, a legislatore datam, deminuendi facultatem heredis non admittat. Haec ratione, ut nimirum, quod in quadrante auferret heredis arbitrium, in dodrante pleniori modo redderet, *legitimam*, quam vocat Imperator, fecit *atvifionem* d) Ac mentem ejus eo spectasse, ut nihil quidquam veteris incertitudinis remaneret, ex constitutione apparet. Verum enim vero, GVDELINO duce, sublata priore, posterior revocaretur.

a) De jure novissimo Lib. II. Cap. 10. p. 62.

b) Nov. 108. Cap. 2.

c) Nov. cit. Cap. 1.

d) Nov. 108. citi. loc.

§. III. XIV.

Ansam constitutioni explicatae dedit species dubia, qua defunctus universitatem rerum, quae apud haereditem tempore mortis invenirentur, tradi mandaverat, (§. VII) hancque ob causam placitum JUSTINIANI de fideicommissaria hereditate loquitur. Cum vero eadem alienandi facultas illi concessa sit, a quo res singulares sub eadem forma fideicommittuntur, singulari fideicommissio illud accommodari posse non dubito a). Rem tamen in dubitationem vocatam esse recorder in lite quadam judiciali, quantum scio, nondum finita, qua de pecunia numerata, sub hac fideicommissi forma relicta,

relicta, contendebatur, Petebant fratres superstites ab herede testamentario fratris, sine prole defuncti, fideicommissum, quod pater sub clausula: quicquid superfuerit rerum sine prole mortuo fratre, reliquerat, ipsique fratres pacto firmaverant. Iam vero quicquid ex hereditate defunctus acceperat pecunia numerata absolvebatur. Quoniam ergo magna pecuniae summa, (minimum novem millia florenorum), ad denarium pervenisset, quam superasse etiam constaret aestimationem rerum, ab illo relictarum, satis visum est fratribus in vita superstilibus, cur omnem poscerent ab herede acceptam pecuniam. Ille vero, eam pecuniam superesse, negat, dicens, abstutam fuisse a defuncto juvenili aetate, in expeditionibus bellis, quibus fortuna adversa usus esset; alias autem deinceps opera provectiori aetate collegisse, easdemque, fideicommissio non adtribuitas, reliquisse. Itaque petit heres, ut quantum pecuniarum paternarum defunctus reliquerit, ante omnia cognoscatur, atque a petentibus fideicommissum fratribus probetur; sin minus, sibi certe probationem et deminutionis et causae ejusdem legitimae denegari non posse. Sententias dixerunt illustra Goettingensium et Halensium Ictorum collegia, ytrumque heredi adversam. Prior fuit Halensium Scabinorum, cujus rationes, ne quid illis detrahatur, ipsissimis verbis rectius dabo: „obwohl eingewendet werden wollen, „dass nach der fideicommissarischen väterlichen Disposition Nr. 1. „sowohl als nach dem brüderlichen Vergleiche Nr. 5, die Brüder „v. S. auf dem Fall, wenn einer oder der andere von ihnen ohne „männliche Leibeserben versterben würde, nur dasjenige von denselben erhaltenen väterlichen Erbportion, so bey desselben Absterben davon noch übrig seyn möchte, vi pacti et fideicommissi zurück

„rück zu fordern berechtiget, allhier aber noch nicht erwiesen sey,
 „dafs der Defunctus, General v. S., von seiner erhaltenen väterli-
 „cher Erbportion wirklich etwas oder wie viel eigentlich verlassens
 „habe — dennoch dargegen in Erwegung zu ziehen ist, dafs das
 „questionirte Fideicommiss in baaren Gelde, mithin in re fungi-
 „bili, cuius restitutio in eodem genere praestanda, bestanden hat,
 „und da der Defunctus, General v. S., nach dem Document Nr. 9,
 „23 507 fl. an baaren Gelde aussenstehenden Capitalien und sonsti-
 „gen Effecten verlassens, hierbey aber nichts darauf ankommen kann,
 „ob unter diesem verlassenen Vermögen diejenigen Gelder, so der
 „selbe auf seine väterliche Erbportion erhalten, wirklich annoch
 „vorhanden sind oder nicht, es daher eines Beweises nicht erst
 „bedarf.“ Remedio ab herede interposito, sententiam illi con-
 „gruentem rogatus pronunciavit ICtorum Goettingensium ordo, his
 „quidem verbis significans easdem rationes et sibi probari: „derglei-
 „chen Fideicommiss, welches der Testator auf dasjenige, so der
 „Erbe nach seinem Tode an Erbtheil übrig haben dürfte, gerich-
 „tet, die Rechte gegen dessen letzte Willensverordnung nicht
 „schlechterdings auf den vierten Theil einschränken, sondern nur
 „dem Erben, dasselbe in seinem Leben bis zum vierten Theil zu
 „veräußern, nachlassen; gleichwohl im gegenwärtigen Fall das auf
 „einer Geldsumme beruhende Fideicommiss, als ein unstreitiges
 „Debitum generis anzusehen, und daher, so weit solches aus des
 „Erblassers, F. H. v. S., nachgelassenen Vermögen zu leisten ist,
 „von ihm bey seinem Tode hinterlassen worden, mithin der ge-
 „ordneten und zugesagten Restitution unterworfen ist b).“



- a) *Horn Class. 7. Resp. 33: MICH. GODOFR. WERNHER* alt. loc. tit. IO. pag. 27: *Responsum ICtorum Vitenbergensium, quo Auctor lujus libelli sententiam suam firmat, in calce adjiciam.*
- b) *Vt causa rei recte intelligatur, etiam tenendum est I) transactionem, cujus in vtraque sententia fit mentio, habuisse tantum agnitionem testamenti paterni praetereaque nihil, quod aliam efficere potuerit obligationem II); ipsum fideicommissum fuisse particulare, nec partes filiorum hereditarias respexisse integras, sed tantum praediorum patrum pretium.*

§. XV.

Speciem veri non inesse, rationibus in hunc modum subductis nemo facile dixerit, nec ipse dico. *Vt calculum illis adjiciam meum adducit minime possum. Etenim diligenter illas, consideranti binae apparuerunt argumentationes, quarum neutra facis firma videtur. Vna haec est, restitutionem fideicommissi in genere fieri debere, propterea quod pecunia numerata, re functionem recipiente, absolvatur. Altera, fideicommissum, de quo lis erat, debitum generis, ac genus istud, quod debetur, in hereditate fiduciarum relictum esse, nec referre quicquam, vtrum ex acceptis pecuniis aliquid superfluum sit, nec ne? Ad priorem quod attinet argumentationem, ante omnia monere necesse fuerit, sub *restitutione in eodem genere* intelligi haud dubie eam, quae sit in eadem quantitate et qualitate, qualis est mutui et quasi usufructus. Talem restitutionem ab herede fiduciaro peti posse, argumento a qualitate pecuniae numeratae ducto, visum est. Equidem de notione rerum, quas veteres *functionem recipere* scribunt, nostri fungibiles solent vocare,*

vocare, non disputabo (licet de eadem non adeo constet, ut inter viros doctos nulla sit controversia atque alia diversarum opinionum forsitan prae ceteris rem meam adjuvare possit) a) modo concedatur, quod omnino concedendum est, res fungibiles, ad effectus quod attinet, ex destinatione patris familias rerum non fungibilium naturam induere posse, ideoque ad illam praecipue, non tantum ad rem esse respiciendum. Res, quae usu consumuntur, VLPIANO auctore, ad pompam vel ostentationem commodari possunt b). Quem, quaequo, fugit, commodatum tantum in iis, quae functionem non recipiunt, consistere? ipsam pecuniam numeratam vel ut quantitatem vel ut corpus considerari posse, PAPIANVS c), ita spectari a testatoribus, VLPIANVS d) et AFRICANVS e), testes sunt: alios ut taceam f). Illa in suo genere functionem recipit eaque pecunia est, quae legatis, auctore PAVILLO g), danda est ab herede, etiamsi non sit in bonis testatoris, sive de suo, sive ex venditione rerum hereditariarum, sive unde voluerit. Quantitas enim undecunque sumi et solvi potest. Inest eadem hereditati, etiamsi non sint nummi, quia tot confici possunt ex hereditate h). Aliter vero se res habet, ubi pecunia ut corpus accipitur. Fundo legato illa comparatur atque exemplo cujuslibet corporis aestimatur i). Quodsi itaque ejusmodi pecunia legata non compareat, aut sine culpa heredis deperierit, non debetur k). Decem v. gr. simpliciter legatis, quantitas legata intelligitur ac debita est, licet nulla pecunia numerata in patrimonio heredis reperiat. At legatis decem quae sunt in arca, magis certum corpus videtur relictum, adeo ut, illis decem in arca non inventis, nihil aliunde praestandum sit l). Hoc igitur nunc quaeramus, quid testator reliquerit in nostra



specie quantitatemne, an corpora? Ac de his cogitasse illum, magis videmur adduci ad credendum. Si quis enim testator, quod superfuert ex pecuniis tradi alteri mandavit, his ipsis verbis certos nummos, adeoque corpora nummorum, designavit, haud secus ac ille, qui ex arca vel sacco pecuniam legaverit. Vtrique, et legato et fideicommissio, adjecta est demonstratio, quae, dum vice nominis fungitur, hunc effectum producit *m*). Formula: quod supererit, res demonstrat, quas testator reliquit atque ad illas se refert, alias itaque excludit (§. I.). Ex eadem intelligitur, testatorem res respexisse, quae tam remanere, quam consumi et deperire possunt. Nescio itaque, annon fere necesse sit, ut, eundem corpora designasse dicamus, cum quantitates non pereant. Haec quidem ipsa res habere videtur. Si vero de consensu Ictorum Rom. adhuc dubites, clariora prioribus ad eum probandum in promptu sunt argumenta. Neminem juris peritorum, arbitror, praeterire posse in eleganti quaestione; an si fructus futuri ex fundo sint legati, et nihil in illo fundo nascatur, legatum nihilo minus praestandum sit? distingui solere, vtrum fundus sit demonstrationis, an taxationis causa adjectus? Ad posteriorem quod attinet, si nihil est natum, nihil est in legato. Priore autem casu, etsi nihil nascatur, tamen legatum praestandum est *n*). Vbi vero Icti Rom. quaerunt, vtrum assignatio fundi, vnde percipiendum sit, quod debeatur, taxationis vicem obtineat an demonstrationis; semper id expendunt, an testator per illam destinationem et assignationem conditionem adjicere voluerit legato? et si voluit adjicere, taxatio est, sin minus, demonstratio. Verba quod natum erit, ait IULIANVS *o*) in fundo Semproniano taxationis vicem obtinere. Faciunt enim illa verba conditionem *p*).

Con-

Contrario modo respondit idem Iureconsultus q), ubi non videbatur testator fideicommissio conditionem addere voluisse. Videamus ergo, an Iuliani sententia in rem nostram trahi illaque haec firmari possit? Equidem quaeri haud inepte posse arbitror, utram testator pecuniae summam, ex qua, quod superfuturum sit, alteri curavit tradendum, taxative, ut ajunt, assignaverit an demonstrative? Quodsi, eam priori forma designari, probaverimus, corpus in obligatione fiduciarii positum esse, illudque ipsum, quantumcunque est, solum deberi, negari non poterit. Potest autem probari, Iuliano auctore. Nam verba *quicquid superfuerit* non minus ac illa IULIANI, quod *natum erit*, conditionem efficiunt (§. V.), atque hoc pacto taxationis vicem obtinent. Quam ob rem ex mente defuncti hoc fideicommissio, licet ex pecuniae numeratae summa praestandum sit, non quantitas sed corpus taxative in obligationem deducitur. Aliunde igitur supplere non tenetur, qui ad illud praestandum obstrictus est, si absque ejus culpa initio aut progressu temporis summae demonstratae aliquid desit.

a) Cf. AUGUST FRID. SCHOTT prol. qua *'res, quae functionem' recipiunt, definiuntur* in Opusc. p. 212. Non absolutam rerum qualitatem esse docet GEORG. SAM. MADHIN *Inst. jur. civil.* §. 127. ut vel fungibiles sint vel non fungibiles, sed relativam, qua eadem res fungibiles et non fungibiles esse possint, prout ita comparatae sint, ut in relatione ad nostrum patrimonium tantundem ex eodem genere idem sit, vel minus.

b) L. 3. D. *Commodati vel contra.*

c) L. 94. §. 1. D. *de solutionibus.*

d) L. 34. §. 3. et 4. D. *de Legatis I.* Cf. CIVILIS Lib. 14, Obi. Cap. 19.

e) L. 108. §. 10. eod.

D 3

f) L:



f) L. 30. pr. et §. 6. cod. L. 51. cod. L. 1. §. 7. D. de *dote praelegata*.
L. 30. §. 4. D. ad L. *Falcidiam*. L. 8. §. 2. D. de *Legatis II*.

g) L. 12. D. de *Legatis II*.

h) L. 4. D. de *tritico, vino vel oleo legato*.

i) L. 34. §. 4. D. de *Legatis I*. L. 51. cod.

k) L. 30. §. 4. D. ad L. *Falcidiam*. I. 37. D. de *V. O.*

l) Quomodo quantitas differat a corpore, *CYRACIVS* Lib. II. Obs. Cap. 37. tradit

hoc modo: *Quantitatis nomine intelliguntur ea, quae pondere, numero, mensura constant, quibus opponi solent corpora, res, species, jura — Sunt quidem illae corpore praeditae, sed nos eis ita fungimur, ut non tam corpus earum spectemus, quam quantitatem. Caeterae res corpore valent certo vel incerto. Certo, ut Stichus, incerto, ut homo, vel intellectu, ut possessio, servitus, nomen. In specie proposita res eo redit, ut dispiciamus, utrum testator, qui res fungibiles aut legavit aut fidei heredis commisit negotium, ut tales alteri tradat, simpliciter aut principaliter ponderis, mensurae, numerive habuerit rationem, nec ne. Priori respectu quantitatem legasse vel fideicommississe dicendus est, posteriori minime. Corpora potius reliquit, quoties apparet, eundem ipsas substantias designasse, sive certas, (ut, si legaverit pecuniam, quae in arca, vinum, quod in illis dolis est), sive incertas, vel etiam addita quantitate v. gr. decem ex arca, quinque amphoras ex illo dolio, aut quas elegerit ex talium rerum apparatu Cf. LL. not. d, e, f, all. Corporibus enim legatis, quantitas vel summa demonstrative, ut ajunt, adjecta habetur, nec heres supplere tenetur, si quantitati demonstratae quid defuit.*

m) L. 34. D. de *condit. et demonstrat.* L. 6. D. de *R. C.* Maiorem certitudinem memorato legato inesse, quam fideicommissio, nemo objiciat. Largior enim, nummos fideicommissario tradendos incertos esse, quoad consumtionem vel existentiam ac proinde quoad obligationem fiduciarii. Si vero existant, certi sunt per demonstrationem. Ita intelligi debet *ULPIANVS* L. 75. §. 4. D. de *V. O.*

n) L

- n) L. 5. et 13. D. de tritico, vino, oleo legato, L. 24. D. de Legatis l. L. 27. §. ult. de Legatis III. L. 12. D. de alimentis legatis.
- o) L. 5. D. de tritico, vino, oleo legato.
- p) L. 1. §. ult. D. de condit. et demonstrat.
- q) L. 96. D. de Legatis I, AVERRANIVS Interpret. jur. Lib. II. Cap. 27.

§. XVI.

Gaudet fiduciarius, a quo, sive ex die, sive conditione exsistente, fideicommissum praestandum est; jure, rerum fideicommissio adstrictarum fructus percipiendi, ita quidem, ut, quos perceperit, suos faciat a). Sunt, quibus eam ob causam ejusmodi fiduciarius merus videatur usufructuarius, qui nec dominio, nec vlllo alio jure in re fideicommissaria potatur b). Quibus placuerit haec sententia, vel illis etiam, qui propter alias causas, speciem propositam ex jure usufructuario judicandam esse, sibi persuaserint (est enim proprietatem cum onere fideicommissi inter ac usumfructum relictum magna affinitas, et saepe contenditur, vtrum illa, an hic datus intelligatur c), iisdem quasi usufructus in eadem inveniri ideoque pecuniae acceptae in genere a fiduciario praestari videbuntur, eam ob causam, quia rerum, quae usu consumuntur, praesertim pecuniae numeratae, ex communi opinione, non est verus sed quasi usufructus. A CAIO d) pariter ac IUSTINIANO e) scriptum est, res illas naturali ratione usufructum non recipere. Addit adeo Imperator, id abhorreere etiam a ratione civili. Ne causam indefensam decidere velle videar, GALVANVM f) audiamus, qui eandem praecipue egit, Ita vero ille: „si res talis sit, vt statim consumatur

atur



„tur (vt frumentum, vinum, pecunia numerata) sicut certum est,
 „eam nullo modo vsumfructum recipere, obstante nimirum ratio-
 „ne naturali atque civili; ita certum est, eam admittere duntaxat
 „quasi vsumfructum, quoniam, qui eam tradit, ad vsum non aliter
 „potest illam tradere, nisi et ejus abusu concedat; nam propte-
 „rea dicitur vlu consumi *tot. tit. D. de Vsufr. ear. rer. quae vlu*
 „*consumuntur.* Abusus autem est quasi vsumfructui consentaneus,
 „cum ob id ab Auctoribus juris inductus sit, vt quae propter sui
 „abusum non erant vsumfructus capacia, saltim hoc remedio quasi vsum-
 „fructum recipere.“ Verum enim vero, vt sententiam mutem, neque
 haec me commovent. Nego enim cum V. C. AVGVSTO FRIDERICO
 SCHOTT g) verum vsumfructum cum vsumfructu rerum non fungibili-
 um, aut quasi vsumfructum atque vsumfructum rerum non fungibilium
 vnum eundemque esse. Genuinum vtriusque vsumfructus formae
 discrimen non pendet ab objecto, sed a diverso rerum a fructuario
 restituendarum modo. Si, *quod inde exstiterit*, debeat restituere, ve-
 rus erit vsumfructus; sin vero *tantundem*, aut rei fructuariac *aes-
 timationem*, erit quasi vsumfructus, nulla ratione habita, fungibiles
 sint res in vsumfructum concessae, an non fungibiles g). Ad GAL-
 VANI argumenta, ipsissimis SCHOTTI verbis respondebo. Tali
 enim modo iisdem satisfactum esse puto, vt, aliquid addi, non opus videat-
 ur. „Quod dixit, (Imperator).“ inquit, „naturali rationi rerum fungi-
 „bilibium repugnare vsumfructum, quia vsum et abusus in vna re simul
 „esse nequeat, id verum est, si vsumfructuarius rei fungibilis eam
 „penitus consumere potest, ita, vt finito vsumfructu nihil plane extet,
 „quod reddatur. At si licet ei partem tantum consumere, pro bo-
 „ni viri arbitratu, hoc est, vt bonus paterfamilias solet re sua fun-
 „gibil

gibili vi frui, id affirmari non poterit, nam superest, quod re-
 stituitur.“ Quemadmodum haec sunt verissima, ita quoque cer-
 rum habeo exploratumque, fideicommissum, de quo agimus, ex
 jure quasi usufructus dijudicari non posse. Verus potius, ex con-
 silio testatoris, dicendus esset usufructus, quem quis eidem inesse
 contendere velit. Nam, *tantundem* fideicommissario tradi, testa-
 tor non voluit, sed *quod superfuturum fuerit*, qua formula corpora,
 quae extarent, adessent s. remanerent, romani non minus designa-
 re solebant, ac illa, *quod inde extabit*, in constituendo vero usufru-
 ctu usitata h). Ac supra jam evictum est, fiduciarium, ex mente te-
 statoris, res fideicommissario tradendas, tantum pro boni viri ar-
 bitratu absumere posse (§. III.) Fusius ea de re disputare non
 opus erit: Ex legitima divisione atque ordine hujus fideicommissi,
 Iustiniani constitutione facto i) clarius probari potest, falli, qui
 sibi persuadeant, superfluum pecuniae numeratae fideicommissario
 tradendae jure quasi usufructus post mortem fiduciarii in genere
 peti posse, sive extant nummi accepti, sive non. Secundum hanc
 constitutionem in tribus eorundem partibus plus juris, in quarta e
 contrario minus, quam in quasi usufructu, fiduciario competit. In
 hac ordinarie nullam, in illis vero alienandi potestatem cum effectu
 habet, ita nimirum, vt, quod consumserit, supplere non debeat.
 Dixi, ex quarta fideicommissi parte ordinarie, nisi *adsit iusta*, Iusti-
 niano probata causa, nihil alienari posse. Ac verba Imperatoris,
 quibus quartam non attingendam, nihil ex illa expendendum esse, signifi-
 cat, istam prohibitionem omnino continent. Quam ob rem non spero,
 quempiam objecturum esse, in re fungibili, rationabilem quippe
 affectionem non recipiente, nec causam probabilem apparere, cur



fideicommissarius, permutationem sibi non damnosam fieri, aliquid contra habere possit, nec eandem contra voluntatem testatoris factam videri posse, quia is, in cuius gratiam prohibitio alienationis inducitur, haud laeditur. Id enim naturam huius fideicommissi non magis mutat, aut efficit, ut illud debitum, quasi usufructus ad instar, in genere praestandum dici possit, ac omnium aliorum fideicommissorum permutatio, quae, eadem prohibitionem non obstante *k*), ex communi fere interpretum sententia fiduciario licet, si fideicommissario profit potius, quam noceat *l*). Certe, fiduciarium quartam fideicommissi partem in genere debere, dici non potest, antequam nummos acceptos ex causa, Iustiniano haud probata, erogasse constet. De eo autem nec quaeritur ex mente illustrium ICtorum, a quorum sententia discedo (§. XIII), nec mihi aliud quidquam disquirere animus est, quam hoc, quid ab initio in obligationem fiduciarii fuerit deductum. Sequor enim VIPIANI *m*) praeceptum, initium in distinguendis negotiis spectandum esse et causam, non exitum.

- a) L. 18. §. 2. L. 57. pr. L. 58. §. pen. D. ad SCtum Trebell. Fructuaria
 LYBEWIGIO in *diff. de Trebellianica exule in fideis. fructuariis*
 Cap. 3. §. 4. appellantur haec fideicommissa.
- b) IO. CASP. HEIMBERG *diff. de fideicommissis* C. I. §. 33.
- c) VOET. in *Comment. ad Digest.* tit. de *Vusufructu* n. 9. f. HORN, *Class.*
 7. Resp. 33.
- d) L. 2. §. I. D. de *Vusufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel*
manuuntur.
- e) §. 2. *Inst. de Vusufructu.*
- f) De *Vusufructu* Cap. 3. §. 6.
- g) *Diff. de Vusufructu vestimentorum* C. I. §. I. f. in *Opusc.* p. 166. f.

h) L

- h) L. 1. pr. et §. 7. D. *Usufr. quemad. cau.* L. 1. 3. et 7. D. de *Usufr. ear. rer. quae usu consumuntur.* SCHOTT *cit. loc.* §. 3.
- i) TACITVS *de situ, moribus et populis Germaniae* Cap. 34. n. 3. GELIVS *Noth. Att. Lib. 1. C. 22.* Cf. BRISSON. de V. S. voc. *supereffe.*
- k) Nov. 108. Cap. 1. et 2.
- l) L. 3. §. 2. et 3. C. *Communia de Legatis.*
- m) STRUBEN *rechtl. Bed. Part. 4. no. 140.* VOET. *Comm. ad tit. Dig. ad Scrum Trebell. n. 62. et 63.* BERGER *Oec. jur. Lib. 2. Tit. 4. th. 32. not. II.* HORN *Class. 7. Resp. 17.* CARPZOV *P. 3. Const. 8. Def. 33.*
- n) L. 8. D. *Mandati* L. 1. §. 12. I. D. *Deposit.*

§. XVII.

Ex iis ipsis, quae disputavi, jam apparet, cur altera quoque argumentatio (§. XV.) mihi non proberetur. Pauca tamen addenda sunt. Ex utraque sententia, a qua discedo, praesertim ex Goetisingensi, intelligitur, fideicommissum, de quo lis erat, debitum generis, ac genus istud in hereditate fiduciarii relictum videri, quia bonorum fiduciarii defuncti complexus eorumque aestimatio quantitatem pecuniae, fideicommissio subjectae, superet. Equidem huic fideicommissio nomen debiti generis aut plane non convenire, arbitrator, aut, si consentaneum sit, aliter in prima argumentationis parte, aliter in secunda accipiendum esse, hocque pacto auctores illarum sententiarum minus recte argumentari. Quo sensu, me quidem iudice, non conveniat, dixi (§. XV.) et si ita acceptum fuerit, ut videatur, ulteriori disputatione non est opus. Verum enim vero si a quantitate discedamus, duplici modo genus deberi potest; aut ita, ut nullam adjectionem habeat, quae aliquas sub illo compre-

E 2

hensis



hensas species definiat atque debitum praestendum ad illas restringat, (vt e. g. si testator pure legaverit equum s. servum) aut secus, v. gr. si equum legaverit ex decem illis, quos testator reliquit, vel vnum ex arca, qua plures continentur nummi. Neque illud in specie proposita adesse, ex iisdem jam allatis argumentis (§. XV.) apparet. Hoc vero significatu, si cui nomen debiti generis huic fideicommissio convenire videatur, aut si quis aliuscum WILH. LVD. RODOWE a) debitum speciei inter ac generis medium dari, illique hoc fideicommissum accensendum esse, contendere velit, quia testator nummos, fideicommissario tradendos, non vndique circumscripserit, optionem potius vtrum hunc vel illum ex acceptis tradere velit, fiduciario dederit, hocque pacto fideicommissum certas species sive (vt dialectici solent vocare), individua, non contineat; equidem cum utroque non disputabo. Neutram enim sententiam causae meae nocere puto. Tale sive genus, sive medium inter genus ac speciem in hereditate fiduciarii relictum esse, ita quidem, vt probatio contrarii non sit admittenda, dici non potest, neque eam ob causam, quia nummi, quantum ad praestandum fideicommissum satis est, in hereditate contineantur, multo minus ex ea, quod aliorum bonorum defuncti tanta sit aestimatio. Nam, et si ex suis rebus testator reliquerit incertam, ea ex bonis heredis peti non potest. Nihil potius deberi inquit MAECIANVS b) in causa illi simili, si res defuncti, ad quas pertineat incerta, alteri tradenda, sine culpa heredis, interierint omnes; non magis, quam si omnes res, per speciem enumeratae, sint relictae.

a) Diss. de eo quod iustum est circa conditionem in donationibus praestandam §. 15. (Goetting. 1778.).

b) L. 30. §. 5. et 6. D. ad L. Falcid.

§. XVIII.

Rationibus sententiarum, ad quas non accedo, in examen vocatis, alia proferam argumenta, quae ad illas infirmandas facere videntur. Equidem et voluntatem defuncti everti credo, et legum functiones fieri inanes, si tali modo, ut in hisce sententiis factum, fideicommissum ejus, quod superfuturum erit, consideremus. Contra priorem res fiduciarii propriae fideicommissio fierent subjectae, ac quaerendum jam non esset, an, quidve supersit ex re testatoris, sed, hoc tantum, an quantumve reliquerit heres? diversitas patrimonii, defuncti et heredis, tolleretur, deminuendi potestas, fiduciario a testatore data, ex mente illius non libera, fieret libera, privaretur autem suo effectu, dum fiduciarius, si habeat, unde restitui possint, nummos praestare deberet simpliciter, nihilque interesset, ex qua causa acceptos consumserit. Quae omnia, si rationes sententiarum (§. XIV.) cum prioribus contuleris hujus libelli paragraphis, facile apparebunt. Cessarent praeterea effectus conditionis, quam testator huic fideicommissio iniecit, et leges non sustulerunt (§. V. et IX). Eam constat esse conditionis vim et naturam, ut existens actum perficiat, deficiens eundem irritum faciat, perinde, ac si non fuisset celebratus *a*). Cum impediatur, ne nascatur obligatio, habet quoque vim ejus minuendae. Itaque interit fideicommissum, de quo sermo est, aut saltem minuitur, simulac fiduciarius nummos, a testatore acceptos, jure consumsit, aut deminuit *b*). Quod semel interit ob deficientem conditionem, non resciscitur nec illi ex solis voluntatis praesumptae conjecturis nova vis tribui potest, licet fiat, quod eum in finem, ut conditio existat, fieri debebat,



aut alio modo res in talem statum deveniat, quo, conditionem existere, videri possit c). Verum enim vero admitta sententia, quae judicatur, pecuniam fideicommissariam in genere restituendam esse, siue supersint nummi accepti, siue non, fideicommissum, eorum consumptione iustissima, aut non extingueretur, aut extinctum, alia pecunia a fiduciario acquisita, restituere.

a) L. 37. D. de contr. emt. L. 8. D. de periculo et commodo rei vend. L. 41. §. 12. D. de fideicommissarius libertatibus.

b) In tribus partibus fideicommissum ob deficientem conditionem secundum Nov. 108. extingui, aut minui quavis nummorum erogatione ex iis, quae (§. XII.) disputavi, intelligitur; in quarta vero eundem esse deminutionis effectum, quae fit ex causa IUSTINIANO probata pluribus argumentis probatum dederunt RITTERSHUISIUS *exposit. Novell. Part. 6. Cap. II. n. 6.* ANDR. MXLIVS *diff. de fideicommissio sub clausula quicquid superfuerit relicto. Cap. 4. §. 6.* KNIPSCHILD *de fideicommissis familiarum illustrium Cap. II. n. 480. f.* Quam ob rem nec dos semel fideicommissio detracta in causa ejus deprehenditur, licet postea ad dantem revertatur, nec id quod ex necessitate et indigentia alimentorum fiduciarius consumserit, licet post consumptionem evadat locupletissimus, KNIPSCHILD RITTERSHUISIUS c. l.

c) L. 114. §. 13. D. de Legatis I. L. 41. §. 12. D. de fideicommiss. libert. GEORG LVD. BORRMER *diff. de liberis fideicommissio oneratis §. 13. in Elef. jur. civil. Vol. I. Exerc. VI. p. 195.*

§. XIX.

Non magis ea fideicommissi ratio, quam confutare animus est, legibus convenit, ad illud ipsum spectantibus. Ejus vestigium nulli, sanctiones vero, quae fideicommissio, tali modo considerato, accom-

accommodari non possunt; tam in regulis juris Antejustiniani, deprehendimus; quam in Iustiniani placito. Ex illis non nisi quartam nominabo; quam dedi (§. VII.) quaque heres, si quid ex bonis fideicommissis subjectis, deminuere velit, secundum D. MARCI rescriptum, hoc facere tenetur, pro modo caeterorum bonorum, scilicet ex suo pariter patrimonio, atque ex fideicommissis. Ea fieret plane oriosa, si rerum, quae functionem recipiunt, natura atque indoles id efficeret, ut fideicommissum, mutui ad instar aut quasi usufructus, in genere debeat praestari; quia, quod norunt omnes, hac debiti forma res in debitorem transferuntur ita, ut accipientis fiant, habeatque earum rerum alienandarum facultatem liberrimam *a*). Observanda tamen est, ex mente auctorum istius juris, nisi omnia me fallunt, posthabito rerum fungibilium ac non fungibilium discrimine. Certe in specie proposita, qua de re fungibili agitur, *si heres penum hereditarium ebiberit*, quaerit ULPIANVS *b*) an exemplo rescripti D. MARCI decidi debeat, ita, ut sumtus statuti (h. e. ordinarii, quos ex sua consuetudine heres ad victum quotidianum erogasset), decedant tam ex patrimonio ejus, quam ex hereditate. Ac licet illi, ita decidi, non placuerit, singularis tamen rerum, quae esui potuique interviunt, naturae, ob quam rescriptum D. MARCI vim suam amittat, nullam plane facit mentionem. Quo ipso applicationem illius ad res fungibiles concedere videtur. Quod si ita non esset, Iureconsultus quaestionem, credibile est, ea de re non movisset, aut causam rei fungibilis, quae hoc efficeret, ut rescriptum applicari non possit, minime reticuisset. Credibile, inquam. Si qui vero sint, et fore puto, quibus verisimilitudo ista displicuerit, illi profecto mecum consentient, plura Iustiniani placito *c*) inesse; quae abhor-



abhorreant a fideicommissio tali ratione spectato. Age, vtrumque conferamus. In illo Imperator fiduciario facultatem dedit, tribus fideicommissi partibus *sicut voluerit utendi, quemadmodum perfectis dominis competit.* Secundum hoc ea facultas fiduciario, qui proprias opes habeat, nil prodest. Hos nisi vna cum pecunia fideicommissio subiecta consumserit, post mortem ejus fideicommissario tradi debent, quae tamquam perfectus dominus consumserit. Quod, ut fiat, prius vel posterius, exigere velle, plane inconueniens puto atque a mente legislatoris alienum. In illo ex quarta parte *penitus aliquid minus* prohibitum est seuerè atque iterata vice. In fideicommissio, tamquam mutuo vel quasi usufructu spectato, prohibitio cessaret. Si quartam *contigerit* fiduciarius, *causam* voluit Imperator *perferutari*, cur hoc fecerit, nec *suppleri*, quae *exponderit*, si ex causa illi probata consumta sint. Verum enim vero hac fideicommissi ratione admissa, utroque praeepto neglecto, fideicommissarius post mortem fiduciarii ab ejus herede peteret fideicommissum illudque obtineret, dummodo probaret, defunctum opulentam hereditatem reliquisse. Quid multa? euerteretur ordo ac legitima divisio, a legislatore pari studio constituta atque ad exsequendum inculcata, fieret rerum distinctio, quam ut faciat lex Iustiniani tantum abest, ut potius ad ultimam voluntatem defuncti, fidei heredis commissam, spectet, *qua omnes res et iura alteri tradi debebant, quaecumque inuenirentur reliqua*, herede moriente (§. VIII.) d). Sufficere videntur, quae dedi, ad probandam diversitatem hujus fideicommissi a debitis, quibus accepta restituenda sunt in eodem genere. Quod si quis sit, qui, licet id ipsam ad veritatem propius accedere iudicet, haesitet tamen paullulum, vtrum eam sententiam plane amplecti.

plectatur, hunc fortasse, ut eam accipiat, movebit PROCVLI responsum e), secundum quod in re dubia magis parcendum est heredi.

a) Pr. I. Quibus modis re contrahitur obligatio. L. 7. D. de Vfruct. ear. rer. quae usu conf.

b) L. 25. §. 16. D. de hered. petit.

c) Nov. 108.

d) Nov. 108. praefat.

e) L. 47. D. de Legatis II.

§. XX.

Reliquum esse puto, ut sententias adferam, quibus secundum meam opinionem est iudicatum, ut ne forte alicui auctoritate et praedictis inferior abire videar. Leguntur autem apud HORNIVM a) et MICH. GODOFR. WERNHERVM b) responsa illustris Ordinis Iuriconsultorum Vitembergensium, quibus fideicommissum, de quo actum est, cum quasi usufructu male confundi, et ex Iustiniani constitutione potius iudicandum esse, existimatum est. In posteriore, quod forsan in omnium manibus non est, verba ita sonant: „Dennoch — hier kein quasi usufructus vorhanden, vielmehr ein Fideicommissum particulare sich äussert, und der streitige Fall in terminis von dem Fideicommissio vniuersali in der

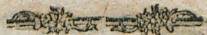
Nov. 108. C. 12.

Auth. Contra cum rogatus C. ad SCum Trebell.

„dergestalt, dass der Fiduciarius drey Viertel davon zu confirmiren vermöge, und dem Fideicommissario allein des vierten Theils halber Sicherheit zu machen schuldig sey, entschieden

E

„ist,



„ist, welches wegen gleicher Beschaffenheit und der gebrauchten
 „Worte: wenn nach der Erben Tode von den 150 fl. etwas übrig
 „bliebe, füglich auf dieses Fideicommissum particulare applicirt
 „wird.“ In specie autem (§. XIV) proposita Collegium ICtorum
 Ienenfium pro herede fiduciarii defuncti respondit, ex his quidem
 rationibus: „Dieweil nach Inhalt des von H. G. v. S. errichteten
 „Testaments nicht schlechterdings die völlige Summe der 25000 fl.
 „sondern nur so viel, als von der einem jeden seiner fünf Herrn
 „Söhne zugefallenen Erbportion a 25000 fl. nach eines derselben
 „Tode noch übrig seyn wird, den überlebenden Herrn Brüdern
 „verbleiben soll, solchen Falls aber in den Rechten klar verfehen,
 „dafs ein mit dergleichen Fideicommiss beschwerter Erbe ein meh-
 „reres, als den vierten Theil der empfangenen Erbschaft, dem
 „Fideicommissserben zu verlassen nicht schuldig sey,

Nov. 108. Cap. I.

Auth. contra cum C. ad SCrum Trebellian.

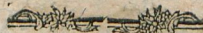
„auch fogar in dem Fall, da der Erbe entweder durch Unglücks-
 „fälle um die Erbschaft gekommen, oder selbige in Ermangelung
 „andern Vermögens aus nothdringenden löblichen Ursachen derge-
 „stalt, dafs der vierte Theil derselben nicht erhalten werden kön-
 „nen, aufgezehret hat, nicht einmal der vierte Theil von dem nach-
 „her anderweit erworbenen Vermögen des Erbens gefordert wer-
 „den kann,

Nov. 108. Cap. 1 und 2.

Auth. contra eam C. ad SCrum Trebell.

„mafen

„maßen in der angezogenen Authentica deutlich versehen, daß im
 „Fall von der Fideicommisserbſchaft ſo viel, als der vierte Theil
 „ausmachet, nicht mehr vorhanden, der an ſolcher quarta ſich
 „ſindende Abgang aus des Verſtorbenen mit einem Fideicommiß
 „beſchwerten Erbens eigenem Vermögen erſetzt werden ſoll, je-
 „doch dieſe Erſetzung aus dem eignen Vermögen des Erben kei-
 „nesweges gefordert werden kann, wann die quarta ex cauſa do-
 „tis ſeu propter nuptias donationis vel ſi non habeat, unde faciat
 „expenſas, vermindert oder gar aufgezehret worden, und dann
 „vor richtig angenommen wird, daß der Herr General v. S. ſeine
 „väterliche Erbſchaft völlig aufgezehret, und deſſen geſammter
 „Nachlaß in eigenem neuerworbenen Vermögen beſtehe, wovon
 „die Fideicommißerben, Inhalts der obangezogenen Geſetze, auf
 „alle Fälle mehr, als den vierten Theil von den 25000 fl. väterli-
 „chen Erbe, nicht verlangen können; und auch dieſe quarta nicht
 „einmal gefordert werden könnte, Falls des Herrn Generals v. S.
 „eingesetzter Erbe erweiſlich zu machen vermöchte, daß ſein
 „Erblaßer entweder durch Unglücksfälle ſelbige verloren, oder in
 „Ermangelung andern Vermögens aus dringender Noth und löbli-
 „chen Urſachen ſie zu verzehren gemüßiget geweſen; — überdies
 „die ſonſt bekannte Rechtsregul, *res ſuccedit in locum pretii et*
 „*pretium in locum rei*, hier um deſhalb keine Anwendung findet,
 „weil, dem Anführen nach, von der väterlichen Erbſchaft des
 „Herrn Generals v. S. weder *res* noch *pretium* vorhanden, ſon-
 „dern alles aufgezehret und deſſen geſammter Nachlaß in lauter
 „eigenem neuerworbenen beweglichen Vermögen beſtehet, auch
 „ohne-



„ohnehin, nach Inhalt der Novellae 108. Cap. I, und der Authenticae allegatae das eigene Vermögen von dem Fideicommissvermögen abgefondert bleibet.“ —

a) Class. 7. Resp. 46.

b) Diff. de lege Falcidia et fideicommissis. pag. 212.



VD18

ULB Halle 3
004 582 101


Sb. f





8
19
18
17
16
15
14
13
12
11
10
9
8
7
6
5
4
3
2
1
1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
8
B.I.G.
Black
3/Color
White
Magenta
Red
Yellow
Green
Cyan
Blue
Farbkarte #13
Inches
Centimetres

DISSERTATIO 1785, 2

DE
**OMMISSO EIVS
ERFVTVRVM ERIT
RENTIA A DEBITIS QVIBVS
ENDA SVNT IN EODEM GENERE
AD NOV. CVIII.**

QVAM
DEMIAE MAGNIFICENTISSIMO
IO PRINCIPE AC DOMINO
**OMINO
O AVGVSTO**
LAE IVLIACI CLIVIAE MONTIVM
AE ET WESTPHALIAE REL.

PRO LOCO
RISCONSVLTORVM ORDINE
E OBTINENDO
NOVEMBR. CIOIOCCCLXXXV.
VDITORVM DISQVITIONE
SVE MITTIT
STVS REICHARDT D.
ORDINAR. CVRIAE PROVINCIALIS SAXON. COM
T SCAB. COLLEGII ADSESSOR.

IENAE,
ERIS MAVKIANIS.

